

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

COMPARTICIPAÇÃO E POLICENTRISMO

HORIZONTES PARA A DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL CIVIL

DIERLE JOSÉ COELHO NUNES

Belo Horizonte
2008

DIERLE JOSÉ COELHO NUNES

COMPARTICIPAÇÃO E POLICENTRISMO

HORIZONTES PARA A DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL CIVIL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito do Processual.

Orientador: Prof. Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Belo Horizonte
2008

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M176a	<p>José Coelho Nunes, Dierle Comparticipação e Policentrismo Horizontes para a democratização processual civil / Dierle Jose Coelho Nunes. Belo Horizonte, 2008. 217f.</p> <p>Orientador: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Bibliografia</p> <p>1. Policentrismo. 2. Participação. 3. Interdependência. 4. Reformas processuais. 5. Liberalismo processual. 6. Socialização processual. 7. Democratização processual civil. 8. Contraditório. I. Oliveira, Marcelo Cattoni de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>CDU: 347.736</p>
-------	---

Dierle José Coelho Nunes

**COMPARTICIPAÇÃO E POLICENTRISMO: horizontes para a democratização
processual civil**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com estágio doutoral PDEE na Università degli Studi di Roma “La Sapienza” – Itália, sob orientação do Prof. Doutor Nicola Picardi, Professor Ordinário da Instituição.

Belo Horizonte, 2008.

Prof. Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Orientador) – PUC MINAS

Profa. Doutora Flaviane de Magalhães Barros – PUC MINAS

Prof. Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias – PUC MINAS

Prof. Doutor Humberto Theodoro Júnior - UFMG

Prof. Doutor Lenio Luiz Streck - UNISINOS

Para minha amada Sueli

AGRADECIMENTOS

Quando se chega ao final de uma jornada, a única opção que resta é a de agradecer a todos aqueles que em alguma medida contribuíram para que ela ocorresse em sua plenitude.

Nesses termos, inicialmente gostaria de agradecer a Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) que com seu Programa de Doutorado com Estágio no Exterior (PDEE) subsidiaram minha pesquisa na Europa.

Aos Professores Doutores da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, César Augusto de Castro Fiuza, Diretor da Faculdade Mineira de Direito, João Francisco de Abreu, pró-reitor de pós-graduação, Marcelo Campos Gallupo, Coordenador do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, e Vicente de Paula Maciel Junior, reponsáveis diretos por meu Doutorado *Sandwich*.

À Faculdade de direito de Sete Lagoas do Centro Universitário de Sete Lagoas - UNIFEMM, na pessoa de sua ex-diretora, Profa. Dra. Maria Lisboa, que incessantemente me ofertou todo o apoio institucional necessário, viabilizando financeiramente e psicologicamente a minha permanência no Exterior.

À *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"* e seu *Istituto di diritto processuale*, na pessoa do Prof. Doutor advogado Nicola Picardi, meu orientador italiano, uma das mentes mais brilhantes do direito processual mundial, na atualidade, e aos meus amigos, professores doutores Andrea Panzarolla e Romolo Donzelli, pela sua paciência, companheirismo e auxílio.

Ao meu brilhante orientador Prof. Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, meu maior interlocutor, que com enorme precisão, conhecimento e paciência me ofertou toda a liberdade para a realização do trabalho, mas com um acompanhamento próximo de todas as etapas da tese.

Aos meus inúmeros amigos que me ofertaram material bibliográfico e interlocução durante todo o trabalho, notadamente os professores Flaviane de Magalhães Barros, Lúcio Antonio Chamon Júnior, Carlos Eduardo Araújo, Hudson Couto Ferreira de Freitas, João Lopes, Cimon Hendrigo Burmann de Souza, Giuliano Fernandes, Guilherme Pereira Dolabella Bicalho e Sérgio Mendes Botrel Coutinho.

Ao meu amigo Prof. Carlos Henrique Soares que compartilhou as alegrias e os percalços durante a estada na Europa.

Aos professores Rubens Enderle, Georg Karl Fuchs, Mônica De Sanctis Viana, Georgia Tsatsoulis, Flavia Melo, Tarcisia Lobo e Hilda Gonçalves, que me auxiliaram nas inúmeras traduções e revisões necessárias durante o trabalho.

A Deus e aos meus queridos pais José e Geni, aos meus irmãos Weyne e Miriam, as minhas jóias Nicolas, Dudu, Tato e Lucas, e a minha amada Sueli, por terem me auxiliado durante toda a árdua caminhada, tolerando minha quase completa ausência.

RINGRAZIAMENTI

Quando si arriva alla fine di una giornata, l'unica opzione che resta è quella di ringraziare a tutti quelli che in qualche misura hanno contribuito affinché essa avvenisse in tutta sua pienezza.

In questi termini, vorrei inizialmente ringraziare alla *Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)* che con il suo "Programma di Dottorato con Tirocinio all'Estero" (PDEE) hanno sussidiato la mia ricerca in Europa.

Ai Professori Dottori della Pontificia Università Cattolica di Minas Gerais, César Augusto de Castro Fiuza, Direttore della Facoltà Mineira di Giurisprudenza, João Francisco de Abreu, prorettore di post-laurea, Marcelo Campos Gallupo, Coordinatore del Programma di Post-laurea *Stricto Sensu* in Giurisprudenza, e Vicente de Paula Maciel Junior, responsabili diretti del mio Dottorato *Sandwich*.

Alla Facoltà di Giurisprudenza di Sete Lagoas del Centro Universitario di Sete Lagoas - UNIFEMM, nella persona della sua ex-direttrice, prof.ssa Dottoressa Maria Lisboa, che incessantemente mi ha offerto tutto il sostegno istituzionale necessario, avendo reso fattibile finanziariamente e psicologicamente il mio soggiorno all'estero.

All'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" e il suo Istituto di Diritto Processuale, nella persona del prof. Dottore avvocato Nicola Picardi, mio tutor italiano, una delle menti più brillanti, nell'attualità, del diritto processuale mondiale, e ai miei amici, professori dottori Andrea Panzarolla e Romolo Donzelli, per la loro pazienza, cameratismo e ausilio.

Al mio brillante tutor prof. Dottor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, il mio più importante interlocutore che, con enorme precisione, conoscenza e pazienza mi ha concesso tutta la libertà per la realizzazione del lavoro ma seguendomi da vicino in tutte le tappe della tesi.

Ai miei innumerevoli amici che mi hanno consegnato del materiale bibliografico e hanno interloquito con me durante tutto il lavoro, soprattutto i professori, Flaviane de Magalhães Barros, Lúcio Antonio Chamon Júnior, Carlos Eduardo Araújo, Hudson Couto Ferreira de Freitas, João Lopes, Cimon Hendrigo Burmann de Souza, Giuliano Fernandes, Guilherme Pereira Dolabella Bicalho e Sérgio Mendes Botrel Coutinho.

Al mio amico Prof. Carlos Henrique Soares che ha condiviso le gioie e gli ostacoli durante il soggiorno in Europa.

Ai professori Rubens Enderle, Georg Karl Fuchs, Monica De Sanctis Viana, Georgia Tsatsoulis, Tarcisia Lobo, Flavia Melo e Hilda Gonçalves, che mi hanno assessorato nelle innumerevoli traduzioni e revisioni necessarie durante il lavoro.

A Dio e ai miei cari genitori José e Geni, ai miei fratelli Weyne e Miriam, ai miei gioielli Nicolas, Dudu, Tato e Lucas, e alla mia amata Sueli, per l'aiuto durante l'intera ardua camminata, tollerando la mia quasi totale assenza.

Minha obra não transmite regras impositivas. Como um tratado de matemática, sugere certas idéias e fornece algumas razões para considerá-las verdadeiras; se o leitor as aceitar, será porque teve boas as razões, e a responsabilidade é dele. [...] Durante anos, ao longo do processo de amadurecimento de minhas idéias, costumava eu reuni-las sob a designação de falibilismo; em verdade, o primeiro passo no sentido de perquirir é o de reconhecer que ainda não se tem conhecimento satisfatório, de sorte que o maior empecilho para o progresso intelectual é, seguramente, o empecilho da segurança olímpica; e noventa e nove por cento das mentes lúcidas vêem-se reduzidas à impotência por essa enfermidade – de cuja contaminação mostram-se estranhamente desconhecedoras.

Charles Sanders Peirce

RESUMO

A presente tese defende a democratização processual mediante a implementação de uma comparticipação dos sujeitos processuais, do policentrismo e da interdependência entre estes. Para tanto, se realizou um resgate das principais linhas reformistas desde o período pré-liberal até a atualidade. Percebeu-se que, do processo comum ao processo do século XVIII, ocorreu a transição do *ordine isonomico*, que buscava uma aplicação forte do princípio do contraditório, para o *ordine assimetrico* com a estruturação de uma prevalência dos agentes estatais sobre os cidadãos e a redução do contraditório a uma sucessão formal de direitos e obrigações, que permitiu o delineamento de uma relação jurídica processual (*Prozessrechtsverhältnis*). Vislumbrou-se que após o declínio do processo comum delineou-se pelo paradigma liberal um modelo processual (liberalismo processual) embasado no domínio das partes (processo como Sache der Parteien – protagonismo destas), na igualdade formal, na escritura, na passividade judicial e no princípio dispositivo. Devido à insatisfação social dos cidadãos do século XIX iniciou-se a transição do liberalismo processual para a socialização processual, típica dos paradigmas de *Welfare State*, devido ao advento de linhas doutrinárias no campo processual, encabeçadas por Anton Menger e Oskar von Bülow, e legislativas, dimensionadas pela *Östereich Zivilprozessordnung* de Franz Klein. Menger defendia uma atividade compensadora de desigualdades sociais pelo juiz. Bülow delineou uma teoria da relação jurídica processual (*Prozessrechtsverhältnis*) e defendia uma teoria da criação judicial do direito (*Theorie der richterlichen Rechtsschaffung*). Klein a criação de uma legislação embasada na oralidade e na forte direção do processo pelo juiz (*richterliche Prozessleitung*), que transformaria o processo numa instituição estatal de bem estar social (*stattliche Wohlfahrtseinrichtung*). Esta linha socializadora, que consolidou o dogma do protagonismo judicial, serviu de embasamento para todas as reformas do século XX e criou, com a sua degeneração, ora um modelo solitário de aplicação do direito pelo juiz, com enorme enfraquecimento do papel dos outros sujeitos processuais, ora um modelo neo-liberal de processo, preocupado tão somente com uma produtividade industrial de decisões em diminuto espaço processual. Cunhou-se a partir da década de setenta um movimento pelo acesso à justiça que representou o ápice da socialização processual, exatamente quando os Estados sociais entraram em colapso real. Mediante o surgimento de novas linhas na teoria do direito e constatadas as degenerações dos modelos processuais da modernidade, defendeu-se a quebra do dogma do protagonismo judicial e, mediante a assunção de um procedimental (*prozedurale*) Estado democrático de direito, embasado nos direitos fundamentais e na soberania do povo, a assunção de um policentrismo, de uma interdependência e da comparticipação entre os sujeitos processuais, com a imposição do resgate da importância do espaço público processual para a formação de quaisquer decisões. Afastou-se a idéia de um privilégio cognitivo (*Erkenntnisprivileg*) de quaisquer dos sujeitos processuais e defendeu-se uma releitura forte do modelo constitucional de processo, com destaque ao princípio do contraditório, e a adoção de modelos procedimentais bifásicos de cognição, na busca dos primeiros horizontes da democratização processual civil.

Palavras-chave: Policentrismo – Comparticipação – Interdependência – Reformas processuais – Liberalismo processual – Socialização processual – Democratização processual civil – contraditório.

ABSTRACT

The present thesis defends the democratization process through the implementation of the processual subjects comparticipation, policentrism and the interdependence among them. In order to achieve that the main reforming lines since the preliberal period until the present moment have been rescued. It has been observed that from the common process to the XVIII process, a transition of the *ordine isonomico* occurred, which searched for a strong application of the contradictory principle (*right to a judicial hearing*) to the *ordine assimetrico* with the structure of the prevalence of state agents over the citizens and the reduction of the contradictory to a formal sucession of rights and obligations, which allowed the delineation of a legal proceeding relation. It was realized that after the decline of the common process, the liberal paradigm was delineated as a processual model (liberalism of procedural law) embased on the parties dominion, (*Sache der Parteien* – their protagonism), on the formal equality, on the registration, judicial passivity and on the dispositive principle. Due to the XIX citizens' social insatisfaction, the transition from the processual liberalism to the socialization one started; a typical paradigm of the Welfare State due to the advent of the doctrine lines in the processual field, headed by Antor Menger and Oscar Van Büllow, and the legislative dimensioned by *Östereich Zivilprozessordnung* by Franz Klein. Menger defended a compensatory activity of the social inequality by the judge. Bülow delineated a processual judicial relation theory (*Prozessrechtsverhältnis*) and defended a judicial creation law theory (*Theorie der richterlichen Rechtsschaffung*). Klein the creation of a legislation embased on the orality and on the strong process direction by the judge (*richterliche Prozessleitung*) which would transform the process in a welfare state institution (*stattliche Wohlfahrtseinrichtung*). This socialized line, which consolidated the judicial protagonism dogma, was used as the embasement for all reforms during the XX century and created with its degeneration either a single model of law application by the judge with an enormous weakness of the other processual subjects role, or a neoliberal process model, only concerned about industrial decisions productivity in a small processual space. From the seventy decade, it was formed a moviment for justice access which represented the peak of the processual socialization, exactly when the social States went into a real collapse. Facing the appearance of new law theories lines and observing the degeneration of the processual models in the modernity, the breakdown of the judicial protagonism dogma was defended, and through the assumption of a procedural democratic constitucional State, embased on the fundamental rights and the people's sovereignty, the assumption of a policentrism, an interdependence and a comparticipation of the processual subjects with the rescue imposition of the importance of the processual public space to make any decisions. The idea of a cognitive privilege (*Erkenntnisprivileg*) was removed from any processual subjects and a strong rereading of the constitutional process model was defended, with the contradictory principle outstanding and the adoption of procedural biphasic cognition models in search of the first horizons of the democratization of procedural law.

