

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIEL MITIDIERO

**BASES PARA CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO CIVIL COOPERATIVO:
O DIREITO PROCESSUAL CIVIL NO MARCO TEÓRICO DO FORMALISMO-
VALORATIVO**

Porto Alegre
2007

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIEL MITIDIERO

**BASES PARA CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO CIVIL COOPERATIVO
O DIREITO PROCESSUAL CIVIL NO MARCO TEÓRICO DO FORMALISMO-
VALORATIVO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Porto Alegre
2007

AGRADECIMENTOS

Essa tese representa um empreendimento de cooperação. Cumpro, com alegria, o dever de agradecer àqueles que colaboraram comigo, de uma maneira ou de outra, na sua consecução: aos meus Pais Nei e Lina, ao meu irmão Guilherme, ao meu Tio Danilo, à Vanessa, minha namorada, aos meus amigos de sempre, Gustavo Fossati e Guilherme Castanheira, aos amigos que foram se achegando ao longo do tempo, Artur Carpes, Daisson Flach, Felipe Camilo, Gabriel Pintaúde, Guilherme Rizzo Amaral, Hermes Zaneti Júnior, Maurício Vanoni, Pedro Pozza e aos meus alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nível de graduação e especialização.

Agradeço ainda aos professores doutores que participaram da banca de qualificação dessa tese, Danilo Knijnik, Guilherme Rizzo Amaral, José Tesheiner e Tupinambá Azevedo, a todo o pessoal da secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (em especial à Rose, Denise, Elisângela e Fabiane) e à Naila, bibliotecária-chefe de nossa Faculdade. E, é claro, agradeço ao meu orientador e amigo, professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em quem fui buscar a inspiração para escrevê-la e com quem muito dialoguei e aprendi ao longo desses anos de doutoramento.

Vamos salvar os búfalos
E o pensamento também
Das idéias com reserva antecipada
Das certezas pré-gravadas.
[...].
Vamos salvar o pensamento
De alianças com carrascos
E casamentos com carrancas
Que na voz que o mundo te arranca
Vale é o tanto quanto lavras
A utilidade das palavras.¹

Credo fermamente – e l’ho scritto tante volte, negli ultimi tempi, da sembrar monòtono – che uno dei ruoli, e non certo l’ultimo, dello storico del diritto accanto al cultore del diritto positivo sia quello di fungere da sua coscienza critica, disvelandogli come complesso cio che nella sua visione unilineare poteva apparirgli come semplice, incrinando sue convinzioni acritiche, relativizzando certezze troppo assolute, insinuando dubbii su luoghi comuni ricevuti senza una adeguata verifica culturale.²

¹ LISBOA, Nei. *A utilidade das palavras*. Cena Beatnik, 2001.

² GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. 2. ed.. Milano: Giuffrè, 2005, p. 3.

RESUMO

A presente tese propõe a construção de um direito processual civil atento às necessidades do Estado Constitucional, fazendo-o a partir do marco teórico do formalismo-valorativo. A tese está em que o processo civil do Estado Constitucional é um processo que se desenvolve em regime de cooperação entre os seus participantes, tendo o órgão jurisdicional deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes, tudo suportado pela necessidade de diálogo, oriundo do direito fundamental ao contraditório, entre as pessoas do juízo.

Partindo da identificação do Estado Constitucional brasileiro, da compreensão do processo civil como um fenômeno cultural e dos modelos processuais civis (isonômico, assimétrico e cooperativo), concebidos mercê de pressupostos sociais, lógicos e éticos, a tese identifica no contraditório a base constitucional para a cooperação no processo, aplicando-a nas diversas fases do procedimento (fase de formação e estabilização, de organização retrospectiva e prospectiva, de decisão, de concretização da decisão e recursal) com o desiderato de estruturar um processo justo, condição para obtenção de uma decisão igualmente justa, norte inarredável do processo civil no marco teórico do formalismo-valorativo.

ABSTRACT

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I – PROCESSO CIVIL E ESTADO CONSTITUCIONAL	13
1 O Processo como Fenômeno Cultural. O Direito como Manifestação da Cultura. As Fases Metodológicas do Direito Processual Civil como Expressão de sua Matriz Cultural	13
2. O Estado Constitucional. Modelos Básicos de Supremacia do Direito. Modelo Brasileiro: o Estado Constitucional	32
PARTE II – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA FORMAÇÃO DE UM PROCESSO CIVIL COOPERATIVO	45
1. Pressupostos Sociais: os Modelos de Organização Social e o Papel do Juiz	45
2. Pressupostos Lógicos: o Método Lógico de Resolução de Conflitos e a Conformação do Processo.....	56
3. Pressupostos Éticos: a Ética e o Direito Processual Civil	69
4. Os Modelos Processuais Cíveis. Processos Isonômico, Assimétrico e Cooperativo	73
PARTE III – O FORMALISMO PROCESSUAL DO PROCESSO CIVIL COOPERATIVO: O FORMALISMO PROCESSUAL NA PERSPECTIVA DO FORMALISMO-VALORATIVO	76
1. A Formação e a Estabilização do Objeto Litigioso do Processo	76
2. A Organização do Processo. Saneamento da Causa e Invalidades Processuais. Prova das Alegações: Delimitação do <i>Thema Probandum</i> , Ônus de Provar, Admissibilidade e Valoração da Prova	85
3. A Decisão da Causa e o Dever de Dialogar. A Motivação das Decisões Judiciais e o Controle das Partes pela Argumentação Constante dos Autos ...	99

4. A Concretização da Decisão da Causa. A Obtenção da Tutela Jurisdicional do Direito. Tutela Jurisdicional no Plano do Direito Material. Tutela Jurisdicional no Plano do Direito Processual. Sentenças Auto-Suficientes e Sentenças Não-Auto-Suficientes	104
5. O Direito Recursal. O Juízo de Admissibilidade e o Juízo de Mérito dos Recursos. Admissibilidade Recursal e Pré-exclusão de Vícios Processuais..	111
CONCLUSÕES	116
REFERÊNCIAS.....	119

INTRODUÇÃO

A presente tese tem por objetivo propor a construção de um modelo de processo civil conforme as exigências do Estado Constitucional, fazendo-o a partir do marco teórico do formalismo-valorativo³. A tese está em que esse modelo de processo corresponde ao processo cooperativo, pautado pelo diálogo judiciário, pela colaboração e pela lealdade entre as pessoas que participam do processo.

O trabalho vai estruturado em três partes distintas.

A primeira cuida de estabelecer as bases teóricas que permitem compreender o direito processual civil como um fenômeno cultural, buscando sistematizar as suas fases metodológicas a fim de trabalhá-lo na perspectiva do formalismo-valorativo. No mesmo passo, traça o perfil de nosso Estado Constitucional e expõe a maneira pela qual a ordem jurídica brasileira vela pela supremacia do direito.

Na segunda, cuida-se de apontar a influência da organização da sociedade na distribuição dos poderes processuais entre o juiz e as partes, de demonstrar o papel da lógica jurídica na conformação do formalismo e o valor e a função da ética no processo civil. O desiderato precípua dessa segunda parte está em apontar três possíveis modelos de processo (o processo isonômico, o processo assimétrico e o processo cooperativo), que exurgem da combinação dos elementos trabalhados nessa mesma segunda parte.

³ A expressão “formalismo-valorativo” quer significar, no texto, uma nova fase metodológica do processo civil, que impõe um novo método de pensamento para a processualística. A expressão fora cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no ano de 2004, em seminários realizados no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e ressaí naturalmente da obra ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Sobre o formalismo-valorativo, consulte-se, ainda, MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16 et seq.

Na terceira parte, já assentado que o processo cooperativo é o modelo de processo do Estado Constitucional, a tese procura estabelecer as bases para construção de um processo em que a colaboração seja uma pauta-de-conduta constante, e não episódica, no cotidiano forense. A partir dessa idéia-base, estudam-se vários institutos de nosso direito positivo a fim de adequá-los ao novo *methodus* sugerido pelo formalismo-valorativo.

Nesse trabalho, de um modo geral, parte-se da idéia de que a estrutura do processo, a maneira como esse se organiza internamente, o seu formalismo, enfim, deve reagir ao tipo de organização política adotado em dada sociedade e à teoria do direito que alimenta as soluções jurídicas nessa mesma comunidade⁴. É intuitivo, mercê do reconhecimento do caráter cultural do direito⁵, que o processo civil do Estado Constitucional, que trabalha com um direito *mite*⁶, não pode se estruturar, por exemplo, identicamente ao processo do *Rechtsstaat*⁷, cujo direito vai compreendido, de um modo geral, dentro de um rígido esquema positivista-legalista-racional⁸.

Tendo em conta as possíveis relações que se estabelecem entre o juiz e as partes, a tese procura trabalhar com três modelos de processo: o processo isonômico, o processo assimétrico e o processo cooperativo. A caracterização desses modelos é do tipo ideal⁹, sem embargo de eventuais conexões com algumas experiências concretas já verificadas na história de nossa disciplina.

⁴ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University, 1986, p. 10 (há tradução para o italiano, DAMASKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Tradução Andrea Giussani e Fabio Rota. Bologna: Il Mulino, 2005).

⁵ Por todos, CASTANHEIRA NEVES, Antônio *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 47.

⁶ A expressão é de ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 2005, p. 11 et seq.

⁷ Para uma caracterização do *Rechtsstaat*, HEUSCHLING, Luc. *État de droit, rechtsstaat, rule of law*. Paris: Dalloz, 2002, p. 31 et seq.; na literatura brasileira, SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre, 2002, p. 147 et seq.

⁸ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 38. Sobre o positivismo-legalista-racional, vide, por todos, Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 34 e seguintes.

⁹ Na esteira de outros autores que também trabalharam com tipos ideais, como, por exemplo, WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. Tradução Augustin Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001, v. 1, p. 139 et seq.; DAMASKA, op. cit. p. 16 et seq., GIULIANI Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 23 et seq.

No desenvolvimento da segunda parte do trabalho, traça-se o perfil de cada um desses modelos à vista de três elementos: o social, o lógico e o ético¹⁰. Ainda que trabalhados em capítulos distintos, ao final tendem a confluir para caracterização dos modelos de processo civil já adiantados.

O processo isonômico caracteriza-se, em termos sociais, pelo estado de indistinção entre indivíduo, sociedade civil e Estado, de modo que o juiz aparece no processo como alguém que se encontra em pé-de-igualdade com as partes. Logicamente, alçava-se mão para solução dos conflitos de uma racionalidade prática, objetivando-se idealmente, no plano ético, o alcance da verdade processual e a observância da boa-fé entre as partes ao longo do processo. A experiência histórica aponta, como exemplos de processos isonômicos, o processo grego antigo e o *ordo iudiciarius* medieval italiano.

De seu turno, o processo assimétrico conta com a consolidação do Estado Moderno e com a verticalização das relações entre governantes e governados, convertendo-se o juiz em um sujeito superpartes, alocado acima dos litigantes. O direito a aplicar é o direito do Estado, à vista de uma racionalidade teórica voltada para uma interpretação objetivista do direito¹¹. No terreno ético, o processo vai compreendido como uma empresa destinada à busca pela verdade e como um momento em que as partes têm o dever absoluto de dizê-la, reconhecido ao Estado, de outro lado, a possibilidade de mentir para obtenção dessa. Exemplificativamente, são processos assimétricos o processo romano do período da *cognitio extra ordinem* e o *processus* prussiano do século XVIII.

O processo cooperativo, por derradeiro, é o processo do Estado Constitucional. O direito deixa de ser compreendido apenas como *scientia juris* e volta a assumir o caráter de *juris prudentia*¹², de modo que à cena judiciária vai convocada, novamente, uma racionalidade prática, do tipo material, cujo desiderato

¹⁰ Tal como igualmente o fizeram GIULIANI; PICARDI, *La responsabilità...*, prólogo, p. XII.

¹¹ Nessa quadra, a missão dos juízes reduz-se a de “oráculo da lei”, conforme BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 114.

¹² ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, p. 167 et seq.

precípua está em alcançar a justiça no caso concreto sob discussão¹³, pautando-se o discurso e legitimando-se a decisão pela observância e promoção dos direitos fundamentais (tanto materiais como processuais)¹⁴. No plano da ética, a colaboração entre aqueles que participam do processo pressupõe absoluta e recíproca lealdade entre as partes e o juízo, entre o juízo e as partes a fim de que se alcance a maior aproximação possível da verdade, tornando-se a boa-fé pauta-de-conduta principal no processo civil do Estado Constitucional¹⁵.

Na terceira parte, posto o esteio teórico do processo civil cooperativo, procura-se lançar as bases de seu formalismo mais elementar, postando-as em conformidade com as necessidades ditadas pelo formalismo-valorativo.

Com essa finalidade, as fases do procedimento e as atividades que se desenvolvem em cada uma dessas etapas são analisadas, sendo esse o seu eixo metodológico. Parte-se do pressuposto de que é evidente que, dentro das coordenadas do formalismo-valorativo, do processo civil de corte cooperativo, o formalismo processual tem de ser reorganizado a fim de que o processo possa levar a cabo a sua vocação de ponto de encontro de direitos fundamentais, propiciando uma tutela jurisdicional justa e efetiva¹⁶. Nessa senda, tendo como pano-de-fundo o método do formalismo-valorativo e o dever de colaboração que esse impõe, a tese examina a formação e a estabilização do objeto litigioso do processo, a organização do processo, tanto na sua dimensão retrospectiva como prospectiva, a decisão da causa, a concretização dessa e o direito recursal, tudo com o desiderato de fazer com que o processo civil contemporâneo tenha reais condições de propiciar soluções justas, norte inarredável do processo civil no Estado Constitucional.

¹³ Finalidade central do processo civil no marco teórico do formalismo-valorativo, conforme ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 12

¹⁴ Conforme MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 65-66.

¹⁵ Conforme ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 255; ALVARO DE OLIVEIRA, O processo civil..., 2004, p. 11.

¹⁶ Tendo em conta mesmo que o direito ao processo, à tutela jurisdicional, não pode ser compreendido senão como um direito a uma proteção judicial efetiva, sendo essa a sua essência, conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 472.

PARTE I – PROCESSO CIVIL E ESTADO CONSTITUCIONAL

1 O Processo como Fenômeno Cultural. O Direito como Manifestação da Cultura. As Fases Metodológicas do Direito Processual Civil como Expressão de sua Matriz Cultural

Ao apresentar o Projeto do Código de Processo Civil de 1973, expondo-lhe os motivos, Alfredo Buzaid asseverava que a elaboração de um Código de Processo encerra uma empresa “eminente técnica”¹⁷. Em outra oportunidade, ao girar as linhas fundamentais de nosso Código, em conferência na Universidade de Keyo, Buzaid fora mesmo mais enfático: o “processo civil é uma instituição técnica”¹⁸. Ressai de logo, nessas assertivas, o espírito de toda uma época: o processualismo científico, de início incontestável em Oskar Bülow, no final do século XIX¹⁹, parcialmente sistematizado ainda àquele tempo por Adolf Wach²⁰, desembarcado no Brasil pela mão da Escola Italiana do século XX, cujo mestre maior fora Giuseppe Chiovenda²¹, trazido na bagagem de seu discípulo Enrico Tullio Liebman²².

Não se mostra difícil associar o intento de Buzaid ao de Chiovenda, que, no início do século XX, postulava a assimilação do direito processual civil germânico e

¹⁷ BUZAID, Alfredo. *Projeto do Código de Processo Civil de 1973: exposição de motivos*. Brasília, 1972, n. 5.

¹⁸ BUZAID, Alfredo. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil Brasileiro. In: ESTUDOS e pareceres de direito processual civil, com notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

¹⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Evolución de la doctrina procesal” In: ESTUDIOS de teoría general e historia del proceso (1945-1972). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, v. 2, p. 308. Alude Niceto à conhecidíssima obra de BÜLOW, Oskar. *Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen*. Giessen: Emil Roth, 1868 (há versão em língua espanhola, BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964).

²⁰ Notadamente em seu *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, tomo I (único publicado – há versão em língua espanhola, WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1977, v.1, v. 2).

²¹ “Fundador da nova escola processual italiana”, como observa BUZAID, Alfredo. Introdução. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. VII.

²² Consoante atesta, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 1, p. 271.

austríaco na Itália²³. Surpreende-se, subjacente a esse modo de pensar o direito processual civil, a mesma idéia-central: o processo como fenômeno técnico, como algo em larga medida independente de fatores culturais²⁴.

Não nos parece essa, no entanto, a melhor compreensão do tema. Certo, inequivocamente o direito processual civil contém uma estruturação técnica²⁵; essa constatação, no entanto, não elide o caráter cultural do próprio formalismo do processo²⁶, viés que acaba condicionando a eleição deste ou daquele caminho a seguir na organização do tecido processual²⁷. O direito processual civil não escapa à sorte do direito em geral: compete à autonomia do humano, sendo fruto dessa percepção de mundo²⁸.

Embora a impositação que ora se faz, ensartando o direito em geral e o processo civil em especial como fenômenos culturais seja algo menos que óbvia

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. Del sistema negli studi del processo civile. In: SAGGI di diritto processuale civile (1894-1937). Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 229. Anote-se que esse estudo fora publicado, pela vez primeira, em 1908.

²⁴ Nada obstante abaixo dessa aparente neutralidade técnica movessem-se graves motivações políticas (e, pois, culturais), conforme TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo: per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, especialmente p. 43 et seq.; TARELLO, Giovanni. L' opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale. In: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 109-214. As observações de Tarello quanto ao papel de Chiovenda na história do direito processual civil italiano, de resto, foram vivamente criticadas por LIEBMAN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica manipolata. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1974, p. 100 et seq., especialmente p. 122-123.

²⁵ DINAMARCO, *Instituições...*, v. 1, p. 58.

²⁶ A expressão “formalismo do processo”, no texto, está sendo utilizada no sentido de formalismo ou forma em sentido amplo, portanto, como algo que abrange “a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”, investindo-se, assim, na “tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”, com o que “contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento” (conforme ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 6-7).

²⁷ *Ibidem*, p. 73-76. Sobre as relações entre processo e cultura, ainda, MITIDIERO, *Elementos...*, p. 11-16.

²⁸ Conforme, para o direito em geral, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, p. 47; HORN, Norbert *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Tradução Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 74-77; para o direito processual civil em particular, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 192-219; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20-21; LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, 1961, p. 74.

hoje, a ponto mesmo de autorizada doutrina colocar como uma das características incontroversas do direito atual a sua humanidade²⁹, certo é que a discussão a respeito do tema se coloca se tivermos presente a perspectiva histórica do problema. Com efeito, a quem tenha se interessado compreender o direito a partir da filosofia do século XVII decerto não parecerá completamente despicienda uma justificação algo mais delongada a respeito dessa nossa assertiva.

A partir do século XVII, como é notório, fixa-se o paradigma científico da modernidade³⁰, ficando-se aí a contraposição entre ciências naturais e ciências culturais ou, como às vezes igualmente se alude, entre ciências técnicas e ciências culturais (no fundo, contraposição entre natureza e pessoa humana³¹), ainda hoje normalmente utilizada³². A ciência está onde há exatidão e certeza, onde há mensurabilidade³³, sendo protótipo do saber científico as ciências da natureza, como, por excelência, a matemática³⁴.

Nessa quadra, o direito vai adquirindo uma feição cada vez mais técnica com o correr da história, afeiçoando-se lentamente às ciências de pesar e contar; vale dizer, vai matematizando-se, orientando-se para um discurso natural e técnico³⁵. Essa inclinação histórica inicia com Althusius, já no século XVII, cujo intento central estava em aplicar ao direito a lógica de Pierre de la Ramée – com o que pretendeu construir um sistema coerente para o direito, ordenando os conceitos essenciais ao trato do fenômeno jurídico³⁶. Essa empreitada preparou o caminho para, logo em seguida, os cartesianos deduzirem todo o direito de axiomas³⁷. Daí para a

²⁹ Por todos, FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto di diritto*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 492.

³⁰ Michel Villey, a propósito do século XVII, fala mesmo em “nascimento” da ciência moderna, conforme VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 586.

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed.. Porto: Edições Afrontamento, 2002, p. 12.

³² Vide, por exemplo, a referência em HÄBERLE, Peter. *Constitución como fenómeno cultural*. In: *CONSTITUCIÓN como cultura*. Tradução Ana Maria Montoya. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002, p. 63.

³³ VILLEY, op. cit., p. 588.

³⁴ SANTOS, op. cit., p. 14-15.

³⁵ BAPTISTA DA SILVA, *Processo...*, p. 58.

³⁶ VILLEY, op. cit., p. 622.

³⁷ *Ibidem*, p. 622. Para uma análise das conseqüências do pensamento de Althusius especificamente para o direito processual civil, consulte-se PICARDI, Nicola. I – *Processo Civile: c) Diritto Moderno*. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 106, v. 36, et seq.

“genealogia dos conceitos”, de Puchta, em pleno século XIX, em que se procurou organizar o direito como uma “pirâmide de conceitos” não há qualquer ruptura³⁸.

A compreensão do direito como um conjunto de normas formais e abstratas, deduzidas conceitualmente, teve como conseguinte a sua própria colocação fora do âmbito cultural. O fenômeno jurídico (seus problemas e suas respectivas soluções) acabou congelado no tempo e desligado da realidade social. Nenhuma surpresa, portanto, que já se tenha observado que essa maneira de pensar tenha levado a um inevitável “alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito”³⁹.

Daí por que, quando hoje se afirma o caráter cultural do direito, sublinham-se justamente as características de humanidade, socialidade e normatividade do jurídico, frisando-se a gênese axiológica e cultural de nossa ciência⁴⁰. A ligação entre sistema cultural e sistema jurídico é hoje insuprimível do horizonte do jurista⁴¹.

De outro lado, o próprio conceito de cultura reclama uma maior precisão.

Já se observou que “é difícil escapar à conclusão de que a palavra ‘cultura’ é ao mesmo tempo ampla demais e restrita demais para que seja de muita utilidade”⁴². Nada obstante, à guisa de outorgar-lhe contornos menos fluidos, é possível reconhecer ao menos dois significados básicos que normalmente se lhe imputam: o de *cultura animi* e o de civilidade⁴³.

No primeiro sentido, normalmente associado à Antiguidade Grega, reconhece-se ao termo cultura a própria educação do indivíduo dentro das

³⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego, 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 23.

³⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução António Hespanha. 2. ed.. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 458.

⁴⁰ FALZEA, *Introduzione...*, p. 492.

⁴¹ FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. In: RICERCHE di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Milano: Giuffrè, 1999, p. 189-219.

⁴² EAGLETON, Terry. *A idéia de cultura*. Tradução Sandra Castello Branco e revisão técnica de Cezar Mortari. São Paulo: Editora Unesp, 2005, p. 51.

⁴³ FALZEA, Sistema..., p. 189; na doutrina brasileira, Miguel Reale igualmente parte de semelhantes acepções do termo cultura (uma pessoal, subjetiva, e outra social, objetiva) para explicá-la (conforme REALE, Miguel. Conceito de cultura: seus temas fundamentais. In: PARADIGMAS da cultura contemporânea. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3).

disciplinas superiores (por exemplo, a filosofia), o seu refinamento e o desenvolvimento das suas capacidades intelectuais e morais. A tônica dessa acepção de cultura vai posta no indivíduo, embora a *polis* e a *civitas* constituam o local em que se manifesta e realiza-se a cultura individual (aspecto social do conceito)⁴⁴. No segundo, a palavra cultura exprime uma idéia mais coletiva, social, transindividual, identificando-se com determinados estágios de evolução dessa ou daquela sociedade (ou mesmo com o seu progressivo desenvolvimento), aparecendo essa maneira de compreender o tema principalmente a partir do século XVIII⁴⁵. O aspecto social cobra, pois, destaque. Em ambos sentidos, contudo, aparece o termo marcado pela especificidade humana.

Interessa notar, nesse particular, que a dupla acepção do termo contribui para explicar o direito como um produto cultural, como algo inerente aos domínios da cultura. A partir da idéia de cultura como *cultura animi* explica-se a ligação entre cultura e espiritualidade (entrando em cena a pessoa, considerada individualmente), servindo a sua compreensão como civilidade para convocar à baila o elemento social, bem marcando os laços entre espiritualidade e sociedade⁴⁶. Aparece, então, a idéia de cultura como algo que espiritualiza a vida social⁴⁷, bem apontando os nexos indelévels existentes entre a cultura e o tipo de vida levado por determinada agremiação de pessoas, fundado em valores comuns⁴⁸. A cultura, nessa perspectiva, realiza os valores sociais⁴⁹.

Segue-se daí que o direito, com as suas características de humanidade e de socialidade, pode ser imposto como um autêntico produto cultural, entendida a cultura como a espiritualidade inerente à realidade humana socialmente considerada⁵⁰. Dentre todas as manifestações da cultura, o direito é fruto da cultura positiva, isto é, da cultura encarnada em comportamentos sociais reconduzíveis aos valores que caracterizam determinado contexto histórico⁵¹.

⁴⁴ FALZEA, Sistema..., p. 189-190.

⁴⁵ Ibidem, p. 190-191.

⁴⁶ Ibidem, p. 195.

⁴⁷ Ibidem, p. 196.

⁴⁸ Ibidem, p. 197.

⁴⁹ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Almedina, 2001, p. 184.

⁵⁰ FALZEA, op. cit., p. 198-199.

⁵¹ Ibidem, p. 198-205.

De curial, nessa quadra, que o direito processual civil tenha experimentado diferentes perspectivas metodológicas, já que toda experiência nesse fecundo campo encerra um modo de ver e trabalhar com o processo, evidentemente condicionada à cultura social historicamente considerada⁵², já que essa opera mesmo como uma “lente através da qual o homem vê o mundo”⁵³. Não constitui privilégio do direito processual civil, a propósito, essa evolução metodológica, dado facilmente comprovável no rápido e livre compulsar da bibliografia sobre outros ramos jurídicos⁵⁴.

Em termos de fases metodológicas, alinham-se quatro grandes linhas atinentes ao direito processual civil: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo⁵⁵. A existência dessas diferentes formas de pensar o processo civil, aliás, já indicam o alto grau de comprometimento existente entre cultura e processo, autorizando a impositação deste como um fenômeno eminentemente cultural.

O praxismo corresponde à pré-história do direito processual civil, tempo em que se aludia ao processo como “*procedura*” e não ainda como “*diritto processual civile*”⁵⁶. Época, com efeito, em que não se vislumbrava o processo como um ramo

⁵² FAZZALARI, Elio. L' esperienza del processo nella cultura contemporanea. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1965, p. 29; BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee. Tradução Corrado Ferri. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1972, p. 253. Nesse sentido, o processo pode ser encarado como uma espécie de “sismógrafo, um aparelho de grande precisão, capaz de registrar, a distância, os mínimos movimentos e deslocamentos das camadas de terreno mais profundas no subsolo da vida social”, conforme a sugestiva imagem de MONCADA, Luís Cabral de. O processo civil perante a filosofia do direito. In: ESTUDOS de filosofia do direito e do estado. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004, v. 2, p. 167-168.

⁵³ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 19. ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 67.

⁵⁴ Apenas à guisa de exemplificação, tomemos o direito privado, conforme IRTI, Natalino. Codice civile e plusvalore politico. In: CODICE civile e società politica. 7. ed. Roma: Laterza, 2005, p. 5-18; MARTINS-COSTA, Judith. Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história. In: DIRETRIZES teóricas do novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 169 et seq., em co-autoria com BRANCO, Gerson Luiz Carlos; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25 et seq.

⁵⁵ Desenvolvemos de maneira mais detida, portanto, ponto-de-vista trabalhado em estudo anterior, em que aludíamos apenas ao praxismo, ao processualismo e ao formalismo-valorativo, vide MITIDIERO, *Elementos...*, p. 16 et seq.

⁵⁶ A contraposição vem indicada, por exemplo, em SATTA, Salvatore. Diritto processuale civile. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1964, v. 12, p. 1101.

autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material⁵⁷. Direito adjetivo, pois, que só ostentava existência útil se ligado ao direito substantivo⁵⁸.

Leciona-se que no período sincretista do direito processual civil (que denominamos de praxista), “os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório)”⁵⁹. A jurisdição era encarada como um sistema posto para tutela dos direitos subjetivos particulares, sendo essa a sua finalidade precípua; a “ação” era compreendida como

⁵⁷ Sintomática dessa orientação, a propósito, a impositação que o direito processual civil merecia nos livros jurídicos de então: sirva de exemplo, consoante aponta Riccardo Orestano, as pandectas de Thibaut, que até a sétima edição, datada de 1828, incluíam uma ampla exposição do direito processual civil em seu terceiro volume (conforme ORESTANO, Ricardo. *Azione: I – l'azione in generale: a) storia del problema*. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1959, v. 4, p. 790).

⁵⁸ A respeito do ponto, a acertada crítica de Galeno Lacerda: “erro arraigado, cometido até por autores de tomo, consiste em definir o direito processual como direito adjetivo, ou como direito formal. O primeiro, de impropriedade manifesta, legou-nos Bentham. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade. Se não é qualidade, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria. A toda evidência, processo não significa forma do direito material. Aqui, o erro provém de indevida aplicação aos dois ramos do direito das noções metafísicas de matéria e forma, como conceito complementares. Definidas as normas fundamentais, reguladoras das relações jurídicas, como direito material, ao direito disciplinador do processo outra qualificação não restaria senão a de formal. O paralelo se revela primário em seu simplismo sofisticado. O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não é direito material – direito formal e sim, direito material – direito instrumental. Isto porque instrumento, como ente *a se*, possui matéria e formas próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita material, sobre a qual opera” (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 8, t. 1, p. 23-24). A despeito, alguns processualistas portugueses ainda hoje insistem em considerar o processo civil como um “direito adjetivo”, como, entre outros, FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 8; AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16; outros, no entanto, rejeitam a terminologia, preferindo aludir ao direito processual civil como um “direito instrumental”, como SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*. Lisboa: Lex, 1993, p. 35-36; MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 4. ed.. Coimbra: Almedina, 2002, p. 14-15.

⁵⁹ DINAMARCO, *Instituições...*, v. 1, p. 255.

um desdobramento do direito subjetivo⁶⁰ e o processo como simples procedimento⁶¹. O clima privatista do direito material apanhava em cheio o direito processual, engastando-o no mesmo plano⁶².

A dissociação operada entre o direito material e o direito processual fora uma empresa de todo moderna⁶³, devida fundamentalmente à processualística alemã da segunda metade do século XIX. O praxismo, com o seu iniludível estado de confusão entre direito e processo, perde espaço para um tratamento científico do direito processual civil, sendo precisamente aí fundada a nova ciência.

O processualismo, deveras, nasce com o conceito de relação jurídica processual, sendo esse o objeto da ciência processual⁶⁴. A partir daí, a tarefa da doutrina cifra-se à racional construção do arcabouço de conceitos do direito processual civil. Não por acaso, pois, aponta-se como marco inicial do processo civil o direito racional, presidido pelas altas e abstratas idéias inerentes ao clima científico

⁶⁰ Sobre as teorias da ação, tema que ora evidentemente desborda de nossa análise, consulte-se a coletânea de ensaios AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, que conta com ensaios de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero, Fábio Cardoso Machado, Gabriel Pintaúde, Guilherme Rizzo Amaral, Hermes Zaneti Júnior, Luiz Guilherme Marinoni e Ovídio Araújo Baptista da Silva; vide, ainda, os nossos MITIDIERO, Daniel. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2004, p. 63 et seq., MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, tomo I, p. 66 et seq.; MITIDIERO, *Elementos...*, p. 90 et seq.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* 8. ed.. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18.

⁶² É lugar-comum, a propósito, qualificar o direito judiciário civil do início do século XIX como um direito altamente “privatista e individualista”, justamente pelo seu íntimo relacionamento com o direito material (CAPPELLETTI, Mauro. *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*. In: GIUSTIZIA e società. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 32). Daí, aliás, a predominância do princípio dispositivo (ou dispositivo em sentido formal, CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1962, v. 1, p. 353-365) na estruturação do processo de então (NASI, Antonio. *Disposizione del diritto e azione dispositiva: contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1965, p. 7 et seq.), altamente liberal (TARELLO, Il problema..., p. 42-43).

⁶³ Como observa, entre outros, GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 232, nota de rodapé n. 1.

⁶⁴ Com efeito, a obra de BÜLOW, *La teoria...*, é tida como a “certidão de nascimento do direito processual civil” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. 1, p. 258). Anote-se, contudo que antes de Bülow a doutrina já esboçava a compreensão do processo como relação jurídica. Com efeito, a idéia de que o processo é uma relação jurídica veio de Hegel, sendo lembrada mais tarde por Bethmann-Holweg para só então ser trabalhada por Bülow (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo III, p. 435).

da modernidade⁶⁵, nem pode surpreender que já se tenha identificado na produção intelectual de Chiovenda um mentalismo conceitual exarcebado⁶⁶, já que o “doutrinarismo”⁶⁷ dominou mesmo os primeiros tempos da história do direito processual civil⁶⁸ (o que se deu, vale frisar, por absoluta necessidade, porque se tratava de fundar uma nova ciência, surgindo então a necessidade de se forjar todos os instrumentos conceituais necessários a tal intento).

As grandes linhas do direito processual civil enquanto disciplina autônoma foram traçadas no processualismo, também por isso normalmente chamado de período “conceitualista” ou “autonomista”⁶⁹. As discussões inerentes à “ação”, verdadeiro pólo metodológico da nova ciência⁷⁰, e à caracterização de inúmeros outros institutos do processo civil (atos processuais, litispendência, eficácia de sentença, coisa julgada *et coetera*) dominou a atenção dos processualistas, crenes de que estavam a praticar uma ciência pura⁷¹, de toda infensa a valores – uma ciência, enfim, eminentemente técnica⁷² (o nosso Código de Processo Civil, a propósito, é fruto eloqüente dessa postura científica⁷³).

Com a obra de Oskar Bülow, e a partir dela, o processo deixa de ser mero procedimento, convertendo-se na abstrata relação jurídica, que obedece a pressupostos próprios de existência e validade⁷⁴. A jurisdição assume a condição de poder vocacionado já não mais à tutela dos direitos subjetivos, acometendo-se-lhe a

⁶⁵ NÖRR, Knut Wolfgang. Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale. Tradução Rosaria Giordano. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 2004, p. 2.

⁶⁶ TARELLO, Giovanni. Quattro buoni giuristi per una cattiva azione. In: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 243-246.

⁶⁷ Tal é a feliz e eloqüente expressão de CHIARLONI, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli, 1975, p. 8.