Key-Words: Policentrism – Comparticipation – Interdependence – Reform of procedural law – Liberalism of procedural law – Socialization of procedural law – Democratization of procedural law – Contradictory (*right to a judicial hearing*)

RIASSUNTO

La presente tesi difende la democratizzazione processuale mediante l'implementazione di una compartecipazione dei soggetti processuali, del policentrismo e dell'interdipendenza tra essi. Pertanto, si è realizzata una ripresa delle principali linee riformiste sin dal periodo pre-liberale fino all'attualità. Si è visto che, dal processo comune al processo del XVIII secolo, è avvenuta la transizione dell'*ordine isonomico* che desiderava una forte applicazione del principio del contraddittorio, verso l'*ordine asimmetrico* con la strutturazione di una prevalenza degli agenti dello Stato sui cittadini e la riduzione del contraddittorio a una successione formale dei diritti e obblighi, che ha permesso il delineamento di un rapporto giuridico processuale (*Prozessrechtsverhältnis*). Si è percepito che dopo il declino del processo comune il paradigma liberale ha sostenuto un modello processuale (liberalismo processuale) basato sul dominio delle parti (processo come *Sache der Parteien* – protagonismo delle parti), sull'uguaglianza formale, sulla scrittura, sulla passività giudiziale e sul principio dispositivo. Dovuto all'insoddisfazione sociale dei cittadini del XIX secolo ha preso moto la transizione del liberalismo processuale verso la socializzazione processuale, tipica dei paradigmi di *Welfare State*, dovuto all'avvenire delle linee dottrinarie nel campo processuale, condotte da Anton Menger e Oskar von Bülow, e delle linee legislative, dimensionate dall'*Österreich Zivilprozessordnung* di Franz Klein. Menger difendeva un'attività compensatrice, da parte del giudice, nel confronto delle disuguaglianze sociali. Bülow ha delineato una teoria del rapporto giuridico processuale (*Prozessrechtsverhältnis*) e difendeva una teoria della creazione giudiziale del diritto (*Theorie der richterlichen Rechtsschaffung*). Klein la creazione di una legislazione basata sull'oralità e sulla forte conduzione del processo da parte del giudice (*richterliche Prozessleitung*) che avrebbe trasformato il processo in un'istituzione statale di benessere sociale (*staatliche Wohlfahrtseinrichtung*). Questa linea socializzante, che ha consolidato il dogma del protagonismo giudiziale, ha servito di base a tutte le riforme del XX secolo e ha creato, con la sua degenerazione, ora un modello solitario di applicazione del diritto da parte del giudice, con enorme indebolimento del ruolo degli altri soggetti processuali, ora un modello neo-liberale di processo, preoccupato soltanto con la produttività industriale delle decisioni dentro un stretto spazio processuale. È stato costituito a partire dagli anni settanta un movimento per l'accesso alla giustizia che ha rappresentato l'apice della socializzazione processuale, esattamente quando gli Stati sociali sono entrati in un reale collasso. Dopo essere sorte delle nuove linee nella teoria del diritto e essere constatate le degenerazioni dei modelli processuali della modernità, si è passato a difendere la rottura del dogma del protagonismo giudiziale e, mediante l'assunzione di un procedimentale (*prozedurale*) stato democratico di diritto, basato sui diritti fondamentali e sulla sovranità del popolo, l'assunzione di un policentrismo, di un'interdipendenza e della compartecipazione tra i soggetti processuali, con l'imposizione della ripresa dell'importanza dello spazio pubblico processuale per la formazione di qualsiasi decisioni. Si è allontanata l'idea di un privilegio cognitivo (*Erkenntnisprivileg*) di qualsiasi soggetti processuali e si è difeso una forte rilettura del modello costituzionale di processo, con rilievo al principio del contraddittorio, e l'adozione dei modelli di procedure in due fasi di cognizione, nella ricerca dei primi orizzonti della democratizzazione processuale civile.

Parole-Chiavi: Policentrismo – Compartecipazione – Interdipendenza – Riforme processuali – Liberalismo processuale – Socializzazione processuale – Democratizzazione processuale civile – contraddittorio.

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Dissertation wird durch die Einführung einer Beteiligung der Prozessteilnehmer, eines Polyzentrismus und durch die Einführung der unter ihnen herrschenden Interdependenz die Prozessdemokratisierung vertreten. Um dieses Ziel zu erreichen, wurden die wichtigsten, seit der vorliberalen Zeit bis zum heutigen Datum herrschenden Reformtendenzen untersucht. Dabei konnte festgestellt werden, dass der Übergang der isonomischen [*ordine isonomico*] zur asymmetrischen Ordnung [*ordine assimetrico*] im Rahmen der Entwicklung vom gemeinen Prozess bis hin zum Prozess des 18. Jahrhundert stattgefunden hat; die isonomische Ordnung strebte eine starke Anwendung des Widerspruchspinzips an, während die asymmetrische Ordnung mit der Strukturierung des Staatsvorranges gegenüber den Bürgern und der Verminderung des Widerprüchlichen zu einer formellen Rechten- und Pflichtenfolge den Entwurf eines Prozessrechtsverhältnisses erlaubte. Man konnte vermuten, dass mit dem Abnehmen des gewöhnlichen Prozesses durch das liberale Paradigma ein Prozessmodell umrissen wurde, (Prozessliberalismus) auf der Grundlage der Sache der Parteien (Vorherrschaft der Parteien) als Hauptbeteiligte, in formeller Gleichberechtigung, in den Akten, in der rechtlichen Passivität und in der Dispositions- und Verhandlungsmaxime. Aufgrund der Unzufriedenheit der Gesellschaft im 19. Jahrhundert begann der Übergang vom Prozessliberalismus zur Sozialisierung des Prozesses, typisch für die Paradigmen des *Welfare State*, infolge des Beginns der Lehr-Richtungen in der Prozesseinhaltung, angeführt von Anton Menger und Oskar von Bülow, und in der Gesetzgebung, im Bereich von *Österreichs Zivilprozessordnung* von Franz Klein. Menger vertrat eine Ausgleichs-Betätigung bei sozialen Unausgeglichheiten durch den Richter. Bülow zeichnete eine Theorie namens *Prozessrechtsverhältnis* und vertrat eine Theorie der richterlichen Rechtsschaffung. Klein wiederum die Errichtung eine Gesetzgebung auf der Grundlage der Wortwörtlichkeit und der starken Richtungsweisung des Prozesses durch den Richter (*richterliche Prozessleitung*), die den Prozess in eine staatliche Einrichtung der Wohlfahrt (*staatliche Wohlfahrtseinrichtung*) abändern sollte. Diese sozialisierende Tendenz, welche das Dogma von der richterlichen Vorherrschaft festigte, wurde zur Grundlage aller Reformen im 20. Jahrhundert und bewirkte, durch ihrem Niedergang, zum einen, ein einsames Modell der Rechtsanwendung durch den Richter, verbunden mit einer enormen Schwächung der Rolle aller sonstigen Prozessteilnehmer, und zum andern ein neu-liberales Prozessmodell, das einzig im Sinn hatte, eine Industriewelle richterlicher Urteile in einem verringerten Prozessverlauf hervorzubringen. So prägte sich ab der 70er Jahre eine Bewegung aus, den Zugang zur Justiz zu erlangen, um ein Hochziel der Sozialisierung der Prozesse zu erreichen, und dies gerade dann, als die Sozialstaaten vollkommen zusammenbrachen. Und vermittelt neuer Richtlinien in den Theorien der Rechtswissenschaft, als man den Niedergang der Prozessvorlagen der Modernität feststellen musste, betrieb man die Abschaffung des Dogmas von der Hauptrolle der Justiz; und durch die Übernahme einer neuartigen Verhaltensweise (*Prozedurale*) und eines demokratischen Rechtsstaates auf der Grundlage der Grundrechte und der Oberhoheit des Volkes, die Einrichtung einer Mehrfachbeteiligung und einer Interdependenz, sowie die Mitbeteiligung der Prozessteilnehmer samt der Verpflichtung der Öffentlichkeit im Prozess zwecks Auffindung aller Entscheide. Abgeschafft wurde der Gedanke des *Erkenntnisprivilegs*, irgend eines der Prozessteilnehmer, und man betonte die Nochmals-Lesung des Verfassungsmusters beim Prozess mit Betonung des *Rechtlichen Gehörs* und der Übernahme der zweifasigen Vorgehensweisen der Kenntnisnahme, womit man die ersten Aussichten einer Demokratisierung des Zivilprozesses zu erlangen meint.

Schlüsselworte: Polyzentrismus – Mitbeteiligung – Interdependenz – Prozessreformen – Prozessliberalismus – Prozesssozialisierung – Zivilprozessdemokratisierung – Widersprüchliches (*Rechtliches Gehör*).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DA RECONSTRUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL, A PARTIR DA FASE PRÉ-LIBERAL E DO LIBERALISMO PROCESSUAL	27
2.1 Sistemas processuais pré-liberais.....	32
2.1.1 <i>Da percepção de alguns aspectos técnicos do processo comum (dos secs. XIII a XVIII)</i>	32
2.2 Da prévia percepção de ressonância de paradigmas jurídico liberal e social nos sistemas processuais	38
2.3 As reformas decorrentes da Revolução Francesa – da estruturação das bases do liberalismo processual.....	40
2.3.1 <i>A restauração napoleônica</i>	41
2.3.2 <i>Caracteres técnicos do processo liberal – Liberalismo processual</i>	42
2.3.2.1 <i>Da igualdade formal</i>	43
2.3.2.2 <i>Do princípio dispositivo</i>	44
3 O SURGIMENTO DO SOCIALISMO JURÍDICO – DAS BASES INICIAIS DA SOCIALIZAÇÃO DO PROCESSO, NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA – SUA RESSONÂNCIA NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX	47
3.1 Anton Menger e Franz Klein – inspiradores da socialização processual, no âmbito legislativo	47
3.2 Primeiras ressonâncias da legislação de Klein nas legislações – sistemas alemão, italiano e brasileiro	54
3.2.1 <i>Do sistema italiano e do projeto Solmi</i>	59
3.2.2 <i>Primeiras ressonâncias da socialização na legislação processual brasileira</i>	61
3.3 As bases da socialização processual no âmbito doutrinário – das teorias de Bülow – da relação jurídica processual (<i>Prozessrechtsverhältnis</i>) e da aplicação jurídica solitária e sensível pelo julgador	63
4 DA SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL NO SEGUNDO PÓS-GUERRA – DO PROJETO FLORENÇA DE ACESSO À JUSTIÇA E SUA REPERCUSSÃO NOS SISTEMAS PROCESSUAIS	70
4.1 Passagem do <i>Gesetzstaat</i> (Estado de Leis) para o <i>Richterstaat</i> (Estado de Juízes)?.....	70
4.2 Do socialismo processual dos países do Leste Europeu no segundo pós-guerra	71
4.3 Do ápice da socialização processual: do Projeto Florença de Acesso à Justiça	76
4.3.1 <i>Do modelo de Stuttgart (Das Stuttgarter model) e da reforma (novela) de simplificação (die Vereinfachungs-novelle) – Do exemplo alemão constante no Projeto Florença de Acesso à Justiça</i>	78
4.3.2 <i>Da ressonância do Projeto de Acesso à Justiça em reformas processuais – Dos exemplos português e inglês</i>	84
4.3.2.1 <i>Do exemplo português – a adoção do princípio da cooperação intersubjetiva</i>	85
4.3.2.2 <i>A socialização processual no sistema inglês – O ativismo judicial mediante a implementação do case management</i>	89
4.3 Da crise do Estado Social e da busca de novas perspectivas	93
5 DAS TENDÊNCIAS DE REFORMA PROCESSUAL NO BRASIL A PARTIR DA DÉCADA DE NOVENTA – DO NEO-LIBERALISMO PROCESSUAL BRASILEIRO (DA PSEUDO-SOCIALIZAÇÃO).....	99
5.1 Do instrumentalismo positivo e sua busca de um papel-missão do juiz	99
5.2 Das tendências do Estado brasileiro a partir da década de 1990	111
5.2.1 <i>Da implementação do neoliberalismo no Brasil</i>	112
5.2.2 <i>O não abandono do modelo liberal nas práticas processuais e algumas ressonâncias técnicas de neoliberalismo processual</i>	123
5.2.2.1 <i>Do julgamento liminar de ações repetitivas</i>	124
5.2.2.2 <i>“Conciliar é legal”, em perspectiva neoliberal</i>	126
5.3 Como síntese parcial.....	128

6 DA NECESSIDADE DA QUEBRA DO DOGMA DO PROTAGONISMO DO JUIZ	131
6.1 Judicialização da política	133
6.2 Sadio protagonismo do juiz?	136
6.3 Modelos de comportamento judicial.....	142
6.4 Pela quebra do protagonismo judicial	145
7 COMPARTICIPAÇÃO E POLICENTRISMO: HORIZONTES PARA A DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL CIVIL	151
7.1 Contribuições da Escola Mineira de Direito Processual da PUC-Minas	151
7.2 Da concepção fazzalariana de processo e da difusão de módulos processuais.....	152
7.3 Do necessário resgate da importância e da postura garantista do processo – Do abandono da perspectiva de esvaziamento de seu papel	157
7.4 Da evolução do constitucionalismo no século XX e da aplicação dinâmica do princípio do contraditório – Do policentrismo processual e da participação dos sujeitos processuais	160
7.4.1 <i>Do constitucionalismo da segunda metade do século XX</i>	163
7.4.2 <i>Do princípio do contraditório como garantia de influência e de não surpresa – Do balizamento constitucional do policentrismo e da participação</i>	171
7.4.2.1 Ainda sobre as decisões de surpresa – Das matérias de conhecimento oficioso	176
7.5 A participação e o policentrismo no plano técnico – A questão da cognição	183
7.5.1 <i>A questão dos Juizados Especiais</i>	189
7.5.2 <i>Por um processo democrático</i>	192
8 CONCLUSÃO	195
REFERÊNCIAS	203

1 INTRODUÇÃO

Desde a estruturação da autonomia de estudo do Direito Processual, ocorrida em meados do século XIX, até pouco depois da Segunda Guerra Mundial, havia a preocupação dos estudiosos com a análise e construção do processo em perspectiva meramente conceitual (WASSERMANN, 1978, p. 45), muitas vezes, indiferente ao contexto de sua aplicação e mais ligado ao estudo da técnica processual.

Nesse período, assistiu-se à transição de uma visão liberal do processo (liberalismo processual) para uma visão socializadora (socialização do processo), mas que enxergava, especialmente nos primeiros períodos, o processo como mero instrumento técnico de resolução de conflitos de interesses, como em Carnelutti, e/ou de aplicação quase mecânica do direito objetivo ao caso concreto, na visão Chiovendiana. O processo seria um mero instrumento da jurisdição.

Ocorre que, posteriormente a este período e ao fomento do constitucionalismo no século XX, alguns teóricos começaram a perceber no processo algo além de um instrumento técnico neutro, uma vez que se vislumbra neste uma estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público (FAZZALARI, 1958, p. 861-862).

Tal situação gerou o crescimento da importância do processo, que passou a garantir uma efetiva influência dos cidadãos em qualquer tomada de decisão, uma vez que vai se afastando paulatinamente a possibilidade de que uma pessoa, instituição e/ou órgão possam ter privilégio cognitivo na formação dos provimentos estatais.

O processo começa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático (FAZZALARI, 1958, p. 875), eis que todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com habilidades hercúleas.

Passa, então, o processo a servir de baliza e garantia na tomada dos provimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos, chegando, mesmo, a normatizar os provimentos privados.¹

¹ Inclusive, nas relações privadas, faz-se mister o respeito à cláusula geral do devido processo legal, conforme consubstanciado em precedente do STF: “*I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS*. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.*II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES*. A ordem jurídico-

Porém, ao lado da percepção democrática de que o processo deve viabilizar a participação, o controle e, desse modo, uma universalização jurídica, delineiam-se no âmbito do processo jurisdicional, especialmente na segunda metade do século XX, uma predominância e uma busca por resultados práticos (processo de resultados), muitas vezes, afastados de uma visão constitucional, na qual impor-se-ia a aplicação dinâmica dos princípios processuais constitucionais.

Com o avanço de alguns estudos científicos da alta modernidade,² percebe-se a impossibilidade da construção de procedimentos tomando-se por base tão-somente a busca de seus resultados pragmáticos, mas, ganha importância uma estruturação que aplique as normas fundamentais processuais (modelo constitucional de processo)³ em perspectiva dinâmica e

constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. *III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.* (BRASIL, STF, 2ª T, RE 201.819-8, Rel. Gilmar Mendes, 2006).