⁶⁸ Assertiva que de modo nenhum pode ser motivo de assombro: o pano-de-fundo teórico-jurídico do século XIX, com o seu positivismo e o seu formalismo exarcebados, apontava mesmo para a tendência de tratar-se o direito, de um modo geral, como “um puro jogo de conceitos, manobrados por uma lógica exclusivamente formal e abstrata” (MONCADA, O processo..., v. 2, p. 172).

⁶⁹ DINAMARCO, *Instituições...*, v. 1, p. 255.

⁷⁰ FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall azione al processo (1864-1994). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1994, p. 911.

⁷¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 33, 1985, p. 79.

⁷² Portanto, despolitizada (conforme TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 16), reduzindo os seus operadores a verdadeiros “escravos do poder” (consoante BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição...*, p. 219).

⁷³ MITIDIERO, *Elementos...*, p. 37-38.

⁷⁴ BÜLOW, *La teoría...*, p.1-4.

função de realizar o direito objetivo estatal e pacificar a sociedade⁷⁵. A ação deixa de ser compreendida como um apêndice do direito material, passando a representar um direito público subjetivo autônomo de ir a juízo e lograr sentença⁷⁶. Nega-se, portanto, toda a perspectiva metodológica do praxismo: o direito judiciário converte-se em direito processual – passa-se de uma “*procedura*”, de inspiração privatista, para um “*diritto processuale*”, de veio publicístico.

É claro, porém, que esse clima processualista acabou por isolar em demasiado o direito processual civil do direito material e da realidade social. Paulatinamente, o processo passa a perder o seu contato com os valores sociais. Quanto mais precisos ficavam os seus conceitos, quanto mais elaboradas as suas teorias, mais o processo se distanciava de suas finalidades essenciais⁷⁷.

Ganha consistência, então, a idéia de que o direito processual civil, sem se descuidar de sua dogmática, já conquistada, deve ser encarado, precipuamente, como um instrumento a serviço do direito material, atento às necessidades sociais e políticas de seu tempo. Exsurge, portanto, a perspectiva instrumentalista do direito processual civil, cujo arauto maior, no Brasil, veio a ser Cândido Rangel Dinamarco⁷⁸.

Constitui mérito inolvidável da obra de Cândido Rangel Dinamarco a superação, em larga escala, da perspectiva puramente técnica do direito processual

⁷⁵ WACH, *Manual...*, v. 1 p. 24, entre nós, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo I, p. XVIII.

⁷⁶ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed.. Buenos Aires: Depalma, 1969, p. 57.

⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 17.

⁷⁸ DINAMARCO, *A instrumentalidade...* Anote-se, por oportuno, que a primeira edição da obra é de 1987. A bem da realidade, a preocupação com a instrumentalidade do processo pode ser sentida muito antes da aludida obra de Dinamarco em ensaios seminais de Galeno Lacerda (como, por exemplo, LACERDA, Galeno. O código como sistema de adequação legal do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 1976, p. 161-170; LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, p. 7-14, 1983). A ele, aliás, ao que se saiba, coube a primazia com o trato do tema na doutrina brasileira (rigorosamente, além dos ensaios antes lembrados, já em sua clássica tese de cátedra, publicada pela vez primeira em 1953, Galeno Lacerda preocupava-se com o tema da instrumentalidade do processo; apenas, na oportunidade, aludia à “função de economia do processo” para designar aquilo que a doutrina, posteriormente, passou a identificar com a idéia de instrumentalidade, conforme LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 5-6). O papel de destaque que se dá a Dinamarco nesse campo deve-se, no entanto, ao fato de, a partir dele, a idéia de “instrumentalidade” ter ganhado foros de idéia-síntese de Escola.

civil. A negação do caráter puramente técnico do processo, aliás, perpassa e informa toda a sua obra de cátedra, como não deixou o próprio Autor de registrar certa feita⁷⁹.

A perspectiva instrumentalista do processo assume o processo civil como um sistema que têm escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, rompendo com a idéia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno⁸⁰. Em termos sociais, o processo serve para persecução da paz social e para educação do povo⁸¹; no campo político, o processo afirma-se como um espaço para afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para participação dos atores sociais⁸²; no âmbito jurídico, finalmente, ao processo confia-se a missão de concretizar a “vontade concreta do direito”⁸³.

Essa nova postura conceitual pressupõe a relativização do binômio direito material e processo⁸⁴, uma maior interação entre a Constituição e o direito processual civil⁸⁵ e a colocação da jurisdição como instituto-centro do sistema processual⁸⁶. Processo como instrumento mais aderente ao direito material, de matriz constitucional e com a jurisdição posta como novo pólo metodológico do direito processual civil.

Quanto às relações entre direito e processo, semelhante doutrina, sem deixar de reconhecer e problematizar a existência de “pontos de estrangulamento” no binômio direito-processo⁸⁷, opta firmemente pela teoria dualista do ordenamento jurídico (ou “declarativa”, como grifa o próprio Autor) em detrimento da teoria unitária (ou “constitutiva”)⁸⁸. Faz ponto-firme de sua tomada de posição ao afirmar, por exemplo, que “a atividade declaratória do juiz constitui exercício de típica função

⁷⁹ DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 212, nota de rodapé n. 16.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 153-154.

⁸¹ *Ibidem*, p. 159-167.

⁸² *Ibidem*, p. 168-176.

⁸³ *Ibidem*, p. 209-218.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 181 et seq.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 24-30.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 77-82.

⁸⁷ Notadamente, três pontos de estrangulamento: condições da ação, disciplina da prova e disciplina da responsabilidade patrimonial, *Ibidem*, p. 183.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 189 et seq.

reveladora”⁸⁹. De conseguinte, analisando as relações entre o órgão jurisdicional e o direito material, ainda na perspectiva das relações entre direito e processo, assevera que “o clima de legalidade ditado constitucionalmente no Estado-de-direito repele a institucionalização de sentenças *contra legem*, ainda que ‘a lei vigente conduza a resultados viciados ou injustos’”⁹⁰. A mesma solução calha para pautar as relações entre o juiz e o direito processual: “a manutenção do clima de segurança exige também o respeito à legalidade no trato *do processo* pelo juiz”⁹¹.

No plano das relações entre processo e Constituição, ressalta-se a existência do “direito processual constitucional”⁹², que constitui a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”⁹³. Essa colocação metodológica revela ao processualista “dois sentidos vetoriais” em que se podem sentir as relações entre processo e Constituição: de um lado, na via Constituição-processo, “tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional”⁹⁴; de outro, na perspectiva processo-Constituição, “a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição”⁹⁵.

No que concerne, finalmente, à impositação da jurisdição como elemento central da teoria processual, assevera-se que não se pode mais colocar a ação como pólo metodológico do direito processual, na medida em que tal orientação revela uma postura “individualista e restrita ao processo civil”⁹⁶, não levando em linha de conta a teoria geral do processo. Ainda, sustenta-se, tampouco se pode guindar o processo à dignidade de instituto-chave do direito processual, porque esse “não é fonte substancial de emanção e alvo de convergência das idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual”⁹⁷. Para essa visão, o

⁸⁹ DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 194.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 199.

⁹¹ *Ibidem*, p. 200.

⁹² *Ibidem*, p. 24.

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel *Teoria geral do processo*. 15. ed.. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 79.

⁹⁴ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 25.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 79.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 79.

processo, ademais, não pode ser encarado como pólo atrativo dos demais institutos de direito processual⁹⁸, porquanto “marcadamente formal”, trazendo “profunda e indisfarçável marca de formalismo”. Portanto, a jurisdição ocupa o lugar de destaque na teoria do processo, haja vista que essa constitui uma manifestação do poder estatal exercido pelos juízes para consecução dos fins do próprio Estado⁹⁹.

É fecunda, indubitavelmente, a abertura do processo, no concernente aos seus escopos, para além do desiderato jurídico, proposta certa e atilada do instrumentalismo. O que se pode hoje, todavia, colocar em xeque, é a maneira como se articulam as soluções dos problemas atinentes às relações entre o direito material e o direito processual, entre o processo civil e a Constituição e a colocação da jurisdição no centro da teoria do direito processual civil.

Com efeito, sem negar a teoria dualista do ordenamento jurídico¹⁰⁰, não se pode mais afirmar que à jurisdição cumpra tão-somente uma função declaratória da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador. A revolução hermenêutica da

⁹⁸ DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 79.

⁹⁹ Consoante Dinamarco, “mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) –, sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. Prestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder para caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes), seja para ditar condições, limites e formas do exercício do poder. Em torno deste, portanto (no caso, em torno da jurisdição), é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina. Porque os órgãos que exercem o poder *sub specie jurisdictionis* são inertes, é necessária a provocação do interessado: e por isso é que o ordenamento jurídico institui e modela a ação, como poder de exigir do Estado o exercício da jurisdição. Porque o exercício acabado da jurisdição projetará efeitos sobre a esfera jurídica de pelo menos duas pessoas, é natural que a ambas seja dada oportunidade de influir participando: e daí a consagração da *defesa* como instituto fundamental, sendo garantida constitucionalmente com referência a qualquer processo. Porque o exercício desses três poderes não pode ser desordenado, nem arbitrário o da jurisdição, nem ilimitado qualquer deles, é preciso um plano para a sua coordenação: e tal é o procedimento ditado em lei e que, para cumprimento da regra constitucional do contraditório, assenta sobre as situações jurídicas ativas e passivas integrantes de uma relação jurídica de direito público (é o *processo*, em sua estrutura complexa). Como se vê, da visão publicista da ordem processual, a partir de seus objetivos e inserção no sistema político-jurídico da nação, deflui com muita naturalidade a jurisdição ao centro” (Ibidem, p. 77-78).

¹⁰⁰ Contra, formulando interessante e profunda proposta monista do ordenamento jurídico, RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.

segunda metade do século XX¹⁰¹, a propósito, confirma com folga o predito. Diga-se o mesmo das lições de nossa doutrina no sentido de que o juiz oferece ao mundo sempre algo de novo, sempre a reconstrução da ordem jurídica mercê do diálogo judiciário, gravada pelo selo da imperatividade da jurisdição¹⁰².

Na mesma senda, igualmente não se pode mais afirmar que o juiz, diante do direito material e do direito processual, encontra-se atado a uma pauta de legalidade. A pauta do direito contemporâneo é a juridicidade, que aponta

¹⁰¹ À frente, GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer e revisão de Ênio Paulo Giachini. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, v. 1, p. 482 et seq. Para um diálogo entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria do direito, consulte-se, entre outros, na doutrina brasileira, GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 108-113; STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 135 et seq.; na doutrina italiana, ZACCARIA, Giuseppe. *L'arte dell'interpretazione: saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padova: Cedam, 1990, p. 71-118.

¹⁰² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 50-51: “deve-se atentar em que o direito material constitui a matéria-prima com que irá trabalhar o juiz, mas sob uma luz necessariamente diversa. O resultado desse trabalho, que é a tutela jurisdicional, refletida na eficácia da sentença, já não apresenta o direito material em estado puro, mas transformado, em outro nível qualitativo. O provimento jurisdicional, embora certamente se apóie no direito material, apresenta outra força, outra eficácia, e com aquele não se confunde, porque, além de constituir resultado de trabalho de reconstrução e até de criação por parte do órgão judicial, exibe o selo da autoridade estatal, proferida a decisão com as garantias do devido processo legal”; BAPTISTA DA SILVA, *Processo e...*, p. 26-27: “este modo de compreender o fenômeno jurídico [refere-se Ovídio, fundamentalmente, à geometrização do direito] tornou-se anacrônico. Hoje ninguém mais duvida de que o processo não tenha por finalidade produzir verdades e que a lei admite duas ou mais soluções legítimas, como já proclamara Kelsen. Depois de haver François Géný, nos albores do século XX, denunciado a ilusão de imaginar a lei como um ‘sistema dotado de exatidão matemática’, ou de advertir Goldschmidt que a futura sentença nada mais é do que um ‘prognóstico’ que perdurará como simples prognóstico até que se conheça seu conteúdo, depois de Chaïm Perelman investir-se na condição de um Aristóteles moderno, construindo a ‘nova retórica’, ou de Theodor Viehweg recuperar a tópica aristotélica e de Luis Recasens Siches postular para a interpretação jurídica o ‘logos de lo humano’ ou de ‘lo razonable’, ou depois de Josef Esser – para citar apenas alguns dos mais expressivos do moderno pensamento jurídico – haver transferido para o Direito as proposições básicas de Gadamer; afinal, depois de tudo o que apreendemos com o chamado realismo americano – nosso sistema permanece petrificado, na suposição de que juízes continuam irresponsáveis, enquanto a ‘boca da lei’, como desejava o aristocrático Montesquieu, e de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a ‘vontade concreta da lei’ (Chiovenda)”; ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual) In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196; KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13-82; na doutrina italiana, ainda, FAZZALARI, Elio. Sentenza. II: sentenza civile. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1989, v. 41, p. 1251.

automaticamente à idéia de justiça¹⁰³, a qual forma o substrato material, ao lado da constitucionalidade e dos direitos fundamentais, do Estado Constitucional¹⁰⁴. Ao juiz não é dado conformar-se com eventuais soluções injustas ditadas pela legislação infraconstitucional, a pretexto de estar simplesmente a cumprir a lei, circunstância que diz respeito tanto ao direito material como ao direito processual. O advento do Estado Constitucional repele esse eventual conformismo¹⁰⁵ – a propósito, essa sadia irresignação com as soluções injustas vai deveras potencializada no sistema jurídico brasileiro mercê do nosso controle difuso de constitucionalidade e da necessidade de uma incessante interpretação conforme aos direitos fundamentais¹⁰⁶, instrumentos fundamentais para construção, em concreto, de um processo verdadeiramente justo.

No que tange ao direito material, registra-se que “o direito é círculo maior a ultrapassar a mera regra de lei”¹⁰⁷. Nesse sentido, a “decisão judicial pode revestir características *praeter legem* e eventualmente até *contra legem*. Nunca porém contrária ao *Direito*”¹⁰⁸. Solução, de resto, absolutamente afinada com a profícua preocupação da teoria do direito e da filosofia do direito contemporâneas com a justiça das decisões judiciais¹⁰⁹. Conforme, ademais, ao desiderato maior que se assinala hodiernamente ao processo civil, vocacionado à busca pela justiça do caso concreto¹¹⁰.

Outra solução não se oferece ao problema quando se passa a analisá-lo na perspectiva do direito processual. A observância do simples processo legal cede às exigências do devido processo constitucional. O fato de este encontrar-se em

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 239-241.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 239.

¹⁰⁵ Sobre o impacto do advento do Estado Constitucional, consulte-se, por todos, ZAGREBELSKY, // *diritto...*, p. 20 et seq.

¹⁰⁶ MARINONI, A jurisdição..., p. 13-66.

¹⁰⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 215.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 215.

¹⁰⁹ Conforme, na teoria do direito, LARENZ, *Metodologia...*, p. 190-201; no âmbito da filosofia do direito, VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito. os meios do direito*. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar e revisão de Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 51 et seq. Na doutrina brasileira, Juarez Freitas alude mesmo à “máxima justiça possível” como sendo o resultado ideal da interpretação do direito (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140 et seq.)

¹¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 214. Nesse mesmo sentido, ainda, consulte-se CORAZZA, Sérgio. Sobreprincípio da máxima de justiça. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 40, p. 396-426, 2006.

permanente construção ante as necessidades evidenciadas pela riqueza inesgotável dos casos concretos, registrado pela doutrina¹¹¹, impede de acorrentá-lo, sempre e aprioristicamente, a prévias e abstratas soluções legais (infraconstitucionais). Vários exemplos dessa eventual inadequação do abstrato e prévio, ademais, já foram anteriormente bem trabalhados pela doutrina¹¹².

O relacionamento entre o direito processual civil e o direito constitucional, de seu turno, também evoluiu sensivelmente. Para além da tutela constitucional do processo (constitucionalização das normas jurídicas fundamentais de processo) e da jurisdição constitucional, importa observar a incorporação, no âmbito do direito processual civil, do modo-de-pensar constitucional, com inequívoco destaque para o incremento teórico propiciado pela nova teoria das normas¹¹³ e para o processo civil encarado na perspectiva dos direitos fundamentais¹¹⁴. Com efeito, enquanto a primeira constitucionalização do processo teve por desiderato incorporar normas processuais na Constituição, a segunda, própria de nosso tempo, visa a atualizar o discurso processual civil com normas tipo-princípios e tipo-postulados, além de empregar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais para solução dos mais variegados problemas de ordem processual.

Em termos de metódica constitucional, o Estado Constitucional aportou para o direito em geral o modo de pensar por princípios, o “*diritto per principi*”¹¹⁵, o que, inclusive, fez o direito voltar a ser encarado como “*juris prudentia*” e não mais tão-

¹¹¹ Na doutrina brasileira, FLACH, Daisson. Processo e realização constitucional: a construção do devido processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coord.) *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 11-30; na doutrina italiana, VERDE, Giovanni. Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 2000, p. 308. Para um maior detalhamento bibliográfico, consulte-se, ainda, MITIDIERO, *Elementos...*, p. 127-128.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 165-247, notadamente p. 234-235. Ainda, MITIDIERO, op. cit., 2005, p. 88-90; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, tomo II, p. 382-425; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, tomo III, p. 49-51, p. 54-56, p. 69-71; MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 89-108.

¹¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹¹⁴ O tema, a propósito, fora magistralmente trabalhado anteriormente por ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; O processo..., p. 1-15 e MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 28, 2003.

¹¹⁵ De que fala ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, p. 151.

somente como “*scientia juris*”¹¹⁶, volvendo a evidenciar o seu caráter marcadamente prático¹¹⁷, dantes sufocado pelo pensamento “*more geometrico*”, próprio do direito do Estado do século XIX, cujo “espelho e metáfora”, consoate já expressado com rara felicidade¹¹⁸, fora mesmo o movimento codificatório (que encerra, de seu lado e fundamentalmente, um “*diritto per regole*”¹¹⁹). Nesse espaço surge ainda uma nova proposta de classificação das normas, responsável pela boa acomodação teórica da igualdade, da ponderação, da razoabilidade e da proporcionalidade na categoria dos postulados normativos¹²⁰. A importância de normas desse jaez para a prática do direito contemporâneo é hoje coisa que não se coloca mais, seriamente, em discussão. O direito processual civil, evidentemente, não poderia restar infenso a essa benfazeja influência.

De outra banda, o regime jurídico eficaz dos direitos fundamentais¹²¹, trouxe inegável contribuição à compreensão e à aplicação do direito processual civil. A teorização acerca da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CRFB)¹²², da interpretação conforme aos direitos fundamentais¹²³ e da vinculação do Estado e dos particulares aos direitos fundamentais¹²⁴ constituem aspectos que já não se podem mais ignorar no momento da aplicação do processo civil¹²⁵.

Pensar o processo civil sem esses generosos aportes oriundos do direito constitucional (isto é, da Constituição, que é a forma histórica do direito do nosso

¹¹⁶ ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, p. 167-173.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 163-167.

¹¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 169.

¹¹⁹ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 151.

¹²⁰ ÁVILA, *Teoria...*, 2. ed., p. 79 e seguintes. Consoante a proposta de Humberto Ávila, as normas podem ser divididas em princípios, regras (normas de primeiro grau) e postulados normativos (normas de segundo grau). Muito brevemente, os princípios são normas de finalidade; as regras, normas de conduta e os postulados, normas de método.

¹²¹ Exemplarmente trabalhado, entre nós, por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 241 et seq.

¹²² *Ibidem*, p. 271 et seq.

¹²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 154-155.

¹²⁴ SARLET, *A eficácia...*, p. 381 et seq.

¹²⁵ Para uma aplicação da teoria dos direitos fundamentais no âmbito do processo civil, consulte-se, entre outros, ALVARO DE OLIVEIRA, *O processo...*, p. 1-15; MARINONI, *O direito...*; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; MITIDIERO, *Processo...*

tempo, tal como fora o “Código” a forma histórica da legislação, por excelência, do século XIX¹²⁶) significa mantê-lo refém de uma postura descompassada das exigências do direito contemporâneo e, portanto, fundamentalmente alheio à sociedade civil, em suma, às determinantes culturais de nossa época.

Finalmente, a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional hodierno.

Já diziam as nossas Ordenações Afonsinas (o que fora repetido tanto pelas Manuelinas, Livro III, Título XV, prôemio, como pelas Filipinas, Livro III, Título XX, prôemio) que para composição do Juízo “faõ neceffarias três peffoas, o Juiz, Autor, e Reo; o Autor pera demandar, e o Reo pera fe defender, e o Juiz pera julgar” (Livro III, Título XX, § 1º)¹²⁷. Vale dizer: processo é ato de três pessoas (“*iudicium est actum trium personarum*”)¹²⁸. Não se nega, evidentemente, o papel fundamental que se atribui à jurisdição no quadro do processo. De modo nenhum. Antes, reforça-se a condição das partes, igualmente fundamental, para o bom desembargo do processo e para o alcance da justiça no caso posto em juízo. O formalismo processual ideal encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas do Autor, do Juiz e do Réu¹²⁹.

Essa idéia de processo como pólo metodológico central da teoria do processo civil contemporâneo bem responde ao caráter essencialmente problemático assumido pelo direito hoje¹³⁰, para cuja solução concorrem, argumentativamente,

¹²⁶ IRTI, Natalino. *Idea del Codice Civile*. In: CODICE Civile e società politica, 7. ed. Roma: Laterza, 2005, p. 21. Sobre o assunto, ainda, RESCIGNO, Pietro. La forma codice: storia e geografia di una idea. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, p. 29-35, 2002.

¹²⁷ Sobre o significado da palavra “juízo” no contexto do direito comum (e, pois, das nossas Ordenações, já que exemplo por excelência desse período, conforme atesta, por todos, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*. In: PROBLEMI del processo civile. Napoli: Morano, 1962, p. 498), vide a fundamental contribuição de PICARDI, Processo..., p. 101-118.

¹²⁸ VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 6. ed.. Napoli: Jovene, 2002, v. 1, p. 107.

¹²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 61/62.

¹³⁰ HORN, *Introdução...*, p. 201-202. Anote-se, de resto, que o movimento pela revalorização da dialética e do pensar problemático para o direito teve em Theodor Viehweg o seu precursor, em 1953, com a obra *Topik und Jurisprudenz* (traduzida para o espanhol, VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Tradução Luiz Diez-Picazo. Madrid: Taurus, 1964, *passim*; para o italiano, VIEHWEG, Theodor. *Topica e giurisprudenza*. Tradução Giuliano Crifó. Milano: Giuffrè, 1962, *passim* e para o português, VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio

todos aqueles que participam do feito. A propósito, a passagem da jurisdição ao processo corresponde, em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética: do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário¹³¹.

Ademais, a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão¹³², sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo a fim de que esse se constitua, firmemente, como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais¹³³.

Por último, não calha argumentar, contra a colocação do processo como pólo metodológico da teoria do processo civil, com o seu pretendo caráter “marcadamente formal”¹³⁴. Processo não é sinônimo de direito formal¹³⁵. Processo justo, na verdade, constitui antes de tudo processo substancializado em sua estrutura íntima mínima pela existência de direitos fundamentais.

Como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o¹³⁶, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já

Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, *passim*), em que o professor alemão reivindica a tópica e a dialética de Aristóteles para caracterizar o pensamento jurídico como um pensamento essencialmente problemático. Frisa Karl Larenz, a propósito, que a difusão do pensamento problemático para o direito é algo que se deve antes de mais nada a Theodor Viehweg (LARENZ, *Metodologia...*, p. 211). Ademais, para uma exposição geral da obra de Viehweg, consulte-se, entre outros, RECASENS SICHES, Luis. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. México: Porrúa, 1963, v. 2, p. 1060-1080; para um debate entre pensamento sistemático e pensamento tópico, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antonio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 243 e seguintes; para uma conjugação da tópica e do sistema, consulte-se MARTINS-COSTA, *A boa-fé...* p. 39 et seq.; FREITAS, *A interpretação...*, p. 146 et seq.

¹³¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227 et seq.

¹³² BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 475. Mais extensamente, BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹³³ Igualmente correlacionando processo, participação e democracia, na doutrina brasileira, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 429 et seq.; na doutrina italiana, FAZZALARI, Elio. Procedimento: I – procedimento e processo (teoria generale). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1986, v. 35, p. 820.

¹³⁴ Como alvitrou, já se viu, DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 79.

¹³⁵ Já o disse LACERDA, *Comentários...*, v. 8, t. 1, p. 23-24, já o disse igualmente ZANETI JÚNIOR, *A teoria...*, p. 184-186.

¹³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradução Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 14.

está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista¹³⁷. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo¹³⁸, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo¹³⁹. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural.

O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente, aos valores encartados em nossa Constituição¹⁴⁰. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade¹⁴¹, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico.

O formalismo-valorativo é o pano-de-fundo que alimenta o presente estudo. A consciência do caráter cultural do direito processual civil e de seu íntimo relacionamento com o direito material e com direito constitucional, nos termos já adiantados, estão, pois, a guiar a exposição e a consecução da tese que ora se articula.

2. O Estado Constitucional. Modelos Básicos de Supremacia do Direito. Modelo Brasileiro: o Estado Constitucional

O direito processual civil, como manifestação da cultura, evidentemente não pode sobrar infenso à influência das características que a sociedade imprime ao Estado. Sendo o processo civil o meio pelo qual, diante de determinadas crises de

¹³⁷ O que já fora renunciado anteriormente, ainda que em outros termos, por exemplo, por KNIJNIK, *O recurso...*, p. 66.

¹³⁸ Fecunda proposta de ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*

¹³⁹ Parafrazeando-se, notoriamente, CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla Giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1982, p. 233 et seq.

¹⁴⁰ Sobre a diferença, na teoria dos valores, entre o “ter valor” e o “ser um valor”, consulte-se ALEXI, *Teoría de los derechos...*, p. 141.

¹⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 65.

colaboração no plano do direito material, se busca velar pela supremacia do direito, natural que o seu formalismo reaja às peculiaridades de cada experiência de organização estatal. O formalismo do processo tem de se adequar aos instrumentos pelos quais o Estado busca realizar os fins sociais, assegurando o império do direito.

A supremacia do direito é um aspecto substancial do Estado Constitucional, denotada pela “acolhida na Constituição, por consenso da comunidade, de valores éticos supremos do direito como fins últimos da convivência política e – a partir daí – a sujeição ao ordenamento jurídico vigente, por meio de técnicas normativas adequadas, da organização e do funcionamento do Estado e de toda a vida social”¹⁴². Ao longo da historiografia ocidental, essa supremacia busca se articular de diferentes formas, mercê da especificidade cultural de cada povo, isto é, dos fatos sociais e valores que dão azo ao fenômeno jurídico¹⁴³, havendo certo consenso no constitucionalismo a respeito de, no mínimo, quatro modelos básicos em que essa superioridade pode ser surpreendida: de um lado, o *Rule of Law*, com as suas vertentes sem codificação e codificada, de outro, o *État Légal* e o *Rechtsstaat*¹⁴⁴.

O modelo do *Rule of Law* é próprio da tradição jurídica do *common law*, ao passo que o *État Légal* e o *Rechtsstaat* são produtos sócio-históricos do mundo romano-canônico¹⁴⁵. A diferença entre essas tradições (ou famílias¹⁴⁶ ou sistemas¹⁴⁷) está, principalmente, na maneira como o direito vem entendido e, bem assim, nos instrumentos jurídicos que presidem uma e outra experiência jurídica¹⁴⁸.

¹⁴² SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, p. 59.

¹⁴³ Acerca da clássica teoria tridimensional do direito, subjacente ao discurso, consulte-se REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed.= São Paulo: Saraiva, 1996, p. 64-68.

¹⁴⁴ SOUZA JÚNIOR, op. cit, p. 93-96; GROTE, Rainer. *Rule of law, etat de droit and rechtsstaat: the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponível em: <<http://www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>> Acesso em: 02 out. 2005; HEUSCHLING, *Etat de...*, p. 1-27.

¹⁴⁵ SOUZA JÚNIOR, op. cit, p. 74-77.

¹⁴⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22.

¹⁴⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução Antônio Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 19.

¹⁴⁸ Nada obstante se verifique hoje uma verdadeira confluência entre essas duas grandes tradições, consoante, por todos, PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistemi giuridici comparati* 2. ed. Milano: Giuffrè, 1998, p. 377 et seq.

No *common law*, próprio da Inglaterra e dos Estados Unidos, a fonte primária do direito está nos juízes¹⁴⁹, nos precedentes judiciais, havendo uma legitimação procedimental do direito, orientado pelo senso natural do justo em concreto. O instrumento técnico para constituição do jurídico é o processo, operando o direito com o emprego da cláusula do *due process of law*. Em termos institucionais, o *common law* vem fortemente marcado pela distinção entre o domínio da política e o domínio do direito, cabendo ao Legislativo às deliberações políticas e ao Judiciário às questões jurídicas, tudo à base de um consenso histórico entre essas instituições a respeito dos limites de cada uma dessas atividades¹⁵⁰.

Na tradição romano-canônica, em que se ensartam a maioria dos países da Europa Ocidental (Itália, França, Alemanha e Espanha, por exemplo), todavia, o direito encontra a sua primeira e mais clara expressão na lei, em um ato formal emanado do Poder Legislativo, partindo-se de uma legitimação material da ordem jurídica, tendo como modelo o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, donde se deduz, do abstrato ao concreto, o direito a ser observado. O instrumento de que se vale o jurista para tanto é a legislação, sendo a norma fundamental do sistema jurídico a legalidade. Em termos institucionais, a tradição jurídica romano-canônica tem como órgão supremo de juridicidade o Legislativo, que detém a última palavra não só na matéria política, mas também na jurídica¹⁵¹. É significativo, por exemplo, que a Constituição italiana expressamente refira que “*la giustizia è amministrata in nome del popolo*”, para logo em seguida acrescentar que “*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*” (art. 101).

Nesse quadro, o *Rule of Law*, o *État Légal* e o *Rechtsstaat* buscam a concretização do Estado Democrático, fazendo-o, entretanto, engastando-se nas suas próprias especificidades culturais, a que se encontram irremediavelmente coarctados. Todos visam a desvelar, como observa a doutrina¹⁵², “os códigos de observação” próprios de cada ordenamento jurídico concreto, vale dizer, o modo

¹⁴⁹ CAENEGEM, R. C. Van. *Judges, legislators & professors: chapters in european legal history*. Cambridge: University, 2002, p. 67.

¹⁵⁰ SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, p. 78-90.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 78-90.

¹⁵² CANOTILHO, *Direito...*, p. 89.

como opera a supremacia do direito em um e outro sistema, alicerçando, por assim dizer, a juridicidade estatal.

No que agora nos interessa, importa notar que o *Rule of Law* sem codificação expressa a supremacia do direito através do *due process*. Nesse sentido, observa a doutrina que se pode “conceituar o *Rule of Law* como a forma de supremacia do direito, própria do *common law*, que opera, pelo poder judiciário, mediante a técnica e os meios do processo jurídico devido”¹⁵³. À guisa de sublinhar a diferença entre o *common law* e a tradição romano-canônico, observa-se ainda que “no *Rule of Law* não há lugar para o princípio da legalidade, o princípio rival do *due process*. Quem estuda o *common law* nada encontra sobre ele, especialmente até a primeira guerra mundial. Agora pode-se entender bem a razão. No *common law*, os *statutes* estão sujeitos ao *judicial review* e ao *rule of exclusion*. Em virtude desses poderes do juiz, a exigência de obedecer ao ato legislativo (que, no Continente, se aproximaria do princípio da legalidade) resolve-se na esfera do *due process*. Com efeito, é o *due process* que vai definir os termos em que subsiste a obrigação de obedecer a um ato legislativo. Portanto, é o *due process* o princípio primeiro e fundamental do *Rule of Law*. A legalidade – se é que existe no *common law* – subsume-se como um aspecto do princípio, amplo e configurador, do processo devido”¹⁵⁴.

No *Rule of Law* codificado, em face justamente da existência de uma Constituição escrita, o *judicial review*, próprio do *common law*, resta mais acentuado, denotando uma anchura ainda maior. Com efeito, a combinação de uma Constituição escrita (“codificada”, para usarmos uma eloqüente expressão da doutrina¹⁵⁵) com a atribuição ao Judiciário, através do *due process*, da tarefa de velar pela supremacia final direito, fez eclodir a técnica da supremacia da Constituição, estando todos os poderes do Estado submetidos a essa e, pois, suscetíveis às decisões daquele órgão a que pertence o mister de interpretá-la¹⁵⁶. Surge, daí, o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, atribuído a todos

¹⁵³ SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, p. 104.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 104.

¹⁵⁵ TARELLO, *Storia...*, p. 559 et seq.

¹⁵⁶ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 203.

os seus órgãos e, em especial, ao seu tribunal de cúpula. Nasce, na expressão da doutrina¹⁵⁷, um sistema de *Judicial Review of Legislation*.

Feliz a síntese da doutrina nesse particular: “ao invés da França e dos países europeus durante o século XIX, os Estados Unidos vivem quase desde a sua formação sob o princípio da constitucionalidade, isto é, de que as leis e os outros actos do Estado devem estar conformes à Constituição e não devem ser aplicados pelos tribunais no caso de serem desconformes. Nenhum preceito constitucional expresso confere este poder de garantia aos tribunais, prevê o *judicial review*. Não obstante, sólidas razões jurídicas foram invocadas, desde o início, para o sustentar. Foram elas: 1^a) o poder legislativo é um poder *constituído*, que não pode ser exercido em contrário da Constituição, obra do *poder constituinte*; 2^a) os tribunais só podem aplicar leis válidas e são inválidas as leis contrárias à Constituição – que é lei superior a todas as outras leis”¹⁵⁸. Nessa mesma senda, anota-se que “a doutrina que está na base do mecanismo de controle judicial ‘difuso’ de constitucionalidade das leis é, com certeza, muito coerente e de extrema simplicidade: ela foi precisada, com grande clareza, já na motivação da famosa sentença de 1803, redigida por John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, e, ainda antes, tinha sido limpidamente formulada por Alexander Hamilton. Raciocina-se, em última análise, deste modo: a função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios ‘*lex posterior derogat legi priori*’, ‘*lex specialis derogat legi generali*’, etc; mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério ‘*lex superior derogat legi inferiori*’ – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja ‘rígida’ e não ‘flexível’, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como França, sobre o regulamento, ou seja, na

¹⁵⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. Processo costituzionale. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987, v. 36, p. 568..

¹⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed.. Coimbra: Coimbra, 1997, v. 1, p. 147-148.

terminologia alemã, as *Gesetze* prevalecem sobre as *Verordnungen*. Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja ‘relevante’ uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda”¹⁵⁹.

Seja como for, importa gizar desde logo aqui quatro aspectos essenciais do que até agora fora dito: no *Rule of Law*, seja qual for a sua vertente, há inafastabilidade da jurisdição (*judicial review*) com o emprego de um devido processo legal (*due process of law*). Agregando-se a esses dois elementos uma Constituição escrita, chega-se ao controle difuso de constitucionalidade, deferido a todos os membros do Poder Judiciário. As principais personagens convocadas para o tablado em que nasce e movimenta-se o direito, nessa vereda, são os juízes. O *Rule of Law*, pois, significa proteção pela via do Judiciário contra “qualquer exercício arbitrário de poder”¹⁶⁰.

As coisas se passam algo diferente na tradição romano-canônica.

No *État Légal*, a garantia da supremacia do direito repousa na garantia de legalidade do próprio Estado¹⁶¹, seu instrumento fundamental, cuja legitimidade encontra-se fundada “*sur le postulat de l’existence d’un droit naturel ou droit de la Raison*”¹⁶², sendo esse o seu pressuposto filosófico-jurídico específico¹⁶³. Nesse ambiente político, filosófico e metodológico, os juízes limitam-se a vocalizar estritamente as palavras da lei¹⁶⁴, tendo em conta mesmo dois dos “postulados capitais” da Escola da Exegese, quais sejam, a identificação de todo o direito com a lei e a assunção da exclusividade da lei como único critério jurídico possível¹⁶⁵. Em decorrência desse papel central outorgado à legalidade e da dimensão minimalista do Judiciário, o *État Légal* desconhece um controle de constitucionalidade da lei

¹⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 75-76.

¹⁶⁰ MIRANDA, *Manual...*, v.1, p. 130.

¹⁶¹ SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, p. 133.

¹⁶² HEUSCHLING, *État...*, p. 335.

¹⁶³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Escola da exegese. In: DIGESTA: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 181.

¹⁶⁴ CAENEGEM, *Judges...*, p. 89. Dessa premissa decorre, aliás, o “fantasma do sentido literal” de que nos fala RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 280.

¹⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, op. cit., v. 2, p. 183-184.

propriamente dita, cifrando-se à aferição da conformidade do projeto de lei à Constituição, relegando-o ainda a órgão não-jurisdicional¹⁶⁶.

No que agora nos interessa, importa observar que o modelo do *État Légal* repousa a sua tônica sobre o legislador¹⁶⁷, principal artífice da ordem jurídica francesa da Idade Moderna, decorrência inexorável da ruptura histórica advinda da Revolução de 1789¹⁶⁸. Conseqüência dessa impositação pode ser observada, na pragmática jurídica, no fato, bem anotado por José Joaquim Gomes Canotilho, de que mesmo a supremacia constitucional francesa cede à primazia legal¹⁶⁹. Expressivamente, diz-se que a força normativa da Constituição vai verdadeiramente “neutralizada” pelo *État Légal*, na arguta e irônica apreciação da doutrina¹⁷⁰.

O *Rechtsstaat*, de seu turno, experimentou uma formação diversa tanto do *Rule of Law* como do *état legal*, o que se prestou a forjar diferentes soluções em tema de supremacia do direito e, notadamente, da Constituição. Desde logo se mostra importante observar que o direito alemão, de um modo geral, é o direito dos juristas alemães, dos letrados, dos professores de direito¹⁷¹, no quando da apreciação das fontes medievais do direito moderno alemão. Ao contrário do *État Légal*, que nasce da legalidade estatal, entendida essa como expressão de uma revolução que toma o poder do Estado, o *Rechtsstaat* é fruto de uma elaboração jurídico-doutrinária a partir de textos histórico-jurídicos que prescindem, em um primeiro momento, da chancela estatal para se constituírem como direito, sendo produto de uma gradual evolução¹⁷². O *Rechtsstaat* alemão nasce, pois, de um

¹⁶⁶ SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, p. 140.

¹⁶⁷ CAENEGEM, *Judges...*, p. 67.

¹⁶⁸ No fundo, a crença no legislador e na sua capacidade de resolver todos os problemas sociais no plano jurídico *a priori* não passava de uma projeção, no campo do direito, da ideologia racionalista e secular própria da “Era das Revoluções” (pela qual existia o convencimento “da capacidade dos homens em princípio para compreender tudo e solucionar todos os problemas pelo uso da razão”), filosoficamente fulcrada no modelo das ciências matemática e física, vitorioso na Revolução do século XVII (HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções (1748-1848)*. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel, 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 326).

¹⁶⁹ CANOTILHO, *Direito...*, p. 92.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 92.

¹⁷¹ WIEACKER, *História...*, p. 65-66. Na Alemanha, com efeito, da “competição” entre legisladores, juízes e professores, de que nos fala R. C. Van Caenegem, a classe acadêmica saíra vitoriosa (CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado, revisão de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 243 et seq.).

¹⁷² Nessa quadra, papel central ostentava o *Corpus Juris Civilis*, considerado mesmo como a “cornerstone of modern german law” (CAENEGEM, *Judges...*, p. 72).

centro de poder não-estatal: é emblemático e significativo que o Tribunal Cameral do Império (*Reichskammergericht*), do século XV (precisamente, de 1495), seja, na apreciação da doutrina, um Tribunal diverso do Tribunal do próprio Rei¹⁷³.

Essa especial característica do direito alemão não é, de modo nenhum, isenta de profundas conseqüências. Consoante observa a doutrina, pontuando as diferenças entre os modelos francês e alemão, “a primeira está em que, no *État legal*, a supremacia do direito é a supremacia da lei. A lei goza de uma supremacia fechada sobre si mesma, que não reconhece limites jurídicos superiores. Esta supremacia absoluta do princípio da legalidade decorre da presunção de que, sendo expressão da *vontade geral*, ou seja, da soberania nacional, a lei não pode errar, pois a nação – a sua vontade – é a fonte de todo o direito e de toda a justiça. O *Rechtsstaat*, ao contrário, trabalha a legalidade positiva sobre o pano de fundo de uma suprallegalidade. Eis tudo: no *Rechtsstaat* o direito não se esgota na legalidade. Esta se abre à suprallegalidade”¹⁷⁴. E essa suprallegalidade, principal traço distintivo entre o *Rechtsstaat* e o *État Légal*, vai acabar institucionalizada no Tribunal Constitucional, órgão a que cabe, de maneira concentrada, exercer a jurisdição constitucional¹⁷⁵.

Em resumo, pode-se afirmar que a suprallegalidade do *Rechtsstaat* encontrou resposta na jurisdição constitucional concentrada do Tribunal Constitucional, com o que se deu a plena institucionalização do *verfassungsstaat*. A supremacia do direito, na Alemanha, é uma supremacia da Constituição assegurada pelo Tribunal Constitucional, pelo poder de seus juízes de corrigir a “*loi écrite*”¹⁷⁶, fato que levou a doutrina a nomear o Estado de Direito alemão como um verdadeiro Estado de Juízes (*richterstaat*)¹⁷⁷.

Traçado esse apertado quadro a respeito dos possíveis modelos de supremacia do direito, resta-nos observar se a forma brasileira de Estado

¹⁷³ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 33-38.

¹⁷⁴ SOUZA JÚNIOR, A *supremacia...*, p. 155-156.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 172.

¹⁷⁶ HEUSCHLING, *État...*, p. 162.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 159.

Constitucional subsume-se a algum deles ou, ao revés, constitui um modelo misto, mercê dessa ou daquela especificidade cultural. A questão é fundamental: dela depende a adequação dos meios empregados pelo constituinte para o controle da constitucionalidade das leis e dos atos estatais em geral em nosso país e, de conseguinte, para concretização da eficácia dos direitos fundamentais no processo.

A história do direito brasileiro não pode ser contada “desde as sementes”, porque já “nasceu do galho de planta, que o colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquela cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América – trouxe e enxertou no novo continente”¹⁷⁸. Uma volta às sementes, pois, se afigura de todo imprescindível.

O imaginário político em Portugal dos séculos XIII a XVIII, como observa a doutrina¹⁷⁹, tinha sua pedra angular no conceito de *iurisdictio* e de *iudicium*, tendo em conta a identificação corrente que se levava a efeito entre *iustitia* e *officium regni*. Toda atividade de poder especificava-se em uma atividade processualizada, submetendo-se ao *iustum iudicium*, cujo pano de fundo era as Ordenações do Reino. Esse é um traço digno de nota que permeia, em geral, todo o direito comum: a “jurisdicionalidade” da ordem jurídica, para usarmos uma expressão da doutrina, já que todo exercício de poder se submetia ao juízo, inclusive quando em jogo questões de ordem estritamente política¹⁸⁰. Não causa espécie, pois, que estudos historiográficos recentes estejam a colocar em evidência uma continuidade “*sorprendente*”¹⁸¹ entre o direito comum e o direito próprio do *common law*.

Em Portugal, passado o Antigo Regime, seguiu-se o “período de influência iluminista”¹⁸², cuja expressão mais clara é a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, o que, no Brasil, não se verificou de todo, na medida em que as Ordenações

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27.

¹⁷⁹ HESPANHA, Antônio. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In: Hespanha, Antônio (Org.) *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 385.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 386.

¹⁸¹ PICARDI, Processo..., v. 36, p. 102.

¹⁸² GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, v. 1, p. 264.

do Reino continuaram tendo vigência entre nós. Vale dizer: o direito comum continuou tendo largo curso no Brasil e, com ele, a jurisdicionalidade do direito.

Tirante a Constituição Imperial de 1824, de vigência algo curta, a Constituição Republicana de 1891, de notória influência norte-americana, retoma a tradição do *iustum iudicium*, submetendo à revisão do Poder Judiciário todos os atos de poder do Estado. De certa forma, o *judicial review* posto na Constituição de 1891 retoma a linha do *iustum iudicium* do direito comum, não podendo ser considerado, pois, algo estranho à história do direito brasileiro.

Com o controle difuso de constitucionalidade, adjudicado a todos os órgãos do Poder Judiciário, nasce a supremacia do direito no Estado Democrático e Social de Direito brasileiro. Antes, na Constituição de 1824¹⁸³, inexistia qualquer sistema de controle de constitucionalidade dos atos normativos do poder público, estando consagrado o “dogma da soberania do Parlamento”, próprio do modelo do *État Légal* francês.

Da Constituição de 1891 à Constituição de 1988 passou o controle difuso de constitucionalidade sem qualquer interrupção, juntando-se a esse, com a Constituição de 1946, o controle concentrado de constitucionalidade. Essa especial estabilidade do controle difuso de constitucionalidade não é, de modo nenhum, um acidente histórico no direito brasileiro ou uma importação irresponsável do modelo norte-americano. Aliás, esse é mesmo essencial e “imprescindível”¹⁸⁴ na jurisdição do Estado Constitucional brasileiro, preocupado em que “toda e qualquer demanda seja definida à luz de uma lei com contornos definidos pelos princípios de justiça e pelos direitos fundamentais”.

Com efeito, desde a Constituição de 1891 (em realidade, desde a chamada Constituição Provisória de 1890¹⁸⁵), temos como norma fundante do sistema jurídico brasileiro o *judicial review*, que assegura a revisibilidade dos atos estatais que

¹⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. In: DIREITOS fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 189-190.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, n. 2, 2005, p. 161.

¹⁸⁵ MENDES, A evolução..., p. 190.

desbordem da juridicidade constitucional. Essa tomada de posição é tão relevante que a doutrina¹⁸⁶, cuidando da intensidade do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos dos demais poderes, afirma-o sempre existente, dado que o cidadão, no Estado Constitucional brasileiro, não pode ficar a mercê da arbitrariedade estatal. Ademais, típico produto do modelo de Estado Constitucional brasileiro é, ainda, a ação de mandado de segurança, cujo pressuposto está mesmo na possibilidade de revisão dos atos estatais pelo Poder Judiciário, quiçá se alçando mão do controle difuso de constitucionalidade.

Note-se: a Constituição de 1988 não submete o juiz à legalidade estrita (embora nosso Código de Processo Civil tenha tentado fazê-lo em 1973, art. 126, numa tardia e verdadeira “invasão napoleônica”, consoante já anotamos alhures¹⁸⁷), submetendo-o apenas à Constituição, cuja incolumidade deve velar com o emprego do *judicial review* (art. 5º, XXXV). Aliás, não é por outro motivo que, comentando o art. 126, CPC, grifamos que o juiz brasileiro está submetido a um sistema de juridicidade e não de legalidade¹⁸⁸, na esteira da doutrina¹⁸⁹. Nesse sentido, observa-se que o “princípio de que o juiz está sujeito à lei é, ainda onde o meteram nas Constituições, algo de ‘guia de viajantes’, de itinerário, que muito serve, porém não sempre”¹⁹⁰, porque o círculo da juridicidade é mais generoso que o círculo da legalidade¹⁹¹.

No direito brasileiro, pois, em que o modelo de supremacia de direito não se confunde nem com o modelo do *État Légal*, do *Rechtsstaat* e do *Rule of Law*, sendo um modelo próprio de supremacia do direito¹⁹², não calha argumentar contra o controle difuso alegando-se um pretense sistema de legalidade do Judiciário

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 125-127.

¹⁸⁷ MITIDIERO, *Elementos...*, p. 36.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 532-534.

¹⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 214-215; CANOTILHO, *Direito...*, p. 239-241; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 266.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 266.

¹⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 215.

¹⁹² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático de direito*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

brasileiro, como observa a doutrina italiana¹⁹³. Não temos, na Constituição brasileira, dispositivo semelhante ao art. 101 da Constituição italiana; do contrário, temos o art. 5º, XXXV, CRFB, que garante a inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Cumprido argumentar, ainda, que o controle difuso de constitucionalidade encontra-se alicerçado sobre sólidas bases democráticas, sendo, dessarte, de todo legítimo perante a nossa ordem constitucional¹⁹⁴. Ao lado da democracia representativa, ideal próprio do Estado Moderno, ganha força a democracia participativa, própria do Estado Contemporâneo, verdadeiro direito de quarta dimensão, que incentiva os cidadãos a participarem diretamente no manejo de poder do Estado, dando legitimidade à normatividade construída pela via hermenêutica¹⁹⁵. Não é à toa, pois, que se tem apontado o contraditório como fator legitimante das decisões judiciais, possibilitando a participação direta das partes na construção das decisões jurisdicionais¹⁹⁶. É significativo, igualmente, que já se tenha observado que é “indispensável, e mais do indispensável, urgente, formar juristas que não sejam, como agora, técnicos sem princípios, meros intérpretes passivos de textos, em última análise, escravos do poder,¹⁹⁷ pois o servilismo judicial frente ao império da lei anula o Poder Judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania”¹⁹⁸.

Sem o controle difuso de constitucionalidade dos atos estatais o Estado Constitucional brasileiro estaria fortemente ameaçado, não seria possível pensar em um processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais como algo inerente a toda e qualquer demanda jurisdicional, o que impõe o seu reconhecimento como algo inerente à nossa tradição cultural. A construção cotidiana de nosso Estado

¹⁹³ ZAGREBELSKY, Processo..., v. 36, p. 568.

¹⁹⁴ BONAVIDES, *Teoria...*, p. 69.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 490-492; mais detalhadamente, consulte-se BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência. por uma nova hermenêutica. por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25 et seq.

¹⁹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 227-241.

¹⁹⁷ VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris, 1957, p. 109.

¹⁹⁸ BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição...*, p. 219.

Constitucional depende de nosso “sentimento constitucional”¹⁹⁹, de o vivenciarmos e cultivá-lo a cada passo de nossa vida jurídico-social.

Parece-nos que, tendo em conta a especificidade da nossa história constitucional e dos remédios que a Constituição outorga para o controle do manejo do poder estatal, não há como afeiçoar o Estado Constitucional brasileiro a qualquer dos quatro modelos conhecidos (*Rule of Law* codificado e sem codificação, *État Légal* ou *Rechtsstaat*), sendo o nosso modelo de supremacia do direito um modelo próprio, dadas as peculiaridades já ressaltadas. O controle difuso de constitucionalidade, nessa senda, está na essência do constitucionalismo brasileiro, conformando tanto o direito material como o direito processual civil, haja vista a influência que esse exerce na configuração dos institutos desses ramos, forjada pela força normativa da Constituição e pela concretização, em nossa vida social, da eficácia dos direitos fundamentais.

¹⁹⁹ A expressão é de VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75.

PARTE II – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA FORMAÇÃO DE UM PROCESSO CIVIL COOPERATIVO

1. Pressupostos Sociais: os Modelos de Organização Social e o Papel do Juiz

Dado o caráter histórico da experiência jurídica, natural que a cada modelo de organização social corresponda um determinado papel atribuído à magistratura. Os poderes e deveres que se acometem ao juiz nessa ou naquela sociedade, portanto, estão inequivocamente atados à organização política desse ou daquele agrupamento social. De conseguinte, também as posições jurídicas subjetivas que se atribuem às partes sofrem idêntico influxo.

Na esteira de Max Weber²⁰⁰, trabalharemos aqui com tipos ideais de organização social, fazendo-o igualmente no que tange à figura do juiz. O modelo de organização política da sociedade condiciona a maneira como vai se resolver o problema da “divisão de trabalho”²⁰¹ entre o juiz e as partes.

Três modelos de organização social surgem para análise: o modelo paritário, o modelo hierárquico e o modelo colaborativo. Três maneiras igualmente diferentes, portanto, de conceber o formalismo processual no que tange ao papel reservado aos juízes e às partes.

O modelo paritário de organização social conta com certa indistinção entre a esfera política, a sociedade civil e o indivíduo²⁰², de modo que o juiz (presentante do

²⁰⁰ WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. Tradução Augustin Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001, v. 1, p. 139 et seq., recurso teórico-representativo, de resto, a que igualmente não se mostra infensa a literatura (ECO, Umberto. *O pêndulo de Foucault*. Tradução Ivo Barroso. 10. ed.. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 66). Outros autores, de resto, igualmente assim já trabalharam em nossa disciplina, como, por exemplo, DAMASKA, *The faces...*, p. 16 et seq., GIULIANI; PICARDI, *La responsabilità...*, p. 23 et seq.

²⁰¹ Na locução assaz expressiva de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da ‘divisão de trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35 et seq.

²⁰² Assim, quanto ao Estado Grego, devido ao seu caráter predominantemente pessoal, MIRANDA, *Manual...*, v. 1, p. 52; quanto ao pretense Estado Medieval, SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória

Estado, como diríamos em linguagem corrente²⁰³) se encontra no mesmo nível das partes. Daí a paridade do modelo; daí a atuação paritária do juiz. A doutrina registra as experiências políticas grega e ítalo-medieval como sendo exemplos de relações isonômicas entre o juiz e as partes²⁰⁴.

Em termos políticos²⁰⁵, não por acaso²⁰⁶, o termo “hierarquia” era de todo desconhecido dos gregos. Com efeito, um dos aspectos mais salientes da vida social grega estava na tônica posta no valor “liberdade”²⁰⁷, exercida coletivamente como forma de influir na gestão da coisa pública²⁰⁸, suficiente mesmo a suportar a existência de um dever de resistência contra normas jurídicas injustas²⁰⁹. A isonomia política grega tinha como pressuposto primeiro, como registra a doutrina²¹⁰, a igualdade entre o cidadão no confronto daquele que o julga. De conseguinte, as relações entre julgador e partes encontravam-se pautadas pela igualdade²¹¹, já que a história do processo grego, no fundo, não é outra coisa do que a história da democracia grega²¹².

De um modo geral, o juiz grego conduzia formalmente o processo sem interferir na esfera jurídica das partes. Cifrava-se, a bem da verdade, a velar pela regularidade do processo²¹³. Digno de nota, a respeito, que o processo grego tinha como assente uma idéia fundamental absolutamente oposta ao *iura novit curia*: o

Jurídica, 2002, p. 20; HESPANHA, António Manuel. Para uma teoria da história institucional do antigo regime. In: HESPANHA, António Manuel Botelho (Org.) *Poder e instituições na Europa do antigo regime*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984, p. 42.

²⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo I, p. 288.

²⁰⁴ GIULIANI; PICARDI, *La responsabilità...*, p. 3.

²⁰⁵ Gize-se: em termos políticos era desconhecida a idéia de hierarquia, predominando a idéia de liberdade, porquanto, em termos privados, o cidadão grego era totalmente submetido à autoridade da *polis* (MIRANDA, *Manual...*, v. 1, p. 53-54). Cobra relevo, a propósito, a célebre distinção entre a liberdade dos antigos (liberdade-participação) e a liberdade dos modernos (liberdade-autonomia), devida notoriamente a Benjamin Constant (sobre assunto, por todos, JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Prólogo e tradução de Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 286 et seq.)

²⁰⁶ DAMASKA, *The faces...*, p. 29.

²⁰⁷ PAOLI, Ugo Enrico. Processo attico. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1966, v. 13, p. 1090.

²⁰⁸ PIZZORUSSO, *Sistemi...*, p. 58.

²⁰⁹ GIULIANI; PICARDI, op. cit., p. 4.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 4.

²¹¹ Tomamos, aqui, como protótipo de juiz grego os árbitros, e não os juizes do Supremo Tribunal Eliástico, verdadeiros responsáveis pela solução dos conflitos ordinários no cotidiano grego, como, aliás, igualmente o fizeram *Ibidem*, p. 3-6.

²¹² PAOLI, op. cit., v. 13, p. 1090.

²¹³ GIULIANI; PICARDI, op. cit., p. 6.

juiz não era obrigado a conhecer a lei, nem a tê-la em conta para decidir a causa acaso não alegada e debatida pelas partes²¹⁴.

No *ordo iudiciarius* medieval italiano, embora por razões outras, verificava-se da mesma forma um modelo paritário de organização social no que tange especificamente, e em certa perspectiva, ao julgador e aos julgados. Rigorosamente, a fragmentação territorial e social do poder político, comum à experiência medieval²¹⁵, acabava conformando o direito como algo anterior ao político, acima tanto do juiz como das partes.

O processo civil não escapava igualmente dessa impositação, sendo entendido normalmente como algo revelado pelo direito natural, não sendo dado nem ao Rei, nem ao Papa editar regras sobre o assunto²¹⁶. Qualquer intromissão do poder, nessa quadra, era encarada como uma odiosa intervenção²¹⁷. A extra-estatalidade do *ordo iudiciarius*, bem posta em relevo pela doutrina²¹⁸, justamente aí residia: a regulamentação do processo era algo infenso ao poder político e religioso.

Dentro dessas coordenadas, o magistrado tinha sua função cingida a curar a ordem inerente ao processo desenhado pelo direito natural. O processo de então era coisa das partes, não do juiz, afirma enfaticamente a doutrina²¹⁹. A atividade do juiz, com efeito, aparecia limitada à ampla disponibilidade que as partes tinham sobre a *res in iudicium deducta* e sobre a escolha do rito do processo, não lhe sendo consentida qualquer iniciativa na formação da prova (*iudex non potest supplere in facto*)²²⁰, devendo julgar segundo alegado e provado pelo feito²²¹.

Bem outro é o quadro quando se investiga o modelo hierárquico.

²¹⁴ PAOLI, Processo..., v. 13, p. 1093.

²¹⁵ SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal...* p. 20.

²¹⁶ GIULIANI; PICARDI, *La responsabilità...*, p. 26.

²¹⁷ Ibidem, p. 26.

²¹⁸ PICARDI, Processo..., v. 36, p. 101-117.

²¹⁹ GIULIANI, Alessandro. L'Ordo iudiciarius medioevale: riflessioni su un modello puro di ordine isonomico. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1988, p. 610.

²²⁰ GIULIANI, Alessandro. Prova: I – prova in generale: a) filosofia del diritto. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1988, v. 37, p. 529, NICOLA, op. cit., v. 36, p. 116.

²²¹ CAMPITELLI, Adriana. Processo civile: b) diritto intermedio. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987, v. 36, p. 95.

À partida, pressupõe-se uma nítida distinção entre indivíduo, sociedade e Estado (ou Império), estabelecendo-se uma relação vertical de poder entre esse e aquele. O juiz, nesse modelo hierárquico, vai alocar-se acima das partes. Daí a assimetria do modelo. Duas experiências históricas podem, de um modo geral, ilustrá-lo: o processo civil romano da *cognitio extra ordinem* e o processo civil do Estado Moderno (especificamente, o *processus* prussiano do século XVIII).

Politicamente, o processo da *cognitio extra ordinem*, terceiro período da história do processo civil romano²²², pode ser considerado como o processo típico do Império Romano. Surge da iniciativa dos Imperadores²²³. Já no terceiro século depois de Cristo todos os processos assumiram a forma extraordinária²²⁴, sendo precisamente com uma Constituição de 342 que se amputara cabal e formalmente o estilo ordinário de proceder²²⁵.

No curso da Idade Imperial, com efeito, inspirado na “*nuova autorità del principe*”²²⁶, exsurge o processo da *cognitio extra ordinem*, conduzido do início ao fim por um magistrado funcionário público²²⁷. Supera-se o procedimento bifásico, pois, importante ponto comum entre o processo das *legis actiones* e formulário²²⁸. Em uma apreciação global, as intervenções legais a respeito do direito processual civil, principalmente a partir de Justiniano, acabam confluindo para um endereço comum: assegurar ao legislador (e, pois, ao príncipe) o “*controllo del processo*”²²⁹.

²²² Para uma síntese das fases do processo civil romano, consulte-se KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 426-434; BETTI, Emilio. *Processo civile. diritto romano*. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1966, v. 13, p. 1099-1120; TALAMANCA, Mario. *Processo civile. a) diritto romano*. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987, v. 36, p. 1-72. Sobre o assunto, na doutrina brasileira, TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

²²³ VOICI, Pasquale. *Manuale di diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1998, v. 2, p. 492.

²²⁴ SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti*. Padova: Cedam, 1936, p. 262.

²²⁵ ENGELMANN, Arthur. *Roman procedure*. In: ENGELMANN, Arthur et al. *A history of continental civil procedure*. Tradução Robert Wyness Millar. New York: Kelley, 1969, p. 319.

²²⁶ BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1958, v. 1, p. 502.

²²⁷ BETTI, *Processo...*, v. 13, p. 1114.

²²⁸ PUGLIESE, Giovanni. *Processo civile romano: II. Il processo formulario*. Milano: Giuffrè, 1963, v. 1, p. 10.

²²⁹ ZILLETTI, Ugo. *Studi sul processo civile giustiniano*. Milano: Giuffrè, 1965, p. 278.

De um modo geral, o processo cognitório, sobretudo sob Justiniano²³⁰, revela um “*consistente movimento normativo con proprie direttive e proposizioni tecniche di rilievo*”²³¹. Antes de tudo, tratava-se de processo em que o domínio do juiz-funcionário se mostrava premente²³², em que alguns dos objetivos centrais e permanentes estavam na “*lotta per il processo come strumento di certezza*”²³³, significando essa certeza, nesse âmbito, a consolidação “*del processo come strumento di eliminazione delle controversie secondo il diritto oggettivo*”²³⁴ (vale dizer, segundo o direito objetivo posto pelo próprio Imperador) e na “*difesa dell’effettività del potere del giudice*”²³⁵, com efetivo incremento dos poderes do juiz e conseqüente diminuição do papel atribuído às partes no processo.

O magistrado do processo extraordinário (já nesse tempo, aliás, “ordinário”, pela sua observância corrente e exclusiva²³⁶) possuía amplos poderes de condução do processo²³⁷. Chega-se mesmo a aludir, nesse particular, à existência de poder discricionário do juiz na direção processual²³⁸. As partes encontravam-se, desde logo, submetidas ao seu poder coercitivo²³⁹ (a *litis contestatio*, portanto, só sobrevivera nesse período nominalmente, assinalando o momento da primeira audiência, em que autor e réu podem expor as suas razões oralmente²⁴⁰). Intensificam-se os poderes do juiz, com conseguinte enfraquecimento do formalismo, elemento natural de contenção do arbítrio no processo²⁴¹. Permite-se ao juiz investigar as alegações sobre os fatos da causa²⁴², possibilitando-lhe ainda o

²³⁰ KASER, *Direito...*, p. 434.

²³¹ ZILLETTI, *Studi...*, p. 235.

²³² KASER, op. cit., p. 434.

²³³ ZILLETTI, op. cit., p. 268.

²³⁴ *Ibidem*, p. 268-269.

²³⁵ *Ibidem*, p. 271.

²³⁶ JOLOWICZ, H. F. *Historical introduction to the study of roman law*, 2. ed. Cambridge: University, 1952, p. 407.

²³⁷ BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1958, v. 1, p. 504.

²³⁸ KASER, op. cit., p. 466.

²³⁹ *Ibidem*, p. 466.

²⁴⁰ VOCI, *Manuale...*, v. 2, p. 496.

²⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 21.

²⁴² ENGELMANN, Roman..., p. 320.

poder de interrogar as partes²⁴³. Defere-se-lhe o poder de apreciar as provas, de um modo geral, livremente²⁴⁴. Publiciza-se, em suma, o processo civil²⁴⁵.

Com a consolidação do Estado Nacional Moderno, denota-se novamente evidente assimetria na relação indivíduo/Estado. Com o coroamento do processo de centralização de vários poderes no Estado, forma-se uma autoridade que se contrapõe à totalidade dos súditos (isto é, à sociedade)²⁴⁶. O Direito assume uma forma específica, sendo reconhecido pela autoridade do qual é emanado e pelo procedimento que tem de ser observado para que se converta em algo pertencente ao mundo jurídico.

O Estado apropria-se do direito, reclamando o seu monopólio. Vale dizer: não reconhece qualquer manifestação jurídica que não tenha origem em si mesmo²⁴⁷. O direito processual civil converte-se do mesmo modo em direito estatal²⁴⁸. A propósito, a primeira manifestação moderna dessa apropriação, no terreno do direito processual civil, deu-se precisamente com o *Code Louis*, de 1667²⁴⁹.

O papel do juiz, agora tido como presentante estatal, sofreu influxo inegável em virtude da relação assimétrica entretida entre indivíduo/Estado. Não por acaso, na fase do processualismo, aparece o juiz como vértice de uma relação jurídica

²⁴³ PUGLIESE, Giovanni. Processo privato e processo pubblico – contributo all'individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1948, p. 101.

²⁴⁴ KASER, op. cit., p. 467. Esse sistema de livre apreciação, contudo, não se manteve ao longo de toda a experiência do processo da *cognitio extra ordinem*, dando paulatinamente lugar a um procedimento normado de valoração (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 22).

²⁴⁵ Ibidem, p. 22. Observe-se, contudo, que a publicização a que se alude no texto tem de ser entendida a partir do significado que atribuímos, contemporaneamente, ao termo. A dicotomia processo público/processo privado (*rectius*: processo estruturado a partir de uma inspiração preponderantemente pública/processo estruturado a partir de uma inspiração preponderantemente privada), na experiência romana, retrata figuras culturais, históricas e, pois, essencialmente mutáveis. Vale dizer: as qualificações lingüísticas com que se distinguem esse ou aquele fenômeno têm de ser necessariamente contextualizadas para que bem retratem aquilo que buscam representar. Nesse sentido, sobre a relatividade dessa dicotomia no âmbito do direito processual romano e sobre o significado que eventualmente assumem expressões como *iudicium privatorum/iudicium publicum, causa civilis/causa criminalis/causa fiscalis* etc., consulte-se PUGLIESE, op. cit., p. 63-109.

²⁴⁶ TARELLO, *Storia...*, p. 49.

²⁴⁷ JELLINEK, Georg. *Teoría...*, p. 314.

²⁴⁸ PICARDI, *Processo...*, v. 36, p. 114.

²⁴⁹ Sobre o assunto, amplamente, PICARDI, Nicola. Introdução. In: *CODE Louis: ordonnance civile, 1667*. Milano: Giuffrè, 1996, p. IX/LII.

angular (ou triangular), alocado acima das partes²⁵⁰. A assimetria jurisdicional revela-se patente.

O processo civil prussiano do século XVIII ilustra bem o ponto²⁵¹. Preparada pela promulgação do *Codex Fridericianus Pomeranicus* (1747) e do *Codex Fridericianus Marchicus* (1748)²⁵², a *Justizreform* prussiana completa-se com a publicação do *Allgemeine Gerichtordnung* (1793)²⁵³, considerado como um dos mais interessantes fenômenos da história jurídica e, particularmente, da história do processo²⁵⁴. De um modo geral, o processo estruturava-se inquisitoriamente²⁵⁵, conduzido pelo Estado-juiz de maneira autoritária²⁵⁶, considerado intérprete da “*voluntas principis*”²⁵⁷. Sua atuação, a propósito, oferecia-se minuciosamente regulamentada pela legislação²⁵⁸. Encontrava-se plenamente legitimada a participação do juiz na formação da prova, tendo mesmo o dever-poder de determinar a sua produção de ofício (*iudex potest in facto supplere*)²⁵⁹. Ganha relevo como meio de prova o interrogatório das partes, de iniciativa livre do magistrado, tendo aquelas o dever de dizer a verdade²⁶⁰.

Dentro de uma perspectiva restrita ao terreno do direito processual, as novas diretrizes impostas visavam a desenhar um processo mais eficiente e rápido. Em um espectro mais amplo de análise, todavia, revelam duas pretensões comuns às legislações processuais iluministas: o soberano, aumentando o seu próprio poder via legislação e propiciando uma ainda mais significativa centralização burocrática,

²⁵⁰ São correntemente encontradas na doutrina, aliás, representações gráficas do processo como relação jurídica angular (ou triangular), como se colhe, entre outros, em PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, tomo I, p. XXI; COUTURE, *Fundamentos...*, p. 134-135; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução Ângela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955, v. 1, p. 10. Essas “configurações geométricas da relação jurídica processual”, portanto, estão longe de ser “absolutamente indiferentes, quer no plano prático, quer mesmo no teórico”, como alvitra DINAMARCO, *Instituições...*, v. 2, p. 506, nota de rodapé n. 2, porquanto, na perspectiva histórico-teórica, são altamente reveladoras de um determinado modelo de organização processual.

²⁵¹ GIULIANI, *Prova...*, v. 37, p. 521.

²⁵² ENGELMANN, Arthur. Modern continental procedure. In: ENGELMANN, Arthur et al. *A history of continental civil procedure*. Tradução Robert Wyness Millar. New York: Kelley, 1969, p. 590.

²⁵³ GIULIANI; PICARDI, *La responsabilità...*, p. 47.

²⁵⁴ ENGELMANN, oop. Cit., p. 591.

²⁵⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 37.

²⁵⁶ CAENEGEM, R. C. Van. History of european civil procedure. In: INTERNATIONAL encyclopedia of comparative law, 1973, v. 16, chapter II, p. 93.

²⁵⁷ TARELLO, *Storia...*, p. 240.