² A expressão “alta modernidade” é apresentada na concepção de Cattoni de Oliveira e Carvalho Netto, ou seja, de uma modernidade que sabe de seus limites, mas que assume, ao mesmo tempo, seus grandes projetos. Nas palavras dos autores: “Hoje, diferentemente de um solene, para não dizer trágico, abandono pós-moderno de toda e qualquer pretensão de racionalidade, é de se exigir da reflexão acerca do Direito, da Política, ou seja, de nós mesmos, nas palavras de Habermas, uma reformulação, uma nova compreensão, através da reconstrução discursiva do próprio caráter tensional da modernidade, de uma tensão entre *faticidade e validade*, que permeou e permeia todos os processos de integração/desintegração social dessa nossa sociedade hipercomplexa que *continua moderna, altamente moderna.*” (CATTONI DE OLIVEIRA; CARVALHO NETTO, 2005, p. XVI)

³ Para percepção do “modelo constitucional de processo” civil brasileiro adotam-se as características gerais estruturadas por Andolina e Vignera para o direito italiano consistentes “[...] a) na *expansividade*, consistente na sua idoneidade (da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo; b) na *variabilidade*, a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam acontecer segundo várias modalidades em vista da realização de finalidades particulares; c) na *perfectibilidade*, a designar sua idoneidade a ser aperfeiçoada pela legislação infra-constitucional, a qual (isto é: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução de objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (ulteriores) garantias e institutos ignorados pelo modelo constitucional. [...]”(tradução livre) (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 14-15). No original: “[...] a) nella *espansività*, consistente nella sua idoneità (conseguente alla posizione primaria delle norme costituzionali nelle gerarchie delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello; b) nella *variabilità*, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l’adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi; c) nella *perfettibilità*, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale (scilicet: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di

que procure a sua adaptação plena ao contexto de adequabilidade normativa de aplicação da tutela estatal.

Obviamente que essa nova visão não poderá olvidar jamais da instrumentalidade técnica do processo.⁴

Percebe-se, assim, que a disputa entre uma matriz liberal, social ou, mesmo, pseudo-social (neoliberalismo processual) do processo, fruto da ressonância dos paradigmas estatais, não pode mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não solipsista e democrático do contexto normativo atual.

Procura-se uma estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento⁵ e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado democrático de direito.

E a função do processo, em um país que não assegura a implementação de direitos fundamentais e nem uma cidadania com participação consciente nas esferas de decisão (MAGALHÃES, 2002, p. 63), diversamente dos efetivos Estados Sociais europeus, é ainda mais potencializada, pois atribui-se a este uma esfera institucional de obtenção destes direitos fundamentais não assegurados ordinariamente.

Já no plano pragmático, soluções miraculosas e definitivas não existem para o processo jurisdicional, pois quando se delineiam processos rápidos mediante variada construção procedimental (tutelas diferenciadas) acaba-se, muitas vezes, indo de encontro a algum princípio constitucional ou, mesmo, abarrotar-se o órgão judiciário competente para sua

obiettivi particolari) bem può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale [...]”.

⁴ Gonçalves defende a instrumentalidade técnica, que garante um processo que “[...] se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos”. (GONÇALVES, 1992, p. 171).

⁵ Calmon de Passos, certamente lastreado na melhor doutrina estrangeira, informa que a efetividade a ser defendida não é a do processo em sentido utilitarista, mas, sim, do ordenamento, pois “[...] Efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda ao nome de quem se institucionaliza numa ordem política democrática. Temos dito reiteradamente que se alguma característica é ineliminável, quando se pretende conceituar democracia, ela será o postulado de que todos os homens são substancial e originariamente iguais, por natureza, pelo que ninguém se pode atribuir a condição de senhor ou soberano do outro. Conseqüência disso é também o princípio, igualmente essencial, de que em uma organização democrática o poder só é legítimo quando exercitado em termos de serviço e nos precisos limites em que foi outorgado, vale dizer, no estrito espaço da competência previamente definida e formalizada no pacto político básico que é a Constituição. Uma relação jurídica de poder estabelecida entre iguais só é legítima teorizando-se o poder como função, serviço, exercitável exclusivamente na medida em que for deferido pela vontade dos que se obrigaram a obedecer, que se permitiram ser governados em benefício comum. É nesse exato momento que se configura a cidadania e surge o cidadão, aquele que é governado sem

implementação (prática) de tamanho número de feitos que o procedimento finda, por ser tão ou quase tão ineficaz quanto o comum.⁶

Ademais, a construção de procedimentos especiais em um sistema de aplicação de tutela que não é construído sobre uma especialização dos técnicos jurídicos (advogados, juízes, órgãos de execução do MP), como ocorre em outros países, mas, de **profissionais generalistas**, faz com que estes se tornem obrigados a conhecer as especificidades técnico-processuais de inúmeros procedimentos (tarefa quase impossível para o profissional mediano), inviabilizando os resultados no momento de sua viabilização pragmática.

E, ainda nessa perspectiva pragmática, percebe-se que a mera alteração legislativa não possui o condão de resolver os problemas corriqueiramente atribuídos ao sistema processual (demora procedimental, alto custo, formalidade exacerbada, baixa eficiência e arraigamento a práticas processuais ultrapassadas) caso não ocorra a preocupação de se redimensionar a infra-estrutura do Poder Judiciário e a própria mentalidade de todos os técnicos jurídicos, uma vez que não se atacam os grandes problemas causadores da demora processual.⁷

No entanto, o que se percebe é que o estudo e o modelo reformista do sistema processual delineado pelo legislador, de uma grande quantidade de países, procuram, na atualidade, a busca de uma solução rápida das controvérsias com o mínimo de atividade jurisdicional, visando alcançar o tão almejado processo em tempo razoável.

poder ser oprimido. Só nesse espaço institucional é possível o desempenho do papel político de cidadão.” (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 33).

⁶ Como esclarece Barbosa Moreira “[...] já ninguém alimenta a ilusória esperança de que se logre construir mecanismo de aplicabilidade geral, tão ágil que reduza em qualquer caso a poucos minutos, a poucas horas, ou mesmo a poucos dias, a duração de qualquer pleito judicial. Ainda que isso fosse possível, acrescente-se, o prodígio não tardaria a mostrar-se efêmero: conforme bem observou um autor norte-americano, comparando a construção do sistema judicial à de uma estrada, é fora de dúvida que, quanto melhor for esta, maior será o tráfego – e em breve se farão sentir os efeitos perniciosos do desgaste” (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 8).

⁷ Um desses problemas é o tempo morto ou etapa morta (THEODORO JÚNIOR, 2006a, p. 64), no qual a tramitação processual é paralisada pela ausência de um aparato jurisdicional adequado, mediante uma distribuição razoável e equitativa de número de processos para os juízes, entre outras soluções. Como asseverava com bastante acuidade, Tarzia, em termos: “Os problemas mais graves da justiça civil, pelo menos na Itália, dizem respeito, de outra parte, não à estrutura, mas a duração do processo; dizem respeito aos tempos de espera, aos ‘tempos mortos’, muito mais que aos tempos de desenvolvimento efetivo do juízo. A sua solução depende, portanto, em grande parte, da organização das estruturas judiciárias e não das normas do Código de Processo Civil. A aceleração da justiça não poderá, portanto, ser assegurada somente com a nova lei ou com a revisão de todo o processo civil italiano, que está atualmente em estudo” (TARZIA, 1995, p. 63). No direito alemão, a figura de um administrador judicial (*Rechtspfleger*) profere algumas decisões durante a tramitação processual, que permitem ao magistrado uma participação ativa durante todo o processo (CAPONI, 2007, p. 269). Como informa Hess, o papel dos administradores judiciais (*Rechtspfleger*) na Alemanha é importantíssimo, exercendo a competência em questões executivas, na expedição de ordens de pagamento (*Mahnverfahren – monitórias puras*) e nos processos de insolvência (HESS, 2003, p. 14-15). A França e o Conselho da Europa também possuem uma tendência de transferência de atividades não jurisdicionais a escrivães ou assessores judiciais (SANTOS *et al*, 2006a, p.26-66 *passim*). No direito brasileiro, seria perfeitamente possível a criação da figura de um administrador judicial, que teria o encargo de proferir os despachos e administrar o procedimento, de modo a permitir a redução dos

O que os separa é a forma de se aplicar o conjunto de princípios processuais constitucionais de seus respectivos modelos constitucionais de processo, eis que, em algumas situações, a adoção de um perfil formal de aplicação impõe a visão do processo como mero instrumento técnico, que não se preocupa adequadamente com os direitos fundamentais do cidadão e nem mesmo com a contribuição e controle dos atos e provimentos que formará.

Chega-se ao extremo de se visualizar o processo como entrave a um sistema jurídico que almeja alta produtividade judicial de decisões dentro do marco de um protagonismo da magistratura.

Resume-se o estudo do processo à sua aplicação jurisdicional e, muitas vezes, ao seu perfil infraconstitucional e técnico. Ou seja, esquece-se de que a efetividade normativa (*Rechtsschutzeffectivität*), lastreada na inafastabilidade do controle jurisdicional e no devido processo legal, deve garantir uma influência de todos os sujeitos processuais mediante um diálogo genuíno.

É verdade que muitas das construções sistemáticas da ciência processual, por vezes indiferentes aos contextos de aplicação, mostraram-se impotentes diante de exigências concretas (DENTI, 1971, p. 75) e conduziram a uma nova concepção processual que, às vezes, esvazia o processo em seu aspecto normativo de modo perigoso.

Percebe-se mesmo, nos últimos anos, a preocupação nos movimentos reformistas com a busca de “soluções práticas”, livre de conceitualismos, mesmo quando se buscam estudos de direito comparado (WALTER, 1998, p. 36-52; TARUFFO, 2002a, p. 76).

Em função disso, parcela dos processualistas afirmam que os processos devem buscar tal efetividade, mantendo tão-somente um “mínimo insuprimível de garantias” constitucionais, permitindo, mesmo, a atenuação do devido processo legal (“giusto processo”), mediante a ponderação de valores constitucionais (PROTO PISANI, 2000, p. 244-245).

O mais grave é que, corriqueiramente, não existe preocupação com o pano de fundo institucional e democrático que deveria embasar os movimentos reformistas, sendo que as soluções apresentadas privilegiam mais a análise pragmática e possíveis decorrências utilitaristas da alteração implantada do que uma estruturação constitucionalmente adequada.

Percebe-se que a ausência de maiores preocupações de fundo decorre da imposição, como verdade última, das bases do denominado “Processo civil social” (*soziale Zivilprozess*), mesmo que na prática e sob o nome teórico de “socialização” imponha-se uma aplicação em

massa,⁸ em escala industrial, de uma “prestação jurisdicional” em perspectiva neoliberal, que não se preocupa com uma participação cidadã (que pressuporia falantes com condições paritárias e universais de participação no espaço público), mas, sim, com uma justiça de números, que conta somente na teoria com juízes com sensibilidade e formação humanística adequada (sociológica, filosófica, administrativa, política e econômica) para garantir a aplicação de uma razoabilidade (devido processo legal na dimensão substancial ou material) na aplicação dos direitos.⁹

É óbvio que as alterações legislativas no campo do Direito Processual devem, em certa medida, buscar resultados práticos para a melhoria da aplicação da tutela, mas isso não significa que se possa negligenciar o papel importantíssimo que o processo possui como estrutura dialógica de formação de provimentos e garantidora de direitos fundamentais.

No plano constitucional, a percepção dinâmica (ANDOLINA;VIGNERA, 1990, p. 13)¹⁰ dos princípios constitucionais permite e garante a estruturação de uma nova visão do papel do processo, de modo a não se esvaziar seu caráter institucional, nem técnico, ao impedir a sua visualização como mero espaço em que o Estado-juiz profere decisões em larga escala, conforme um determinado senso de justiça social (discutível).

Não se pode acreditar mais em uma justiça social predefinida antes do debate processual, eis que só as peculiaridades do caso concreto (não de uma massa de casos), definidas endoprocessualmente, conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre os interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado.

Em sociedades pluralistas e, ao mesmo tempo, globalizadas, não existem referenciais estanques e predeterminados que poderão ser seguidos e descobertos por qualquer um, seja uma instituição de controle central (v. g. Estado e Igreja), órgão ou pessoa (v. g. presidente, *führer* ou juiz).

⁸ Não se nega, por óbvio, a importância de se dimensionar de modo técnico e constitucionalmente adequado a questão da litigiosidade de massa, o que se criticará é o trato superficial que a temática é conduzida no Brasil.

⁹ O Supremo Tribunal Federal possui vários precedentes atribuindo como sendo uma das bases normativas da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, no Direito brasileiro, o devido processo legal em sua dimensão material (*substantive due process of law*) como mecanismo de controle de legitimidade do conteúdo das decisões. Conferir: (BRASIL, STF, Rel. Min. Celso de Mello, RE 374.981/RS, 2005)

¹⁰ Como explica Comoglio, as garantias dinâmicas permitem o efetivo gozo de direitos reconhecidos e atribuídos pelo Texto Constitucional. Ou, melhor dizendo, como assevera Comoglio, garantias em sentido dinâmico são “[...] aqueles instrumentos jurisdicionais que estejam especificamente previstos – diante de órgãos de justiça constitucional ou internacional – para assegurar condições efetivas de gozo de quaisquer direitos atribuídos ou reconhecidos por aquelas normas fundamentais.” (Tradução livre). No original: “[...] *quegli strumenti giurisdizionale che siano specificamente previsti – avanti ad organi di giustizia costituzionale od internazionale – per assicurare condizioni effettive di godimento a qualsiasi diritto ‘attribuito’ o ‘riconosciuto’ da quelle norme fondamentalli* (COMOGLIO, 1998a, p. 101).

Não há como se creditar papéis salvacionistas e paternalistas a terceiros, eis que cada cidadão assume a responsabilidade pelos princípios elementares de sua vida em comum na sociedade, não podendo mais recorrer a uma autoridade transcendente que o alivie de suas decisões (GÜNTHER, 2002, p. 109).

Nesse aspecto, torna-se necessário discutir alguns dos temas centrais do processo civil hoje, quais sejam: o aumento dos poderes judiciais (VELLANI, 2001, p. 996), com a decorrente delimitação de um protagonismo do juiz; a importância da estrutura processual balizadora dos discursos jurídicos da aplicação; e a reinterpretação de alguns dos princípios processuais constitucionais, notadamente do contraditório .

Como exposto, os movimentos reformistas do sistema processual iniciados no final do século XIX demonstraram a tendência de transição de um processo liberal, escrito e dominado pelas partes (*Sache der Parteien – señores de los pleytos*) (CAPPELLETTI, 2002, p. 39-40; MONTERO AROCA, 2002, p. 31), para um processo que segue as perspectivas da oralidade (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 28; SCHÖNKE, 1950, p. 23; CHIOVENDA, 1949, p. 227) e do princípio autoritário¹¹, com o decorrente delineamento de um ativismo judicial no trâmite processual.

Assim, desde a *Ordenança processual* austríaca, de 1895, obra do jurista e sociólogo Franz Klein, o processo passou a ser visto como instituição estatal de bem-estar social (KLEIN, 1958, p. 25; SPRUNG, 1980, p. 149).¹²

Essa visão permitiu um acentuamento dos poderes judiciais, na grande maioria dos sistemas processuais, com a atribuição da direção do processo por parte do juiz (*richterliche Prozessleitung*) entendida não somente no aspecto formal (*formelle Prozessleitung*) de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos do processo, mas também em seu aspecto material (*materielle Prozessleitung*), ofertando ao órgão judicial controle e iniciativa oficiosa no recolhimento do material que formará o objeto do juízo sobre o mérito (CAPPELLETTI, 1974, p. 70-71).¹³

¹¹ O adjetivo autoritário [...] que algunos críticos superficiales han hecho sinónimo de reaccionario y poco menos que de nazifacista y que les ha llevado a colocarse frente al [proceso civil austríaco] en actitudes de melodramática intransigencia (CASTILLO, 1974, t. II, p. 553). Tal adjetivo diz respeito ao aumento dos poderes judiciais e de sua colocação como protagonista da estrutura procedimental.

¹² Apesar de alguns discordarem das benesses do processo de Klein: Cf.: (CIPRIANI, 1995, p. 967-1004).