²⁵⁸ Ibidem, p. 241.

²⁵⁹ GIULIANI, *Prova...*, v. 37, p. 529.

²⁶⁰ GIULIANI; PICARDI, *La responsabilità...*, p. 48.

combate a um só tempo os resquícios do processo comum e as peculiaridades das legislações locais²⁶¹. Vale dizer: o processo, controlado pelo soberano, revela um preciso programa de “atuação de escolhas políticas”²⁶², cujo principal desiderato está na concretização dessas diretrizes cotidianamente.

O modelo cooperativo, de seu turno, funda-se em outras bases. Se é certo que, nessa quadra, permanece a moderna distinção entre Estado, sociedade e indivíduo, não menos certo se mostra que o modelo cooperativo organiza as relações entre esses três elementos de maneira bastante diferente daquela, por exemplo, oferecida pelo Estado Nacional Moderno. A Constituição, que tem como referencial uma sociedade cooperativa, conforma o Estado como um Estado Constitucional²⁶³, cujas duas grandes virtudes estão na sua submissão ao Direito e na participação social na sua gestão²⁶⁴ (o Estado Constitucional, assim, é necessariamente um Estado de Direito Democrático ou, como prefere a nossa Constituição, um “Estado Democrático de Direito”, art. 1º, *caput*). Essa conformação, no que agora interessa, funda o Estado na “dignidade da pessoa humana”²⁶⁵ (como está, aliás, igualmente em nossa Constituição, art. 1º, III), objetivando “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (consoante também consta de nossa Constituição, art. 3º, I). Daí a razão pela qual a sociedade contemporânea pode ser considerada ela mesma um empreendimento de cooperação entre os seus membros em vista da obtenção de proveito mútuo²⁶⁶. Não por acaso, considerada doutrina já alude mesmo à existência de um verdadeiro “Estado Constitucional Cooperativo”²⁶⁷.

Essas características imprimidas pela sociedade no Estado através da Constituição evidentemente acabam repercutindo na posição ocupada pelo juiz no

²⁶¹ TARELLO, *Storia...*, p. 488.

²⁶² Parafrazeando-se DAMASKA, *The faces...*, p. 147.

²⁶³ CANOTILHO, *Direito...*, p. 84-85.

²⁶⁴ *Ibidem*, 1999, p. 89.

²⁶⁵ Sobre a dignidade da pessoa humana, consulte-se SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; consultem-se, ainda, os ensaios recolhidos na coletânea SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

²⁶⁶ BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003, p. 297.

²⁶⁷ HÄBERLE, Peter. *Estado consitucional cooperativo*. Tradução Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, *passim*. Embora Peter Habërle trabalhe o conceito de cooperação precipuamente no âmbito do direito internacional, certo é que esse não deixa de observar, ainda que de passagem, que a idéia de cooperação também funda suas bases no direito interno e sobre ele se projeta.

processo. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa²⁶⁸. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se a alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio”²⁶⁹ na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho”²⁷⁰ entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo²⁷¹.

A isonomia está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, agindo ativamente²⁷², fá-lo de maneira dialogal²⁷³, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem²⁷⁴, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões²⁷⁵ (de modo que o *iudicium* acabe sendo efetivamente um ato *trium personarum*, como se entendeu ao longo de toda praxe do direito comum²⁷⁶). Toda a condução do processo dá-se com a observância, inclusive com relação ao

²⁶⁸ Algo nesse sentido, GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1966, p. 587, nota de rodapé n. 14.

²⁶⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 90, 2003, p. 62.

²⁷⁰ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 153. Tanto é assim que as relações entre as partes, os juízes e os advogados no processo têm sido cada vez mais encaradas como relações de coordenação e cooperação, conforme GASPERÍN, Macarita Elizondo. Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados. relatório general. In: CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO PROCESAL, 13. *Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados*. México: Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004, p. 52. Anote-se, de resto, que a expressão “comunidade de trabalho” aplicada ao processo fora cunhada por Leo Rosenberg, consoante observa FREITAS, J. L., op. cit., p. 153, nota de rodapé n. 6.

²⁷¹ MORELLO, Augusto M. *El proceso civil moderno*. La Plata: Libreria Editora Platense, 2001, p. 474-475.

²⁷² ALVARO DE OLIVEIRA, Poderes..., p. 62.

²⁷³ O diálogo, com efeito, é o instrumento apontado pela doutrina como sendo aquele que torna possível a cooperação no processo (GRASSO, op. cit., p. 587).

²⁷⁴ O que figura hoje mesmo como uma exigência inarredável para conformação de um processo justo (MARINONI, *Teoria...*, p. 457).

²⁷⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 238; DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: FUNDAMENTOS do processo civil moderno. 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 124-135.

²⁷⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 87-89. Sobre o sentido da palavra “iudicium” no âmbito do direito comum, consulte-se, por todos, PICARDI, Processo..., v. 36, p. 101-106. Nossas Ordenações, aliás, como típica coletânea de direito comum (conforme LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti del diritto comune nel processo civile brasileiro. In: PROBLEMI del processo civile. Napoli: Morano, 1962, p. 498), não se furtaram de recolher a célebre definição de Búlgaro (“iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis”), como se vê, por exemplo, nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Título XX, § 1º; Ordenações Manuelinas, Livro III, Título XV, proêmio; Ordenações Filipinas, Livro III, Título XX, proêmio.

próprio juiz, do contraditório²⁷⁷. A propósito, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* é paradigmático a respeito do tema²⁷⁸, assim como o art. 266 do Código de Processo Civil português²⁷⁹ e o § 139 da *Zivilprozessordnung* alemã²⁸⁰.

Nessa quadra, coloca-se o órgão jurisdicional como um dos participantes do processo, igualmente gravado pela necessidade de observar o contraditório ao longo

²⁷⁷ FERRAND, Frédérique. Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, 2000, p. 348; COUCHEZ, Gérard. *Procédure civile*. Paris: Dalloz, 1998, p. 126-129.

²⁷⁸ Reza o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile*: “Le juge doit, en tous circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

²⁷⁹ Reza o art. 266 do Código de Processo Civil português, na redação que lhe deu os Decretos-leis ns. 329-A/95 e 180/96: “1 – Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes, e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 – As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n. 3 do artigo 519. 4 – Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício da faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

²⁸⁰ Reza o § 139 da *Zivilprozessordnung*, na tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “1 – O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. 2 – O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. 3 – O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. 4 – As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitida contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. 5 – Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito”. Registram Álvaro Perez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo, a propósito, que o dispositivo ora transcrito é considerado como um dos pilares do processo justo alemão (*Código Procesal Civil Alemán*, traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 50), dele podendo ser retirado um verdadeiro dever judicial de discussão das questões da causa com as partes (*Código Procesal Civil Alemán*, traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 52), manifestação inequívoca da idéia de colaboração no processo. Hans Prütting, de resto, vislumbra mesmo em seu conteúdo a carta magna do processo civil contemporâneo alemão (PRÜTTING, Hans. Presentación de documentos y dirección material del proceso: estudio introductorio. In: *CÓDIGO procesal civil alemán*. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Montevideo: Konrad Adenauer, 2006, p. 69).

de todo o procedimento. Por força do contraditório, vê-se obrigado ao debate, ao diálogo judiciário. Vê-se na contingência, pois, de dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, estando gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes²⁸¹.

O Estado Constitucional revela aqui a sua face democrática, fundando o seu direito processual civil no valor participação, traduzido normativamente no contraditório. Do valor participação, a propósito, a base constitucional para a colaboração no processo²⁸². A condução do processo é isonômica.

O Estado Constitucional também revela a sua juridicidade no processo, mas já aí no quando das decisões do juiz, que devem ser necessariamente justas²⁸³ e dimensionadas na perspectiva dos direitos fundamentais (materiais e processuais)²⁸⁴. Decisões, aliás, gestionadas em um ambiente democrático, mas impostas assimetricamente pelo Estado-juiz, dada a imperatividade inerente à jurisdição. A atuação jurisdicional decisória é, por definição, assimétrica.

Da combinação dessas duas faces do Estado Constitucional e de suas manifestações no tecido processual surge o modelo cooperativo de processo, calcado na participação e no diálogo que devem pautar os vínculos entre as partes e o juiz. Esse modelo de processo pressupõe, além de determinadas condições sociais, também certas opções lógicas e éticas para sua cabal conformação.

²⁸¹ SOUSA, *Estudos...*, p. 65-67; SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 591. Por dever de esclarecimento temos de entender “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo” (SOUSA, op. cit., p. 65); por dever de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo” (Ibidem, p. 66); por dever de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser imprimido à causa (Ibidem, p. 66-67); por dever de auxílio, “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais” (Ibidem, p. 67). Como exemplo de dever de prevenção, observa Jesús González Pérez, com apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, que é vedado ao juiz não conhecer de determinada postulação da parte por defeito processual sanável sem que se tenha dado oportunidade para a parte saná-lo. Tal conduta afronta, segundo Jesús González Pérez e a jurisprudência espanhola, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *El derecho a la tutela jurisdiccional* 2. ed. Madrid: Civitas, 1989, p. 65-66).

²⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, O processo..., p. 11.

²⁸³ Ibidem, p. 12.

²⁸⁴ MARINONI, *Teoria...*, p. 458.

2. Pressupostos Lógicos: o Método Lógico de Resolução de Conflitos e a Conformação do Processo

A organização do processo no que tange às posições jurídicas daqueles que nele tomam parte vai fortemente marcada pela espécie de lógica que se serve essa ou aquela experiência histórico-jurídica para resolução dos conflitos²⁸⁵. Interessa observar agora a maneira como os três modelos de processo (o isonômico, o assimétrico e o cooperativo) reagem à lógica que alimenta a teoria jurídica que eventualmente lhes servem de base.

A maneira como os juristas medievais tratavam do direito em geral assume particular interesse na análise do modelo isonômico de processo. Mais do que isso: a racionalidade de que os juristas medievais se serviam para tratar das coisas relativas ao jurídico chegou mesmo a condicionar toda a estrutura da ordem do juízo na Idade Média, todo o formalismo da experiência processual civil da época²⁸⁶.

Tirante as concepções da Baixa Idade Média, em que o direito não ocupava um posto autônomo, restando açambarcado nos domínios da ética²⁸⁷, o direito a partir da fundação do *studium civile* passa a ser identificado com tudo aquilo que consta do *Corpus Iuris Civilis*, que então vem ocupar local de destaque na cultura jurídica europeia. Com efeito, os legistas medievais vislumbravam no *Corpus* romano a própria *ratio scripta*²⁸⁸, o que levou o pensamento jurídico a comportar-se essencialmente como um pensamento orientado à interpretação de textos²⁸⁹. O direito, pois, infere-se de *leges*, sendo compreendido como “uma normatividade que se infere de fontes prescritivo-textuais”²⁹⁰. Pensa-se o direito com referencial à

²⁸⁵ PICARDI, Processo..., v. 36, p. 107.

²⁸⁶ Para uma análise panorâmica do direito processual na Idade Média, consulte-se KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da Idade Média*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

²⁸⁷ CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*. Milano: Giuffrè, 1954, v. 1, p. 275.

²⁸⁸ WIEACKER, *História...*, p. 49.

²⁸⁹ GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 1997, p. 162.

²⁹⁰ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, p. 87.

justiça²⁹¹, seu substrato ético, mas justiça já aí entendida como *lex*, como regista a doutrina²⁹².

Sendo o direito medieval baseado na autoridade dos textos romanos, cujo fundamento de legitimidade mesmo pendulou no tempo²⁹³, o jurista o trabalhava como um enunciado textual do qual, mercê da exegese e da argumentação, seria possível obter todos os critérios para a prática jurídica. A partir dos textos passava-se ao caso, que polarizava a atenção dos juristas no cenário judiciário.

E aqui temos um ponto de relevo. Ao contrário do que sucedeu no direito moderno, cujos padrões de racionalidade convocados para auxiliarem os juristas mais se afeiçoavam à lógica teórica, a racionalidade do medieval identificava-se com uma racionalidade prática, buscando conceber o direito como um problema concreto que o jurista tem de resolver visando ao consenso²⁹⁴, ao fim e ao cabo, critério de verdade e justiça no ambiente medieval²⁹⁵. Assume fundamental relevância, nesse especial, o diálogo entre as pessoas que participavam do processo, justamente aqueles que se dedicavam à resolução do problema em que se consubstanciava o próprio *ius*. A solução da problemática jurídica não se oferecia como a obra de uma razão individual, sendo, antes, o resultado do colóquio judiciário²⁹⁶. Não é à toa, pois, que o juízo era entendido como um ato de três pessoas, como referiam incessantemente os glosadores (“*iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis*”²⁹⁷).

A observação da doutrina a respeito do ponto é bastante elucidativa da maneira como trabalhavam os juristas medievais: “o *modus* de que se socorria este último pensamento era decerto o que lhe oferecia também o ambiente cultural do tempo: a base formativa era o *trivium* e a metodologia era a da *escolástica* (v.

²⁹¹ GIULIANI, Alessandro. Logica del diritto: b) teoria dell'argomentazione. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1975, v. 25, p. 20.

²⁹² CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, p. 87.

²⁹³ Modificação que pode ser observada em WIEACKER, *História...*, p. 49.

²⁹⁴ Sobre o problema da racionalidade jurídica, consulte-se CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 34-81; para um panorama acerca do problema da racionalidade em geral, consulte-se, por todos, SANTOS, *Um discurso...*, p. 10-58.

²⁹⁵ GIULIANI, op. cit., p. 20.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 20.

²⁹⁷ GRASSO, *La collaborazione...*, p. 580.

Grabmann, *Die Geschichte der scholastischen Methode*, 1911) – a ‘aplicação dos métodos da lógica aristotélica e da retórica’ à *disputatio* sobre *questiones*, e assim uma discussão tópico-argumentativa sobre questões doutrinárias, fossem elas suscitadas por problemas práticos reais ou imaginados, que invocava sempre como argumento textos sancionados e opiniões de autores (autoridades), e estas com tanto maior relevo quanto se conjugassem numa *communis opinio*, pois isso o exigiria um pensamento argumentativo-retórico do domínio do ‘provável’. (...). Daí que o pensamento jurídico fosse hermenêutico na intenção epistemológica, posto que dialético-argumentativo ou lógico-dialético na perspectiva metódica²⁹⁸.

É evidente, pois, que a estrutura do processo civil deveria reagir à maneira como os juristas medievais pensavam, metodicamente, o próprio direito. A uma concepção jurídica desse jaez, a processualística medieval respondeu com o *ordo iudiciarius*, cujo mote era justamente a construção de um modelo isonômico de participação na descoberta do direito²⁹⁹.

A estrutura do *ordo iudiciarius* encontra-se atada a pressupostos semânticos e lógicos, que, por assim dizer, acabaram por definir-lhe as suas feições mais proeminentes. Não é acidental, pois, a utilização do termo *iudicium* para designação do processo de então, “palavra-chave da processualística”³⁰⁰, que a identificava com a própria formação do juízo judiciário, da decisão judicial. Ademais, o *iudicium* ou *ordo iudiciarius* orientava-se por um pensamento problemático, de razão prática, pautado pela dialética entre os participantes do processo, cujos critérios fundamentais vão identificados na opinião e no consenso³⁰¹. Era raro, como nota a doutrina³⁰², que o raciocínio judiciário pudesse redundar, como nas demonstrações matemáticas, em uma conclusão impositiva, já que se buscava o direito através das controvérsias e das oposições dialéticas.

²⁹⁸ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, p. 87; COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 312-314.

²⁹⁹ Note-se: descoberta do direito, já que esse era um dado extraível dos textos de lei (CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 86-87; COING, op. cit., p. 313).

³⁰⁰ PICARDI, *Processo...*, v. 36, p. 102.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 107-108.

³⁰² PERELMAN, Chaïm *Lógica jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 10.

Nessa quadra e com essas condicionantes é que surge o formalismo do *iudicium* ou do *ordo iudiciarius* como um formalismo isonômico, em que se procurava “uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário”³⁰³. E o motor fundamental desse modelo de processo vinha representado justamente no contraditório, inspirado fundamentalmente na lealdade processual, seu pressuposto mais direto, decorrência da paridade entre os sujeitos do *ordo iudiciarius*, consoante a precisa observação da doutrina³⁰⁴.

O *ordo iudiciarius* ostentava como núcleo o *ordo substantialis*, formado pelo contraditório e pelo exame da causa, imposto pela prática à autoridade judiciária, cujo respeito a todos se mostrava imperioso, inclusive ao soberano³⁰⁵. Tais eram os requisitos essenciais de um *iustum iudicium*, de um modo geral, dentro da experiência medieval, consoante leciona a doutrina³⁰⁶. Qualquer agressão a esse módulo mínimo constituía uma *perversio ordinis*³⁰⁷. Sendo o processo um momento de descoberta do direito guiado pelo pensamento problemático, sobra evidente a relevância da argumentação expendida pelas pessoas que compunham o *iudicium*, residindo, aí, a imprescindibilidade que então se reconhecia ao contraditório, encarado como verdadeiro “*cardine della ricerca diallettica*”³⁰⁸. A dialética funcionava, como ainda hoje funciona³⁰⁹, como critério para aferição da “verdade provável”.

Como observa a doutrina, o processo comum, iniludivelmente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, “era concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário. Dado que nas matérias objeto de disputa somente se poderia recorrer à probabilidade, a dialética se apresentava, nesse contexto, como ciência que *ex probabilibus procedit*, a impor

³⁰³ ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 229. Essas idéias, aliás, já haviam sido expostas em ensaio anterior, de maneira seminal entre nós, que data de 1993 (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 71, 1993, p. 31-38).

³⁰⁴ GIULIANI, L'ordo..., p. 611.

³⁰⁵ PICARDI, Processo..., v. 36, p. 114, vol. XXXVI.

³⁰⁶ HESPANHA, Justiça..., p. 386.

³⁰⁷ PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 2003, p. 9.

³⁰⁸ Ibidem, p. 22.

³⁰⁹ VILLEY, *Filosofia*..., p. 267.

o recurso ao silogismo dialético. Na lógica do provável, implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos 'pontos de vista' do outro e o caráter de sociabilidade do saber. A dialética, a lógica da opinião e do provável, intermedeia o certamente verdadeiro (raciocínio apodítico) e o certamente falso (raciocínio sofístico). No seu âmbito, incluem-se os procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos, enquanto pressupõem o diálogo, a colaboração das partes numa situação controvertida, como no processo. Em semelhante ambiente cultural, o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática jurídica à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita"³¹⁰.

Esse modo de conceber o contraditório vem fortemente influenciado pela idéia de paridade entre as pessoas do *iudicium*. O método tópico, argumentativo, impõe a divisão do trabalho de conhecimento da causa, calcada na falibilidade da razão humana.

A fim de que se forme o juízo, o órgão judiciário tem o dever de oportunizar às partes a possibilidade dessas influenciarem na descoberta do direito, o que se engendra mediante a técnica do contraditório prévio, método que possibilita conceber o *ordo iudiciarius*, em toda a sua extensão, como uma autêntica *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*. Para isso, contanto, é de rigor que se conceba, como um valor político, a igualdade entre as pessoas do processo e a experiência jurídica como um fenômeno problemático.

De outro lado, a maneira como se dá a organização interna do processo na Idade Moderna é marcada por uma grave fratura em relação ao modelo isonômico medieval³¹¹, bem servindo para ilustrar a caracterização do modelo assimétrico de processo. À passagem do *ordo iudiciarius* isonômico ao *processus* assimétrico, com efeito, confluíram elementos culturais, políticos e ideológicos que imprimiram uma nova feição ao jurídico, tendo imediato reflexo na concepção do processo civil.

³¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 229.

³¹¹ PICARDI, Processo..., v. 36, p. 102.

Consoante já se anotou, o processo não é infenso à cultura, restando antes profundamente influenciado por essa. O clima cultural da Europa do século XVII condicionou todo direito posterior, propiciando a radical transformação do *iudicium* em *processus*, como agudamente observa a doutrina³¹².

Se o direito medieval servia-se da dialética, campo do discurso argumentativo e do provável³¹³, o direito moderno alçou mão, para estruturação da “ciência” jurídica, da lógica apodítica, que trabalha com a demonstração e com a verdade³¹⁴. O direito deixa de ser um problema que o jurista tem de resolver trabalhando em um esquema sujeito-sujeito para ser um objeto que o operador do direito tem de conhecer, compreendido numa relação sujeito-objeto³¹⁵: passa-se de uma racionalidade prática à racionalidade teórica, notadamente na sua expressão de positivismo jurídico, ocorrendo uma verdadeira geometrização do jurídico³¹⁶, já que o protótipo do conhecimento, dentro desse peculiar ambiente, passa a ser a matemática³¹⁷.

O deslocamento do substrato lógico com que trabalhavam os juristas medievais e modernos não passou despercebido da doutrina³¹⁸, que bem surpreendeu o movimento que levou os juristas da dialética aristotélica, de usança geral entre os medievais, à lógica de Pierre de la Ramée, também conhecido como Petrus Ramus, que conduziu o discurso dos modernos, instalando o paradigma racionalista dentro do direito processual civil³¹⁹. Sirva de exemplo, a propósito, a comparação procedida pela doutrina entre dois juristas do século XVII, o italiano Sigismondo Scaccia e o alemão Giovanni Althusio.

³¹² PICARDI, Audiatur..., p. 14; ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 229; ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório”. In: MITIDIÉRO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 120.

³¹³ GIULIANI, Prova..., v. 37, p. 525.

³¹⁴ PICARDI, Processo..., v. 36, p. 107-108.

³¹⁵ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (Org.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57.

³¹⁶ BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição...*, p. 102-133. A mesma temática fora retomada igualmente por BAPTISTA DA SILVA, *Processo...*, p. 69 et seq.

³¹⁷ SANTOS, *Um discurso...*, p. 14.

³¹⁸ PICARDI, op. cit., p. 107-110.

³¹⁹ GIULIANI, *Il concetto...*, p. 216.

O discurso processual de Scaccia vinha centrado na figura do *iudicium*, então compreensivo de toda experiência judiciária, definido como “*legitimus actus trium personarum in iudicio contententium*”³²⁰. De seu turno, Althusio entendia o *iudicium* apenas como um momento do *processus*, compreendido esse último como “*constans, necessarius et immutabilis ordo et forma quaestionis tractandae*”³²¹. Essas duas impositões a respeito do processo civil, longe de resolverem-se em uma questão meramente terminológica, vêm alimentadas por dois tipos diversos de lógica, a sugerir mesmo dois instrumentos diversos para análise do direito processual civil: enquanto Scaccia trabalhava com a dialética aristotélica, o que permitia a compreensão do direito como um fenômeno cultural, hermenêutico, Althusio pressupunha a lógica ramista em suas aproximações, outorgando ao jurídico a certeza própria das ciências exatas.

Na obra processual de Scaccia, declaradamente inspirada na dialética aristotélica, o processo civil vinha pautado pela arte do diálogo, da discussão e da persuasão, tudo voltado ao alcance da verdade provável. Nesse específico ambiente, o critério fundamental de juízo era constituído pela opinião e pelo consenso. O verdadeiro e o falso eram categorias que não compareciam ao processo, já que esse se oferecia dominado pela lógica do provável³²².

Em outra ponta, Althusio procurava estruturar o processo civil tendo como substrato lógico as concepções de Pierre de la Ramée, o que impunha ao direito os métodos próprios das ciências exatas, notadamente da matemática. Seu programa de direito processual civil, apresentado de maneira panorâmica e esquemática, orientado ao sistema, tinha o ambicioso objetivo de buscar através do processo a verdade absoluta, convocando aos domínios do jurídico as categorias do certo e do errado³²³. Não é sem razão, pois, que a doutrina identifica em Althusio o precursor da idéia moderna de direito³²⁴ e, em especial, de processo³²⁵. Sendo o direito subjugado aos padrões das ciências exatas, o diálogo judiciário pouco poderia contribuir para resolução dos casos concretos, já que a razão individual poderia

³²⁰ PICARDI, Processo..., v. 36, p. 106.

³²¹ Ibidem, p. 107.

³²² Ibidem, p. 107-108.

³²³ Ibidem, p. 108-110.

³²⁴ VILLEY, *A formação...*, p. 623.

³²⁵ PICARDI, op. cit., p. 108.

conhecer tão bem ou melhor a verdade que o esforço conjugado dos juristas³²⁶. A marca do individualismo moderno já estava então a avançar sobre o processo.

Essa guinada cultural não deixa de ter um endereço político e ideológico certo: através dela, busca-se domesticar o direito, tornando-o tão certo quanto o resultado de uma equação algébrica. Mais profundamente, a lógica teórica impingida ao jurídico busca assegurar a concentração de todo poder no Estado, notadamente, em um primeiro momento, na figura do Rei³²⁷, tornando-o uma ciência técnica, despolitizando os seus atores³²⁸. Busca, como observa a doutrina³²⁹, implantar um modelo de legislação sem jurisdição³³⁰. Nessa vertente, a concepção do direito estatal perfeito, demonstrável, acaba revelando uma empresa profundamente tirânica, antidemocrática, na medida em que elimina a possibilidade de crítica ao direito posto³³¹, eliminando igualmente a possibilidade de compreensão do fenômeno jurídico pelo diálogo³³² e, pois, a direta participação dos cidadãos no manejo do poder estatal. A educação jurídica da época, de resto, não deixa margem a dúvidas acerca do adestramento técnico a que se submetiam os então aspirantes a juristas³³³.

³²⁶ Na realidade, a crença na razão individual decorre mesmo do método pensado por Descartes para compreender a ciência; não é furtivo, como relata Michel Villey, que Descartes entenda que para construir a ciência seja necessário recorrer a “idéias claras e distintas” que se obtêm fechando os olhos, recolhendo-se *sozinho* no quarto aquecido” (VILLEY, *A formação...*, p. 602, grifo nosso).

³²⁷ A concentração de poder na figura do Rei, como ensina César Saldanha Souza Júnior, é uma das características fundamentais do Estado Nacional Moderno (SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal...*, p. 32); nesse mesmo sentido, afirmando a concentração do poder político como uma das características essenciais do Estado Moderno, nada obstante a advertência de que a concentração de poder no Estado não configura, por si só, uma concentração de poderes nas mãos do Rei. (DE LA CUEVA, Mario. *La idea del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 55).

³²⁸ Sobre a organização jurídica europeia nos séculos XVII e XVIII, consulte-se TARELLO, *Storia...*, p. 43-95.

³²⁹ PICARDI, Nicola. Il giudice e la legge nel Code Louis *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: 1995, p. 48.

³³⁰ Já que à jurisdição caberia apenas a verbalização da vontade do soberano, então convertido em legislador (VERDE, Giovanni. Sul monopolio dello stato in tema di giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 2003, p. 373).

³³¹ KAUFMANN, A problemática..., p. 82. Evidentemente, a crítica ao direito posto não pode ser realizada de qualquer maneira, sem critérios seguros que guiem a praxe, sem o que o direito pode resolver-se em arbítrio. Sobre a necessidade de observância das regras e a excepcionalidade de eventuais superações, consulte-se ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed.. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 112-120. Sobre o problema do contra-majoritarismo aí implicado, consulte-se MARINONI, *Teoria...*, p. 85-88; MELLO, *Democracia...*, p. 172 et seq.

³³² BAPTISTA DA SILVA, *Processo...*, p. 93.

³³³ Sobre o assunto, PICARDI, Nicola. La formazione di base del giurista. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 355-376, 2005.

Com efeito, a apropriação do direito pelo Estado³³⁴ e, em especial, a apropriação do direito processual civil pelo soberano, constituiu-se em um “evento traumático” dentro da historiografia do direito processual civil³³⁵. Conjugado com a mudança da lógica subjacente ao discurso judiciário, revela o ideal moderno de identificar todo o jurídico com aquilo que provém do Estado³³⁶. Com isso se atende à preocupação central de Leibniz com a certeza jurídica³³⁷ e, concomitantemente, aniquila-se o poder criativo ínsito à jurisdição praticada no processo medieval. Guiado o raciocínio judiciário pela lógica ramista, preso o magistrado a esquemas puros de subsunção, à certeza do direito junta-se a segurança jurídica, possibilitando-se a previsibilidade das decisões³³⁸ (o que, aliás, funcionou como um poderoso fator de desenvolvimento do capitalismo moderno³³⁹). O direito, incluso o direito processual civil, resume-se à vontade do soberano, devidamente formalizada, sendo reservada ao juiz tão-somente a verbalização, através de silogismos, das palavras da lei, sem qualquer margem de discricção, já que a partir de uma premissa verdadeira só se pode chegar a uma única conclusão verdadeira³⁴⁰. Como se vê, o pensamento chiovendiano de que à jurisdição calha aplicar a vontade concreta da lei³⁴¹ e a concepção de Alfredo Rocco de que a sentença é um ato preponderantemente intelectual do magistrado³⁴², de que se serviram abundantemente nossos processualistas³⁴³, são iniludivelmente expressões de

³³⁴ A propósito, observe-se novamente que na experiência medieval havia uma relativa indiferença do poder político com relação ao direito, suficiente mesmo a suportar a sua autonomia (GROSSI, *L'ordine...*, p. 50-52).

³³⁵ PICARDI, *Processo...*, v. 36, p. 114.

³³⁶ O que, decerto, só fora possível mesmo com a laicização do direito, fruto principalmente das doutrinas de Samuel Pufendorf e Cristian Thomasius, como anota TARELLO, *Storia...*, p. 109. Não é por outro motivo, de resto, que Georg Jellinek observa que o Estado Moderno só se formou em função desse ter dominado o dualismo poder espiritual – poder temporal (JELLINEK, *Teoria...*, p. 311-312).

³³⁷ TARELLO, op. cit, p. 133-134.

³³⁸ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 282.

³³⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Unb, 1999, v. 2, p. 104.

³⁴⁰ Os silogismos, como ensina PERELMAN, *Lógica...*, p. 1-2), são os padrões de linguagem dos raciocínios analíticos, que trabalham com premissas verdadeiras e necessárias e que conduzem a conclusões igualmente verdadeiras e necessárias através de inferências válidas.

³⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3, p. 3.

³⁴² ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 29.

³⁴³ Aludindo à jurisdição como atividade voltada à descoberta da vontade concreta da lei, por todos, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1, p. 32. (“jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática,

doutrinas de cariz moderno, deitando raízes nos filósofos racionalistas de século XVIII. Nessa vertente, não pode surpreender, igualmente, que um dos mais importantes teóricos da relação jurídica processual, Adolf Wach, tenha sido também um dos pais da “teoria objectivista da interpretação jurídica”³⁴⁴, como anota a doutrina³⁴⁵; tal o espírito da época.

Nesse quadro cultural, a compreensão acerca do formalismo do processo civil e do papel dos sujeitos que nele tomam parte vem bastante alterada, se comparada com a situação precedente verificada no *ordo iudiciarius* medieval. Se o direito deixa de ser um problema que deve encontrar solução através do diálogo, cujo objetivo central é a busca do consenso, e passa a ser entendido como um objeto que os juristas têm de conhecer para encontrar a verdade, apouca-se o papel da dialética, das opiniões das partes a respeito da *res in iudicium deducta*, já que o resultado do processo será fruto de um silogismo judiciário, pensado solitariamente, na medida em que a razão, segundo os cânones científicos da época, pode guiar individualmente os homens, sendo esse um valor completo em si mesmo, pensado como indivíduo. Como agudamente observa a doutrina³⁴⁶, passa-se da *ars disserendi* à *ars ratiocinandi*, da arte do diálogo à idade da razão. Nessa vertente, o contraditório, “deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da ‘verdade’” e vai “rebaixado a princípio externo e puramente lógico-formal”³⁴⁷. Tem-se aí uma noção de contraditório em “*sensu debole*”³⁴⁸. A igualdade pressuposta nessa concepção de processo é uma igualdade perante a lei, puramente formal, bem ao sabor da primeira dimensão dos direitos fundamentais então vicejante³⁴⁹, ao contrário do que sucedia no esquema do modelo isonômico de processo, em que a isonomia substancial entre as pessoas implicadas no *iudicium* oferecia-se como um pressuposto inarredável. O juiz converte-se em um sujeito

a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida”); aludindo à sentença como um ato preponderantemente intelectual do órgão jurisdicional, entre outros, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 273-274.

³⁴⁴ WACH, *Manual...*, v. 1, p. 353-418.

³⁴⁵ LARENZ, *Metodologia...*, p. 40; CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, p. 99.

³⁴⁶ GIULIANI, *Prova...*, v. 37, p. 549; PICARDI, *Audiat...*, p. 16.

³⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *A garantia...*, p. 230.

³⁴⁸ PICARDI, Nicola; NICITA, Paolo. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 209-210.

³⁴⁹ Preferimos aludir à “dimensão” dos direitos fundamentais do que à “geração”, porquanto entendemos adequada a crítica de José Joaquim Gomes Canotilho no sentido de que os direitos fundamentais são direitos de todas as gerações, idéia que pode restar obscurecida pela compartimentação geracional dos direitos fundamentais (CANOTILHO, *Direito...*, p. 362).

superpartes, vértice do discurso judiciário, tornando assimétrico o processo antes isonômico³⁵⁰ (dessa época a valorização máxima dos aforismos *lura novit curia* e *Da mihi factum, dado tibi ius*, a sugerir a interpretação jurídica como algo atinente tão-somente ao Estado³⁵¹), consoante já observamos.

Em largas linhas, assim se passavam as coisas no modelo assimétrico de processo: todo processo era pensado de modo a possibilitar a observância do direito estatal, sendo o juiz *superpartes* o centro do processo, apoucando-se o papel das partes na definição do jurídico com um contraditório fraco, formal e estático. Toda estrutura do processo refletia o intento de fazer observar tão-somente a própria normatividade estatal, convertendo-se a “pessoa” em “sujeito” do direito³⁵².

O quadro lógico que informa o modelo cooperativo de processo é outro, a levar necessariamente a uma diferente estruturação do formalismo processual. No início da segunda metade do século XX renovam-se os estudos de lógica jurídica³⁵³, revitalizando-se o sentido problemático do direito³⁵⁴. Tudo somado, procura-se reabilitar com essa renovação o caráter argumentativo do direito, sufocado pela consolidação da lógica apodítica no pensamento jurídico moderno³⁵⁵.

Essa renovada perspectiva teórica a respeito da lógica que informa o fenômeno jurídico não demorou a, conjugada com o direito fundamental ao contraditório, incrementar os poderes das partes a respeito da valoração do material jurídico da causa, reconhecendo-lhe expressamente o direito de avançar nessa seara³⁵⁶. A jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* a propósito da *Anspruch auf*

³⁵⁰ Assim, entre outros, PICARDI, *Audiatur...*, p. 16.