¹³ Taruffo define a direção material como “a síntese dos diversos poderes de iniciativa oficiosa, com os quais o juiz esclarece os temas controversos, integra as provas deduzidas pelas partes e concorre, então, à formação do material decisório” (tradução livre). No original: [...] “la sintesi dei diversi poteri di iniziativa d’ufficio, con i quali il giudice chiarisce i temi controversi, integra le prove dedotte dalle parti e concorre, quindi, alla formazione del materiale decisorio” (TARUFFO in COMOGLIO *et al*, 1998. p. 205).

E, além dessa participação diretora (técnica), desde o segundo pós-guerra e, mais recentemente, com o fenômeno da globalização, vai se outorgando ao Judiciário um papel central, devido à desestruturação do ordenamento e à perda pelas outras autoridades estatais da capacidade de regular fenômenos econômicos, políticos e sociais. (TARUFFO, 2002b, p. 28-29).¹⁴

Na atualidade, mesmo em sistemas de *common law*, tradicionalmente ligados ao *adversarial system* e em que o magistrado se apresentava como um árbitro passivo, há um reforço do papel diretor (princípio do *case management*) (CRIFÒ, 2000, p. 517). O papel institucional dos juízes é reforçado, inclusive, com alterações legislativas, v. g. *Civil Procedural Rules 1998*, em vigor a partir de 26 de abril de 1999, na Inglaterra (TARUFFO, 2002a, p. 77).

Desse modo, delineou-se uma perspectiva de socialização do processo, que objetiva, segundo BAUR (1980, p. 23-24), a aceleração do processo, com a busca de um pronto restabelecimento de uma utópica paz jurídica, mas que, mesmo neste referencial teórico socializador, não imporia uma onipotência estatal no campo do processo com o auxílio do juiz.

Os adeptos desse processo, com marcante função social e sem neutralidade normativa, acreditam que o juiz ativo funcionaria como verdadeiro canal de comunicação da carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos normativos (DINAMARCO, 2001, p. 294), sendo o intérprete que possui sensibilidade na busca solitária do bem comum.

Isso conduz, em alguns casos, a uma nefasta atuação protetora do juiz, que pode conduzi-lo, mesmo, a uma postura parcial, tanto que, mesmo em sistemas processuais socialistas, que geraram parte dessas tendências, desaprovava-se a extensão do controle

¹⁴ Segundo Taruffo: “Se deveria de fato considerar que um importante efeito da globalização sobre o direito é a constituição de um ordenamento jurídico ligeiro, quase completamente descentralizado, uma espécie de rede que coliga vários pontos periféricos na qual cada ponto tem as suas peculiares (e em algum medida locais) características. Em consequência, diferenças e mudanças que seriam dificilmente compatíveis com um ordenamento jurídico compartilhado, coerente e hierarquicamente organizado, podem ao contrário harmonizar-se dentro de uma rede ligeira e flexível de conexões jurídicas na qual não existe qualquer centro ou vértice oficial e formal. Dentro deste novo gênero de ordenamento jurídico desestruturado, um papel central cabe aos tribunais, já que também quando (e especialmente quando) as outras autoridades legais tradicionais (como os parlamentos nacionais) perdem a capacidade de governar os fenômenos econômicos, cada controvérsia acaba por ser trazida diante de um juiz.” (Tradução livre) (TARUFFO, 2002b, p. 28-29). No original: “Si dovrebbe infatti considerare che un importante effetto della globalizzazione sul diritto è la costituzione di un ordine giuridico *leggero*, quase completamente decentrato, una specie di rete che collega vari punti periferici nella quale ogni punto ha le sue peculiari (e in qualche misura “locali”) caratteristiche. Di conseguenza, differenze e mutamenti che sarebbero difficilmente compatibili con un ordinamento giuridico comparto, coerente e gerarchicamente organizzato, possono invece armonizzarsi entro una rete leggera e flessibile di connessioni giuridiche nella quale non esiste alcun centro o vertice ufficiale e formale. All’interno di questo nuovo genere di ordinamento giuridico ‘destrutturato’, un ruolo centrale spetta alle corti, poichè anche quando (e specialmente quando) le altre autorità legali tradizionali (come il parlamenti nazionali) perdono la capacità di governare i fenomeni economici, ogni controversia finisce con l’essere portata davanti ad un giudice”.

judicial sobre os atos das partes como uma espécie de curatela judiciária (JODLOWSKI, 1988, p. 484).

Fervorosos defensores do processo social já afirmavam, no início da década de 1970, que um dos fatores problemáticos do reforço dos poderes dos juízes era a crescente tendência dos particulares em confiar no paternalismo estatal (DENTI, 1971, p. 98).

Decorrente da imposição no discurso processual da denominada “socialização do processo”, são poucos os que ousam analisá-la numa perspectiva crítico-reflexiva. E, muitas vezes, fazem isso em perspectiva liberal, como Cipriani e Montero Aroca, chamados de “revisionistas” ou “neoprivatistas” (BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 6-16), pois enxergam na socialização traços totalitários decorrentes do aumento da ingerência do Estado na vida dos cidadãos.

Porém, a conciliação dos caracteres de um processo social e de um processo “privatista” pode proporcionar resultados, social e constitucionalmente, aceitáveis na busca de finalidades constitucionalmente adequadas, que manteriam a participação diretiva do juiz e contributiva das partes – ou seja, a função problematizante do processo jurisdicional.

Já se pode perceber que atualmente a credulidade na existência de um *ethos* concreto e universalmente vinculante de uma comunidade mais ou menos homogênea, principalmente num cenário de pluralismo de concepções de mundo, seria uma ilusão da realidade, pois em nossa sociedade percebe-se a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional acerca dos *standards* de valor fundamentais (HABERMAS, 2002, p. 290; BAUR, 1972, p. 260), impedindo que um sujeito solitário possa encontrar por si mesmo os valores desta comunidade.

Nessa perspectiva, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual que, de um lado, possuiria o juiz como terceiro, com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e, de outro, com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de “bem comum” deste órgão judicial (HABERMAS, 2002, p. 295-296).

O processo que durante o liberalismo processual foi acusado por Calamandrei e Goldschmidt, respectivamente, de ser jogo (CALAMANDREI, 1962, p. 259-294) ou guerra (GOLDSCHMIDT, 2002 p. 49) entre os advogados que possuíssem maior esperteza volta a sê-lo a partir da credulidade da idéia salvacionista do órgão julgador, pois esse, atuando e obtendo um respaldo institucional de “protagonismo”, poderá construir provimentos solitariamente sem o respaldo da contribuição dos demais sujeitos processuais e, especialmente, sem o respaldo técnico do processo, uma vez que a busca de rapidez

procedimental conduz à construção de procedimentos cognitivos que reduzem a dialogicidade e chancelam o solipsismo judicial.

Desse modo, ao se perceber que há um dissenso do que seja o bem comum e que não é mais possível a utilização da imagem de um sujeito solitário¹⁵ com acesso privilegiado aos ideais de justiça, faz-se mister a utilização do espaço discursivo instaurado pelo processo como espaço público de problematização de todas as questões para a adequada formação de todos os provimentos.

Percebe-se no processo uma estrutura normativa de implementação de uma participação cidadã que garantiria a tomada de consciência e de busca de direitos num espaço onde deve imperar a ampla possibilidade de influência na formação de decisões, no âmbito de uma *ordem isonômica*, ou seja, com a adoção de um contraditório em sentido forte (PICARDI, 2006, p. 212).

O processo ganha, nessa perspectiva, enorme dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fator tempo-espaacial do seu desenvolvimento.

Ocorre que a estruturação desse processo somente pode ser perfeitamente atendida a partir da perspectiva democrática de Estado, que se legitima por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos humanos e com o princípio da soberania do povo (HABERMAS, 1994, p. 664).

Em decorrência dessa perspectiva procedimental do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se que nem a autonomia privada nem a autonomia pública possuem precedência, mas, sim, pressupõem-se mutuamente. No espaço procedimental discursivo criado, será possibilitada a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos na formação falível da deliberação (HABERMAS, 1994, p. 662).

No que tange aos procedimentos jurisdicionais, há de afastar por completo o ideal monológico que assegura ao juiz um “privilégio cognitivo” – *Erkenntnisprivileg* – (HABERMAS, 1994, p. 272) na prática de formação da decisão judicial, eis que, caso isso fosse possível, poder-se-ia até mesmo acabar com o espaço procedimental discursivo do processo, como *iter* formador dos provimentos, impedindo a possibilidade de que novas informações e melhores argumentos pudessem ser propostos (HABERMAS, 1994, p. 278).

¹⁵ A autoridade epistêmica passa do sujeito cognoscente (que extrai de si mesmo os critérios para a objetividade da experiência) à práxis de justificação de uma comunidade de linguagem” (tradução livre). No original: “La

Essa impossibilidade de análises solipsistas pelo juiz¹⁶ leva obrigatoriamente à percepção de uma perspectiva intersubjetiva e participativa do processo jurisdicional.

Como comentava Baur, ainda na década de 1970, a idéia socializadora de aumento dos poderes dos juizes não se encontrava superada, porém fazia-se necessário empreender um reforço dos direitos das partes (BAUR, 1972, p. 254).

Nessa perspectiva, faz-se necessária a busca de uma estruturação processual que permita o exercício de um controle compartilhado sobre o papel do magistrado e das partes, especialmente após o segundo pós-guerra, que não represente um retorno a ciclos históricos já suplantados (liberalismo processual).

Tal controle será possível mediante a releitura de alguns princípios do modelo constitucional de processo, com base na visão procedimental de Estado Democrático de Direito, que impõe uma necessária participação na implementação legislativa e jurisdicional.

Percebe-se, ainda, que, na busca de uma efetiva democratização jurídica no processo jurisdicional, faz-se mister uma articulação conjunta das conquistas técnicas dos processos liberal e social, que somente poderá ser alcançada sobre o fio condutor do policentrismo processual e da participação, capazes de implementar uma responsabilidade compartilhada por todos os sujeitos processuais segundo uma perspectiva paritária de acesso e participação técnica na formação dos provimentos.

No entanto, para a defesa da tese participativa fez-se necessária uma reconstrução historiográfica e comparatística dos sistemas processuais, de modo a subsidiar a compreensão dos dois macro-modelos processuais estruturados durante a modernidade e vislumbrar, em perspectiva procedimental, seus equívocos.

A análise comparatística adotada se embasa nos aportes teóricos dimensionados por Damaška (1991) e Taruffo em seus trabalhos científicos, eis que não se busca a verificação de micro-problemas (pedaços) processuais em vários ordenamentos, mas se almeja a elaboração de esquemas compreensivos de análise dos sistemas processuais (TARUFFO, 1991, p. 10) com o delineamento dos principais “modelos processuais” da modernidade: liberalismo e socialização processual.

autoridad epistémica pasa del sujeto cognoscente (que extrae de sí mismo los criterios para la objetividad de la experiencia) a la praxis de justificación de una comunidad de lenguaje” (HABERMAS, 2002, p. 235).

¹⁶ “Em face da teoria constitucional legalmente adotada na Constituição brasileira de 1988, o momento decisório não é mais a oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma DECISÃO a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo PROCESSO constitucionalizado” (LEAL, 2002, p. 69).

Apresentaram-se, desse modo, as principais características e degenerações desses “modelos”, de modo a subsidiar a defesa da perspectiva participativa, partindo-se de um “comparatismo integrado”¹⁷ que percebe a importância dos direitos fundamentais em todos os sistemas jurídicos (TARUFFO, 2002b, p. 52).

Não foram utilizados os velhos esquemas de “famílias jurídicas” (*civil law versus common law*)¹⁸ ou dos sistemas processuais (acusatórios *versus* inquisitórios) reputados superficiais para a devida compreensão da complexidade da discussão jurídica da alta modernidade, especialmente no campo processual, em face da contraposição entre a territorialização e a globalização, decorrente do multiculturalismo imposto e da verificação de “circulação de modelos”¹⁹ (TARUFFO, 2002b, p. 25).

Ainda se tornou absolutamente necessária a assunção como marco teórico no campo da teoria do processo do primeiro Fazzalari,²⁰ perspectiva que afasta a adoção da teoria da relação jurídico-processual e estrutura a importância técnica do processo, como espécie de procedimento, na formação das decisões e no controle do exercício das funções estatais.

Já no campo da teoria do direito adotou-se como marco teórico a teoria procedimental de Estado democrático de direito de Jürgen Habermas que defende uma tensão entre os argumentos liberais e sociais apontando suas inconsistências teóricas e permitindo a busca de uma legitimidade alicerçada na relação interna entre direitos fundamentais e soberania do povo.

A conjugação de ambas as perspectivas teóricas garante a participação de todos os interessados nos procedimentos deliberativos de decisões, cidadãos que possuem de modo originário uma autonomia pública e privada assegurada e se assumem, concomitantemente,

¹⁷ Como afirma Taruffo, ao elaborar a introdução da edição italiana da obra comparatística de Damaška, o comparatismo integrado “[...] não se perde nos detalhes normativos dos ordenamentos singulares mas explora com grande realismo muitos aspectos relevantes dos sistemas processuais efetivos” (Tradução livre) (TARUFFO, 1991, p. 13-14). No original: “[...] che non si perde nei dettagli normativi di singoli ordinamenti ma esplora con grande realismo molti aspetti rilevanti di sistemi processualeffetivi”

¹⁸ Ao se fazer uma análise de vários sistemas processuais nas últimas décadas nota-se uma profunda crise na recorrente distinção entre sistemas de *civil law* e de *common law* eis que várias modificações trouxeram uma “clara fragmentação dos velhos esquemas” e apresentaram uma superação dos caracteres fundamentais dos aludidos sistemas que, assim, se tornaram obsoletos para conhecer e descrever os ordenamentos processuais. (TARUFFO, 2002a, p. 93).

¹⁹ Com um complexo intercâmbio de modelos e experiências entre sistemas de *civil law* e *common law* (TARUFFO, 2002b, p. 89).

²⁰ De sua primeira fase (da década de 50 até a década de 70), na qual trabalhou com a teoria do processo e desenvolveu a idéia de processo como procedimento em contraditório (1958). Entrementes, não se adotam aqui as concepções hermenêuticas do autor de sua segunda fase (a partir de então) Cf. (FAZZALARI, 2004).

como autores e destinatários (responsáveis) nos espaços públicos, sem a necessidade de autoridades magnânimas e sensíveis que os aliviem de suas escolhas.

Desse modo, a tese veio dividida da seguinte forma:

No segundo capítulo realizou-se a verificação dos aspectos técnico-procedimentais a partir do processo comum e, com seu declínio e estruturação de um paradigma Liberal de Estado, o delineamento de um liberalismo processual embasado no domínio das partes, na escritura e na passividade judicial.

Demonstrou-se a adoção, como recorte historiográfico, da noção de paradigma jurídico de Jürgen Habermas, especialmente no capítulo IX de *Faktizität und Geltung* (HABERMAS, 1994, p. 468-537).

No terceiro capítulo demonstrou-se que com o esgotamento do liberalismo processual delineou-se no campo processual uma linha doutrinária socializadora, do final do século XIX até antes da segunda grande guerra, estruturada por Menger, Klein e Bülow, que futuramente fora reforçada pela idealização de um paradigma de *Welfare*, e que defende um protagonismo judicial (criador) que exerceria uma atividade compensadora dos déficits de igualdade material, um procedimento oral e o processo como relação jurídica e instituição estatal de bem estar social, com escopos políticos, sociais e econômicos.