³⁵¹ Como observa, por todos, ALVARO DE OLIVEIRA, *A garantia...*, p. 233-236.

³⁵² Sobre essa fecunda contraposição entre a “pessoa” contemporânea, centro do qual irradiam os direitos fundamentais, valor-fonte do ordenamento jurídico, e o “sujeito” do direito moderno, consulte-se OPPO, Giorgio. Declino del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, p. 829-835, 2002.

³⁵³ Sirva de exemplo, por todos, a obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, de 1953 (traduzida para o espanhol, VIEHWEG, *Tópica y...*, *passim*; para o italiano, VIEHWEG, *Topica e...*, *passim* e para o português, VIEHWEG, *Tópica e...*, *passim*), em que o professor alemão reivindica a tópica e a dialética de Aristóteles para caracterizar o pensamento jurídico como um pensamento essencialmente problemático.

³⁵⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *A garantia...*, p. 231.

³⁵⁵ NEDEL, Antônio. *Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 203.

³⁵⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970, p. 145-146.

rechtliches Gehör (art. 103, Constituição alemã) não deixa dúvidas, consoante informa a doutrina³⁵⁷, a respeito da configuração do direito ao contraditório como sendo um direito a influenciar efetivamente o juízo sobre as questões da causa (fáticas, jurídicas e mistas³⁵⁸, materiais e processuais³⁵⁹), tendo à base uma compreensão problemática do direito³⁶⁰. A jurisprudência de nosso Supremo Tribunal Federal inclina-se atualmente nesse mesmo sentido³⁶¹. Contraditório, pois, entendido em “*senso forte*”, conforme observa a doutrina³⁶².

Essa proposição acaba por implicar nova organização do formalismo processual, forçando a uma melhor distribuição das posições jurídicas das partes e do juízo no processo, de modo a tornar-lhe mais cooperativo e menos rígido para uma ótima consecução da justiça no caso concreto³⁶³, finalidade última do processo civil no marco teórico do formalismo-valorativo³⁶⁴. No que tange especificamente ao problema da aplicação do direito no processo, cumpre submeter a uma revisão crítica os brocardos *Da mihi factum*, *dado tibi ius* e *lura novit curia*, próprios de um processo assimétrico, alimentado por uma lógica apodítico-mecanicista acerca do que é o direito.

Começemos pelo *Da mihi factum*, *dado tibi ius*. Duas idéias centrais podem aí ser identificadas: às partes pertence o domínio sobre os fatos (sobre as questões de fato), ao passo que ao órgão jurisdicional toca o senhorio a respeito do direito (isto é, daquilo que comumente os juristas chamam de questões de direito). Essa segunda proposição ganha contornos ainda mais claros quando se conjuga ao primeiro brocardo o segundo, cuja idéia central está em que o juiz conhece o direito (*lura*

³⁵⁷ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 645; WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. *Rivista di Diritto Procesuale*, Padova, 2001, p. 735-736.

³⁵⁸ Sobre a divisão das questões em questões de fato, mistas e de direito (teoria tricotômica), consulte-se KNIJNIK, *O recurso...*, p. 162 et seq.

³⁵⁹ COMOGLIO, *La garanzia...*, p. 146.

³⁶⁰ TROCKER, op. cit., p. 645, nota de rodapé n. 10.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 25.787/DF. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, Informativo n. 449/2006.

³⁶² PICARDI; NICITA, *Manuale...*, p. 210-212.

³⁶³ SOUSA, *Estudos...*, p. 88-89.

³⁶⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *O processo...*, p. 12.

novit curia), sendo tão-somente sua a função de valorar juridicamente os fatos alegados pelas partes³⁶⁵.

A uma, a rigorosa aplicação de ambos os aforismos pressupõe uma impraticável, consoante já demonstrou a doutrina³⁶⁶, dicotomia entre questão de fato/questão de direito, a demarcar precisamente o que pertence a uma e à outra esfera, empresa fadada a desembarcar irremediavelmente em um indisfarçável artificialismo³⁶⁷. A duas, a doutrina tem admitido a investigação oficial de fatos instrumentais não alegados em juízo pelas partes, o que denota evidente relativização da primeira parte do brocardo *Da mihi factum, dado tibi ius*, pelo qual apenas às partes caberia a tarefa de levar as alegações fáticas para o processo³⁶⁸. O desiderato dessa permissão é de índole probatória, servindo para melhor composição do quadro da prova das alegações no processo³⁶⁹. A três, pressupondo o direito ao contraditório como direito a participar do processo, a influir positivamente sobre o convencimento judicial³⁷⁰, tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo³⁷¹, mesmo sobre aquelas questões que deve conhecer de ofício³⁷². Objetiva-se, assim, evitar decisões que apanhem de surpresa as partes³⁷³, havendo aí evidente concretização da cooperação no processo pela mão do dever de consulta às partes que toca ao

³⁶⁵ Em sua conceituação tradicional, ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o aforismo em tela impõe ao juiz “conhecer o direito e investigá-lo de ofício, caso não o conheça, tornando-o também totalmente independente na sua aplicação dos pedidos e alegações das partes a respeito, permitindo-lhe extrair do material fático trazido pelas partes conclusões jurídicas não aportadas por elas aos autos” (ALVARO DE OLIVEIRA, *A garantia...*, p. 235-236).

³⁶⁶ Sobre o assunto, com grande proveito, CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto: questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 11 et seq.; KNIJNIK, *O recurso...*, p. 13 et seq.

³⁶⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 234.

³⁶⁸ Ibidem, p. 235; FREITAS, J. L., *Introdução...*, p. 135-137; SOUSA, *Introdução...*, 1993, p. 51; GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na acção declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 363.

³⁶⁹ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 404/405.

³⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 238; MARINONI, *Teoria...*, p. 216; CABRAL, António do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 2005, p. 453-459.

³⁷¹ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 238.

³⁷² Ibidem, p. 238; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 3, p. 388-390.

³⁷³ TROCKER, *Processo...*, p. 657; COMOGLIO, *La garanzia...*, p. 146. Sobre o assunto, consulte-se ainda MONTESANO, Luigi. *La garanzia costituzionale del contraddittorio ed i giudizi di 'terza via'*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 2000, p. 929 et seq.

órgão jurisdicional, inerente à construção de um processo civil pautado pela colaboração³⁷⁴.

É claro, todavia, que a relativização do brocardo *lura novit curia* só tem sentido se passarmos a compreender o direito não mais como algo totalmente pré-dado pela legislação, consoante já se pretendeu, por exemplo, com o positivismo legal racionalista³⁷⁵. Vale dizer: só tem sentido se o assumirmos como um problema para cuja solução pode pesar o aporte argumentativo que as partes levam ao processo (no fundo, passa-se de um processo caracterizado por um solilóquio judicial para um processo entendido antes de tudo como um colóquio de todos aqueles que nele tomam parte)³⁷⁶. E essa constatação decorre do abandono de uma lógica apodítica, reconhecendo-se o direito cada vez mais como *juris prudentia* e não somente como *scientia juris*, consoante postula a doutrina³⁷⁷.

3. Pressupostos Éticos: a Ética e o Direito Processual Civil

Ao longo da história do direito processual civil, a preocupação com a ética fora uma constante, manifestando-se de maneira mais aguda precisamente em duas frentes: no problema da articulação da boa-fé nas relações entre aqueles que participam do juízo e no problema da obtenção da verdade no processo. Também a boa-fé e a verdade, portanto, oferecem-se como terrenos ótimos para delimitação dos modelos processuais que ora nos ocupam.

No que agora nos interessa, tanto o modelo isonômico como o modelo assimétrico tinham como pressuposto um esquema de boa-fé subjetiva para

³⁷⁴ SOUSA, *Estudos...*, p. 67.

³⁷⁵ Sobre o assunto, LARENZ, *Metodologia...*, p. 34 et seq.

³⁷⁶ Como, por exemplo, alvitra António Castanheira Neves, ao postular para o direito uma racionalidade que leve em conta tanto o sistema como o problema (Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 155 e seguintes), assumindo o caso jurídico a resolver como um verdadeiro prius metodológico (CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, p. 159 eT seQ.), retirando a tônica da realização do direito da norma e colocando-a no juízo (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 345). Na doutrina brasileira, entre outros, MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 39 et seq; FREITAS, J., *A interpretação...*, p. 146 et seq.

³⁷⁷ ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, p. 167-173.

valoração da conduta das partes³⁷⁸. No processo assimétrico, ainda, chega-se a possibilitar ao Estado iludir as partes a fim de obter a verdade, ao mesmo tempo em que se acomete a essas o dever absoluto de dizer a verdade, ocorrendo uma espécie de moralização, no sentido platônico, do processo³⁷⁹. Duplo ponto, portanto, a notar-se: a boa-fé então exigida no processo é do tipo subjetiva; seus destinatários são as partes.

No modelo do processo cooperativo, que é necessariamente um “*debido proceso leal*”³⁸⁰, além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva³⁸¹ a objetiva³⁸², reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo³⁸³. É como está, aliás, no art. 14 do nosso Código de Processo Civil, e como reconhece tranquilamente a melhor doutrina francesa a propósito do art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile*³⁸⁴. Há, em suma, dever de recíproca correção de “*todos os intervenientes*” do processo

³⁷⁸ Vale dizer, buscava-se aquilatar um determinado “estado da pessoa” com relação a certo dado conhecível ou não como elemento central para aferição da boa-fé (conforme, para uma aproximação da idéia de boa-fé subjetiva, CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 24).

³⁷⁹ GIULIANI, L’ordo..., p. 604; GIULIANI, Prova..., v. 37, p. 523.

³⁸⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. El debido proceso leal: reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, v. 9, 2006, p. 331.

³⁸¹ O processo civil cooperativo de modo nenhum prescinde da imposição, aos litigantes, do dever de litigância de boa-fé (SOUSA, *Estudos...*, p. 62-63). No direito brasileiro, a propósito, reconhece-se tranquilamente a existência de um dever geral de boa-fé subjetiva, consoante, aliás, já indicamos alhures, com as referências bibliográficas de estilo (MITIDIERO, *Comentários...*, tomo I, p. 167-195).

³⁸² Pugnando pela aplicação, no processo civil contemporâneo, da cláusula da boa-fé objetiva, entre outros, RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 95, p. 71-87, 2004; MILMAN, Fábio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 291 et seq.; MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do ‘venire contra factum proprium’. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 97, 2005, p. 156 et seq.; DE VINCENZI, Brunela Vieira. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 157 et seq. São manifestações da boa-fé objetiva no processo civil brasileiro, entre outros, o instituto da preclusão lógica e os arts. 231 e 232 do Código Civil. De resto, correntemente se alude ao art. 116 do Codice di Procedura Civile italiano como sendo uma das normas mais avançadas a propósito do tema, porquanto possibilita, alçando mão da técnica legislativa das normas processuais abertas, a valoração geral do comportamento da parte em juízo (conforme registra, por todos, RIBEIRO, op. cit., p. 80). A propósito, reza o art. 116, CPC italiano: “Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo”.

³⁸³ ALVARO DE OLIVEIRA, Efetividade..., p. 255. São exemplos, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, desses deveres judiciais o de “pontualidade no início dos atos e audiências realizados em juízo, o de não motivar falsamente a decisão judicial e o de apreciar integralmente os fundamentos relevantes dos arrazoados das partes (Ibidem, p. 255).

³⁸⁴ BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003, p. 229-230.

(art. 266-B, Código de Processo Civil português; art. 247, *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola)³⁸⁵.

A propósito do problema da obtenção da verdade no processo (ainda que adjetivada como verdade processual, já que a verdade no processo sempre se resolve num juízo de verossimilhança³⁸⁶), impende observar desde logo que a colocação dessa como um dos objetivos ideais da prova judiciária³⁸⁷ oferece-se como uma condição insuprimível para que o processo cumpra a contento o seu desiderato maior de lograr a justiça do caso decidendo³⁸⁸. Dois assuntos aqui interessam de perto para composição dos modelos processuais civis: a possibilidade ou não de investigação oficial das alegações processuais e a valoração do material probatório pelo magistrado³⁸⁹.

No modelo paritário (vale dizer, dentro do processo civil grego e nos primórdios do *ordo judicarius* medieval italiano), registra a doutrina o papel meramente curador da regularidade do processo acometido ao juiz³⁹⁰, a ponto

³⁸⁵ Especificamente sobre o problema da boa-fé no direito processual civil espanhol, consulte-se, por todos, PICO Y JUNOY, *El principio...*, p. 125 et seq.

³⁸⁶ Consoante a clássica lição de CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. In: *OPERE giuridiche*. Napoli: Morano, 1972, v. 5, p. 616. Para um posicionamento crítico a respeito das idéias desenvolvidas por Piero Calamandrei, consulte-se TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 183-190. Para uma crítica da crítica, consulte-se FLACH, Daisson. *A verossimilhança nos provimentos de cognição sumária*. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

³⁸⁷ Note-se o ponto: ideais. Essa assertiva, no entanto, não justifica a obtenção da verdade a todo e qualquer custo. Também nessa seara tem-se que levar em consideração as peculiaridades da situação de direito material levada a juízo, a segurança e a efetividade: o formalismo-valorativo requer uma solução de compromisso entre esses dois valores que tenha por referência a situação de direito material afirmada no processo.

³⁸⁸ Consoante ensina Michele Taruffo, a colocação da verdade como objetivo da prova é uma condição necessária para que se coloque a justiça do caso como desiderato do processo (conforme TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, p. 320). A verdade funciona, assim, como observam MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5, t. 1, p. 50, como fator de legitimação do direito processual, existindo entre processo e verdade um “vínculo teleológico” (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15).

³⁸⁹ Note-se: valoração da prova. Comumente, confundem-se valoração e convencimento judicial nessa seara. Os dois conceitos são, no entanto, diferentes: a valoração é momento necessariamente anterior ao convencimento (PATTI, Salvatore. *Libero convincimento e valutazione delle prove*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1985, p. 486). Sobre o tema, ainda, consulte-se POZZA, Pedro. *Sistemas de apreciação da prova*. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 219-243.

³⁹⁰ GIULIANI; PICARDI, *La responsabilità...*, p. 6; GIULIANI, *Prova...*, v. 37, p. 529, nota de rodapé n. 30.

mesmo de configurá-lo como uma verdadeira “coisa das partes”³⁹¹. Daí a razão para a consagração da idéia, nesse modelo, de que o juiz não pode investigar oficialmente as alegações processuais das partes (*iudex non potest in facto supplere*)³⁹², traduzindo-se qualquer investida oficial nessa sede como uma grave afronta caráter isonômico do processo (como uma *perversio ordinis*)³⁹³, violando-se assim a independência e a imparcialidade judicial³⁹⁴. A valoração da prova seguia o sistema da livre apreciação³⁹⁵.

No modelo assimétrico, todavia, o magistrado passa a gozar de amplos poderes de condução do processo, assumindo em definitivo a sua direção³⁹⁶. Nessa perspectiva, natural que ao juiz, encarado como verdadeiro “advogado geral das partes”³⁹⁷, franqueim-se poderes instrutórios (consagrando-se, assim, a máxima dietralmente oposta àquela do processo paritário: *iudex potest in facto supplere*)³⁹⁸. Na experiência imperial romana, a valoração da prova era livre pelo magistrado³⁹⁹; já no processo prussiano, ao juiz não era dado apreciar livremente a prova colhida⁴⁰⁰.

Dentro do processo civil contemporâneo, informado pelo formalismo-valorativo, o ativismo judicial aparece como algo irreversível⁴⁰¹, sendo essa posição mais diretiva e engajada do Estado-juiz um componente essencial do modelo cooperativo de processo⁴⁰². Ao adjudicar-se iniciativa oficial ao magistrado no terreno probatório, além de superar-se uma visão individualista e privatista de processo, própria da cultura jurídica francesa do século XIX⁴⁰³, prestigia-se ao máximo a igualdade efetiva entre as partes⁴⁰⁴. A comunhão de trabalho resta

³⁹¹ GIULIANI, L'ordo..., p. 610.

³⁹² GIULIANI, Prova...,v. 37, p. 529.

³⁹³ PICARDI, Processo..., v. 36, p. 116.

³⁹⁴ GIULIANI, L'ordo..., p. 611.

³⁹⁵ Ibidem, p. 607.

³⁹⁶ Conforme, para o processo romano imperial, BONFANTE, *Storia...*, v. 1, p. 504; para o processo prussiano moderno, PICARDI, *Audiatur...*, p. 15-16.

³⁹⁷ Ibidem, p. 16.

³⁹⁸ GIULIANI, Prova...,v. 37, p. 529.

³⁹⁹ KASER, *Direito...*, p. 467.

⁴⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes...*, p. 57.

⁴⁰¹ Ibidem, p. 59.

⁴⁰² GRASSO, *La collaborazione...*, p. 602.

⁴⁰³ Sobre o assunto, CAPPELLETTI, Mauro. Iniziative probatorie del giudice e base pregiudiziche della struttura del processo. In: PROCESSO e ideologie. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 143-168.

⁴⁰⁴ MATTOS, Sérgio. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 82; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 96-105.

evidenciada com a iniciativa oficial em tema de prova na medida em que o seu resultado deve ser, necessariamente, submetido ao crivo das partes, possibilitando-lhes influir sobre o valor probante a ser outorgado pelo magistrado⁴⁰⁵. Não há que se falar, ademais, em quebra da imparcialidade e da independência judiciais por obra da possibilidade de instrução por iniciativa oficial⁴⁰⁶, como o ambiente social do modelo isonômico chegava a sugerir, porquanto imparcialidade e neutralidade são conceitos que não se confundem⁴⁰⁷. Juiz ativo é o contrário de juiz neutro; um e outro, todavia, podem ser imparciais. A valoração da prova no processo cooperativo, de postremeiro, não se liga, de regra, a vínculos legais apriorísticos, sendo nesse sentido considerada livre⁴⁰⁸. Todo juízo de valor sobre a prova, contudo, tem de ser absolutamente motivado⁴⁰⁹. É, aliás, como consta do art. 131 do nosso Código de Processo Civil, e como exige a doutrina italiana ao interpretar o art. 116 do *Codice di Procedura Civile*⁴¹⁰.

4. Os Modelos Processuais Cíveis. Processos Isonômico, Assimétrico e Cooperativo

De todo o exposto, ressaí a possibilidade de traçarmos três perfis de organização do processo, à vista de determinados pressupostos sociais, lógicos e éticos: processos isonômico, assimétrico e cooperativo. Cada um desses modelos articula de modo diferente o problema da divisão do trabalho entre as pessoas do juízo, respondendo às condicionantes culturais em que mergulhados.

⁴⁰⁵ MITIDIERO, *Comentários...*, tomo I, p. 552.

⁴⁰⁶ Observe-se, ademais, que não se pode confundir fontes e meios de prova; o juiz dispõe, à luz do art. 130, CPC, dos meios de prova, e não das fontes. O órgão jurisdicional não é advogado da parte – não investiga as fontes; apenas firma a sua convicção objetivando uma decisão justa. Sobre o assunto, SENTÍS MELENDO, Santiago. Natureza de la prueba: la prueba es libertad. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 462, p. 11-22, 1974.

⁴⁰⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 77-82.

⁴⁰⁸ Sobre o assunto, ALVARO DE OLIVEIRA, *Problemas...*, p. 51-64; KNIJNIK, *A prova...*, p. 15-19.

⁴⁰⁹ MARINONI; ARENHART, *Comentários...*, v. t. 1, p. 223 et seq.

⁴¹⁰ GRASSO, Eduardo. Dei poteri del giudice. In: ALLORIO, Enrico (Coord.) *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: UTET, 1973, v. 1, t. 1, p. 1317.

O processo isonômico é concebido a partir de certa indistinção entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, quadro social que acaba propiciando uma relação de paridade entre o indivíduo e o poder político. Os conflitos são resolvidos, nessa quadra, alçando-se mão de uma racionalidade prática, assumindo a dialética papel central na busca da resolução dos problemas jurídicos. Ao contraditório é deferida a função de tornar possível o diálogo judicial. A conduta das partes é apreciada tendo em conta esquemas de boa-fé subjetiva. A busca pela verdade no processo é uma constante, entendida, todavia, como tarefa exclusivamente das partes.

O processo assimétrico conta para sua configuração com uma radical separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, o que reflete diretamente na relação entretida entre o indivíduo e o poder político, que passa a ser absolutamente assimétrica (o Estado vai compreendido como um sujeito que se encontra acima de seu povo). O Estado apropria-se do direito, sendo seu o direito a aplicar no processo, tarefa que se desincumbe utilizando-se de uma racionalidade teórica, visando a tornar segura e certa, tanto quanto possível, a realização do direito posto. O contraditório passa a ser encarado como mera bilateralidade da instância. A conduta dos sujeitos processuais também vai apreciada, no plano ético, a partir da idéia de boa-fé subjetiva, sendo algo atinente, todavia, tão-somente às partes, porquanto ao Estado chega-se mesmo a reconhecer o direito de mentir para obtenção da verdade. A procura pela verdade acaba sendo idealmente uma tarefa a ser deslindada principalmente pelo Estado na condução ativa do processo.

O processo cooperativo parte da idéia que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar assim posições coordenadas. O direito a ser concretizado é um direito que conta com a *juris prudentia*, nada obstante concebido, abstratamente, como *scientia juris*. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica de seu turno necessariamente a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta,

prevenção e auxílio). O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa. A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se ajunta à subjetiva para realização de um processo leal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, perseguí-la.

Essa dupla posição do juiz (paritária no diálogo, assimétrica na decisão) e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao processo civil cooperativo, manifestando-se ao longo de todo o formalismo processual. Da formação do processo ao exaurimento das vias recursais a instância ganha novos matizes, tudo à luz do escopo de decidir-se com justiça o caso decidendo, desiderato que se acomete ao processo no Estado Constitucional, no marco teórico do formalismo-valorativo, regido em todo o seu arco procedimental pela idéia de cooperação (cujo mote está justamente, como não deixa de reconhecer, a propósito, o Código de Processo Civil português, que encampa expressamente o “princípio da cooperação” como uma de suas “linhas mestras”⁴¹¹, em obter-se, “com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”, art. 266, n. 1). A maneira como o formalismo do processo civil cooperativo estrutura-se, ou deve estruturar-se, para atingir a justiça do caso concreto será objeto da terceira parte deste trabalho.

⁴¹¹ SOUSA, *Estudos...*, p. 27.

PARTE III – O FORMALISMO PROCESSUAL DO PROCESSO CIVIL COOPERATIVO: O FORMALISMO PROCESSUAL NA PERSPECTIVA DO FORMALISMO-VALORATIVO

1. A Formação e a Estabilização do Objeto Litigioso do Processo

A formação do objeto litigioso do processo⁴¹², isto é, do mérito da causa⁴¹³, e a sua estabilização ao longo do procedimento constituem temas de inegável

⁴¹² Objeto do processo e objeto litigioso do processo são conceitos que não se confundem: o primeiro abarca tudo que se oferece à cognição do juiz no plano horizontal; o segundo designa apenas e tão-somente o mérito da causa (SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 16, 1979, p. 135). No direito positivo brasileiro, nada obstante já se tenha apontado a artificialidade dessa construção (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 109-110; GOMES, Fábio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3, p. 287-291), o objeto do processo é formado por um trinômio de questões (BUZUID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 90; WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed.. Campinas: Bookseller, 2000, p. 72; NEVES, Celso. *A estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 249-250), haja vista a adoção da teoria unitária-eclética de Enrico Tullio Liebman pelo nosso ordenamento jurídico (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 2, p. 391). Sobre a ação em Liebman, consulte-se LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. In: PROBLEMI del processo civile. Napoli: Morano, 1962, p. 22-53.

⁴¹³ De um modo geral, os autores de língua alemã costumam designar o mérito da causa como o objeto litigioso do processo (Streitgegenstand, SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968); os autores italianos clássicos, de seu turno, preferem travar o debate a respeito do mérito da causa a partir do conceito de lide (lite, CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, v. 1; CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo. In: STUDI di diritto processuale. Padova, Cedam, 1939, v. 3; CALAMANDREI, Piero. Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: OPERE giuridiche. Napoli: Morano, 1965, v. 1; LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. In: ESTUDOS sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1976), de certo modo abandonado por parcela significativa da doutrina italiana contemporânea, que prefere se referir ao mérito da causa simplesmente como o "diritto sostanziale fatto valere in giudizio" (PISANI, *Lezioni...*, p. 59-61). A partir do direito positivo brasileiro, notadamente do art. 128, CPC, pode-se tomar como mérito do causa a lide processual, entendida essa como o "conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir" (LIEBMAN, Do Despacho..., p. 122; BUZUID, op. cit., p. 95-99 e p. 103-104, a propósito, parece concordar com o ponto de vista de Liebman; para uma visão crítica desse entendimento, consulte-se BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Conteúdo da sentença e mérito da causa. In: SENTENÇA e coisa julgada, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 231-244), não servindo para tanto o conceito de lide social, aparentemente encampado pelo nosso Código de Processo Civil à vista de seu art. 468, que representa o pensamento de Francesco Carnelutti em sua primeira elaboração (a respeito da qual se poderia aludir, no processo, a lides totais e a lides parciais, CARNELUTTI, *Sistema...*, v. 1, p. 907-908). Viu bem o ponto, aliás, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 232. Em outros termos, o conceito de mérito pode ser surpreendido na causa de pedir e no pedido (e não simplesmente no pedido, como pretendeu, entre outros, SCHWAB, *El objeto...*, p. 244), conforme

importância na construção de um processo civil de corte cooperativo⁴¹⁴. Interessamos agora a maneira como se forma o mérito da causa, a sua possível alteração no curso do processo e as questões que se encontram aí de envoltas.

O processo civil começa por iniciativa da parte (art. 262, primeira parte, CPC). Trata-se de regra imemorial na disciplina do direito processual civil, sendo a sua observância na construção do procedimento uma constante quase ininterrupta⁴¹⁵. Na perspectiva das partes, essa idéia pertence ao rico manancial teórico que atine ao princípio da demanda⁴¹⁶ (ou dispositivo em sentido material⁴¹⁷), sendo, na perspectiva do órgão jurisdicional, normalmente reconduzida ao aforismo *nemo iudex sine actore*, que exprime basicamente a proibição erigida ao Estado de iniciar o processo⁴¹⁸, salvo escassas exceções⁴¹⁹.

Em consonância, a fixação do objeto litigioso também é função que se acomete às partes (art. 128, CPC). Ao demandante incumbe expor as suas alegações fáticas essenciais, fundamentá-las juridicamente e logo em seguida formular pedido (art. 282, III e IV, CPC)⁴²⁰. Ao demandado cumpre manejar defesa

HABSCHEID, Walter J. l'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1980, p. 485; PISANI, *Lezioni...*, p. 60-61; ao que parece, também essa é a opinião de FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 138-139, sendo que eventual defesa indireta de mérito deduzida pelo demandado também integra o mérito da causa. Sobre o conceito de mérito no direito brasileiro, ainda, consulte-se DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: FUNDAMENTOS do processo civil moderno, 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 232-276; BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: ESTUDOS e pareceres de direito processual civil, com notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 72-132.

⁴¹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 141 et seq.; ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes...*, p. 80 et seq.; GRASSO, *La collaborazione...*, p. 607.

⁴¹⁵ MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of civil procedure. In: ENGELMANN, Arthur et al. *A history of continental civil procedure*. Tradução Robert Wyness Millar. New York: Kelley, 1969, p. 17.

⁴¹⁶ Sendo considerado mesmo uma de suas manifestações fundamentais, como observa, por todos, NASI, *Disposizione...*, p. 4.

⁴¹⁷ Como prefere CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, v. 1, p. 353-365, v.1; a propósito, para uma apreciação algo crítica do posicionamento de Mauro Cappelletti, consulte-se LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. In: *problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 3-17.

⁴¹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 142-143.

⁴¹⁹ Sobre essas exceções, em que se admite ao Estado-juiz iniciar o processo, consulte-se MITIDIERO, *Comentários...*, tomo I, p. 63.

⁴²⁰ Vale dizer: o demandante tem de expor a sua causa de pedir e o seu pedido. No direito positivo brasileiro, a causa de pedir requer a invocação dos fatos essenciais dos quais decorrem o direito afirmado em juízo; positivamos, portanto, a teoria da substanciação da causa de pedir (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo IV, p. 17; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao*

direta de mérito (negando a alegação de fato formulada pelo demandante ou as suas conseqüências jurídicas), com o que não ampliará o objeto litigioso do processo, ou alegar defesa indireta de mérito (o que ocorre quando o demandado, sem negar a alegação de fato formulada pelo demandante ou as suas conseqüências jurídicas, opõe outra alegação de fato impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do demandante)⁴²¹, contingência essa que levará à inequívoca ampliação do mérito da causa.

Nesse quadro, o processo civil ganha contornos cooperativos na medida em que para a ótima delimitação do objeto litigioso do processo todas as pessoas envolvidas no juízo podem oferecer a sua contribuição, constituindo um verdadeiro “*actum trium personarum*”⁴²². Se é certo que às partes toca a fixação do mérito da causa, tarefa a respeito da qual não tem qualquer ingerência o órgão judicial (arts. 2º, 128 e 262, CPC), não menos certo é que o órgão jurisdicional exerce um controle prévio e inicial sobre a viabilidade do processo, incluindo aí a suficiência e a precisão da narrativa encetada pelo demandante e, ainda, a congruência entre as alegações fáticas e o pedido engendrado (art. 295, parágrafo único, I, II e III, CPC). Eventuais irregularidades aí verificadas podem dar azo à extinção do processo sem a resolução do mérito por indeferimento da petição inicial (art. 267, I, CPC).

Código de Processo Civil. 8. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 3, p. 160; contra, entendendo que a nossa legislação colheu, a propósito das ações envolvendo direitos reais, a teoria da individualização, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 4, t. 2, p. 46; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 148; TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 181-201). No direito italiano, a doutrina busca patrocinar uma harmoniosa convivência entre as teorias da substanciação e da individualização, postulando que essa teria sido observada quanto aos direitos autodeterminados, ao passo que aquela teria sido utilizada no que concerne aos direitos heterodeterminados (PISANI, *Lezioni...*, p. 63-65; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1, p. 51-54; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006, v. 1, p. 250-251), sustentando-se que as duas teorias são “perfettamente compatibili”, partindo apenas de pontos de vistas diferentes (a primeira, da “fattispecie”; a segunda, “degli effetti che ne promanano”), conforme FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 118. Na doutrina alemã, costuma-se sustentar a adoção da teoria da “individualização corrigida” (JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 203-217). De resto, exemplar tratamento do problema das teorias a respeito da causa de pedir pode ser conferido em RIBEIRO, *La pretensión...*, p. 147-155; TUCCI, *A causa petendi...*, p. 90-141; GOUVEIA, *A causa...*, p. 35-96.

⁴²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 38.

⁴²² Relacionando igualmente colaboração e delimitação das alegações de fato da causa, VERDE, *Profili...*, v. 1, p. 99.

Ocorre que só se legitima o indeferimento da petição inicial após o juiz ter dialogado com a parte a respeito do problema por ele verificado, determinando a emenda da petição inicial (art. 284, CPC). A paridade na condução do processo pelo Estado-juiz está justamente em que esse submete a sua visão do material do processo ao contraditório prévio do demandante antes de decidir assimetricamente. A propósito, em nenhum dos casos previstos em nossa legislação como suficientes ao indeferimento da petição inicial mostra-se possível, em uma estrutura de processo civil cooperativo, indeferimento da petição inicial sem prévio debate com a parte interessada⁴²³. E tal se aplica inclusive no que concerne às questões que tem o juiz o dever de conhecer de ofício⁴²⁴. Há aí inequívoco dever de esclarecimento e de prevenção do órgão jurisdicional para com as partes⁴²⁵, próprios de um processo civil cuja pedra “angular e exponencial”⁴²⁶ encontra assento na idéia de colaboração entre todos aqueles que participam do processo. Não havendo debate, a decisão é de todo ineficaz.

Ainda em tema de formação do objeto litigioso, oferece-se como um ponto sensível dentro dessa problemática a disciplina da revelia em nosso direito positivo⁴²⁷, assunto umbilicalmente ligado com o valor da igualdade e com a máxima da cooperação no processo civil⁴²⁸. É notório que o nosso legislador outorgou um rigoroso tratamento ao revel⁴²⁹: da contumácia do demandado, fez surgir presunção

⁴²³ DINAMARCO, *Instituições...*, v. 3, p. 388-390.; contra, entendendo que existem algumas hipóteses em que o juiz não está obrigado a dialogar antes de indeferir a petição inicial, THEODORO JÚNIOR, *Curso...*, v. 1, p. 322; ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2, p. 243.

⁴²⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade...*, p. 254; GRASSO, *La collaborazione...*, p. 608. Sobre o ponto, consulte-se, ainda, DINAMARCO, *O princípio...*, v. 1, p. 124-135; GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, p. 71-79, 2005; CABRAL, *Il principio...*, p. 449-464; CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e 'formalismo delle garanzie'. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1987, p. 569-584; RASCIO, Nicola. Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2001, p. 601-622; RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Néilson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 495-499.

⁴²⁵ SOUSA, *Estudos...*, p. 65-66.

⁴²⁶ SILVA, *Acto...*, p. 597.

⁴²⁷ Para uma exposição geral a respeito do assunto, com as devidas indicações bibliográficas, MITIDIERO, *Comentários...*, tomo III, p. 384-412.

⁴²⁸ GRASSO, *La collaborazione...*, p. 590.

⁴²⁹ CALMON DE PASSOS, *Comentários...*, v. 3, p. 340. Para uma leitura crítica desse tratamento, consulte-se SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 230

de veracidade das alegações de fato do demandante (art. 319, CPC), dispensou a comunicação dos atos processuais ulteriores ao revel (art. 322, CPC)⁴³⁰, possibilitou o julgamento imediato do pedido⁴³¹ (art. 330, inciso II, CPC) e não outorgou nenhum remédio processual específico de que esse se possa valer (como, por exemplo, existe no direito francês, “*l’opposition*”, arts. 571/578, *Nouveau Code de Procédure Civile*).

Interessa-nos para o estudo da formação do objeto litigioso a presunção de veracidade das alegações de fato do demandante oriunda da revelia. Em termos de política processual, tinha o legislador de 1973 duas opções a considerar a propósito da eficácia material da revelia: ou considerava-a *facta contestatio*, tal como se tem na Itália⁴³², ou como *facta confessio*, nos moldes das legislações da Alemanha e da Áustria⁴³³. O direito espanhol escolheu a primeira opção (art. 496, n. 2, LEC), ao passo que o direito português, a segunda (art. 484, n. 1, CPC). O direito argentino seguiu, a propósito, pelo mesmo caminho do direito português⁴³⁴. Em nossas Ordenações (Livro III, Título XV, pr. e Título XX, § 19), consoante observa a

et seq.; MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 97 et seq.

⁴³⁰ A propósito, também esse é um ponto digno de nota para construção de um modelo de processo civil cooperativo. Em um processo civil cooperativo, é absolutamente inadmissível que não se intime o revel da decisão da causa. Consoante já defendemos alhures, “entendemos que da sentença tem de ser intimado o revel. Com efeito, sendo o processo uma instância dialética, tudo aconselha que se dê ciência a esse para, querendo, tomar parte ativamente no feito. A providência em nada prejudica o processo, estimula a colaboração na formação do juízo recursal e homenageia a garantia do contraditório, estando, pois, afinada com a Constituição de 1988. Tal comunicação justifica-se mesmo como um desdobramento do dever do Estado de resolver o caso posto sob sua análise: julgada a causa em que fora chamado o revel, tem esse o direito de saber qual a resposta dada ao pedido inicial. Não se dando a intimação, não há que se pensar em eficácia sentencial contra o revel” (MITIDIERO, *Comentários...*, tomo III, p. 405).

⁴³¹ Adequada a observação de Luiz Guilherme Marinoni quanto à denominação do instituto do julgamento antecipado da lide, porquanto aí “não há propriamente julgamento antecipado, mas sim julgamento imediato diante da desnecessidade do prosseguimento fase de conhecimento ou de cognição do processo. Não há julgamento antecipado ou ‘resolução’ prematura do mérito – o mérito é julgado no momento devido” (MARINONI, *Teoria...*, p. 353). Com efeito, a locução “julgamento antecipado” justifica-se apenas na perspectiva daquilo que está colocado, abstratamente, como o que normalmente acontece no procedimento comum ordinário. A melhor expressão, contudo, é mesmo “julgamento imediato”.

⁴³² LUISSO, *Diritto...*, v. 2, p. 49.

⁴³³ JAUERNIG, *Direito...*, p. 345.

⁴³⁴ Sobre o assunto, na doutrina, MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. 2. ed.. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 333-357; PALACIO, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 18. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 259-260.

doutrina⁴³⁵, via-se na revelia uma contestação ficta. O Código de 1939, de seu turno, não tinha nenhuma norma jurídica semelhante a que hoje consta do art. 319, CPC.

O direito brasileiro, como é sabido, considera verdadeiras as alegações de fato afirmadas pelo demandante se não há contestação⁴³⁶. Inspiramo-nos, mais de perto, na solução portuguesa, sem, contudo, alçar mão do termo confissão, lá encartado em lei, evidentemente inadequado para representação da situação, consoante já observou a doutrina⁴³⁷. E aqui justamente o ponto: em um processo que privilegia o diálogo processual, melhor seria que se considerassem fictamente contestadas as alegações de fato do demandante, constringendo os seus participantes a um efetivo debate a respeito da causa⁴³⁸. Ter-se-ia, então, o objeto litigioso formado mantendo-se à partida uma substancial igualdade entre os litigantes, mais conforme ao ideal de um processo civil cooperativo.

Uma vez impostado o mérito da causa, nosso direito positivo permite a sua alteração com a concordância da parte contrária até o advento do saneamento da causa, tendo-o a partir daí como definitivamente estabilizado (art. 264, CPC). Alçando mão para estruturação do formalismo processual da técnica da eventualidade e do sistema de preclusão por fases, colima o nosso legislador a aceleração na decisão do pleito⁴³⁹, visando a adjudicar às partes uma solícita tutela jurisdicional⁴⁴⁰, concretizando infraconstitucionalmente o direito fundamental à duração razoável do processo.

⁴³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Notas. I: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3, p. 142, nota n. 1.

⁴³⁶ Sobre eventual desconsideração da eficácia material da revelia por questões envolvendo a condição social das partes, consulte-se BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 17; MARINONI, *Novas...*, p. 248; MITIDIERO, *Comentários...*, tomo III, p. 392-393.

⁴³⁷ CALMON DE PASSOS, *Comentários...*, v. 3, p. 347-348.

⁴³⁸ Nada obstante, é claro, o desenvolvimento do diálogo nesses casos possa impactar a duração do processo, tornando-o um pouco mais delongado. A necessidade de um efetivo diálogo, contudo, legitima a adoção desse expediente. A efetividade do processo que se busca, no marco teórico do formalismo-valorativo, é uma efetividade-virtuosa, e não uma efetividade-perniciosa (ALVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade...*, p. 244 et seq.).

⁴³⁹ Desiderato notório das técnicas da eventualidade e da preclusão, conforme MILLAR, *The formative...*, p. 37.

⁴⁴⁰ FERRI, Corrado. *Struttura del processo e modificazione della domanda*. Padova: Cedam, 1975, p. 9.

A propósito, no sistema do Código de Processo Civil de 1939 tínhamos que “quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só em ação distinta poderá formulá-lo” (art. 157) e que “apresentada a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, alterar o pedido ou sua causa, nem desistir da ação” (art. 181, *caput*). Consoante observa a doutrina⁴⁴¹, essa imodificabilidade da demanda após a incorporação do demandado ao processo é algo próprio de todos os sistemas unitários de raiz romana, em função, especificamente, do procedimento romano por libelo, que vedava a faculdade de efetuar qualquer câmbio na ação após o comparecimento do réu. Entre nós, identifica-se essa imodificabilidade desde o processo comum⁴⁴², do qual exemplo notório é o processo de nossas Ordenações⁴⁴³.

Semelhante disciplina, contudo, inspirada em larga medida no valor efetividade do processo, para ser constitucionalmente adequada aos fins do Estado Constitucional tem de ser cotejada com os outros valores que se encartam em nosso formalismo, a fim de que se possa realizar uma concordância prática⁴⁴⁴ entre todos os valores que se encontram em jogo⁴⁴⁵. Cobra relevo igualmente para solução do problema da estabilização objetiva da demanda, dessarte, a necessidade de o processo resolver a situação litigiosa da maneira que melhor atenda aos interesses evidenciados no processo, quiçá abrindo brechas nesse rígido sistema preclusivo para adaptar-se às exigências de tutela jurisdicional de todas as posições jurídicas postas em juízo⁴⁴⁶.

Nessa quadra, ganha singular importância a colaboração entre as pessoas do processo para que se possa, através do diálogo judiciário, construir um procedimento que possibilite uma maior elasticidade para abrigar eventuais modificações do objeto litigioso para além do saneamento da causa⁴⁴⁷. Exemplos

⁴⁴¹ MILLAR, The formative..., p. 33.

⁴⁴² TUCCI, A causa..., p. 59-61.

⁴⁴³ LIEBMAN, Istituti..., p. 490-516.

⁴⁴⁴ A concordância prática é uma norma de interpretação constitucional que visa a coordenar a realização das normas constitucionais (e, assim, dos valores aí implicados) em grau ótimo sem que o processo hermenêutico exclua cabalmente uma ou outra (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 66).

⁴⁴⁵ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 129.

⁴⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 69.

⁴⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes...*, p. 84.

dessa solução podem ser colhidos no direito processual civil alemão, no austríaco e no processo civil português contemporâneo.

Com efeito, consoante observa a doutrina a respeito do processo alemão e do processo austríaco, “típico exemplo dessa orientação constitui o § 263 da Ordenança Processual alemã, na redação de novela de 1933, ao permitir a modificação da demanda, independente de anuência do adversário, se entendido pelo Tribunal estar atendido o requisito de ‘oportunidade’ (*Sachdienlichkeit*), considerando a doutrina decisivos para a aplicação desse conceito o interesse público no rápido desenvolvimento do processo ou as exigências de economia do juízo. Na mesma esteira, o § 235, 3, da Ordenança Processual austríaca autoriza o juiz a permitir a modificação da demanda se não é de temer um ‘retardamento relevante’ e um ‘agravamento’ no desenvolvimento do processo. Também a Ordenança Processual de Berna, § 94, admite a alteração da ação ou reconvenção, sem o consentimento da parte contrária, se apoiada em causa de pedir semelhante à anterior pretensão ou conexa com a exercida, desde que entenda o juiz não decorrer daí considerável agravação ou demora no tratamento da causa. Em tema de alteração, mantida a mesma causa de pedir, a lei alemã é ainda mais liberal, pois, consoante os três incisos do § 264 da Ordenança Processual, as hipóteses seguintes não configuram alteração da demanda: I – puro e simples suprimento ou esclarecimento das alegações de ordem fáctica ou jurídica; II – extensão ou limitação do pedido de fundo ou relativamente a algum crédito acessório; III – se, em virtude de modificação sucedida posteriormente, em lugar do objeto originariamente exigido é pleiteado um outro objeto ou interesse. Consoante autorizada fonte da doutrina alemã, no primeiro caso inexistente conceitualmente qualquer modificação, pois, apesar da alteração das considerações de fato e de direito, o direito exercido permanece o mesmo. No segundo, é compreendido o pleito de juros da dívida já aforada pelo autor, no curso do processo, assim como a transformação de ação declaratória em condenatória. Admite-se também o requerimento de pretensões resultantes da mesma causa de pedir, das quais apenas uma havia sido aforada. Por último, acentua-se que o inciso III concerne a alterações materiais ocorridas

durante o processo, a exemplo do perecimento da coisa durante a litispendência, permitindo-se o sucessivo pedido de perdas e danos no mesmo processo”⁴⁴⁸.

Registra igualmente a doutrina, ainda, que “nessa mesma perspectiva insere-se a interessante e original solução preconizada na ampla e profunda reforma introduzida no processo civil português ocorrida em 1995 e 1996, em que se faculta, mesmo sem concordância da outra parte (CPC português, art. 273, incisos 1 a 6): a) a alteração ou ampliação da causa de pedir na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a alteração ou a ampliação seja conseqüência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor; b) a alteração ou ampliação do pedido na réplica, podendo, além disso, o autor, em qualquer altura, reduzir o pedido e ampliá-lo até o encerramento do discussão em 1º grau de jurisdição se a ampliação consistir em desenvolvimento ou conseqüência do pedido primitivo; c) a ampliação ou alteração do pedido de aplicação de sanção pecuniária compulsória no caso de obrigações de prestação de fato infungíveis, ao abrigo do disposto no art. 829, I, do Código Civil, respeitados os termos do art. 273, 2, do CPC; d) ao autor requerer nas ações de indenização fundadas em responsabilidade civil, até o encerramento da audiência de discussão e julgamento em 1º grau de jurisdição, a condenação do réu em forma de renda vitalícia ou temporária (art. 567 do Código Civil), mesmo que inicialmente tenha pedido a condenação daquele em quantia certa; e) a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir, desde que tal não implique convolação para relação jurídica diversa da controvertida”⁴⁴⁹.

De *lege ferenda*, pois, sugere-se que se admita eventual modificação do mérito do processo no direito processual civil brasileiro para além do saneamento da causa, devendo ser levada a cabo quando as circunstâncias da causa evidenciarem a oportunidade dessa alteração como algo que promova uma solução mais rápida do litígio e que patrocine sensível economia de atos processuais. Procedimentalmente, é de se observar que essa solução será possível se todas as pessoas do juízo nela convierem, preservando-se assim tanto a autonomia privada como a autoridade estatal no processo. O diálogo judiciário, pois, oferece-se como pressuposto inarredável para essa conformação do processo.

⁴⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 143-144.

⁴⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes...*, p. 83.

Quer isso dizer: sobrando dos autos a conveniência na alteração do mérito da causa após o saneamento à vista da pronta obtenção da solução do conflito e da economia de atos processuais e havendo consenso das pessoas do juízo a respeito da justeza dessa modificação, não há razão para que o direito brasileiro não venha a admiti-la mediante reforma legislativa. Outorga-lhe sustentação teórica tanto a idéia de processo civil cooperativo como o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada.

2. A Organização do Processo. Saneamento da Causa e Invalidades Processuais. Prova das Alegações: Delimitação do *Thema Probandum*, Ônus de Provar, Admissibilidade e Valoração da Prova

Vencida a fase inicial do procedimento, normalmente se lhe segue uma fase destinada à organização do processo, vale dizer, uma fase voltada para aferição da viabilidade do processo, da validade de seus atos e para definição de várias questões envolvendo a prova das alegações produzidas até então pelas partes⁴⁵⁰. No direito brasileiro, tradicionalmente esse momento do procedimento recebe o nome de fase de saneamento da causa, denominação essa, aliás, que não deixou de suscitar a crítica da doutrina⁴⁵¹.

Para a organização do processo, busca-se, em uma primeira frente, desde logo pré-excluir eventuais vícios dos atos processuais e demais problemas que possam atrasar ou inviabilizar o julgamento de mérito, ou extinguir-se de chofre, sem

⁴⁵⁰ Para uma ampla exposição de direito comparado a respeito do assunto, consultem-se os textos de Benjamin Kaplan e Kevin M. Clermont (Inglaterra e Estados Unidos), Alphonse Kohl (Sistemas Legais Romanistas), Hans Schima e Hans Hoyer (Países da Europa Central), Edmund Wengerek (Países Socialistas), Per Olof Ekelöf (Países Escandinavos), Enrique Vescovi (Península Ibérica e América Latina), além da síntese comparativa de CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Ordinary proceedings in first instance. In: INTERNATIONAL encyclopedia of comparative law, 1984, v. 16, chapter VI.

⁴⁵¹ Conforme observa LACERDA, *Despacho...*, p. 94, providências no interesse do prova e no interesse do processo também eram alocadas no âmbito do despacho saneador no Código de 1939 (arts. 294, II e V e 296, I e II), sem que, todavia, ostentassem de fato feição saneadora. Essa a razão pela qual, ademais, preferimos aludir à “organização do processo” como gênero em que se inserem tanto a atividade saneadora como a atividade concernente ao direito probatório.

resolução do mérito, o processo incapaz de obter o seu resultado normal⁴⁵² (leva-se a cabo, em suma, atividade própria de saneamento da causa⁴⁵³). Logo em seguida, com o mesmo fito de organização do processo, delimita-se o *thema probandum*, acerta-se o encargo de provar e admite-se ou não os meios de prova postulados pelas partes.

Em um processo de estrutura cooperativa, o ideal é que toda essa atividade seja realizada em audiência, propiciando-se um amplo contato e debate oral entre todos aqueles que participam do contraditório⁴⁵⁴. No direito brasileiro, pois, a audiência preliminar consta como momento de excelência para deslinde de tais atos (art. 331, CPC). Isso não impede, todavia, que também se procure organizar o processo por escrito, mantendo-se igualmente o ambiente de colaboração entre as pessoas do juízo⁴⁵⁵.

A organização da causa opera em um duplo sentido: retrospectivamente, apanha tudo que possa atrasar ou impedir a resolução do mérito da causa, pré-excluindo eventuais vícios nos atos processuais ou propiciando desde logo a extinção do processo sem a resolução do mérito. Prospectivamente, providencia para que a instrução da causa tenha um endereço certo, cientes as pessoas do juízo da repartição do encargo probatório e das provas a serem produzidas. A organização do processo, portanto, é tanto de ordem retrospectiva como prospectiva.

Nessa quadra, a organização retrospectiva do material do processo pressupõe uma teoria das invalidades processuais acorde à feição do processo civil cooperativo, além de impor o dever jurisdicional de abreviar a tramitação do

⁴⁵² Consoante aponta a doutrina, o resultado normal do processo é a sua extinção por sentença de mérito (conforme, por todos, GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil* Revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses. 4. ed.. Madrid: Civitas, 1998, v. 1, p. 477).

⁴⁵³ LACERDA, *Despacho...*, p. 57.

⁴⁵⁴ Tanto é assim que a doutrina portuguesa chega a afirmar que a “audiência preliminar é um dos corolários imediatos do princípio da cooperação” (conforme SILVA, Paula Costa e. Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar. In: SOUSA, Miguel Teixeira de (Org.) *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 236; nesse mesmo sentido, GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Coimbra: Almedina, 1997, v. 2, p. 91); na doutrina italiana, VERDE, Profili..., v. 2, p. 34.

⁴⁵⁵ Sobre o saneamento da causa e seus possíveis modelos (concentrado-difuso, escrito-oral), consulte-se BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 105-144.

processo quando esse não tiver condições de alcançar o seu término normal, proferindo-se julgamento conforme o estado do processo (extinguindo-o, conforme art. 329, CPC). Na dimensão prospectiva, requer a aquilatação do tema da prova, a análise das funções acometidas à regra do ônus da prova no processo contemporâneo e um juízo acerca da admissibilidade das provas a serem produzidas.

Acorde a um processo inspirado no princípio da economia processual e preocupado em alcançar o justo equilíbrio entre forma e instrumentalidade⁴⁵⁶, nosso Código de Processo Civil disciplinou as invalidades processuais a fim de evitá-las, traduzindo bem o seu propósito político de salvar os processos e os atos que os compõem⁴⁵⁷. O terreno é fértil para aplicação da idéia de processo civil cooperativo⁴⁵⁸.

Muitas são as teorias que visam a ordenar o tema que ora nos ocupa⁴⁵⁹. Já se procurou trabalhar o problema aludindo-se abstratamente ao binômio nulidades cominadas-nulidades não-cominadas⁴⁶⁰, ao trinômio nulidades absolutas-nulidades relativas-anulabilidades⁴⁶¹, ao binômio nulidades absolutas-nulidades relativas⁴⁶² ou, em atenção precipuamente ao momento adequado para sua argüição, em vícios preclusivos, rescisórios e transrescisórios⁴⁶³. Recomenda a doutrina, contudo, que

⁴⁵⁶ A preocupação em alcançar-se um justo equilíbrio entre forma e instrumentalidade, presente de maneira marcante na doutrina brasileira (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 205-207; GÓES, Gisele. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180), está à base da evolução do princípio da economia processual, sendo um dos três fatores que possibilitou o seu desenvolvimento, ao lado da caracterização pública e social da função jurisdicional e dos fins do processo e do incremento dos poderes do juiz na direção do processo (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*. In: STUDI in memoria di Salvatore Satta. Padova: Cedam, 1982, v. 1, p. 395-396).

⁴⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, tomo III, p. 353..

⁴⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 31-37.

⁴⁵⁹ Sobre o tema, com resenha da doutrina e correlata análise crítica, MITIDIERO, *Comentários...*, tomo II, p. 382-425.

⁴⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, tomo III, p. 355-356.

⁴⁶¹ LACERDA, *Despacho...*, p. 72-73.

⁴⁶² DINAMARCO, *Instituições...*, v. 3, p. 594-599; THEODORO JÚNIOR, *Curso...*, v. 1, p. 256-258. Teresa Arruda Alvim Wambier, ainda, propõe a sistematização das nulidades em nulidades absolutas e nulidades relativas (anulabilidades). (WAMBIER, *Nulidades...*, p. 217 et seq.)

⁴⁶³ TESHEINER, José. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 280 et seq.

se aquilate a invalidade dos atos processuais caso a caso⁴⁶⁴, dando-se uma maior elasticidade para apreciação da relevância da infração à forma no caso concreto, sem que se esteja preso a um rígido esquema legal ou doutrinário⁴⁶⁵.

De um modo geral, postula-se dentro do processo civil contemporâneo o abandono das categorias antes mencionadas, passando-se a aludir simplesmente ao termo invalidade (ou nulidade) processual⁴⁶⁶. Nessa quadra, analisa-se o vício do ato processual na perspectiva da obtenção da finalidade essencial a ele acometida pelo ordenamento jurídico e na ausência de prejuízo pela transgressão formal. Cumprida a finalidade e ausente prejuízo, pré-excluído está o vício processual, não havendo que se cogitar em decretação de invalidade do ato⁴⁶⁷.

A análise do alcance da finalidade e da ausência de prejuízo, no marco teórico do formalismo-valorativo, em um processo pautado pela colaboração, tem de ser a mais dialogada possível⁴⁶⁸. Nesse sentido, a propósito, impõe de maneira expressa o Código de Processo Civil português que, ordinariamente, nenhuma invalidade pode ser decretada sem a prévia audiência da parte contrária (art. 207). Trata-se de consequência direta da idéia de colaboração.

Dentro dessa perspectiva, antes da decretação de qualquer invalidade processual, tem o órgão jurisdicional de colher a impressão das partes a propósito da relevância da infração à forma apontada no processo. Deve possibilitar que as

⁴⁶⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 2. ed.. Milano: Giuffrè, 1957, v. 1, p. 214.

⁴⁶⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, O formalismo-valorativo..., p. 24.

⁴⁶⁶ CALMON DE PASSOS, *Esboço...*, p. 141-142; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed.. Salvador: JusPodium, 2007, v. 1, p. 229. A propósito, como não deixa de observar DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 47, nota de rodapé n. 5, a alusão a categorias como nulidade absoluta-nulidade relativa no direito processual civil deixa transparecer a profunda influência do direito privado positivo na construção da teoria do processo, obscurecendo a especificidade própria do direito processual, colaborando, assim, para um trato inadequado do tema.

⁴⁶⁷ É como refere ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 205: "a regra de ouro nesta matéria [refere-se o autor ao problema das invalidades processuais] consiste em considerar plenamente válido o ato se, realizado de outra forma, atingir a sua finalidade essencial". Nesse mesmo sentido, por exemplo, José Roberto dos Santos Bedaque: "todo o sistema das nulidades processuais é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser desconsiderado qualquer vício se o ato atingir sua finalidade essencial, independentemente da natureza ou gravidade do vício" (BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 441). Ainda: "se a finalidade desejada pelo legislador ao estabelecer determinada exigência formal foi atingida, o vício não causou prejuízo e, por isso, deve ser desconsiderado" (Ibidem, p. 446).

⁴⁶⁸ MITIDIERO, *Comentários...*, tomo II, p. 401.

partes influenciem a sua valoração do vício do ato processual. Trata-se de evidente dever de consulta do juiz para com as partes. Semelhante postura evita a surpresa, reforçando a confiança das partes no Estado-juiz, sobre estimular uma decisão mais atenta às variegadas feições que eventualmente possa assumir o problema debatido em juízo. Postura, aliás, que denota uma efetiva paridade na condução do processo pelo órgão jurisdicional antes da assimétrica imposição da decisão. Qualquer decretação de invalidade processual sem o prévio diálogo com as partes é ineficaz dentro de um processo civil de estrutura cooperativa⁴⁶⁹.

No que concerne ainda à organização retrospectiva do processo, tem o juiz o dever de extingui-lo o mais brevemente possível em verificando quaisquer das hipóteses do art. 267, CPC (consoante art. 329, CPC). Questões atinentes à economia processual a tanto sugerem⁴⁷⁰. Com efeito, verificando-se a ausência (ou mesmo, por vezes, a presença) daquelas situações que a doutrina tradicionalmente toma por “pressupostos processuais” (no fundo, como observa a doutrina contemporânea⁴⁷¹, requisitos para obtenção da tutela jurisdicional do direito) ou, do ponto de vista do nosso direito positivo, a ausência das condições da ação, tem lugar a extinção do processo sem resolução do mérito.

Para tanto, todavia, em um ambiente processual pautado pela cooperação, tem o órgão jurisdicional que possibilitar às partes oportunidade para que argumentem a propósito de eventual deslinde da causa sem resolução de mérito por esse ou aquele motivo, inclusive indicando o Estado-juiz a sua possível visão jurídica do material do processo. Acaso não tenham ainda se pronunciado em suas manifestações escritas sobre o tema, têm as partes de ser instadas a fazê-lo de

⁴⁶⁹ De um modo geral, a doutrina portuguesa entende que a decretação de determinada nulidade sem o prévio debate é causa de nulidade da decisão (SILVA, *Saneamento...*, p. 263). De nossa parte, temos que o problema não concerne ao plano da validade, mas ao plano da eficácia, na medida em que não se tem aí um defeito no suporte fático do ato em si (isto é, no suporte fático do ato decisão), ocorrendo antes a omissão de um ato que é estranho à estrutura íntima da decisão (omissão da intimação das partes), que funciona nesse contexto como condicionante da eficácia dessa. Para uma justificativa mais delongada a respeito do assunto, MITIDIERO, *Comentários...*, tomo II, p. 382-387.

⁴⁷⁰ BUZAID, Alfredo. Do julgamento conforme o estado do processo. In: ESTUDOS e pareceres de direito processual civil, com notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56-57; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos da ‘extinção do processo’ conforme o art. 329, CPC. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 261.

⁴⁷¹ MARINONI, *Teoria...*, p. 475.

maneira prévia à decisão a fim de que se mantenha um paritário desenvolvimento do diálogo no processo. Trata-se, novamente, de o órgão jurisdicional obedecer ao dever de consulta que lhe grava inexoravelmente em um processo civil organizado a partir da idéia de colaboração.

No direito italiano, a doutrina costuma retirar a necessidade desse prévio diálogo do art. 183, n. 4 do *Codice di Procedura Civile* (que disciplina, no que agora nos interessa, o dever do juiz de indicar às partes para debate as questões que pode conhecer de ofício), assinalando que o seu fundamento está na necessidade de colaboração no processo⁴⁷², importando a sua infringência em ferimento do direito fundamental ao contraditório (entendido em seu sentido dinâmico, evidentemente)⁴⁷³. No direito brasileiro, semelhante imperativo vai retirado diretamente da Constituição (art. 5º, LV e § 1º), certo que o direito fundamental ao contraditório importa a organização de procedimentos que possibilitem a efetiva influência das partes sobre a formação da decisão judiciária. Extinção do processo que ignore essa necessidade é de todo ineficaz em um modelo cooperativo de processo civil.

Livre o processo e seus atos de eventuais vícios processuais e não havendo, a princípio, nenhuma razão para extinção do processo sem resolução do mérito, cumpre às pessoas do juízo, sob a iniciativa do órgão jurisdicional, organizar prospectivamente a causa. Essa atividade implica preparação da instrução do feito, o que de seu turno acarreta a delimitação do que deve ser provado, o estudo das atuais funções que podem ser suportadas pelas regras a respeito do ônus da prova e a admissão dos meios de prova.

A formação do tema da prova também deve refletir a comunidade de trabalho em que se consubstancia o processo no marco teórico do formalismo-valorativo. Já imposto o *thema decidendum*, necessidade logicamente prévia à fixação do *thema probandum*, consoante observa a doutrina⁴⁷⁴, é de rigor que reste estreme de

⁴⁷² GRASSO, La collaborazione..., p. 591, nota de rodapé n. 22.

⁴⁷³ RASCIO, Contraddittorio..., p. 621.

⁴⁷⁴ PICARDI; NICITA, *Manuale...*, p. 275.

dúvida quais são as alegações de fato que devem ser provadas⁴⁷⁵. O objetivo dessa delimitação justifica-se cabalmente em termos de economia processual⁴⁷⁶.

A seleção das alegações de fato que devem ser provadas é tarefa que se acomete ao juiz no processo civil brasileiro. Formam o tema da prova as alegações controversas, pertinentes e relevantes⁴⁷⁷ produzidas pelas partes⁴⁷⁸. Aqui precisamente o ponto a ressaltar: instando as partes a colaborar, tem o juiz de selecionar, dentre as alegações de fato essenciais, aquelas que têm de ser objeto de prova. Poderá, todavia, envidar esforços de ofício para prova de fatos não-essenciais, ainda que não alegados pelas partes⁴⁷⁹. Como se vê, a comunhão de trabalho faz-se aqui mais uma vez presente: e aparecendo polarizada pelo diálogo, constitui-se em uma verdadeira comunhão cooperativa para seleção do objeto da prova⁴⁸⁰.

Uma vez dimensionado o *thema probandum*, interessa ao processo civil de corte cooperativo a repartição do encargo probatório. Assunto, de seu turno, que remete diretamente à análise das diferentes funções que o direito processual pode confiar às normas sobre o ônus da prova.

⁴⁷⁵ Embora fortemente ligadas, observa a doutrina que é útil distinguir entre as expressões “tema da prova” e “objeto da prova”: a primeira concerne ao contexto de alegações que devem ser provadas, ao passo que a segunda atine tão-somente a essa ou àquela alegação de fato, individualmente considerada, que deve ser provada (TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970, p. 34-35).

⁴⁷⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 57.

⁴⁷⁷ MARINONI; ARENHART, *Manual...*, p. 242.

⁴⁷⁸ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 26.

⁴⁷⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 154. A doutrina normalmente separa os fatos essenciais dos fatos não-essenciais (às vezes igualmente chamados de fatos principais e secundários) querendo colocar em relevo que os primeiros levam diretamente à consequência jurídica pretendida pelas partes, ao passo que os segundos servem como fonte de prova dos primeiros (PISANI, *Lezioni...*, p. 404-405).

⁴⁸⁰ Sendo a “colaboração”, portanto, verdadeiro “lema” do processo civil também em tema de formação do objeto da prova e na prova das alegações (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 50). A propósito, para um atualizado quadro da divisão de trabalho entre as partes e o juiz no que concerne à prova nos principais ordenamentos europeus, consulte-se TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 451-482, 2006; para o direito da União Européia, BIAVATI, Paolo. *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell’Unione Europea*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 483-512, 2006.

De um modo geral, a doutrina outorga maior relevo à caracterização do ônus da prova como uma norma de julgamento, acentuando o seu aspecto objetivo⁴⁸¹. Defere-lhe a função de formalizar o julgamento do mérito em caso de insuficiência do quadro probatório mesmo depois do esforço das partes e do juiz em provar as alegações de fato no processo⁴⁸². Evita-se, por essa senda, eventual arbítrio jurisdicional, incidindo no quando da sentença precisamente com essa finalidade⁴⁸³.

Ao lado dessa abordagem, todavia, persiste em aludir-se ao ônus da prova como uma norma de instrução, ressaltando-se o seu caráter subjetivo⁴⁸⁴. Colima-se, dessarte, estimular as partes no encargo de produzir a prova de suas alegações e, por essa via, bem instruir o processo a fim de que se alcance uma solução justa, desiderato maior do processo civil no Estado Constitucional. E, para tanto, têm as partes de se encontrar bem avisadas de seus encargos no processo, a fim de evitarem-se eventuais surpresas no quando da decisão da causa.

Observe-se o ponto, pois: ao lado da caracterização clássica do ônus da prova como regra de julgamento, cujo objetivo central está no evitar-se o arbítrio no processo, tem ganhado renovado fôlego a caracterização do ônus da prova como regra de instrução, o que se leva a efeito com o fito declarado de forrar-se o processo com todos os elementos necessários à formação da convicção judicial. Dupla função, portanto, que se acomete ao ônus da prova no processo civil cooperativo⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ Dentre os clássicos, sirvam de exemplo ROSENBERG, *La carga...*, p. 2; MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*, 2. ed.. Padova: Cedam, 1966, p. 112; na doutrina brasileira, entre outros, ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 153; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131-142.

⁴⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 153.

⁴⁸³ ALVES, Maristela da Silva. O ônus da prova como regra de julgamento. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94. A propósito, daí a razão pela qual Giovanni Verde entende que a impositação do ônus da prova funciona como consequência de uma escolha de "civiltà", proibindo o juiz de dar por existentes fatos para os quais não lhe fora alcançada prova plena e convincente (VERDI, *Considerazioni...*, p. 445).

⁴⁸⁴ Na doutrina clássica, por todos, ROSENBERG, op. cit., p. 19; na doutrina contemporânea, por todos, PISANI, *Lezioni ...*, p. 440.

⁴⁸⁵ CARPES, Artur Thompsen. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 104, 2006, p. 11-12.

Partindo-se dessa última perspectiva⁴⁸⁶, e com o fito de bem atender-se a determinadas situações da vida no processo, a doutrina tem aludido à possibilidade de dinamizar o ônus da prova, fundamentando a partir do caso concreto a repartição do encargo probatório⁴⁸⁷. Esse expediente, embora perigosíssimo⁴⁸⁸ quando manejado de maneira inadequada, encontra-se em total consonância com a idéia de processo civil pautado pela colaboração⁴⁸⁹, pressupondo mesmo para sua aplicação um modelo de processo civil cooperativo⁴⁹⁰. Seu fundamento está na necessidade de velar-se por uma efetiva igualdade entre as partes no processo⁴⁹¹ e por uma esmerada observação dos deveres de cooperação nos domínios do direito processual civil⁴⁹², notadamente do dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes.

Deveras, à vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar (tal como está no art. 333, CPC). Em

⁴⁸⁶ Porquanto, como já observou DENTI, Vittorio. L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi" *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1992, p. 709, a partir da perspectiva objetiva não se pode mesmo procurar compreender o problema da inversão judicial do ônus da prova e, pois, da repartição dinâmica do encargo de provar.

⁴⁸⁷ Tem-se, com efeito, criticado de maneira contundente a distribuição estática do ônus da prova posta no art. 333, CPC. Um dos exemplos oferecidos pela doutrina como sendo de absoluta inadequação a utilização do art. 333, CPC, para repartição do encargo probatório está na discussão a respeito da concretização de cláusulas gerais (MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000, p. 156-157). Na doutrina brasileira, consultem-se sobre o tema o ensaio seminal de DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, n. 788, p. 92-107, 2001, bem como os ensaios de MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 13, p. 60-72, 2006; de KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nélon; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Processo e constituição: estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 942-951 e de CARPES, A distribuição..., p. 9-18. Consulte-se, ainda, AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

⁴⁸⁸ KNIJNIK, op. cit., p. 942-951.

⁴⁸⁹ MORELLO, Augusto M. *La prueba: tendencias modernas* 2. ed.. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 86.

⁴⁹⁰ KNIJNIK, op. cit., p. 942-951; CARPES, op. cit., p. 15; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodium, 2007, v. 2, p. 62.

⁴⁹¹ CAMBI, *A prova...*, p. 410.

⁴⁹² CARBONE, Carlos Alberto. Cargas probatorias dinamicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: n. 35, 2005, p. 181.

semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo, ao nosso devido processo legal processual, implicar direito fundamental à prova⁴⁹³, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Cumprirá o órgão judicial, dessarte, com o seu dever de auxílio, inerente à colaboração⁴⁹⁴. Nesse sentido orienta-se, de resto, expressamente o direito espanhol (art. 217, n. 6, *Ley de Enjuiciamiento Civil*⁴⁹⁵). Providência desse corte visa a superar a *probatio diabolica*, possibilitando um efetivo acesso à justiça.

A dinamização do ônus da prova, deslocando-se o encargo de provar daquele fixado *a priori* pela legislação, requer a demonstração de determinadas condicionantes. Não se pode, pois, dinamizar o ônus da prova sem grave ofensa à ordem jurídica sem que estejam presentes condicionantes materiais e processuais⁴⁹⁶.