No quarto capítulo apresentaram-se as tendências socializadoras do segundo pós-guerra que conduzem a um fortalecimento ainda maior do papel do judiciário, com o reforço de seu papel de engenheiro social, criação de uma peculiar linha processual no leste europeu (socialismo processual) que gerou tamanho esvaziamento do papel das partes que conduziu a sua atecnia.

A socialização chegou ao ápice com o “projeto Florença de acesso à justiça” que serviu de base para todos os movimentos reformistas posteriores. Um dos modelos procedimentais que se apresentaram no “projeto”, com interessante dimensionamento normativo, foi o denominado modelo de Stuttgart alemão, com sua construção cognitiva bifásica.

Ainda se teceram considerações sobre as influências do “acesso à justiça” nos modelos português e inglês.

Devido ao esgotamento da perspectiva socializadora buscou-se uma nova concepção paradigmática que buscaria manter a tensão entre os argumentos liberais e sociais no dimensionamento processual, o procedimental.

No quinto capítulo verificou-se que os movimentos de reforma processual brasileira, apesar de se estruturarem sob um discurso ideológico socializador, sofreram uma degeneração

sob o viés neoliberal, que estruturou uma perspectiva interpretativa funcional (neoliberalismo processual), preocupada tão-somente com a máxima rapidez procedimental e produtividade dos juízes, em quase inexistente espaço público processual, esvaziando a visão dinâmica dos princípios processuais constitucionais e a importância técnica e institucional do processo.

Após essa reconstrução procedeu-se no sexto capítulo uma demonstração do equívoco de um dos principais dogmas da socialização processual, qual seja, o protagonismo judicial de viés solipsista que conduziu à busca da revisão do papel do juiz que, de engenheiro social passa a ser visto como um garantidor de direitos fundamentais.

Finalmente, fez-se no sétimo capítulo a necessária reconstrução das bases fundamentais de um sistema democrático de processo, lastreado sobre o fio condutor do policentrismo e da comparticipação entre sujeitos de direito em condições de paritária situação jurídica, que possam fiscalizar e contribuir na construção de qualquer provimento.

Para tanto, foi necessário reinterpretar alguns princípios constitucionais processuais (notadamente do contraditório) que constituem fonte primordial para uma reconstrução democrática do exercício da função estatal, de modo a não esvaziar o papel dos órgãos de execução do Estado, mas impondo a esses o respeito da estrutura normativa balizadora do proferimento das decisões, que deve levar, obrigatoriamente, em consideração os aspectos suscitados por todos os interessados.

Verificaram-se algumas técnicas processuais necessárias à fomentação do debate endoprocessual, de modo a se assegurar uma fase (“procedimento”) cognitiva que respeite a necessária comparticipação sem negligenciar a busca de uma efetividade normativa que assegure um dimensionamento espaço-temporal adequado.

2 DA RECONSTRUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL, A PARTIR DA FASE PRÉ-LIBERAL E DO LIBERALISMO PROCESSUAL²¹

O movimento de reforma do sistema processual civil, em níveis técnicos, ocorreu no âmbito de um movimento pendular entre dois extremos, nos quais se buscavam ora uma prevalência do princípio da escritura e do papel das partes (liberalismo processual), ora uma prevalência do princípio da oralidade e do papel do juiz no processo (socialização processual) (NUNES, 2006a, p. 1-25).

Na fase autonomista do Direito Processual, assistiu-se a uma tendência pela oralidade como técnica que pretendia obter a aceleração prática dos atos processuais, mediante o aumento da ingerência do Estado-juiz, com a adoção de sua direção durante todo o *iter*, conjugada à aplicação técnica dos princípios da imediatidade, da identidade física do juiz e da concentração.

Nesses termos, no Brasil, desde o advento do Código de Processo Civil de 1939, houve uma enorme preocupação, teórica e técnica, em se estruturar modelos orais de procedimento seguindo a trilha de reformas européias iniciadas pela Reforma Klein, na ÖZPO (*Östereich Zivilprozessordnung* – “Ordenança processual civil austríaca”), de 1895, passando pelas reformas alemãs de sua ZPO (*Zivilprozessordnung*), em 1924 e em 1933 (TROCKER, 1974, p. 64-73) e, especialmente para nós, seguindo as bases do anteprojeto de reforma do *Codice di Procedura Civile* italiano, elaborado por Chiovenda, em 1922, que absorvia as tendências sociais da legislação austríaca (CHIOVENDA, 1949, v. II, p. 219-346).

Ocorre que a implementação legislativa de um modelo oral no Brasil não teve o condão de alterar as práticas escritas dos técnicos jurídicos (“operadores”), que continuam agindo como se estivéssemos em um sistema liberal e escrito de processo.

E, mesmo nos sistemas em que a oralidade se implementara primeiramente no plano legislativo (v. g. o sistema alemão, mediante a reforma de 1933), fizeram-se necessários alguns ajustes para a sua estruturação pragmática (BAUR, 1966, p. 1).²²

²¹ Os Capítulos 2, 3 e 4 têm por objetivo fixar as bases fundamentais dos movimentos reformistas existentes no Direito Processual, prevalentemente no exterior, para que se possa perceber os movimentos articulados na atualidade. Poderá causar estranheza ao leitor a análise prioritária de legislações estrangeiras em detrimento das nacionais, porém tal escolha metodológica decorre do fato de que as bases técnicas do Direito Processual brasileiro científico deitam suas raízes nos movimentos reformistas ocorridos nessas tradições, nos séculos XIX e XX, de modo que as alusões às ordenações (afonsinas, manuelinas e filipinas), ao Regulamento 737 e aos códigos estaduais contribuem muito pouco para análise do nosso atual sistema processual.

²² Como noticiou Baur em preleção que serviu de base para a alteração legislativa de 1976 da ZPO alemã: “Há muito tempo existe o consenso de que o procedimento oral no processo não oferece aquilo que o princípio e a lei

Ademais, há de se perceber na estruturação técnica do procedimento uma construção que retrata o próprio ideal do papel dos indivíduos na sociedade em determinada época.

Assim, a perspectiva liberal, fruto da concepção de Estado Liberal-burguês, própria do período pós-revolucionário, pressupõe a existência de cidadãos auto-suficientes, que não precisam de qualquer auxílio estatal para defender seus direitos. E a perspectiva social, decorrente da concepção de Estados Sociais, própria da primeira metade do século XX, pressupõe a existência de cidadãos hipossuficientes, clientes que necessitam da atuação assistencial estatal para buscar de seus direitos e interesses.

Tais perspectivas conduziram no modelo liberal a uma sobrevalorização do princípio dispositivo, em face da suposição de uma cidadania paritária capaz de buscar seus próprios interesses sem qualquer auxílio estatal e, já no modelo socializador, o reforço dos poderes dos juízes, especialmente oficiosos, de modo a viabilizar uma engenharia social governada e predisposta para o Judiciário, que, com sensibilidade, aplicaria o direito aos seus clientes hipossuficientes.

Porém, no Brasil, a apropriação dessa concepção clientelista (especialmente a partir da Constituição de 1946 – VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 36), ganha aspectos muito peculiares em face da hereditária ausência de uma concepção publicística na pragmática estatal (apesar de sua presença nos textos normativos) e, mesmo, da ausência de estruturação de um Estado Social nos moldes europeus.

Percebe-se que, diversamente de outros países, apesar de se defender “uma” socialização no plano teórico, nosso Estado fora estruturado com uma prevalência e maior preocupação com os interesses privados desde o período imperial e, de certo modo, até hoje.

Prova disso é que as tendências técnicas da socialização do processo, apesar de constarem de nossa legislação (oralidade, imediatidade e concentração), jamais se

dele esperam. Não é algo amplamente sabido – dir-se-á – que a lei prevê um procedimento oral e define o seu resultado como conteúdo para a fundamentação do julgamento, mas que na realidade do processo esse procedimento oral perde-se muito freqüentemente em um sem-número de procedimentos aparentemente orais e que tudo o que importa para a realização do processo reside nas petições e nos protocolos? Não seria mais sincero, não corresponderia mais à realidade, abrir mão do princípio da oralidade e dizer claramente que o processo deve-se dar por escrito e que se deve contentar com isso, deixando apenas que se apresentem as provas ao tribunal?” (tradução livre). No original: “Man ist sich doch seit Jahr und Tag darüber einig, daß die mündliche Verhandlung im Prozeß nicht das leistet, was Prinzip und Gesetz von ihr erwarten. Ist es nicht – so wird man sagen – allgemein bekannt, daß zwar das Gestez eine mündliche Verhandlung postuliert und ihren Ablauf wie Inhalt zur Grundlage des Urteils erklärt, daß aber in der Wirklichkeit des Prozesses sich die eine mündliche Verhandlung nur allzuoft in eine Unzahl von scheinmündlichen Verhandlungen auflöst und alles für die Urteilsfindung Erhebliche in den Schriftsätzen und Protokollen steht? Wäre es nicht aufrichtiger, enstpräche es nicht eher der Wirklichkeit, von dem Prinzip der Mündlichkeit endgültig Abschied zu nehmen und klipp und klar zu sagen, der Prozeß sei schriftlich und man sole sich damit begnügen, nur die Beweisaufnahme vor dem Gericht ablaufen zu lassen?”

apresentaram na prática processual brasileira com todo seu vigor,²³ sendo de se perceber um exercício de todas as atividades processuais num plano cartorial (prevalência das petições escritas como mecanismo de argumentação processual) e uma preocupação do juiz com o caso em discussão tão-somente no momento decisório, tal como funcionava o processo na época do liberalismo processual.

Essas tendências de prevalência dos interesses *personalistas* (SALDANHA, 1986, p. 27) e *patrimonialistas* (FAORO, 1998, p. 736) no Estado brasileiro estão de tal modo arraigadas em nossa infra-estrutura, desde os períodos mais remotos de nossa história, que muitos nem mesmo a percebem, acreditando que a discussão teórica que conduzira à introdução normativa de textos legais socializadores conseguiria impor um perfil publicístico e socializador no nosso Direito.

No entanto, como expõe Venâncio Filho, ao comentar a intervenção e participação do Estado brasileiro a partir da década de 1960 no trato das coisas públicas:

[...] Assim malgrado as profundas transformações na natureza e na amplitude de suas funções, conserva-se ele (Estado) com as mesmas características [...] em que as funções da máquina administrativa se limitam à simples tarefa de registro e legalização e representando a delegação, a particulares, do exercício da função pública.

Por outro lado, a natureza cada vez mais ampla de tarefas do Estado, no sentido de prestação de serviço, encontra a resistência de uma estrutura vinculada a períodos anteriores, podendo-se notar em toda a evolução da vida brasileira a ausência de espírito associativo, de espírito grupal, negando-se, portanto, ao Estado, como uma das formas associativas, a predominância que lhe deve caber.

Considerando ainda que durante a vida colonial e todo o Império podemos perceber uma predominância do poder privado sobre o poder público, teremos, então, o quadro das características do Estado brasileiro como moldura do exame da intervenção no domínio econômico. [...]

A própria predominância do poder privado sobre o poder público representou, em muitos casos, **a utilização da máquina estatal para a defesa de interesses privados.**” (destacamos) (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 37-38).

Feitos os devidos decotes à perspectiva intervencionista, nos moldes socializadores do autor, percebe-se claramente o trato prevalentemente privatístico da coisa pública no Direito brasileiro, que se faz presente em todas as esferas, inclusive na processual.

O modo como esse perfil infra-estrutural se apresenta em nosso país impede por completo uma visão socializadora, nos moldes defendidos no exterior, que acaba por gerar, em verdade, um perfil neoliberal de processo, engendrado por práticas processuais

²³ O que impede mesmo uma crítica adequada da oralidade no Direito brasileiro.

características do liberalismo processual, cumuladas com uma lógica da massificação e da produtividade no exercício da jurisdição, na busca de uma suposta eficiência a qualquer custo.

Não será objetivo da presente tese fazer a defesa de uma perspectiva socializadora, uma vez que essa, mesmo em outros países, necessitaria do cumprimento de pressupostos de quase impossível verificação pragmática, como a existência de um corpo de magistrados com amplos conhecimentos humanísticos, filosóficos e econômicos capaz de captar valores uniformemente compartilhados por uma sociedade (com uma ordem concreta de valores – *konkreten Wertordnung*) em determinado momento histórico (comunitarismo) e de aplicá-los em perspectiva socializadora solitariamente.

E mesmo que esses pressupostos fossem cumpridos, com a existência de magistrados com formação diferenciada, não seriam resolvidos os problemas de legitimidade na aplicação jurídica, existentes na atualidade.

Também não se pode acreditar que a tensão entre as concepções estatais liberais e sociais em nosso país e as próprias práticas processuais possam olvidar o reforço da constitucionalidade, especialmente após 1988, e a percepção de que a própria Constituição deve ser vista como um processo de aprendizagem que leva a sério a normatividade do sistema, de modo a garantir a democratização institucionalizada pelo texto maior.

No entanto, não se pode crer, de um lado, numa inviabilidade de uma solução devido as práticas arraigadas e às degenerações impostas em nosso sistema, nem de outro lado, de modo ingênuo, acreditar que somente o reforço do papel de qualquer sujeito processual ou a mudança legislativa vá alterar a situação implementada.

Com Cattoni de Oliveira percebe-se que “[...] não podemos mais ser ingênuos em relação à nossa história. Temos que assumir essa história, que é nossa, e que não pode ser privatizada por ninguém que pretenda adotar um ponto de observação privilegiado em relação a ela” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 75)

Somente a mudança de mentalidade dos sujeitos processuais e da interpretação feita do sistema em viés democrático-constitucional permitirá a busca e percepção das virtudes dos dois macro-modelos apresentados e o abandono de seus respectivos equívocos.

A manutenção da concorrência das perspectivas argumentativas liberais e sociais, consideradas reflexiva e criticamente, assegurará a defendida democratização (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 211).

Desse modo, o norte de nossas análises será a busca da democratização de um processo que permita uma superação das degenerações das perspectivas teóricas prevaletentes no discurso jurídico brasileiro, com a verificação da interdependência e do policentrismo dos

sujeitos processuais, além de uma aplicação dinâmica dos direitos fundamentais, sem a menor pretensão de apresentar uma solução acabada.

Também não se crê, ingenuamente, que o quadro pragmático degenerado conduziria a busca de um ideal quase inalcançável, que rompesse por completo o *status* atual.

Defende-se, com Cattoni de Oliveira, que a distinção entre um mundo real (existente) e um mundo ideal (a ser alcançado) acaba por legitimar tal *status* e seus fracassos:

Essa perspectiva, por perpetuar a chamada teoria dos dois mundos, o mundo real e o mundo ideal, presentes nas filosofias primeiras, preocupadas com uma fundamentação última para o conhecimento, para a moralidade, para o Direito ou para as artes, pouco contribui para uma compreensão mais sofisticada do Direito e da Constituição, e mostra-se empiricamente inoperante, diante de entraves e obstáculos a uma convivência constitucional e democrática, tantas vezes presentes nos contextos sociais atuais – e não somente num país como o Brasil, com recorrentes momentos de inércia e de déficit de integração social, que pedem uma efetiva alteração de postura frente a eles. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p.144)

Segundo o autor, a aludida separação (ideal/real) cria um hiato que:

[...] contribui mais para o agravamento daquilo que se pretende denunciar. Ou seja, ao idealizarem tanto a realidade político-social dos países meridionais e orientais na forma quase natural de um obstáculo intransponível, quanto ao sobrecarregarem os princípios constitucionais modernos, desconsideram exatamente o caráter vivido, ou melhor, o caráter hermenêutico das práticas jurídicas cotidianas. O Direito, como afirma Dworkin, é uma prática social, interpretativa e argumentativa, de tal modo que não há como compreendê-la da perspectiva de um observador externo que não leva a sério o ponto de vista normativo dos implicados, das pretensões jurídicas levantadas pelos próprios participantes dessa prática. A realidade social é uma construção dinâmica, hermenêutica, histórica, social, da qual o Direito faz parte. O Direito não está pairando estaticamente sobre uma sociedade estática. E, como tal, deve lidar, inclusive, com o risco próprio a ele mesmo de ser descumprido a todo e qualquer momento. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 145)

Busca-se, assim, de modo tensional, que as perspectivas concorrentes (liberal e social) sejam levadas a sério de maneira a problematizar e explicitar as suas pré-compreensões (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 149) e que, no espaço público, seja escolhida racionalmente a melhor opção de acordo com uma teoria constitucional adequada.