Na perspectiva material, o que primeiro deve se apontar no processo para que se dê a dinamização do ônus da prova é a não-incidência, por inadequação, do art. 333, CPC. Consoante observa a doutrina, “uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra”⁴⁹⁷. Não estando atendida a “razão motivadora” da regra, essa tem a sua incidência afastada pelo postulado normativo aplicativo da razoabilidade (na acepção de razoabilidade como equidade)⁴⁹⁸.

Em sua dimensão subjetiva, de regra de instrução, o ônus da prova serve para orientar a conduta probatória das partes, visando a levar ao processo todos os

⁴⁹³ TROCKER, *Processo...*, p. 510; CAMBI, *Direito...*, p. 112-113.

⁴⁹⁴ Haja vista que o “dever de auxílio” grava justamente o órgão jurisdicional com o “dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais” (SOUSA, *Estudos...*, p. 67).

⁴⁹⁵ Reza o art. 217 (“carga de la prueba”), n. 6: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

⁴⁹⁶ Vale dizer: a opção legal constante do art. 333, CPC, tem de ser respeitada, somente sendo possível a aplicação da dinamização do ônus da prova nos casos em que essa se mostre imprescindível para consecução de uma tutela jurisdicional justa e efetiva do direito material, o que se afere em função das condicionantes materiais e processuais de sua aplicação (PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.) *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 21).

⁴⁹⁷ ÁVILA, *Teoria...* 2.ed., p. 97-98.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 97-98.

elementos de prova necessários para justa resolução do caso concreto⁴⁹⁹. O desiderato que se assinala ao ônus da prova, nessa perspectiva, está em possibilitar que se alcance a justiça do caso concreto. Eis aí a sua razão motivadora. E, evidentemente, não se pode imaginar que se chegará a uma solução justa atribuindo-se a produção de prova diabólica a uma das partes, ainda mais quando a outra parte, dadas as contingências do caso, teria melhores condições de provar. Tal ocorrendo, não pode incidir o art. 333, CPC.

Em seguida, deve-se aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar. Vale dizer: se terá maior facilidade em produzir a prova⁵⁰⁰. Tendo, legitimada está a dinamização do ônus da prova. Observe-se o ponto, porém: não se poderá, de modo nenhum, dinamizar o ônus da prova se a atribuição do encargo de provar acarretar uma *probatio diabolica* reversa, isto é, incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica⁵⁰¹.

Em termos processuais, duas são as condicionantes para dinamização do ônus da prova: motivação da decisão e atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar. A fundamentação da decisão a propósito da dinamização do ônus da prova tem de estar expressa nos autos, indicando, a uma, a razão pela qual não incide o art. 333, CPC, e, a duas, os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade probatória diante do caso concreto. O ideal é que essa organização prospectiva do processo em tema de prova se dê no quando da audiência preliminar (art. 331,

⁴⁹⁹ Algo nesse sentido, RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 2. ed..Coimbra: Almedina, 2002, p. 127.

⁵⁰⁰ Sobre o ponto, especificamente, BARBERIO, Sergio José. Cargas probatorias dinámicas: qué debe probar el que no puede probar?”. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.) *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 101: “Qué implica estar en mejores condiciones de producir la prueba? Pues que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria reviste una posición privilegiada o destacada con relación al material probatorio y de cara a su contraparte. Es decir que, en virtud del rol que desempeño en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio o por ser el único que ‘dispone’ de la prueba. etcétera, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad y su deber de colaboración se acentúa al punto de atribuirle una carga probatoria que, en principio, según las clásicas reglas que mencionamos más arriba, no tenía. Las mejores condiciones de aportar la prueba, se ha sostenido, pueden también fundarse en razones profesionales, técnicas, económicas o jurídicas. Nuestro máximo tribunal nacional expresó que corresponden mayores cargas a quien dispone de mejores posibilidades en razón de la posesión de medios idóneos de prueba, o por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso”.

⁵⁰¹ KNIJNIK, As (Perigosíssimas)...., p. 948.

CPC), oralmente, em regime de diálogo entre as pessoas do juízo, ou, por escrito, à semelhante altura do processo. Nada obsta, porém, que se dinamize o ônus da prova em momento posterior, dês, é claro, que se lhe acompanhe a correlata oportunidade de provar⁵⁰². Vale dizer: em sendo o caso, reabra-se a fase instrutória, a fim de não se ferir o direito fundamental à prova no processo civil. Fora daí há “retroatividade oculta” da normativa sobre o ônus probatório, o que é evidentemente vedado no direito processual civil brasileiro⁵⁰³.

Vencida a delimitação do tema da prova e a repartição do encargo probatório, importa examinar o direito à produção da prova. Assunto, de seu turno, que conduz ao enfrentamento do juízo de admissibilidade da prova.

A admissibilidade de determinada prova, no marco teórico do formalismo-valorativo, na quadra do processo civil pautado pela colaboração, não pode ser aferida em face de eventual valoração antecipada do resultado da prova⁵⁰⁴. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração não se confundem. Não podem se confundir, sob pena de gravíssima ofensa ao direito à produção da prova.

Nada obstante, é francamente vencedora na jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, a orientação no sentido de que é possível ao órgão jurisdicional indeferir a produção de determinada prova por já estar convencido a propósito do que se pretende provar⁵⁰⁵. Invoca-se como esteio dessa postura o livre convencimento judicial (art. 131, CPC)⁵⁰⁶. Trata-se de solução evidentemente

⁵⁰² CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41-47.

⁵⁰³ KNIJNIK, As (Perigosíssimas)..., p. 948.

⁵⁰⁴ Nesse sentido, na doutrina estrangeira, TARUFFO, *Studi...*, p. 77; TROCKER, *Processo...*, p. 521; na doutrina brasileira, ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 163; KNIJNIK, *A prova...*, p. 19/24; CAMBI, *Prova...*, p. 443; DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 103; DEMARI, Lisandra. Juízo de relevância da prova. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 177.

⁵⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1a. Turma. AgRg no Ag n. 834.707/PR. Relator: Min. José Delgado. j. em: 27 mar. 2007. *DJ* 19 abr. 2007, p. 239.

⁵⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3a. Turma. REsp n. 431.058/MA. Relator; Min. Humberto Gomes de Barros. j. em 05 out. 2006. *DJ* 23 out. 2006, p. 294.

calcada na idéia de juiz como único destinatário da prova⁵⁰⁷, cuja matriz teórica pode ser facilmente encontrada no modelo assimétrico de organização do formalismo processual.

Ocorre que a inadmissão da prova não pode ser levada a efeito nesses termos. O juízo de admissibilidade da prova nada tem que ver com a eventual valoração que se empreenda sobre o resultado da prova⁵⁰⁸. Mais explicitamente: “a questão do juízo de admissibilidade de um meio de prova nada diz com o livre convencimento do julgador”⁵⁰⁹. A admissão da prova deve ser apreciada sobre bases objetivas, tendo por referencial as alegações de fato controversas, pertinentes e relevantes a provar⁵¹⁰. Privilegia-se assim o processo na sua acepção de *trium personarum*, ressaltando-se a “relativa” liberdade do juiz na condução do processo no que tange à admissibilidade das provas⁵¹¹.

A admissibilidade de determinada postulação probatória deve ser aferida em função do tema da prova e do objeto da prova. O *thema probandum* concerne ao contexto probatório: apanha todas as alegações de fato controversas, pertinentes e relevantes⁵¹². O objeto da prova, de outra banda, tem endereço mais específico: concerne especificamente a essa ou àquela assertiva a provar⁵¹³.

Tendo o meio probatório postulado nexos objetivos com o objeto da prova, tem o órgão jurisdicional de admiti-la, sob pena de sufocar-se o caráter democrático que caracteriza o processo civil no Estado Constitucional. Há aí inequivocamente prova necessária à instrução do processo. O formalismo processual de corte cooperativo leva em conta o ponto de vista de todos aqueles que participam do processo.

Surge, todavia, a questão: quando poderá o juiz, nessa quadra, indeferir a produção da prova? Nosso Código de Processo Civil refere que caberá ao juiz

⁵⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2a. Turma. REsp n. 628.018/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. j. em: 01 mar. 2007. *DJ* 19 mar. 2007, p. 306.

⁵⁰⁸ MITIDIERO, *Comentários...*, tomo III, p. 456.

⁵⁰⁹ KNIJNIK, *A prova...*, p. 21.

⁵¹⁰ MARINONI; ARENHART, *Manual...*, p. 242.

⁵¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 18a. Câmara Cível. AC n. 70010773075. Relator: Pedro Pozza. j. em: 07 abr. 2005. *DJ* 15 abr. 2005.

⁵¹² TARUFFO, *Studi...*, p. 53.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 37.

determinar as provas necessárias à instrução do processo, “indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 130).

Diante do direito brasileiro, pois, há necessidade de encontrar-se, como refere a doutrina, um “ponto de equilíbrio”⁵¹⁴ entre o direito à prova e o direito a um processo com duração razoável. Sendo o formalismo processual um ponto de encontro de direitos fundamentais, todos atendíveis em maior ou menor medida por exigência constitucional, é de rigor que se ponderem os valores subjacentes às normas a fim de que se consiga propor uma justa solução para o problema.

Será considerada inútil a diligência quando não guardar ligação com o objeto da prova⁵¹⁵, sendo daí considerada inadmissível. Protelatória, quando o intuito manifesto da parte é o atraso no trâmite do processo⁵¹⁶. Outra solução que não o indeferimento não lhe socorre.

Fora daí, para efeitos de admissão da prova e de proibição de seu indeferimento por valoração antecipada, sugere a doutrina ainda que se apartem duas situações distintas: poderá o juiz não admitir a prova quando a parte tenha postulado a produção de uma prova que visa a demonstrar algo já conforme a sua representação das alegações de fato da causa. *Aliter*, se a prova tem por desiderato confrontar a sua representação do quadro fáctico, tem de ser admitida⁵¹⁷. A tanto impõe, a uma, a idéia de processo civil cooperativo e, a duas, o direito fundamental à prova no processo civil.

⁵¹⁴ CAMBI, *A prova...*, p. 439 et seq.

⁵¹⁵ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, tomo II, p. 400.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 400.

⁵¹⁷ TARUFFO, *Studi...*, p. 77-78; CAMBI, *op. cit.*, p. 446; DALL’ALBA, *A ampla...*, p. 102-103.

3. A Decisão da Causa e o Dever de Dialogar. A Motivação das Decisões Judiciais e o Controle das Partes pela Argumentação Constante dos Autos

O formalismo processual cooperativo vai indelevelmente marcado pelo diálogo entre as pessoas do juízo. A necessidade de participação das partes no processo assinalada pelo direito fundamental ao contraditório, entendido como direito a influenciar a formação da decisão jurisdicional, outorga sustentação teórica a essa idéia.

O processo, que é necessariamente um procedimento em contraditório⁵¹⁸ adequado aos fins do Estado Constitucional⁵¹⁹, reclama para sua caracterização a estruturação de um formalismo que proponha um debate leal entre todas as pessoas que nele tomam parte⁵²⁰. A propósito, também por essa senda pode-se vislumbrar a justificação ética do direito processual civil⁵²¹.

Não há dúvida que a necessidade de um processo justo encontra esteio à vista da necessidade de obter-se uma decisão justa, sendo considerado mesmo seu pressuposto⁵²². Nessa perspectiva, assume o contraditório o papel de um verdadeiro “*cardine della ricerca dialettica*”⁵²³ pela justiça do caso concreto⁵²⁴, funcionando como uma norma de absoluta imprescindibilidade para formação da decisão judiciária. Não basta, todavia, outorgar direito a influir na construção da decisão se não se prevê um correlato dever de debate acometido ao órgão jurisdicional⁵²⁵.

⁵¹⁸ Conforme, com as devidas indicações bibliográficas e críticas à idéia de processo como relação jurídica, já sustentamos alhures, MITIDIERO, *Elementos...*, p. 138-145.

⁵¹⁹ MARINONI, *Teoria...*, p. 466-467.

⁵²⁰ A rigor, é da essência do processo, entendido como procedimento em contraditório, a necessidade de um debate leal entre todos aqueles que nele tomam parte, tendo em conta mesmo que se pode remontar o contraditório, em determinada perspectiva, à idéia geral de lealdade no processo, conforme FERRAND, *Le principe...*, p. 347.

⁵²¹ Para uma análise mais ampla do tema, consulte-se PEREZ RAGONE, Álvaro. Contornos de la justicia procesal (procedural fairness): la justificación ética del proceso civil. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, v. 9, p. 291-329, 2006.

⁵²² TARUFFO, *Idee...*, p. 319.

⁵²³ PICARDI, 'Audiatur...', p. 21-22.

⁵²⁴ CABRAL, *Il principio...*, p. 460.

⁵²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes...*, p. 62-65.

Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo. Esse dever de debate encontra a sua expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados⁵²⁶, exigência de todo afeiçoada ao Estado Constitucional⁵²⁷, que é necessariamente democrático⁵²⁸. Mais: denota a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo⁵²⁹.

Dentro de um processo organizado a partir da necessidade de colaboração é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício⁵³⁰. Vários ordenamentos, aliás, prevêm expressamente esse dever de debate⁵³¹, de consulta do órgão jurisdicional às partes.

⁵²⁶ Algo conforme, na doutrina, ALVARO DE OLIVEIRA, Efetividade..., p. 255; na jurisprudência, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 25.787/DF. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Informativo n. 449.

⁵²⁷ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 405-414; NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64-74; NERY JÚNIOR, Néilson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 172; USTÁRROZ, Daniel. A democracia processual e a motivação das decisões judiciais. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.), *As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 125-145.

⁵²⁸ ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, p. 87; CANOTILHO, *Direito...*, p. 88-89. Daí a razão pela qual normalmente aparece na doutrina constitucional contemporânea a ligação entre Estado, Direito e Democracia (HESSE, *Elementos...*, p. 216-221; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución* 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 207-217).

⁵²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 237.

⁵³⁰ TROCKER, *Processo...*, p. 657.

⁵³¹ No direito português, esse dever encontra-se contemplado no art. 3º, n. 3, Código de Processo Civil ("o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem"); no direito alemão, no § 139, ns. 2 e 3, Zivilprozessordnung (já transcrito retro); no direito francês, art. 16, Nouveau Code de Procédure Civile (já transcrito retro); no direito italiano, art. 183, n. 3, Codice di Procedura Civile ("il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione").

Observe-se o ponto: exigir-se que o pronunciamento jurisdicional tenha apoio tão-somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de manifestarem-se significa evitar a decisão-surpresa no processo⁵³². Nesse sentido, têm as partes de se pronunciar, previamente à tomada de decisão, tanto a respeito do que se convencionou chamar questões de fato, questões de direito e questões mistas como no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo⁵³³. Fora daí há evidente violação à cooperação e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta e ao contraditório⁵³⁴.

Semelhante exigência, de um lado, encontra evidente respaldo no interesse público de chegar-se a uma solução bem amadurecida para o caso levado a juízo, não podendo ser identificada de modo nenhum como uma providência erigida no interesse exclusivo das partes⁵³⁵. Com efeito, consoante observa a doutrina, o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada⁵³⁶. Funciona, pois, como um evidente instrumento de “democratização do processo”⁵³⁷. De outro, conspira para reforçar a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera, legitimamente, que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo⁵³⁸.

No processo civil cooperativo, além da vedação à decisão-surpresa, é de rigor que o pronunciamento jurisdicional contenha uma apreciação completa das razões levantadas pelas partes para solução da controvérsia⁵³⁹. Evidentemente, para configuração do diálogo no processo é de rigor que tanto o demandante como o juiz e o demandado falem a propósito das questões suscitadas em juízo. Do contrário, há monólogo no lugar do diálogo, com claro prejuízo à feição democrática do

⁵³² COMOGLIO, Luigi Paolo *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970, p. 145-146; TROCKER, *Processo...*, p. 659.

⁵³³ COMOGLIO, op. cit., p. 145-146.

⁵³⁴ SOUSA, *Estudos...*, p. 66-67.

⁵³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *A garantia...*, p. 237.

⁵³⁶ TROCKER, op. cit., p. 645.

⁵³⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 168.

⁵³⁸ TROCKER, op. cit., p. 669.

⁵³⁹ Algo nesse sentido, ALVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade...*, p. 255.

processo. Como facilmente se percebe, o problema prende-se ao fiel perfilhamento do conteúdo do dever de motivar as decisões dentro do processo civil contemporâneo⁵⁴⁰.

Nosso Supremo Tribunal Federal, a propósito, já teve a oportunidade de observar, na esteira da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, que o direito fundamental ao contraditório importa em direito das partes a ver os fundamentos argüidos em suas manifestações processuais considerados pela decisão jurisdicional, o que de seu turno exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. Na perspectiva do órgão jurisdicional, esse direito corresponde ao dever de dar atenção aos arrazoados das partes, o que pressupõe deles tomar conhecimento, considerando-os séria e detidamente. Corresponde, em suma, ao dever de fundamentar suas decisões⁵⁴¹.

Outra não é a orientação de nossa doutrina. Tem-se sustentado, acertadamente, que o dever de fundamentação das decisões consiste na “última manifestação do contraditório”⁵⁴², porquanto a motivação “garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas”⁵⁴³. Há, pois, um nexó inarredável entre inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental ao contraditório e dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, sem o qual não se pode reconhecer a existência de um processo justo⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ A propósito, em tratativa clássica a respeito da motivação da sentença civil, Michele Taruffo identifica uma dupla função à motivação: uma função endoprocessual e outra extraprocessual (TARUFFO, *La motivazione...*, p. 416), lição a que não se mostra infensa a doutrina brasileira (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 290-295; NOJIRI, *O dever...*, p. 31-64). No que agora nos interessa, identifica nessa segunda perspectiva a função de responder ao significado constitucional da regra da motivação da sentença (no fundo, possibilitar a participação social no controle difuso da administração da Justiça, respondendo a uma inspiração democrática de organização do Estado no que tange ao seu sistema de governo, conforme TARUFFO, op. cit., p. 405). Ocorre, todavia, que se partirmos da idéia que o direito processual civil não pode ser outra coisa que “direito constitucional aplicado” (ALVARO DE OLIVEIRA, *O processo...*, p. 3), própria do formalismo-valorativo, o fato de encartarmos nas normas processuais a finalidade de atender a valores constitucionais não pode de modo algum ser encarado como uma dimensão “extraprocessual” dessas normas. Trata-se de evidente processo de densificação das normas constitucionais no direito infraconstitucional inerente ao modo de pensar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.

⁵⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 25.787/DF. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, Informativo n. 449.

⁵⁴² WAMBIER, *Omissão...*, p. 389.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 335.

⁵⁴⁴ MITIDIERO, *Elementos...*, p. 62.

A fim de que se sinta pulsar também no âmbito do processo civil o Estado Constitucional, é de rigor que na motivação da decisão efetivamente conste a apreciação do órgão jurisdicional a respeito dos fundamentos deduzidos pelas partes ao longo do processo. Fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, pois, decisão judicial que não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais.

A fundamentação da decisão judicial tem de ser completa. Nesse sentido, o parâmetro a ser observado para aferição dessa completude não pode ser, como por vezes se sustenta, a simples constância na decisão do esquema lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou às suas conclusões⁵⁴⁵, critério “*notevolmente ambiguo e in gran parte oscuro*”⁵⁴⁶. De modo nenhum. A completude da decisão tem de ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas⁵⁴⁷. O juízo é sempre e sempre um ato de três pessoas no marco teórico do formalismo-valorativo⁵⁴⁸.

Por essa vereda, o órgão jurisdicional tem de considerar seriamente os fundamentos deduzidos pelas partes, não podendo se omitir no que concerne às razões constantes de seus arrazoados⁵⁴⁹. *Aliter*, há evidente esvaziamento do direito fundamental à tutela jurisdicional⁵⁵⁰. Tanto é assim que, omitindo-se, cabem embargos de declaração (art. 535, inciso II, CPC), sede em que a parte tem direito, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁵⁵¹, a “obter comentário sobre todos os pontos levantados” no recurso. Funciona o recurso de embargos de

⁵⁴⁵ TARUFFO, *La motivazione...*, p. 417.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 417.

⁵⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade...*, p. 255; WAMBIER, *Omissão...*, p. 391.

⁵⁴⁸ Daí a razão pela qual já sustentamos a inconstitucionalidade do art. 285-A, CPC (MITIDIERO, *Processo...*, p. 33-39).

⁵⁴⁹ Algo nesse sentido, EVANGELISTA, Stefano. *Motivazione della sentenza civile*. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1977, v. 37, p. 164.

⁵⁵⁰ A propósito, observa Teresa Arruda Alvim Wambier que “a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional ficaria seriamente comprometida se o autor tivesse o direito de submeter sua pretensão (= afirmação de direito) ao Judiciário, e uma série de razões em função das quais afirma ter este direito, e a este direito não correspondesse o dever do Judiciário no sentido de examinar todas elas. Por outro lado, também a garantia de defesa ficaria esvaziada se o juiz não tivesse o dever de levar em conta todas as alegações do réu, concretamente manifestadas. De pouco ou nada valeria garantir à parte o direito de defesa, se se consentisse ao juiz o poder de não levar em conta as alegações das partes” (WAMBIER, *op. cit.*, p. 384-385).

⁵⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência no REsp n. 95.441/SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. j. em 08 abr. 1999. *DJ* 17 maio 1999.

declaração, assim, embora desacreditado nos Tribunais, como um poderoso instrumento de cooperação no processo, urgindo a sua reabilitação em nossa praxe forense, resgatando-se a sua importância⁵⁵².

É fundamental, na organização do formalismo de um modelo de processo civil inspirado na colaboração, que se leve em consideração os pontos de vistas externados pelas partes ao longo do procedimento no quando da decisão da causa. Trata-se de exigência calcada na necessidade de participação de todos que tomam parte no processo para o alcance da justa solução do caso concreto, tendo o diálogo papel de evidente destaque nessa estruturação. Fora dessas coordenadas não há que se falar em cooperação no processo.

4. A Concretização da Decisão da Causa. A Obtenção da Tutela Jurisdicional do Direito. Tutela Jurisdicional no Plano do Direito Material. Tutela Jurisdicional no Plano do Direito Processual. Sentenças Auto-Suficientes e Sentenças Não-Auto-Suficientes

Uma vez prolatada a decisão da causa, põe-se o problema, no mais das vezes, de concretizá-la. No direito processual civil contemporâneo, informado pelo formalismo-valorativo, também essa atividade não escapa à influência da necessidade de estruturar-se o formalismo do processo na perspectiva dos direitos fundamentais e da cooperação entre as pessoas do juízo⁵⁵³.

⁵⁵² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.) *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47-95.

⁵⁵³ Para uma ampla análise da concretização das decisões judiciais a partir da ótica do formalismo-valorativo, consulte-se AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. Tese (Doutorado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2006.

No plano do direito material, podem existir direitos, pretensões e ações⁵⁵⁴. A efetiva existência dessas posições jurídicas subjetivas materiais implica igualmente necessidade de essas serem adequada e efetivamente tuteladas⁵⁵⁵. Ao direito, à pretensão e à ação oriundos de determinada relação jurídica material corresponde, nessa perspectiva, direito à tutela dessas mesmas posições jurídicas⁵⁵⁶. Ao direito subjetivo de crédito pode corresponder, dessarte, direito à tutela ressarcitória. À pretensão à incolumidade de determinado direito de personalidade corresponde, assim, direito à tutela inibitória⁵⁵⁷. São exemplos de posições jurídicas e suas respectivas tutelas no plano do direito material.

⁵⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I, p. 29-116; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 15-39; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Direito material e processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 55-81; MACHADO, Fábio Cardoso. Ação e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 139-164. Consoante, ainda, MITIDIERO, *Elementos...*, p. 90-138. Para uma apreciação crítica dessas idéias, consulte-se ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41-54; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83-109; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285-319; AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ação de direito material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 111-127; ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos: direito material e direito processual. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196; PINTAÚDE, Gabriel. Tutela jurisdicional (no Confronto Doutrinário entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Ovídio Baptista da Silva e no Pensamento de Flávio Luiz Yarshell). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 253-284. Em sentido algo crítico, consulte-se MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 197-252.

⁵⁵⁵ MARINONI, *Teoria*, op. cit., p. 257.

⁵⁵⁶ Conforme, a respeito da ligação entre direito material e formas de tutela dos direitos, por todos, DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1993, p. 4-7.

⁵⁵⁷ Sobre as tutelas materiais do direito, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 410-427; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 249-668.

No plano do direito processual existe a “ação” processual, que dá lugar ao direito à tutela jurisdicional efetiva e adequada do Estado⁵⁵⁸, correspondendo ao direito ao processo justo, ao devido processo legal processual⁵⁵⁹. Afirma-se direito, pretensão ou ação na “ação” processual. No momento da decisão da causa, mercê da observância das normas inerentes às formas de tutela jurisdicional⁵⁶⁰, à situação narrada calha determinada proteção judicial de caráter processual (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*). Há aí tutela jurisdicional no plano do direito processual.

O ponto é digno de nota: o direito à declaração, o direito à constituição, a pretensão à condenação, a pretensão ao mandamento e o direito à execução estão no plano do direito material e preenchem a eficácia dos provimentos jurisdicionais⁵⁶¹. Todavia, uma vez prolatada determinada decisão, por exemplo, mandamental, a ordem nela contida não é fruto tão-somente do direito material; é resultado do exercício do poder jurisdicional, devidamente balizado pelas normas da adequação, da segurança e da efetividade. Daí a razão pela qual o provimento jurisdicional “apresenta outra força, outra eficácia”, não se confundindo com o direito material, “porque, além de constituir resultado de trabalho de reconstrução e até de criação

⁵⁵⁸ MARINONI, *Teoria...*, p. 221.

⁵⁵⁹ Vale dizer, como já afirmamos anteriormente, “exerce-se ‘ação’ processual ao longo de todo processo civil. Ao propor-se a demanda, ato concreto de ir a juízo, exerce-se ‘ação’; ao replicar-se também; ao requerer-se a admissão e a produção de provas exerce-se ‘ação’; ao recorrer-se igualmente. Enfim, exerce-se ‘ação’ quando se exercem os poderes inerentes ao formalismo processual, sendo a ‘ação’, ao fim e ao cabo, possibilidade de ir a juízo e exercer os poderes indissociáveis ao processo justo e equo, todos tendentes à obtenção de sentença, tendentes à obtenção de tutela jurisdicional. Ora, em um Estado Democrático e Social de Direito, o exercício da ‘ação’ processual só pode traduzir o acesso a um processo justo e equo, o acesso a uma seqüência de posições jurídicas subjetivas que substancializem o processo, tornando-o devido processo legal processual” (MITIDIERO, *Elementos...*, p. 120).

⁵⁶⁰ Isto é, as formas de tutela jurisdicional no plano do direito processual devem se pautar pelas normas da adequação, da segurança e da efetividade (ALVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade...*, p. 106).

⁵⁶¹ Tanto é assim que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira expressamente refere que “o direito material é a matéria-prima com que irá trabalhar o juiz”, devidamente refletido na tutela jurisdicional, que “certamente” se apóia no direito material (ALVARO DE OLIVEIRA, *O problema...*, p. 50). A propósito, eis aí a razão pela qual não se mostra “dispensável” teorizar sobre direito, pretensão e ação no plano do direito material, ao contrário do que pensa José Roberto dos Santos Bedaque (BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 233), porquanto de outra maneira não teríamos como explicar o aparecimento desses elementos no quando da prolação das decisões jurisdicionais. Observe-se: tais elementos não podem surgir simplesmente do direito processual, porque a “ação” é una e abstrata, não sendo suscetível, por essa razão, de classificação em declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva (BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição...*, p. 179).

por parte do órgão judicial, exibe o selo da autoridade estatal, proferida a decisão com as garantias do devido processo legal”⁵⁶².

Frise-se o ponto: não há qualquer incompatibilidade em teorizar-se a respeito de tutelas no plano do direito material e de tutelas no plano do direito processual. As classificações são complementares. Quando, por exemplo, alude-se à necessidade de tutela inibitória (plano do direito material) e aponta-se a tutela mandamental para sua consecução (plano processual), indicam-se ao mesmo tempo os pressupostos para concessão da tutela inibitória (a ocorrência ou a possível ocorrência de um ilícito e o nexos causal, assuntos de direito material), que devem necessariamente ser afirmados na causa de pedir e provados ao longo do feito, e a maneira como essa inibição deve ser concretizada pelo Estado (ordem coadjuvada por multa coercitiva, assunto de direito processual). Existe, dessarte, uma verdadeira iteração entre as formas de tutela no plano do direito material e no plano do direito processual, que conjuntamente atuam para melhor dimensionamento do formalismo processual.

O formalismo do processo deve adequar-se às peculiaridades dos direitos, pretensões e ações do plano do direito material e às suas respectivas tutelas (tutela certificatória, tutela modificatória, tutela inibitória, tutela reintegratória e tutela ressarcitória) a fim de outorgar com justiça proteção efetiva ao direito material⁵⁶³. Daí a razão pela qual às posições jurídicas subjetivas e às tutelas do plano do direito material correspondem tutelas processuais (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*), prestadas pelos provimentos judiciais como resultados do exercício da jurisdição à vista de um processo justo.

⁵⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 50-51.

⁵⁶³ Frise-se o ponto: não há qualquer incompatibilidade em teorizar-se a respeito de tutelas no plano do direito material e de tutelas no plano do direito processual. As classificações são complementares. Quando, por exemplo, alude-se à necessidade de tutela inibitória (plano do direito material) e aponta-se a tutela mandamental para sua consecução (plano processual), indicam-se ao mesmo tempo os pressupostos para concessão da tutela inibitória (a ocorrência ou a possível ocorrência de um ilícito e o nexos causal, assuntos de direito material), que devem necessariamente ser afirmados na causa de pedir e provados ao longo do feito, e a maneira como essa inibição deve ser concretizada pelo Estado (ordem coadjuvada por multa coercitiva, assunto de direito processual). Existe, dessarte, uma verdadeira iteração entre as formas de tutela no plano do direito material e no plano do direito processual, que conjuntamente atuam para melhor dimensionamento do formalismo processual.

Algumas decisões judiciais, uma vez prolatadas, são suficientes para satisfazer o demandante. São as sentenças, ou decisões, auto-suficientes⁵⁶⁴. Assim é que quem afirma direito à declaração de inexistência de determinada relação jurídico-tributária, pedindo tutela certificatória, de certeza, satisfaz-se com a prolação do provimento jurisdicional que presta tutela declaratória. Quem afirma direito à desconstituição de determinado ato administrativo, pedindo tutela modificatória, satisfaz-se com a prolação da decisão judicial que presta tutela desconstitutiva. Nesses casos, em que há auto-suficiência dos provimentos jurisdicionais, não há qualquer necessidade de concretizar essas decisões para satisfazer-se o demandado⁵⁶⁵.

Outras decisões, todavia, têm de ser concretizadas para outorgar satisfação ao demandante. As sentenças desse corte são sentenças não-auto-suficientes, porquanto necessitam da prática de atos materiais posteriores às suas prolações para outorgarem satisfação àqueles que pedem proteções jurisdicionais⁵⁶⁶.

A doutrina brasileira contemporânea, atenta às diferentes crises de colaboração que podem se passar no plano do direito material⁵⁶⁷, identifica como sentenças não-auto-suficientes as sentenças que prestam tutela condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*⁵⁶⁸, quer objetivem, materialmente, prestar tutela inibitória, de remoção de ilícito ou ressarcitória⁵⁶⁹. A propósito, afeiçoar toda e qualquer crise de colaboração no plano do direito material diversa da crise de certeza e de modificação à crise de inadimplemento⁵⁷⁰, como pretende respeitável

⁵⁶⁴ MARINONI, *Técnica...*, p. 149-151; ANDOLINA, Ítalo. Cognizione ed esecuzione nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983, p. 3-6. Cássio Scarpinella Bueno, de seu turno, prefere aludir, nesses casos, a tutelas jurisdicionais “intransitivas” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 312).

⁵⁶⁵ Nesses casos, há satisfação e sentença auto-suficiente, razão pela qual não se mostra apropriado tomar como sinônimos, à guisa de classificar a tutela jurisdicional, tutela executiva e tutela satisfativa, como fez, por exemplo, BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 508, porquanto evidentemente pode haver satisfação sem execução. A doutrina é tranqüila a respeito do tema; consulte-se, entre outros, ALVARO DE OLIVEIRA, O problema..., p. 54; BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, v. 1, p. 163 e p. 183.

⁵⁶⁶ MARINONI, *Técnica...*, p. 149-151. Cássio Scarpinella Bueno, a propósito, alude a tutelas jurisdicionais “transitivas” nesses casos (BUENO, *Curso...*, v. 1, p. 313).

⁵⁶⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *Direito...*, p. 287-294.

⁵⁶⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, O problema..., p. 52-54; ALVARO DE OLIVEIRA, *Direito...*, p. 310-312.

⁵⁶⁹ MARINONI, op. cit., p. 149-151.

⁵⁷⁰ Alvitre que, segundo defendem DINAMARCO, *Instituições...*, v. 3, p. 196-197, BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 520, justificaria a existência de apenas três espécies de tutelas (declaratória, constitutiva e condenatória).

setor da doutrina⁵⁷¹, revela um profundo comprometimento com as idéias que culminaram com a pessoalização de todos os direitos ao longo da formação do direito contemporâneo⁵⁷² e, pois, com todos os pressupostos teóricos que informaram o modelo de legislação cristalizado no Código Buzaid (1973-1994)⁵⁷³, ora posto ao chão pelo modelo do Código Reformado⁵⁷⁴.

Cada uma dessas tutelas processuais é concretizada de um modo particular dentro do direito brasileiro. Em nenhuma delas, todavia, some o papel da colaboração no processo, por vezes mais ou menos reforçado, mais ou menos visível.

Na tutela mandamental, a colaboração do demandado que sofrera a ordem contra si é absolutamente indispensável para a obtenção da tutela jurisdicional. No direito brasileiro, à semelhança do que acontece em outros países, busca-se estimular essa cooperação do demandado com a imposição de multa coercitiva para dissuadi-lo a cumprir a ordem emanada do juízo⁵⁷⁵. A ordem, coadjuvada com a multa coercitiva (art. 461, § 4º, CPC), atua sobre a vontade do demandado a fim de que esse colabore com os fins de justiça do processo.

Na tutela executiva em senso estrito que se segue à tutela condenatória, nada obstante a execução se faça por definição sem a cooperação do executado quando observada em seu conjunto⁵⁷⁶, não se dispensa de modo nenhuma a colaboração do executado para ultimação de seus atos individualmente considerados. Nosso Código de Processo Civil, a propósito, conta expressamente com a colaboração do executado nos arts. 652, § 3º e 655, § 1º, confiando que, intimado, indicará bens

⁵⁷¹ DINAMARCO, op. cit., p. 196-197; BEDAQUE, op. cit., p. 520.

⁵⁷² BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição...*, p. 134-145; MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 49-77.

⁵⁷³ BAPTISTA DA SILVA, *Processo...*, p. 131-149.

⁵⁷⁴ Formado pelo advento das três grandes reformas (Lei n. 8.952, de 1994; Lei n. 10.444, de 2002 e Lei n. 11.232, de 2005, posteriormente complementada pela Lei n. 11.382, de 2006), que desenharam, em seu conjunto, um novo Código de Processo Civil.

⁵⁷⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparative. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Coord.) *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989, p. 63-106.

⁵⁷⁶ PISANI, *Lezioni...*, p. 707.

passíveis de penhora. No direito português, aliás, há idêntica solução⁵⁷⁷. Conta, igualmente, no art. 652-A, parágrafo único, estimulando o pagamento integral da execução liminarmente com a promessa de redução da verba honorária pela metade.

Outros casos de cooperação na execução por expropriação colhem-se aqui e ali na experiência estrangeira. O ordenamento jurídico espanhol, por exemplo, prevê a possibilidade de, mediante aprovação judicial, executante e executado convencionarem o meio mais eficaz para transformação dos bens penhorados em pecúnia, em evidente prestígio ao espírito de colaboração no processo (art. 640, *Ley de Enjuiciamiento Civil*⁵⁷⁸). No direito português, prevê-se a possibilidade de

⁵⁷⁷ Nesse sentido, Miguel Teixeira de Sousa aponta expressamente o art. 837-A do CPC português como uma manifestação inequívoca do dever de cooperação das partes para com o órgão jurisdicional para que se alcance o mais pronto deslinde do processo (SOUSA, *Estudos...*, p. 64). A propósito, determina o art. 837-A do CPC português, sob a rubrica “averiguação oficiosa e dever de cooperação do executado”: “1 – Sempre que o exequente justificadamente alegue séria dificuldade na identificação ou localização de bens penhoráveis do executado, incumbe ao juiz determinar a realização das diligências adequadas. 2 – Pode ainda o juiz determinar que o executado preste ao tribunal as informações que se mostrem necessárias à realização da penhora, sob cominação de ser considerado litigante de má fé”.

⁵⁷⁸ Reza o art. 640, LEC, sob a rubrica “convenio de realización judicialmente aprobado”: “1. El ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución podrán pedir al tribunal que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados, frente a los que se dirige la ejecución. 2. Si el ejecutante se mostrare conforme con la comparecencia y el tribunal no encontrare motivos razonables para denegarla, la acordará mediante providencia, sin suspensión de la ejecución, convocando a las partes y a quienes conste en el proceso que pudieren estar interesados. En la comparecencia, a la que podrán concurrir otras personas, por invitación de ejecutante o ejecutado, los asistentes podrán proponer cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución y presentar a persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante la subasta judicial. También cabra proponer otras formas de satisfacción del derecho de ejecutante. 3. Si se llegare a un acuerdo entre ejecutante e ejecutado, que no pueda causar perjuicio para tercero cuyos derechos proteja esta Ley, lo aprobará el tribunal mediante auto y suspenderá la ejecución respecto del bien o bienes objeto del acuerdo. También aprobará el acuerdo, con el mismo efecto suspensivo, si incluyere la conformidad de los sujetos, distintos de ejecutante y ejecutado, a quienes afectare. Cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta. 4. Cuando se acreditare el cumplimiento del acuerdo, se sobreeserá la ejecución respecto del bien o bienes a que se refiriese. Si el acuerdo no se cumpliera dentro del plazo pactado o, por cualquier causa, no se lograra la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, podrá este pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta, en la forma prevista en esta Ley. 5. Si no se lograra el acuerdo a que se refiere el apartado tercero de este artículo, la comparecencia para intentarlo podrá repetirse, en las condiciones previstas en los dos primeros apartados de este artículo, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, a juicio del tribunal, para la mejor realización de los bienes”.

cooperação do exeqüente com o órgão jurisdicional a fim de que se realize a penhora da melhor maneira possível (art. 848-A, Código de Processo Civil⁵⁷⁹).

Na tutela executiva *lato sensu*, nosso direito também aposta na cooperação quando determina ao juiz, antes da emissão de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse (art. 461-A, § 2º, CPC), que ordene a observância do preceito, fixando prazo para cumprimento (art. 461-A, *caput*, CPC). Confia, pois, que o executado coopere antes de alçar mão de meios sub-rogatórios para realizar o conteúdo do provimento jurisdicional.

Em todas essas situações, o direito processual civil busca estimular a cooperação dos seus participantes para que se alcance a tutela jurisdicional do direito. O que se pretende, também nos domínios da concretização da decisão da causa, é que a atividade de todos envolvidos no processo venha a identificar-se, resolvendo-se em uma “única força operante”⁵⁸⁰ para o melhor deslinde da causa, que evidentemente não pode deixar de contemplar a maneira como vai se realizar o direito reconstruído e estampado na decisão jurisdicional.

5. O Direito Recursal. O Juízo de Admissibilidade e o Juízo de Mérito dos Recursos. Admissibilidade Recursal e Pré-exclusão de Vícios Processuais

O direito recursal, fértil de exigências formais, é campo em que a idéia de processo civil cooperativo pode funcionar com notável ganho para os fins de justiça do processo⁵⁸¹. Parte-se do pressuposto que o processo, como ato de três pessoas, deve ser conduzido dialogalmente de modo a que se alcance a justiça do caso

⁵⁷⁹ Preleciona o art. 848-A do CPC português, sob a rubrica “cooperação do exeqüente na realização da penhora”: “1 – O exeqüente pode cooperar com o tribunal na realização da penhora, facultando os meios necessários à apreensão de bens móveis e ao seu adequado depósito. 2 – As despesas comprovadamente suportadas com a cooperação a que se refere o número anterior gozam da garantia prevista no artigo 455”.

⁵⁸⁰ GRASSO, La collaborazione..., p. 609.

⁵⁸¹ ALVARO DE OLIVEIRA, O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 39, 2006, p. 27. Nesse mesmo sentido, relacionando juízo de admissibilidade dos recursos e cooperação, DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 38.

levado à apreciação judicial, não se admitindo que venha de soçobrar o direito por imperativos ligados ao “fetichismo da forma”⁵⁸².

É lição consagrada na doutrina que os recursos estão submetidos a um juízo de admissibilidade e a um juízo de mérito, condicionando aqueles o conhecimento da irresignação recursal⁵⁸³. O juízo de admissibilidade funciona assim como uma questão preliminar ao enfrentamento do mérito do recurso⁵⁸⁴. Nele se compreendem requisitos intrínsecos e extrínsecos: esses dizem respeito ao modo de exercer o poder de recorrer, ao passo que aqueles concernem à existência mesmo desse poder⁵⁸⁵. No primeiro grupo ingressam o cabimento, a legitimidade, o interesse e a inexistência de fato extintivo do direito de recorrer; no segundo, a regularidade formal da peça recursal, a tempestividade, o preparo e a inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer⁵⁸⁶.

Para efeitos de pré-exclusão de vícios processuais no quando do julgamento dos recursos a fim de viabilizar o exame do mérito da irresignação, ora nos interessa mais de perto a análise dos requisitos do cabimento, da regularidade formal e do preparo.

A doutrina brasileira tem pontuado que não há razão para decretar-se qualquer invalidade processual sem a demonstração do não-preenchimento da finalidade legal do ato processual e sem a demonstração de prejuízo atendível aos interesses das partes⁵⁸⁷. Nos domínios do direito positivo, notadamente em seara recursal, essa orientação encontra-se expressamente albergada no art. 515, § 4º, CPC, verdadeira norma geral em tema de recursos.

⁵⁸² A expressão é antiga e vai utilizada, dentre outros, por ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 207.

⁵⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 5, p. 258/266.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 259. Sobre o conceito de questões prévias (gênero no qual se inserem as questões preliminares e as questões prejudiciais), consulte-se FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 44. Sobre o assunto, ainda, com as devidas indicações bibliográficas, MITIDIERO, *Comentários...*, tomo I, p. 125-128.

⁵⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, *Comentários...*, v. 5, p. 260

⁵⁸⁶ MARINONI,; ARENHART, *Manual...*, p. 525-529.

⁵⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *O formalismo-valorativo...*, p. 24; CALMON DE PASSOS, *Esboço...*, p. 131; DIDIER JÚNIOR, *Pressupostos...*, p. 29-30; BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 446; WAMBIER, *Nulidades...*, p. 168-169.

Manifestação inequívoca dessa orientação encontra-se em tema de cabimento dos recursos. É lição corrente na doutrina e na jurisprudência, encartada inclusive no Código de 1939 (art. 810), que, atendidos determinados pressupostos, a interposição de recurso incabível não deve prejudicar a parte recorrente, tendo o órgão jurisdicional de conhecê-lo como se houvesse sido interposto o recurso pertinente. Trata-se da regra da fungibilidade recursal⁵⁸⁸. Converte-se o recurso interposto no recurso cabível⁵⁸⁹, tendo em conta a possibilidade de pré-exclusão de vícios de forma pela invocação do cumprimento da finalidade e do não-prejuízo. Há aí evidente cooperação do órgão jurisdicional com o recorrente à vista da obtenção da justiça do caso concreto.

No que tange à regularidade formal da peça recursal, duas questões avultam: eventual forma ordenada exigida para redação de determinado recurso e formação de instrumento com a exigência de juntada de peças processuais dessa ou daquela ordem. Pense-se, no primeiro caso, na forma exigida para exposição da repercussão geral da questão debatida no recurso extraordinário (art. 543-A, § 2º, CPC), e, no segundo, nas peças processuais que devem instruir o agravo interposto pela forma de instrumento (art. 525, CPC).

No primeiro caso, nada obsta que se conheça do recurso extraordinário sem que o recorrente tenha articulado, em tópico próprio, a preliminar de repercussão geral da questão debatida. O que realmente interessa saber é se, pela forma com que fora redigido e organizado o recurso, a relevância e a transcendência da questão levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal fora exposta pelo recorrente, ainda que sem o destaque exigido pela nossa legislação. Havendo perfeita individualização material das razões pelas quais entende o recorrente ser de repercussão geral a questão constitucional afirmada no recurso extraordinário, tem o Supremo Tribunal Federal, preenchidos os demais pressupostos inerentes à espécie, de conhecer do recurso interposto⁵⁹⁰. Também aí a idéia de colaboração do órgão jurisdicional para com as partes se faz presente e atendível dentro do Estado

⁵⁸⁸ NERY JÚNIOR, Néson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 112-149.

⁵⁸⁹ Aludindo à fungibilidade como particularização, na seara recursal, da regra da conversão, por todos, WAMBIER, *Nulidades...*, p. 158.

⁵⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41-42.

Constitucional brasileiro, mormente em tema de controle de constitucionalidade dos atos normativos.

No segundo, entende-se que é absolutamente contrário ao espírito de colaboração no processo não se conhecer de recurso de agravo em face de formação insuficiente do instrumento⁵⁹¹. Tanto as peças obrigatórias como as peças úteis ao conhecimento da controvérsia, se não instruírem o agravo, deverão vir aos autos por força de intimação da parte recorrente. Tem o órgão jurisdicional o dever de agir de ofício a respeito do ponto, tendo de observar o seu dever de prevenção, segundo o qual é fundamental que se previnam as partes do risco de o direito afirmado em juízo restar frustrado em face do “uso inadequado do processo”⁵⁹². Não havendo atuação de ofício a respeito, poderá a parte prejudicada inclusive alertá-lo posteriormente por meio de embargos de declaração, já que a condução dialogal do processo é tarefa que lhe cumpre de ofício no direito brasileiro (art. 125, CPC). Não conhecendo de agravo de instrumento por questões concernentes à formação do instrumento, omite-se o órgão jurisdicional sobre ponto que deveria ter necessariamente em conta (art. 535, inciso II, CPC), nada obstante ignorado implicitamente, dando azo assim à interposição de embargos. Tão-somente em função do não-atendimento a essa intimação é que se legitimará a inadmissibilidade do agravo por formação insuficiente do instrumento.

O fundamento jurídico para semelhante postura do órgão jurisdicional encontra-se no contraditório, aí assumido como uma regra que impõe o diálogo como uma constante ao longo de todo processo. Daí à idéia de colaboração e à existência de um correlato dever de prevenção não há qualquer dificuldade. No Estado Constitucional brasileiro, os direitos fundamentais têm eficácia imediata (art. 5º, § 1º, CRFB), sendo tarefa tanto do legislador como do juiz concretizá-los no formalismo do processo⁵⁹³. A omissão do legislador em organizar procedimentos adequados à tutela dos direitos de modo nenhum pode justificar a omissão do juiz,

⁵⁹¹ Substancialmente nesse sentido, ALVARO DE OLIVEIRA, *O formalismo-valorativo...*, p. 27. Ao que parece, igualmente, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: relações entre processo e constituição*. In: *INTRODUÇÃO ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Fabris, 2004, pp. 51/54, em co-autoria com Daniel Mitidiero. Na doutrina espanhola, GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho...*, p. 65-66.

⁵⁹² SOUSA, *Estudos...*, p. 66.

⁵⁹³ ANDRADE, *Os direitos...*, p. 202.

tanto mais em um sistema de controle difuso de constitucionalidade, em que sindicáveis pela via jurisdicional tanto as ações como as omissões estatais⁵⁹⁴. Daí a razão pela qual, na ausência de norma infraconstitucional expressa nesse sentido, socorre ao sistema a eficácia imediata do direito fundamental ao contraditório, assumindo aí a função de obrigar o órgão jurisdicional à condução paritária do processo, concretizada pelo diálogo judicial.

Por derradeiro, as mesmas razões que impõem ao órgão jurisdicional o dever de dialogar com a parte recorrente a fim de integralizar-se o instrumento do agravo, igualmente suportam idêntico dever no que tange à eventual não-comprovação de preparo recursal no quando da interposição do recurso (art. 511, CPC). Aliás, o diálogo parcial determinado pelo art. 511, § 2º, CPC, não satisfaz a necessidade de cooperação no processo: também nos casos de ausência de preparo deve a parte ser intimada para providenciá-lo em prazo adequado (por analogia, no mesmo prazo concedido para os casos de preparo insuficiente). A tanto suporta a idéia de que o direito material não pode vir a soçobrar em face de questões de ordem formal, confortada ainda pela diretriz da colaboração entre as pessoas do juízo à vista da obtenção da justiça do caso concreto, desiderato máximo do processo civil no marco teórico do formalismo-valorativo.

⁵⁹⁴ MARINONI, *Teoria...*, p. 60-62.

CONCLUSÕES

Fora nosso intento propor a organização de um modelo de formalismo processual pautado pela cooperação entre todos aqueles que participam do processo, fazendo-o a partir do marco teórico do formalismo-valorativo, método próprio do direito processual civil no quadro do Estado Constitucional. Para tanto, expôs-se, na primeira parte desse estudo, o direito processual civil como fruto da cultura e as feições de nosso Estado Constitucional. Na segunda, os pressupostos teóricos para formação de um processo civil genuinamente informado pela cooperação, para, na terceira parte, aplicar-se a idéia de colaboração nas diversas fases do processo.

A pressuposição geral da tese está em que o direito processual civil participa da cultura de determinado povo historicamente situado. Daí a possibilidade de marchas e contramarchas na construção do formalismo processual. Parte, ainda, da pressuposição de que o Estado Constitucional brasileiro não se confunde com o modelo de supremacia do direito do *Rule of Law* (sem e com codificação), do *Rechtsstaat* e do *État de Droit*. Especificamente, um modelo de processo civil cooperativo pressupõe a verificação de determinadas condições sociais, lógicas e éticas para a sua construção e desenvolvimento. Essas condições são capazes de afastá-lo, a propósito, de outros possíveis modelos para repartição do trabalho judiciário entre as partes e o juiz no processo, notadamente dos modelos paritário e assimétrico.

Caracterizado o processo como um autêntico ambiente cooperativo, asseverou-se que o diálogo deve ser uma pauta constante na marcha procedimental, com influência significativa desde a propositura da demanda até a preclusão das vias recursais. Assim é que, em tema de formação e estabilização do

objeto litigioso do processo, têm as partes e o órgão jurisdicional de debater para aquilatamento ótimo da controvérsia, revendo-se inclusive a eficácia material da revelia, que deve conduzir à *ficta contestatio* das alegações postas à inicial, fins de manutenção da paridade de armas ao longo do processo. No que tange à estabilização do processo, propôs-se *de lege ferenda* a flexibilização do regime de preclusões, possibilitando-se, sempre à vista do diálogo no processo, a alteração do objeto litigioso.

Em termos de organização do processo, tanto a dimensão retrospectiva como prospectiva dessa pautam-se pela colaboração. Na primeira vertente, a pré-exclusão de vícios processuais e eventual decretação de invalidades no processo devem ser precedidas de amplo debate judicial, bem como eventual resolução do processo sem resolução de mérito deve ser a mais dialogada possível, a fim de que as partes possam influir sobre o convencimento do juiz num e noutro caso. Na segunda, a delimitação do tema e do objeto da prova, a distribuição do ônus de provar e a admissibilidade das provas devem levar em consideração todos os pontos de vistas atendíveis no processo, haja vista o caráter plural e democrático da experiência processual civil contemporânea.

O matiz cooperativo também se manifesta no processo no momento da decisão de causa, que não deve ser prolatada de maneira que possa surpreender as partes e que deve conter uma efetiva ponderação dos argumentos produzidos ao longo do processo a fim de convencer o órgão jurisdicional dessa ou daquela versão jurídica para as alegações do processo.

A propósito da obtenção da tutela jurisdicional, a cooperação também desempenha papel de relevo, na medida em que obriga a parte a colaborar com a pronta realização da decisão da causa, ainda que para tanto tenha que ser estimulada por multas coercitivas e, muitas vezes, ameaçada de sanções para, voluntariamente, observar a conduta dela esperada.

Por fim, a fase recursal igualmente se apresenta prenhe de deveres de cooperação. De exemplo, aponta-se a vedação ao não-conhecimento de recursos por questões de ordem formal, ligadas ao cabimento, à regularidade da peça

recursal e ao preparo. Em todos esses casos, a colaboração impõe uma postura dialogal e aberta ao órgão jurisdicional, comprometida mais com o desiderato de acudir-se ao justo no processo do que ao prestígio do fetichismo da forma pela forma.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Evolución de la doctrina procesal” In: ESTUDIOS de teoría general e historia del proceso (1945-1972). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974. v. 2.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 39, 2006.

_____. A garantia do contraditório. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 71, 1993.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 90, 2003.

_____. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na*

perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Prova cível*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 33, 1985.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ALVES, Maristela da Silva. O ônus da prova como regra de julgamento. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. Tese (Doutorado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2006.

_____. A polêmica em torno da ação de direito material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDOLINA, Ítalo. *Cognizione ed esecuzione nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Conteúdo da sentença e mérito da causa. In: SENTENÇA e coisa julgada, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

_____. Direito material e processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBERIO, Sergio José. Cargas probatorias dinâmicas: qué debe probar el que no puede probar?". In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.) *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329, CPC. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 5.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O problema da 'divisão de trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Saneamento do processo e audiência preliminar. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee. Tradução Corrado Ferri. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1972.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BETTI, Emilio. Processo civile. diritto romano. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1966. v. 13.

BIAVATI, Paolo. Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione Europea. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 483-512, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência. por uma nova hermenêutica. por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria do estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1958. v. 1.

BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: ESTUDOS e pareceres de direito processual civil, com notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. Do julgamento conforme o estado do processo. In: ESTUDOS e pareceres de direito processual civil, com notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Introdução. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

_____. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil Brasileiro. In: ESTUDOS e pareceres de direito processual civil, com notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Projeto do Código de Processo Civil de 1973: exposição de motivos*. Brasília, 1972.

CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 2005.

CAENEGEM, R. C. Van. History of european civil procedure. In: INTERNATIONAL encyclopedia of comparative law, 1973. v. 16.

_____. *Judges, legislators & professors: chapters in european legal history*. Cambridge: University, 2002.

_____. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado, revisão de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: OPERE giuridiche. Napoli: Morano, 1965. v. 1.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: OPERE giuridiche. Napoli: Morano, 1972. v. 5.

CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 1.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 3.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicado às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPITELLI, Adriana. Processo civile: b) diritto intermedio. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antonio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla Giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1982.

_____. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____. Iniziative probatorie del giudice e base pregiudiziche della struttura del processo. In: *PROCESSO e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

_____. Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano. In: *GIUSTIZIA e società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1962. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Ordinary proceedings in first instance. In: *INTERNATIONAL encyclopedia of comparative law*, 1984. v. 16.

CARBONE, Carlos Alberto. Cargas probatorias dinamicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: n. 35, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo. In: STUDI di diritto processuale. Padova, Cedam, 1939. v. 3.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1.

CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 104, 2006.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. Escola da exegese. In: DIGESTA: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2.

_____. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. *Questão-de-facto: questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4.

CLERMONT, Kevin M.; KAPLAN, Benjamin. Ordinary proceedings in first instance: England and the United States. In: INTERNATIONAL Encyclopedia of Comparative Law, 1984. v. 16.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970.

_____. Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale. In: STUDI in memoria di Salvatore Satta. Padova: Cedam, 1982. v. 1.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. v. 1.

CORAZZA, Sérgio. Sobreprincípio da máxima de justiça. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 40, p. 396-426, 2006.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

COUCHEZ, Gérard. *Procédure civile*. Paris: Dalloz, 1998.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed.. Buenos Aires: Depalma, 1969.

CHIARLONI, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli, 1975.

_____. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e 'formalismo delle garanzie'. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1987.

CHIOVENDA, Giuseppe. Del sistema negli studi del processo civile. In: SAGGI di diritto processuale civile (1894-1937). Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, n. 788, p. 92-107, 2001.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University, 1986.

_____. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Tradução Andrea Giussani e Fabio Rota. Bologna: Il Mulino, 2005.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE LA CUEVA, Mario. *La idea del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

DE VINCENZI, Brunela Vieira. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

DEMARI, Lisandra. Juízo de relevância da prova. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DENTI, Vittorio. L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi" *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1992.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1993.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed.. Salvador: JusPodium, 2007. v. 1.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodium, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: FUNDAMENTOS do processo civil moderno, 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1, v. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.

_____. *A instrumentalidade do processo* 8. ed.. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: FUNDAMENTOS do processo civil moderno. 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

EAGLETON, Terry. *A idéia de cultura*. Tradução Sandra Castello Branco e revisão técnica de Cezar Mortari. São Paulo: Editora Unesp, 2005.

ECO, Umberto. *O pêndulo de Foucault*. Tradução Ivo Barroso. 10. ed.. Rio de Janeiro: Record, 2005.

EKELÖF, Per Olof. Ordinary proceedings in first instance (Scandinavian Countries). In: INTERNATIONAL Encyclopedia of Comparative Law, 1984. v. 16.

ENGELMANN, Arthur. Modern continental procedure. In: ENGELMANN, Arthur et al. *A history of continental civil procedure*. Tradução Robert Wyness Millar. New York: Kelley, 1969.

_____. Roman procedure. In: ENGELMANN, Arthur et al. *A history of continental civil procedure*. Tradução Robert Wyness Millar. New York: Kelley, 1969.

EVANGELISTA, Stefano. Motivazione della sentenza civile. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1977. v. 37.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.) *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto di diritto*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1996.

_____. Sistema culturale e sistema giuridico. In: RICERCHE di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Milano: Giuffrè, 1999.

FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall azione al processo (1864-1994). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1994.

_____. L' esperienza del processo nella cultura contemporanea. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1965.

_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. Procedimento: I – procedimento e processo (teoria generale). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1986. v. 35.

_____. Sentenza. II: sentenza civile. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1989. v. 41.

FERRAND, Frédérique. Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé europeen. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, 2000.

FERRI, Corrado. *Struttura del processo e modificazione della domanda*. Padova: Cedam, 1975.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4, t. 2.

FLACH, Daisson. Processo e realização constitucional: a construção do devido processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coord.) *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A verossimilhança nos provimentos de cognição sumária*. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradução Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

_____. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer e revisão de Ênio Paulo Giachini. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. v. 1.

GASPERÍN, Macarita Elizondo. Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados. relatoría general. In: CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO PROCESAL, 13. *Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados*. México: Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução António Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. L'ordo judicarius medioevale: riflessioni su un modello puro di ordine isonomico. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1988.

_____. Logica del diritto: b) teoria dell'argomentazione. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1975. v. 25.

_____. Prova: I – prova in generale: a) filosofia del diritto. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37.

GIULIANI Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995.

GÓES, Gisele. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Fábio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985. v. 1.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *El derecho a la tutela jurisdiccional* 2. ed. Madrid: Civitas, 1989.

GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na acção declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1966.

_____. Dei poteri del giudice. In: ALLORIO, Enrico (Coord.) *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: UTET, 1973. v. 1, t. 1.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, p. 71-79, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel *Teoria geral do processo*. 15. ed.. São Paulo: Malheiros, 1999.

GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. 2. ed.. Milano: Giuffrè, 2005.

_____. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 1997.

GROTE, Rainer. *Rule of law, etat de droit and rechtsstaat: the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponível em: <<http://www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>> Acesso em: 02 out. 2005.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil* Revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonese. 4. ed.. Madrid: Civitas, 1998. v. 1.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HÄBERLE, Peter. Constitución como fenómeno cultural. In: CONSTITUCIÓN como cultura. Tradução Ana Maria Montoya. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.

_____. *Estado consitucional cooperativo*. Tradução Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABSCHEID, Walter J. l'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1980.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HESPANHA, António Manuel. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In: HESPANHA, António (Org.) *Justiça e litigiosidade*: história e prospectiva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. Para uma teoria da história institucional do antigo regime. In: HESPANHA, António Manuel Botelho (Org.) *Poder e instituições na Europa do antigo regime*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.

HEUSCHLING, Luc. *État de droit, rechtsstaat, rule of law*. Paris: Dalloz, 2002.

HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções (1748-1848)*. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel, 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HORN, Norbert *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Tradução Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2005.

HOYER, Hans; SCHIMA, Hans. Ordinary proceedings in first instance (Central European Countries). In: INTERNATIONAL Encyclopedia of Comparative Law, 1984. v. 16.

IRTI, Natalino. Codice civile e plusvalore politico. In: CODICE civile e società politica. 7. ed. Roma: Laterza, 2005.

_____. Idea del Codice Civile. In: CODICE Civile e società politica, 7. ed. Roma: Laterza, 2005.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Prólogo e tradução de Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JOLOWICZ, H. F. *Historical introduction to the study of roman law*, 2. ed. Cambridge: University, 1952.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (Org.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da Idade Média*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nélon; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Processo e constituição: estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KOHL, Alphonse. Ordinary proceedings in first instance (Romanist Legal Systems). In: INTERNATIONAL Encyclopedia of Comparative Law, 1984. v. 16.

LACERDA, Galeno. O código como sistema de adequação legal do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 1976.

_____. O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, p. 7-14, 1983.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 8, t. 1.

_____. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

_____. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, 1961.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 19. ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago, 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. In: PROBLEMI del processo civile. Napoli: Morano, 1962.

_____. O despacho saneador e o julgamento do mérito. In: ESTUDOS sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. Fondamento del principio dispositivo. In: problemi del processo civile. Napoli: Morano, 1962.

_____. Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. In: PROBLEMI del processo civile. Napoli: Morano, 1962.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. 2. ed.. Milano: Giuffrè, 1957. v. 1.

_____. Notas. I: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3.

_____. Storiografia giuridica manipolata. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1974.

LISBOA, Nei. *A utilidade das palavras*. Cena Beatnik, 2001.

LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. 2. ed.. Milano: Giuffrè, 1999. v. 2.

_____. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 1.

MACHADO, Fábio Cardoso. Ação e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 4. ed.. Coimbra: Almedina, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 28, 2003.

_____. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 13, p. 60-72, 2006.

_____. A jurisdição no estado constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. A jurisdição no estado constitucional. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, n. 2, 2005.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5, t. 1.

_____. *Manual do processo de conhecimento*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história. In: DIRETRIZES teóricas do novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do 'venire contra factum proprium'. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 97, 2005.

MATTOS, Sérgio. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. In: DIREITOS fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*, 2. ed. Padova: Cedam, 1966.

MILMAN, Fábio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of civil procedure. In: ENGELMANN, Arthur et al. *A history of continental civil procedure*. Tradução Robert Wyness Millar. New York: Kelley, 1969.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed.. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 1.

MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. tomo I.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. tomo II.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006. tomo III.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2004.

_____. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONCADA, Luís Cabral de. O processo civil perante a filosofia do direito. In: ESTUDOS de filosofia do direito e do estado. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004. v. 2.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio ed i giudizi di 'terza via'. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 2000.

MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. 2. ed.. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

_____. *El proceso civil moderno*. La Plata: Libreria Editora Platense, 2001.

_____. *La prueba: tendencias modernas* 2. ed.. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NASI, Antonio. *Disposizione del diritto e azione dispositiva*: contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione. Milano: Giuffrè, 1965.

NEDEL, Antônio. *Uma tópica jurídica*: clareira para a emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NERY JÚNIOR, Nélon. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Princípios fundamentais*: teoria geral dos recursos. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Celso. *A estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NÖRR, Knut Wolfgang. Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale. Tradução Rosaria Giordano. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 2004.

OPPO, Giorgio. Declino del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, p. 829-835, 2002.

ORESTANO, Ricardo. Azione: I – l'azione in generale: a) storia del problema. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1959. v. 4.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 18. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004.

PAOLI, Ugo Enrico. Processo attico. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1966. v. 13.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1985.

PERELMAN, Chaïm *Lógica jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución* 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PEREZ RAGONE, Álvaro. Contornos de la justicia procesal (procedural fairness): la justificación ética del proceso civil. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, v. 9, p. 291-329, 2006.

PEREZ RAGONE, Álvaro; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Código Procesal Civil alemán*. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Montevideo: Konrad Adenauer, 2006.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.) *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 2003.

_____. Il giudice e la legge nel Code Louis *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: 1995.

_____. Introdução. In: CODE Louis: *ordonnance civile*, 1667. Milano: Giuffrè, 1996.

_____. La formazione di base del giurista. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 355-376, 2005.

_____. Processo Civile: c) Diritto Moderno. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36.

PICARDI, Nicola; NICITA, Paolo. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

PICÓ I JUNOY, Joan. El debido proceso leal: reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, v. 9, 2006.

_____. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Bosch, 2003.

PIMENTA, Paulo; MACHADO, António Montalvão. *O novo processo civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

PINTAÚDE, Gabriel Tutela jurisdicional (no Confronto Doutrinário entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Ovídio Baptista da Silva e no Pensamento de Flávio Luiz Yarshell). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistemi giuridici comparati* 2. ed. Milano: Giuffrè, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. tomo I

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. tomo III

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997. tomo IV.

_____. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. tomo I.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

POZZA, Pedro. Sistemas de apreciação da prova. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PRÜTTING, Hans. Presentación de documentos y dirección material del proceso: estudio introductorio. In: CÓDIGO procesal civil alemán. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Montevideo: Konrad Adenauer, 2006.

PUGLIESE, Giovanni. *Processo civile romano: II. Il processo formulario*. Milano: Giuffrè, 1963. v. 1.

_____. Processo privato e processo pubblico – contributo all'individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1948.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. 2. ed..Coimbra: Almedina, 2002.

RASCIO, Nicola. Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2001.

REALE, Miguel. Conceito de cultura: seus temas fundamentais. In: PARADIGMAS da cultura contemporânea. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RECASENS SICHES, Luis. *Panorama del Pensamiento Juridico en el Siglo XX*. México: Porrúa, 1963. v. 2.

RESCIGNO, Pietro. La forma codice: storia e geografia di una idea. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, p. 29-35, 2002.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.

_____. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 95, p. 71-87, 2004.

RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Néilson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traducción Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956.

_____. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução Ângela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955. v. 1.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 16, 1979.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed.. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. (Org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SATTA, Salvatore. Diritto processuale civile. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1964. v. 12.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti*. Padova: Cedam, 1936.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968.

SENTÍS MELENDO, Santiago. Natureza de la prueba: la prueba es libertad. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 462, p. 11-22, 1974.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar. In: SOUSA, Miguel Teixeira de (Org.) *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

_____. *Introdução ao processo civil*. Lisboa: Lex, 1993.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre, 2002.

_____. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TALAMANCA, Mario. Processo civile. a) diritto romano. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36.

TARELLO, Giovanni. L' opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale. In: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

_____. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo: per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

_____. Quattro buoni giuristi per una cattiva azione. In: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

_____. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparative. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Coord.) *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

_____. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 451-482, 2006.

_____. *La prueba de los hechos*. Tradução Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

_____. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TESHEINER, José. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

USTÁRROZ, Daniel. A democracia processual e a motivação das decisões judiciais. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.), *As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VERDE, Giovanni. Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1972.

_____. Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 2000.

_____. *Profili del processo civile*. 6. ed.. Napoli: Jovene, 2002. v. 1.

_____. Sul monopolio dello stato in tema di giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VESCOVI, Enrique. Ordinary proceedings in first instance (Iberian Peninsula and Latin America). In: INTERNATIONAL Encyclopedia of Comparative Law, 1984. v. 16.

VIEHWEG, Theodor. *Topica e giurisprudenza*. Tradução Giuliano Crifó. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. *Tópica e jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

_____. *Tópica y jurisprudencia*. Tradução Luiz Diez-Picazo. Madrid: Taurus, 1964.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito. os meios do direito*. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar e revisão de Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris, 1957.

VOCI, Pasquale. *Manuale di diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1998. v. 2.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1977. 2 v.

WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. *Rivista di Diritto Procesuale*, Padova, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed.. Campinas: Bookseller, 2000.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Unb, 1999. v. 2.

_____. *Metodologia das ciências sociais*. Tradução Augustin Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001. v. 1.

WENGEREK, Edmund. Ordinary proceedings in first instance (Socialist Countries). In: INTERNATIONAL Encyclopedia of Comparative Law, 1984. v. 16.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução António Hespanha. 2. ed.. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

ZACCARIA, Giuseppe. *L' arte dell'interpretazione: saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padova: Cedam, 1990.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 2005.

_____. Processo costituzionale. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático de direito*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

_____. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório". In: MITIDIÉRO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

_____. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. In: INTRODUÇÃO ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004

_____. A teoria circular dos planos: direito material e direito processual. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZILLETI, Ugo. *Studi sul processo civile giustiniano*. Milano: Giuffrè, 1965.