Mas, para que essas assertivas sejam verificadas adequadamente, faz-se mister um delineamento das tendências reformistas ocorridas, primordialmente, na fase autonomista do processo (pós Bülow, 1968), verificando exatamente quais são as raízes e ressonâncias dos modelos de liberalismo processual, de socialização do processo e do atual neoliberalismo processual (pseudo-socialização), para a busca de um modelo de democratização do processo.

Esse será o objetivo primordial desses primeiros quatro capítulos, ao se partir das principais tendências processuais.

2.1 Sistemas processuais pré-liberais

O ponto de partida dessa reconstrução será exatamente à fase histórica que precede a Revolução Francesa e à criação dos caracteres do liberalismo político e do conseqüente liberalismo processual.

Os sistemas processuais do Antigo Regime (*Ancien Régime*) eram estruturados pela pluralidade de jurisdições (PICARDI, 2007, p. 84 *et seq*),²⁴ pela arbitrariedade dos juízos e pela extrema complicação das formas processuais (DENTI, TARUFFO, 2004, p. 13).

Tal pluralismo, poder-se-ia perceber pela existência de jurisdições feudais, eclesiásticas e corporativas que impunham constantes conflitos de competência (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 14).

2.1.1 Da percepção de alguns aspectos técnicos do processo comum (dos secs. XIII a XVIII)

A importância da percepção de algumas características essenciais do processo comum (CASTILLO, t. II, 1974, p. 298) são absolutamente necessárias para o devido entendimento da estruturação técnica e dimensionamento processual posterior.

Ademais é de se verificar que o sistema processual em vários países europeus herdou as tradições do direito comum com sua estrutura complexa e formalística do procedimento civil e confusão das fontes legislativas que o disciplinavam (TARUFFO, 1980, p. 7).

Um dos fatores que conduziram a essa herança fora o fato de que em nenhum local o conteúdo do processo vinha disciplinado em um corpo legislativo homogêneo e unitário de normas, mas, sim, decorria de um confuso conjunto de normas de proveniência e origem histórica diversificadas (TARUFFO, 1980, p. 7).

²⁴ Para uma reconstrução mais acurada desse período cf. PICARDI, 2007, p. 17 *et seq*.

Essa confusão normativa acabava por delinear uma doutrina processual caótica e por provocar o esvaziamento da função diretora do juiz, atribuindo esta aos advogados que a utilizavam de modo mais hábil com o fim de se beneficiarem das dúvidas interpretativas das quais o processo é fonte inesgotável (TARUFFO, 1980, p. 8).

O tecnicismo e o formalismo dos procedimentos exaltavam, assim, o papel dos advogados e agravava o custo da tramitação processual (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 14).

O processo, desse modo, apresentava-se como uma sucessão caótica de atos, estruturada tecnicamente mediante a escritura e a formalidade exacerbada, desenvolvendo-se prevalentemente entre os advogados das partes, mediante a troca de petições e réplicas ilimitadas, escritas em latim. Inclusive, a assunção das provas era desenvolvida por escrito, eis que dificilmente seria realizada perante o juiz (TARUFFO, 1980, p. 9).

O juiz, neste sistema, exercia papel completamente passivo e espectador, tanto que mesmo as audiências de instrução eram inteiramente confiadas aos advogados das partes, permitindo ao magistrado interferir somente para a resolução dos inúmeros incidentes processuais (TARUFFO, 1980, p. 9).

O processo era interpretado como *Sache der Parteien* (*señores de los pleytos* – coisa das partes), impedindo qualquer ativismo judicial.

Ademais, a grande maioria dos procedimentos era dimensionada por meio da técnica da escritura (BERMAN, 2001, p. 263), de modo que o juiz decisor normalmente não mantinha contato direto com as partes e com as provas (veto à imediatidade), buscando a garantia de sua imparcialidade.

Esse magistrado apresentava-se tão-somente no momento decisório, para decidir de acordo com os autos, de maneira que aspectos não presentes nos autos não estariam no mundo.

Essa perspectiva era clara no sistema espanhol de *Las Partidas*, do reino de Afonso X (1252-1284). Como explica Aroca, esse processo:

[...] se desenvolvia de modo quase exclusivamente escrito, para satisfazer necessidades sociais de vários gêneros, que consistiam, de um lado, na exigência de controlar a atividade do juiz, seja no cumprimento dos atos processuais, seja com referência ao conteúdo dos provimentos judiciais, e, de outro, na convicção de que a escritura determinasse a certeza jurídica. A consequência foi a consagração de um brocardo que caracteriza todo um modo de ver o processo: *quod non est in actis non est in mundo* (tradução livre)²⁵ (AROCA, 2002, p. 33).

²⁵ No original: “[...] si svolgeva in modo quasi esclusivamente scritto per soddisfare necessità sociali di vario genere che consistevano, da un lato, nell’esigenza di controllare l’operato del giudice, sia nel compimento degli atti processuale sia con riferimento al contenuto dei provvedimenti giudiziari, e dall’altro, nella convinzione che la scrittura determinasse la certeza giuridica. La conseguenza fu la consacrazione di un brocardo che caratterizza tutto un modo di vedere il processo: *quod non est in actis non est in mundo*”.

Ocorre que em alguns sistemas, como o italiano, tais mecanismos não impediram o juiz de privilegiar a parte mais forte.

A arbitrariedade dos juízos implementou-se como decorrência de uma atividade judicial que privilegiava sempre as partes mais fortes e que não contavam com regras racionais de apreciação das provas, apesar da existência de regras de prova legal (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 14).

Esses magistrados, nessa quadra histórica italiana, não eram escolhidos por critérios de seriedade e competência profissional, mas, sim, eram investidos da função para receber por serviços prestados, remunerados pela parte mediante o *sportule*, o que conduzia o magistrado a prolongar o *iter* processual, e para encorajar sua parcialidade para a parte mais rica. Assim, a aplicação de tutela nesta época era dominada pela corrupção, pela ignorância e pela confusão (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 15-17).

Uma das tentativas fragmentárias de aprimoramento desse panorama técnico ocorreu com a criação de alguns procedimentos rápidos e simples em 1739 e 1740 (TARUFFO, 1980, p. 22).

Em 1770 e nos anos que sucedem, ocorrem alterações de relevo, como a implantação de um novo sistema de recrutamento dos juízes, que lhes atribuía garantias de imparcialidade e de independência, mediante a abolição do sistema de *sportule*, introduzindo a figura do juiz pago pelo Estado com os valores das taxas judiciárias, além da introdução de um sistema de pré-constituição dos julgadores – juiz natural (TARUFFO, 1980, p. 26).

Na segunda metade do século XVIII, emergem com grande força os ideais do iluminismo na Europa, e com estes cunha-se a tendência à adoção de grandes codificações que permitissem a unificação das fontes normativas, com a decorrente simplificação e o aprimoramento da análise do direito (TARUFFO, 1980, p. 24).

Porém, apesar dessa tendência de reestruturação do sistema processual, não ocorrera, em regra, uma reforma global; apenas a elaboração de algumas consolidações que não conseguiam se desmembrar das bases do processo comum – ou seja, de um processo escrito, formal, complicado e no qual os tempos e os modos são atribuídos às vontades dos advogados das partes (TARUFFO, 1980, p. 31).

Tal situação mostrou-se clara no Direito luso-brasileiro, no qual as legislações (ordenações do reino, regulamento 737) foram fruto, em grande parte, das concepções do processo comum europeu (GOMES DA SILVA, 1985, p. 192-193).

Desse modo, as características do processo comum podem ser assim sintetizadas, de modo simplificado: a) monopólio do procedimento escrito, de modo que “as atividades

processuais não expressadas em autos ou atos escritos, eram juridicamente inexistentes, e uma decisão baseada em elementos diversos dos escritos era ela mesma absolutamente nula” (CAPPELLETTI, 1974b, p. 35-36)²⁶; b) proibição de imediatidade do juiz com as partes e provas, com a utilização de terceiros (*actuarii, notarii, chanceleres* etc.) que substituem o magistrado na coleta e exame das testemunhas, que se dá *in camera* (sigilosamente); c) utilização do sistema de apreciação de provas tarifário (prova legal), com predeterminação legislativa dos valores e dos critérios de sua análise; d) devido à ausência de direção formal do procedimento pelo juiz, este se desenvolve de modo descontínuo e fragmentário; e) as partes e, primordialmente, seus advogados são os senhores incontrolados do procedimento (considerado *Sache der Parteien* – coisa das partes), com utilização de táticas protelatórias, recursos e manobras abusivas; e f) como consequência das características anteriores, gerava-se uma enorme duração dos processos cíveis, não constituindo raridade uma tramitação processual por várias décadas (CAPPELLETTI, 1974b, p. 36-39).

Com a estruturação dos Estados modernos, os soberanos reivindicaram o monopólio da legislação processual. No século XVII, foram realizados os dois primeiros códigos de processo: o saxão, de 1622; e a *Ordonnance Civile* francesa de 1667 (*Code Louis*) (PICARDI, 2007, p. 129), que geraram um efeito abrogativo das praxes (PICARDI, 1987, p. 114).

As reformas atingiram a organização judiciária e o processo. Emblemático nesse aspecto a *Justizreform* prussiana e o *Corpus Iuris Fridericianum*, de abril 1781 (contendo o *Prozess-Ordnung*) (PICARDI, 1987, p. 114).

A legislação prussiana privilegiava a posição do juiz e buscava a obtenção rápida da decisão dos fatos incertos, de modo que o processo ganhava uma nova teleologia: o arrependimento do réu, a defesa da sociedade e a tutela dos direitos subjetivos (GIULIANI, 1988, p. 526).

Nesse modelo processual, de breve duração, implementado por Friedrich II (1740-1786), havia o consentimento “ao juiz de ignorar as alegações de fato das partes quando o interesse da justiça requeresse. Além disso, as portas da justiça civil estavam fechadas aos membros da advocacia privada, e uma especial classe de servidores públicos (*Assistänzrate*) foi criada para adequar melhor os processos aos valores do Estado” (tradução livre)²⁷ (DAMAŠKA, 1991, p. 333).

²⁶ No original: “las actividades procesales no expresadas en autos o actas escritos, eran juridicamente inexistentes, y una decisión basada en elementos diversos de los escritos era ella misma absolutamente nula”.

²⁷ No original: “[...] al giudice di ignorare le allegazioni di fatto delle parti qualora l’interesse della giustizia lo richiedesse. Inoltre le porte della giustizia civile erano chiuse ai membri dell’avvocatura privata, ed una speciale classe di pubblici impiegati (*Assistänzrate*) fu creata per adeguare meglio i processi ai valori dello Stato”.

Picardi defende, no entanto, que a transição do originário processo comum (extraído da tradição italiana – Sécs. XIII a XV) ao *Prozess-Ordnung* da Prússia (1781) representa a passagem de uma ordem isonômica (*ordine isonomico*) para uma ordem assimétrica (*ordine assimetrico*) (PICARDI, 1987, p. 114) com a decorrente redução do (atualmente chamado) princípio do contraditório de fundamento ético e jus natural do processo (PICARDI, 1988, p. 673-674) para uma ótica ***mecânica de contraposição de teses (dizer e contradizer)***.

Segundo o autor:

No século XV, Roberto Maranta – mestre e concidadão do Cardeal De Luca – estava entre aqueles que contribuíram, com a sua autoridade, a consolidar a matriz jusnaturalística da máxima *Audiat et altera pars*. Maranta elevou, de fato, o contraditório a símbolo dos direitos naturais: “quia citatio est inventa de iure naturali et est specie defensionis [...] nullo modo potest omitti etiam per principem”. Como demonstração na tese, ele aduz uma passagem de Gênesis (3.9) na qual “Deus citavit adam”, antes de condená-lo à expulsão do Paraíso (tradução livre)²⁸ (PICARDI, 2003, p. 11).

Hespanha destaca no processo comum, com ênfase no sistema lusitano, a importância da audiência preventiva (contraditório) no âmbito do *iudicium* do Antigo Regime. Afirma que

[...] o rei estava limitado pelo direito [...] e, logo, sujeito a *iudicia*, no caso de sua acção colidir com direitos (ou aparências de direitos) e particulares. Tratava-se, isto é, de uma função *essencialmente jurisdicional*, pelo que como refere L. Mannori, *a aplicação de uma qualquer medida coactiva em relação a um súbdito que nela não consentisse – ou de invitus, para usar a expressão da glosa – não pode ocorrer sem a participação do destinatário, ao qual deve ser oferecido um meio de se defender*. Daí a necessidade, nestes casos, de um prévio juízo contraditório. [...] Esta ideia de uma relação essencial entre *imperium* e *iurisdictio*, fazia com que os actos de poder, mesmo estes que se compreendiam no âmbito do mero império, estivessem sujeitos aos requisitos mínimos de um *iustum iudicium*, nomeadamente, audiência prévia dos interessados (*citatio [late sumpta]*) e uma averiguação metódica da situação (*causae cognitio [também [late sumpta]]*). E isto valia no centro mesmo das matérias *políticas*. Um exemplo. Tão tarde como nas cortes portuguesas do meado do séc. XVII, o rei reenvia para o conhecimento ordinário ou para os tribunais de justiça todos os pedidos que coenvolvem direitos particulares. Ou seja, mesmo quando estava em causa a utilidade pública, o poder não deixava de estar limitado pela natureza *jurisdicional* das suas prerrogativas, nem deixava de estar obrigado a exercê-las de acordo com os métodos típicos da ordem judiciária. (HESPANHA, 1993, p. 385-386)

²⁸ No original: “Nel XV secolo, Roberto Maranta – maestro e concittadino del Cardinale De Luca – fu tra coloro che contribuirono, con la loro autorità, a consolidare la matrice giunaturalistica della massima *audiat et altera pars*. Maranta elevo, infatti, il contraddittorio a simbolo dei diritti naturali: “quia citatio est inventa de iure naturali et est specie defensionis [...] nullo modo potest omitti etiam per principem”. A riprova della tesi egli adduce un passo della Genesi (3.9) nel quale “deus citavit adam”, prima de condannarlo all’espulsione dal paradiso”.

Assevera, ainda, que a utilização da *potestas extraordinaria* (fora do *iudicium*) pelo rei, para ir de encontro aos direitos de terceiro, somente poderia ser feita mediante uma *suprema necessitas* (HESPANHA, 1993, 387).²⁹

É inegável que o *Corpus Iuris Fridericianum* (1781) está fundado sobre a imposição hierárquica do juiz sobre as partes (desprovidas de advogados), sobre a lógica burocrática que faz privilegiar as operações solitárias da mente do juiz (PICARDI, 1987, p. 117) e que legitimava uma determinada concepção publicística de processo (GIULIANI, 1988, p. 521-522).

Entrementes, o *ordine isonomico* extra-estatal do *ordo jus* ou *ordo questionum* (mecanismo de resolução de questões – PICARDI, 1987, p. 115) do processo comum deve ser contextualizado na perspectiva estamental da sociedade dessa época.

Desse modo, apesar de alguns autores defenderem que a visão do contraditório nos séculos XIII a XVI (dentro do período do processo comum) constituiria uma fonte histórica de algumas concepções paritárias de sua aplicação atual (GIULIANI, 1988, p. 532) não se pode negar o caráter de que este constituía um privilégio de uma casta social e não um direito de indivíduos e cidadãos, sendo que a interpretação de uma ordem isonômica hoje busca respaldo num pano de fundo paradigmático lastreado numa teoria de direitos fundamentais, algo impensável àquela época.

No entanto, não se pode negar a redução do contraditório pela *Prozess-Ordnung* (1781) prussiana num princípio lógico-formal (bilateralidade da audiência – PICARDI, 1987, p. 117), contraposição de direitos e obrigações, que contribuiu no delineamento do processo como relação jurídica anos mais tarde (PICARDI, 2006, p. 210).

Nesse contexto, “o processo vem reduzido a mera técnica, a um conjunto de regras funcionais unicamente para a resolução das controvérsias, com conseqüente desvalorização da sua característica garantística” (tradução livre)³⁰ (PICARDI, 2006, p. 5).

²⁹ Millar afirma que no processo alemão medieval: “[...] encuentra igualmente expresión en el precepto romano: *audiatur et altera pars* y en el proverbio en rima de la Alemania medieval: *Eines mannes red ist keine red, der richter soll die deel verhoeren beed* (la alegación de un solo hombre no es alegación; el juez debe oír a ambas partes)”. (MILLAR, 1945, p. 47)

³⁰ No original: “il processo venne ridotto a mera tecnica, ad un insieme di regole funzionali unicamente alla risoluzione delle controversie, con conseguente svalutazione della sua impronta garantistica”.

2.2 Da prévia percepção de ressonância de paradigmas jurídico liberal e social nos sistemas processuais

Para a percepção da reconstrução historiográfica empreendida neste trabalho faz-se necessária a devida demonstração da adoção da teoria paradigmática estruturada por Jürgen Habermas em decorrência da verificação de que a forma de estruturação do sistema jurídico guarda uma correlação com a própria organização estatal implementada em determinada quadra histórica, criando um horizonte interpretativo peculiar com base nesse paradigma jurídico (*Rechtsparadigma*).

Jürgen Habermas explica que:

As ordens jurídicas concretas não representam somente modalidades diversas na realização de direitos e princípios idênticos. Nelas se refletem também paradigmas jurídicos distintos entre eles. Estes últimos, eu concebo como concepções exemplares, mediante as quais uma comunidade jurídica enfrenta o problema de realizar o sistema de direitos e princípios do Estado de Direito, **a partir de uma percepção efetiva** do contexto social dado.

Um **paradigma jurídico** explica, com a ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, de que modo devem entender-se e “manejar-se” os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, para que possam cumprir no contexto dado as funções que normativamente lhes atribui. Um ‘modelo social do Direito’ (*Wieacker*) representa algo assim como a teoria implícita que na sociedade tem o sistema jurídico, quer dizer, a imagem que este faz do seu ambiente social. O paradigma jurídico indica então como no marco de tal modelo podem entender-se e realizarem-se os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito (tradução livre)³¹ (HABERMAS, 1994, p. 238).

Como esclarece Cattoni de Oliveira:

Toda interpretação, assim como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de mundo da vida compartilhado, que simplesmente não pode ser, em sua totalidade, colocado entre parênteses, através de uma atividade de distanciamento ou de abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir

³¹ No original: “Konkrete Rechtsordnungen repräsentieren nicht nur verschiedene Varianten der Verwirklichung derselben Rechte und Prinzipien; in ihnen spiegeln sich auch verschiedene Rechtsparadigmen. Darunter verstehe ich die exemplarischen Auffassungen einer Rechtsgemeinschaft hinsichtlich der Frage, wie das System der Rechte und die Prinzipien des Rechtsstaates im *wahrgenommenen* Kontext der jeweils gegebenen Gesellschaft verwirklicht werden können. Ein *Rechtsparadigma* erklärt mit Hilfe eines Modells der zeitgenössischen Gesellschaft, auf welche Weise Rechtsstaatsprinzipien und Grundrechte begriffen und gehandhabt werden müssen, damit sie ihnen normativ zugeschriebenen Funktionen im gegebenen Kontext erfüllen können. Ein ‘Sozialmodell des Rechts’ (*Wieacker*) stellt so etwas wie die implizite Gesellschaftstheorie des Rechtssystems dar, also das Bild, das dieses sich von sozialer Umwelt macht. Das Rechtsparadigma besagt dann, wie im Rahmen eines solchen Modells die Grundrechte und die Prinzipien des Rechtsstaats zu verstehen sind und wie sie realisiert werden können”.

à sua condição de ser de linguagem. ‘Paradigmas’, ‘mundos da vida’ compartilhados são condições para a interpretação, são condições para a linguagem (CATTONI DE OLIVEIRA, 1998, p. 132).

Ainda na perspectiva do mesmo autor:

A noção de paradigma jurídico, introduzida por Habermas, num diálogo, dentre outros, com a epistemologia pós-popperiana, sobretudo com Thomas Kuhn, pode desempenhar, nessa discussão, um importante papel. Uma reconstrução paradigmática do Direito, como bem nos mostra Menelick de Carvalho Netto, possibilita reconhecer a existência de um horizonte histórico de sentido, ainda que mutável, para a teoria do Direito e para a prática jurídica concreta, que pressupõe uma determinada “percepção” do contexto social do Direito, a fim que possa compreender em que perspectiva as questões jurídicas devem ser interpretadas, para que o Direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social. Paradigmas de Direito constituem internamente a prática e a teoria do Direito, orientando seus desdobramentos. O reconhecimento desses paradigmas exige a superação da forma tradicional de lidar com questões normativas, rompendo com a dicotomia real/ideal, assim como exige uma reflexão hermenêutica crítica em face de nós mesmos, que não pode desconsiderar as pretensões normativas concretamente articuladas pelos próprios envolvidos em questões jurídicas.

Com base numa Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, que não se deixa vincular a um único ponto de vista disciplinar, mas, pelo contrário, permanece aberta a diferentes pontos de vista metodológicos (participante X observador), a diferentes objetivos teóricos (explicação interpretativa e análise conceitual X descrição e explicação empírica), a diferentes papéis sociais (do juiz, dos políticos, dos legisladores, dos clientes e dos cidadãos) e a diferentes atitudes pragmáticas de pesquisa (hermenêuticas, críticas, analíticas etc.), a fim de que uma abordagem normativa não perca o seu contato com a realidade, nem uma abordagem objetiva exclua qualquer aspecto normativo, mas permaneçam em tensão, a perspectiva da Teoria de Direito e da Constituição que privilegia o aspecto normativo deverá passar por um giro reconstrutivo, se quiser levar a sério a tensão presente no Direito entre facticidade e validade, assim como o papel desempenhado pelo Direito nos processos de integração social. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 145-146)

Percebe-se, nessa concepção, que os dois principais paradigmas a obterem maior êxito na história são os consubstanciados pelo Estado liberal-burguês, consolidado a partir da Revolução Francesa, e pelo Estado social, consolidado a partir das lutas sociais e do desenvolvimento teórico no final do século XIX e início do século XX, fato que conduziu ao delineamento de “um Constitucionalismo social, cujo marco inicial teria sido a Constituição de Weimar, embora a primeira Constituição social tivesse sido a de Queretaro, México” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 58).³²

³² Como explicita Cattoni de Oliveira, a partir da concepção habermasiana: “A sociedade do pós- Primeira Guerra, a “sociedade de massas”, para usar uma expressão consagrada pela sociologia do século XX, compreende-se dividida em sociedade civil e Estado. Não mais uma sociedade de indivíduos-proprietários privados, mas uma sociedade conflituosa, dividida em vários grupos, coletividades, classes partidos e facções em disputa, cada qual buscando seus interesses. Não mais um Estado-liberal “neutro”, distante dos conflitos sociais,

Ambos os paradigmas chegaram ao seu esgotamento devido às degenerações por eles próprios criadas fazendo-se necessária a percepção de seus marcos e de suas ressonâncias.

Faz-se mister o delineamento dessas ressonâncias paradigmáticas no dimensionamento técnico-processual.

A análise será iniciada a partir das tendências típicas do liberalismo jurídico e de seu decorrente absentismo estatal, que serviu de embasamento para o denominado liberalismo processual após a Revolução Francesa.

2.3 As reformas decorrentes da Revolução Francesa – da estruturação das bases do liberalismo processual

Em 4 de agosto de 1790, em França, a Assembléia Constituinte vota, juntamente com o abandono dos privilégios, a abolição das jurisdições particulares e a gratuidade da justiça, estabelecendo uma ruptura formal com o Antigo Regime. A partir daí, estrutura-se uma série de reformas, decorrentes da já existente desconfiança iluminística em relação às profissões legais e ao mundo dos juristas, aliadas a uma hostilidade em face das complicadas formalidades dos procedimentos (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 17).

Tais reformas empreendidas no campo processual podem ser sintetizadas da seguinte forma:

- a) A lei de organização judiciária, de 16-24 de agosto, introduz a eleição de juízes com mandato temporário, remunerados pelo Estado;
- b) Na base do ordenamento judiciário, são colocados os juízes de paz, que, conjuntamente com dois assessores, formam o *bureaux de paix et de conciliation*, aos quais

mas um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas impondo pautas “públicas” de “vida boa”. O Estado Social, que surge após a Primeira Guerra e se firma após a Segunda, intervém na economia, através de uma proposta de bem-estar (Welfare State) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. Tal ruptura paradigmática vem redefinir os clássicos direitos da vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade. É a chamada “materialização” do direito. O cidadão – proprietário do Estado Liberal passa a ser encarado como o cliente de uma Administração Pública garante de bens e serviços. O direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (“ordem material de valores”, como entendeu a Corte Constitucional Federal alemã), bem como de programas de fins, realizáveis no “limite do possível” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 59).

todos os litigantes devem obrigatoriamente dirigir-se, na tentativa de conciliar as controvérsias antes de buscar as vias judiciais;

c) No contencioso, o juiz de paz é competente para as ações de menor valor econômico, enquanto as demais causas são atribuídas aos tribunais de distrito;

d) A lei 2-11, de setembro de 1790, suprime a Ordem dos Advogados, **permitindo a autodefesa** em juízo pelas próprias partes;

e) Ao invés de se estruturar um corpo de advogados para os pobres (cuja proposta surgiu no debates legislativos), atribuiu-se ao *bureaux* a tarefa de desenvolver a função consultiva e preventiva para os pobres em suas defesas judiciais;

f) As normas do processo civil são mantidas inicialmente, mas são abolidas pelo decreto de 24 de outubro de 1793, que deformaliza o sistema, de modo a se circunscrever a ditar algumas formas essenciais do juízo (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 18).

2.3.1 A restauração napoleônica

Na França, os anos que se seguem conduzem a edição de três legislações napoleônicas: Código Civil de 1804, o Código de Processo Civil de 1806 e a Lei de Organização Judiciária de 1810.

Tais complexas legislações napoleônicas, como ressalta Picardi, por um lado herdaram da revolução uma tendência de implementação de um novo dimensionamento do ordenamento judiciário, porém, de outro, não ousaram romper por completo com toda a relação com o sistema judiciário do *Ancien Régime* (PICARDI, 2007, p. 147).

Ademais percebe-se o abandono dos ideais humanitários e igualitários, consumidos pelo autoritarismo da reforma napoleônica.

Nesse sistema idealizado pelas novas leis, o juiz é um funcionário do Estado, pertencente a uma estrutura hierárquica dominada pelo controle da Cassação (PICARDI, 2007, p. 146), que reduz a possibilidade do arbítrio e da incerteza (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 20).

O Código de Processo Civil de 1806, nesse contexto, não espelha propriamente uma preocupação científica, sendo fruto do trabalho de práticos, que trazia uma regulamentação formal dos atos do processo. No entanto, representa uma evolução técnica, na medida em que é embasado parcialmente nos princípios da oralidade e da obrigatoriedade de motivação das decisões, no livre convencimento do juiz e na paridade formal das armas entre as partes, que pressupunha,

equivocadamente, uma sociedade de iguais nas posições econômicas e sociais (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 20), partindo-se do pressuposto da auto-suficiência do cidadão liberal.

Essa fase constitui, na evolução histórica da doutrina processual, o momento do denominado “procedimentalismo” (CASTILLO, 1974, t. II, p. 303), como fase prévia da estruturação amplamente alardeada pela doutrina como o “processualismo científico”.

O instituto do procedimento, como forma racional do exercício dos poderes públicos, é consolidado na legislação napoleônica. A percepção de sua autonomia, fruto da evolução histórica da administração da justiça que viria a ser concebida em breve, é colocada como fundamento da **concepção publicística do processo**, “na qual emerge a centralidade no processo dos poderes do juiz como órgão do Estado” (tradução livre)³³ (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 23).

2.3.2 Caracteres técnicos do processo liberal – Liberalismo processual

Como explica Canotilho acerca da concepção de Estado dessa quadra histórica:

[...] o Estado de direito é um Estado liberal no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (“Estado polícia”, “Estado gendarme”, “Estado guarda nocturno”), remetendo-se os domínios económicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual (CANOTILHO, 2002, p. 97).

Com base nesse prisma de análise, delineavam-se, em regra, legislações e sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, agora, liberais (liberalismo processual), quais sejam: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura³⁴ (mantida da fase pré-liberal) e, especialmente, o princípio dispositivo. Todos esses princípios técnicos buscavam a manutenção da imparcialidade e de um comportamento passivo por parte do juiz.

³³ No original: “[...] nella quale emerge la centralità nel processo dei poteri del giudice come organo dello Stato”.

³⁴ Como ensina Cappelletti, o princípio da escritura (*Schriflichkeitprinzip*) estrutura “[...] o sistema ou princípio que segundo o qual o juiz devia julgar apenas com base nos escritos, sem nunca entrar em contato direto (e, por conseguinte, oral) com as partes, com as testemunhas, com os peritos. A escritura era considerada quase como um escudo do juiz contra as tentações e os perigos da parcialidade. Era, na realidade, a barreira, o diafragma que separava o juiz do processo e daqueles que do processo são os verdadeiros protagonistas privados: sobretudo as partes e as testemunhas” (CAPPELLETTI, 2002, p. 39-40). No mesmo sentido (SCHÖNKE, 1950, p. 23)

Em face da própria estruturação estatal liberal, o processo se dimensionava em perspectiva privatística como mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado como instrumento privado, delineado em benefício das partes (*Sache der Parteien*).

O papel do Poder Judiciário se circunscreve à aplicação das normas, não havendo possibilidade de interferir nas funções políticas do Legislativo (DAMAŠKA, 1991, p. 82).

Nessa perspectiva estatal, chamada de reativa por Damaška, os indivíduos são, pelo menos ideologicamente, entendidos como soberanos na gestão de seus interesses. Assim, “transposta na administração da justiça, esta soberania implica que a parte seja reconhecida senhora da própria lide (*dominus litis*) e seja legitimada a comportar-se como preferir, na maioria dos casos até escolhendo a forma do processo” (tradução livre)³⁵ (DAMAŠKA, 1991, p. 184).

A autonomia privada, encarada como verdadeira autonomia da vontade, permite aos cidadãos uma auto-suficiência em relação ao Estado que lhes permite promover a própria defesa endoprocessual, mesmo na esfera penal (DAMAŠKA, 1991, p. 186).

Percebe-se, no entanto, que, além dos princípios do domínio das partes no processo e da escritura³⁶, mantidos pelo novo suporte estatal e herdados do processo comum, dois outros princípios ganham enorme dimensão no liberalismo processual, quais sejam, a igualdade formal e o princípio dispositivo.

2.3.2.1 Da igualdade formal

Na fase do liberalismo processual, idealizou-se uma concepção formal de igualdade que pressupunha a inexistência de disparidades entre os indivíduos. Como afirmava Menger, acreditava-se e defendia-se que

[...] deixando livres as forças econômicas, obter-se-ia uma produção maior em quantidade dos diferentes objetos e, em sua virtude, alcançar-se-ia o bem-estar econômico de todos (doutrina de Manchester). Tratando a todos os cidadãos de um modo perfeitamente igual, sem atender a suas qualidades pessoais e a sua posição econômica, e permitindo que entre eles se estabelecesse uma competição

³⁵ No original: “Trasposta nell’amministrazione della giustizia questa sovranità implica che la parte sia riconosciuta padrona della propria lite (*dominus litis*), e sia legitimata a comportarsi come preferisce, nella maggioranza dei casi persino scegliendo la forma del processo”.

³⁶ No liberalismo, ocorre a valorização dos procedimentos escritos, apesar de algumas tentativas embrionárias de implementação da oralidade. A escritura, como visto, fora delineada no processo comum, ou seja, na *ordo iudicarius*, mas fora mantida na fase liberal, uma vez que permitia a manutenção da mediatidade do contato do juiz com as partes, inviabilizando o contato direto que poderia gerar a quebra de sua imparcialidade.

ininterrupta, chegar-se-ia, sem dúvida, à elevação da produção até o infinito. Mas, ao mesmo tempo, conseguir-se-ia que os pobres e os débeis tomassem uma parte consistente nesse aumento de produção (tradução livre)³⁷ (MENGER, 1947, p. 63).

Tal concepção gerava no processo uma **impossibilidade** de compensações de desigualdades (sociais e econômicas) – estratégias corretivas – pela atividade judicial ou pela assistência de advogados subsidiados pelo Estado. Desse modo,

[...] todas as partes vêm tratadas de modo igual aos fins de alocação dos instrumentos processuais, exatamente como todos os votantes vem considerados iguais na disciplina das eleições (um homem, um voto). Em outras palavras, as partes vêm tratadas abstratamente, abstraindo das suas diferenças pessoais (substanciais), como titulares de direitos processuais equivalentes (tradução livre)³⁸ (DAMAŠKA, 1991, p.188).

Ademais, o contraditório se reduz a uma mera bilateralidade de audiência.

2.3.2.2 Do princípio dispositivo

O princípio dispositivo que, desde Roma, liga-se a existência de um poder monopolístico das partes de deduzir em juízo (CARNACINI, 1951, p. 731), encontrou terreno fértil para sua implementação e reforço na fase do processo liberal.

As razões para esse fato são óbvias, uma vez que do princípio se extrai o veto ao juiz de instaurar e manifestar-se de ofício³⁹ dentro do processo (CARNACINI, 1951, p. 736), ou

³⁷ No original: “[...] dejando en libertad las fuerzas económicas, se obtendría una producción mayor en cantidad de los diferentes objetos, y en su virtud se alcanzaría el bienestar económico de todos (doctrina de Manchester). Tratando a todos los ciudadanos de un modo perfectamente igual, sin atender a sus cualidades personales y a su posición económica; permitiendo que entre ellos se estableciese una competencia sin freno, se ha logrado, sin duda, elevar la producción hasta lo infinito; pero al propio tiempo se ha conseguido que los pobres y los débiles, tomasen una parte escasísima en ese aumento de producción”.

³⁸ No original: “Tutte le parti vanno trattate in modo eguale ai fini dell’alocazione degli strumenti processuali, esattamente come tutti i votanti vanno considerati eguali nella disciplina delle elezioni (un uomo, un voto). In altre parole, le parti vanno trattate astratamente, astraendo dalle loro differenze personali, come titolari di diritti processuali equivalenti”.

³⁹ Como lembra Damaška, o caráter dispositivo ou *adversarial* se contrapõe ao modelo inquisitorial. Nas palavras do autor: “No século XII a dicotomia já era utilizada com o fim de distinguir os procedimentos que requeriam o impulso da parte (*processus per accusationem*), daqueles que podiam iniciar também com a ausência das partes (*processus per inquisitionem*)” (tradução livre). No original: “Nel XII secolo la dicotomia era già in uso allo scopo di distinguere i procedimenti che richiedevano l’impulso di parte (*processus per accusationem*), da quelli che potevano iniziare anche in assenza di parte (*processus per inquisitionem*)”.

seja, independentemente da provocação das partes, elemento essencial para a concepção liberal do processo como coisa das partes.

Tal princípio, lastreado na autonomia privada das partes (CARNACINI, 1951, p. 735) e na imparcialidade do juízo (LIEBMAN, 1960, p. 563), foi objeto de um movimento para sua aplicação a partir da pioneira obra de Nikolaus Thaddäus von Gönner, intitulada *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses (Manual do processo comum alemão)*, de 1804 (CARNACINI, 1951, p. 716).

Embasado em Gönner, a doutrina tedesca elaborou a divisão deste princípio em dois, quais sejam, a *Dispositionsmaxime* e a *Verhandlungsmaxime*, chamadas, respectivamente e mais modernamente, por Cappelletti, de:

[...] princípio (e processo) dispositivo em sentido material ou em sentido próprio, aquele com o qual se indica a existência de um poder exclusivo das partes no requerer a tutela jurisdicional e no fixar o objeto do juízo [...] e “princípio (e processo) dispositivo em sentido processual ou impróprio, aquele com o qual se alude, em senso diverso, a uma vinculação do juiz às iniciativas das partes e que por isso diz respeito à técnica e ao desenvolvimento interno do processo e, em espécie, à escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial (tradução livre)⁴⁰ (CAPPELLETTI, 1974a, p. 357-358).

Com base nesse princípio, o liberalismo processual idealizou uma concepção de protagonismo processual das partes, eis que desde a abertura (proposição) do procedimento até mesmo o impulso processual era confiado a estas, de modo que a tramitação do processo, os prazos e o término das fases procedimentais dependiam do alvedrio dessas (AROCA, 2002, p. 45).

O juiz, nessa perspectiva liberal, apresentava-se como um estranho em relação ao objeto litigioso, cumprindo a função de expectador passivo e imparcial do debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraços às partes e às relações (especialmente contratuais e econômicas) que as envolviam.

No entanto, o liberalismo processual acabava criando um sistema degenerado, que facilitava a esperteza da parte mais hábil que conduziu grandes processualistas a construção da visão do processo como um jogo ou uma guerra, como fora o caso de Goldschmidt, ao analisar o sistema liberal alemão na década de 1920 (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 49).

⁴⁰ No original: “princípio (e processo) dispositivo in senso materiale o in senso proprio quello, con cui si indica l’esistenza di un potere esclusivo delle parti nel chiedere la tutela giurisdizionale e nel fissare l’oggetto del giudizio [...] principio (e processo) dispositivo in senso processuale o improprio quello, con cui si allude invece ad un vincolo del giudice alle iniziative delle parti per ciò che riguarda in genere la tecnica e lo svolgimento interno del processo ed in specie la scelta degli strumenti per la formazione del convincimento giudiziale”.

Desse modo, as propostas liberais no campo processual mostraram claramente seu esgotamento ainda no curso do século XIX, devido as claras insatisfações e degenerações.

Iniciou-se, então, a busca de uma nova perspectiva teórica que, problematizando os efeitos deletérios do liberalismo, tentava uma melhoria da técnica processual mediante novos pressupostos.

Essa perspectiva teórica, idealizada por autores como Menger, Klein e Bülow (como ver-se-á a seguir), tendeu, a partir desse momento, a enfraquecer o papel das partes e a reforçar do papel dos magistrados, de forma que a tensão jurídica interna idealizada com a criação de um novo modelo processual (socialização processual) surge na busca de um novo horizonte interpretativo, de modo a suplantar as deficiências do anterior, mas, conduzindo a novos equívocos.

3 O SURGIMENTO DO SOCIALISMO JURÍDICO – DAS BASES INICIAIS DA SOCIALIZAÇÃO DO PROCESSO, NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA – SUA RESSONÂNCIA NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX

Com o advento das legislações sociais e o crescimento da insatisfação dos cidadãos com o desenvolvimento da sociedade industrial do século XIX, surge uma linha doutrinária que, em face da percepção da luta de classes, acredita no direito como instrumento de transformação social.

3.1 Anton Menger e Franz Klein – inspiradores da socialização processual, no âmbito legislativo

Tendo como um dos principais expoentes para o discurso processual Anton Menger, o socialismo jurídico critica a lógica liberal de liberdade de jogo das forças políticas e econômicas, e defende uma maior intervenção legislativa, com a reestruturação de alguns institutos jurídicos processuais.

Em seu *Das Burgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen (O direito civil e os pobres)*, de 1890, Menger critica os ideais liberais, especialmente no que tange à complicação do aparato jurisdicional e à passividade judicial, devido ao fato de que na luta de classes os ricos sempre eram privilegiados ao se tomar por base a ótica da igualdade formal (MENGER, 1947, p. 64-65).

Menger, tomando, em parte, por base as soluções técnicas do *Prozess-Ordnung* da Prússia (1781), propõe alterações profundas no sistema de administração da justiça civil mediante um reforço do papel judicial. Caberia ao juiz a assunção de um duplo papel: a) de educador: extraprocessualmente, este deveria instruir todo cidadão acerca do direito vigente, de modo a auxiliá-lo na defesa de seus direitos; b) ***de representante dos pobres: endoprocessualmente, o juiz deveria, em contraste com a imparcialidade e com o princípio dispositivo, assumir a representação da classe mais pobre.***

Acerca do segundo papel Menger afirmava:

[...] quando o demandante houvesse proposto sua demanda e o demandado a houvesse contestado, o juiz deveria proceder no litígio de ofício. Uma vez concedido ao rico o direito de fazer-se representar por um advogado, **o juiz deveria estabelecer um equilíbrio entre as partes, assumindo a representação da parte pobre**. Bem se sabe que a aplicação dessas soluções na administração da justiça civil tropeçaria em algumas dificuldades técnicas; porém, ante os defeitos da atual condição, na qual, a disparidade do direito se soma à dos procedimentos, aquelas dificuldades não devem ser levadas em consideração. A aplicação dessas soluções requereria, naturalmente, uma reconstituição das leis relativas às funções dos tribunais. No período transitório, aquelas funções judiciais poderiam ser confiadas aos advogados dos pobres, os quais poderiam ser nomeados em número suficiente e pagos pelo Estado. Estes advogados não deveriam, entretanto, assumir a defesa de outros pleitos ou causas que não fossem os dos pobres (destacamos) (tradução livre)⁴¹ (MENGER, 1947, p. 69).

Essa postura compensadora dos *déficits* de igualdade material entre as partes (a favor da mulher, do trabalhador, do menor e de todas as “vítimas do Estado” – LEYRET, 1976, p. VIII) exercida pelo incipiente juiz social já contava, nessa época, com um exemplo: o notoriamente conhecido “bom juiz” Magnaud.

Tal juiz, que exercera sua função judicante de 1887 a 1906, no Tribunal de Chateau-Thierry, na França, tornou-se mundialmente conhecido por aplicar o direito com visão sentimental e humanitária, com base em sua alegada sabedoria incomum (LEYRET, 1976, p. IX), que serviu de exemplo para linhas teóricas que buscam na boa escolha de juízes a melhoria do sistema jurídico.

São notórias as sentenças “socializadoras” de Magnaud⁴² que, *v. g.*, absolveu uma mãe pelo furto de um pão (LEYRET, 1976, p. 11-13)⁴³ e condenou os pais por violência contra o filho (LEYRET, 1976, p. 115-117), entre outras.

⁴¹ No original: “[...] cuando el demandante hubiera producido su demanda y el demandado le hubiera contestado, el juez debería proceder en el litígio de ofício. Una vez concedido al rico el derecho de hacerse representar por abogado, el juez debería establecer un equilibrio entre las partes, asumiendo la representación de la parte pobre. Bien sé que la aplicación de estas soluciones en la administración del Derecho civil tropezaría con algunas dificultades técnicas; pero ante los defectos de la actual condición jurídica, en la cual, a la disparidad del derecho, se suma la de los procedimientos, aquéllas dificultades no hay para qué tomarlas en cuenta. La aplicación de esas soluciones requeriría, naturalmente, una reconstitución de las leyes relativas a las funciones de los Tribunales. En el período transitório, aquellas funciones judiciales podrían confiarse a los abogados de los pobres, los cuales podrían ser nombrados en numero suficiente y pagados por el Estado. Estos abogados no deberían, sin embargo, asumir la defensa de otros pleitos o causas que no fueran los de los pobres”.

⁴² Este exerceu um cargo parlamentar de 1906 a 1910.

⁴³ Magnaud afirmou ao absolver Louise Ménard: “Considerando que a processada possui sob sua responsabilidade um filho de dois anos, para o qual ninguém lhe presta auxílio, e que, há algum tempo, se encontra sem trabalho, apesar de buscá-lo. [...] quando se encontra uma situação semelhante à de Louise Ménard, muito claramente estabelecida, **o juiz pode e deve interpretar humanamente os inflexíveis preceitos da lei**” (destacamos) (tradução livre). No original: “Considerando que la procesada tiene a su cargo un hijo de dos años, para el cual nadie le presta auxilio, y que, desde hace algún tiempo, se encuentra sin trabajo, a pesar de sus investigaciones para procurárselo; [...] cuando se presenta una situación semejante a la de Luisa Ménard, muy claramente establecida, el juez puede e debe interpretar humanamente los inflexibles preceptos de la ley”.

No entanto, essa idéia incipiente de um papel compensador e de engenheiro social do juiz vai ganhar uma marca legislativa importantíssima.

As já aludidas considerações de Menger foram decisivas na moldagem da primeira legislação tipicamente socializadora, qual seja, a Ordenança processual civil do império austro-húngaro, de 1895 – ÖZPO – (KLEIN, 1958, p. 26), obra do jurista e sociólogo Franz Klein, aluno de Menger.

O ponto de partida normativo da ordenança fora o *Prozess-Ordnung*, monumento do despotismo iluminado do século XVIII (KLEIN, 1958, p. 25-26), que limitava a liberdade das partes mediante a atribuição do papel de senhor do juízo ao magistrado. Enfim, um processo claramente antiliberal e autoritário (CIPRIANI, 1995, p. 975-976).⁴⁴

Klein, nascido em 24 de abril de 1854, em Viena, advogado e professor de Direito Processual Civil e Romano, fora nomeado secretário ministerial do Ministério da Justiça, em 1891 (KLEIN, 1958, p. 29), e se dedicara, desde o início de seu múnus, à criação de uma legislação processual com novos perfis, o que obteve um embasamento doutrinário na obra de Menger (DENTI, TARUFFO, 2004, p. 26).

Diversamente dos modelos reformistas liberais, Klein defendia uma reestruturação do papel das partes e dos juízes durante o *iter* processual. Afirmava que

[...] a crença de que a inatividade do tribunal e a exclusiva atividade das partes sejam, no processo, a última palavra de toda sabedoria humana, e por isso o plano de moldar sazonalmente a estrutura do processo no sentido mencionado, encontra, nesse meio tempo, uma beligerante oposição dos juristas contra ele, juristas estes que não podem se decidir por admitir ao tribunal uma cooperação no processo e, especialmente, uma influência mais forte na investigação dos fatos, tal como muitas

⁴⁴ Cipriani defende de modo veemente o perfil autoritário da legislação de Klein e a forma como este, com mãos férreas, implementou-a perante os operadores, seja com a criação da figura dos inspetores judiciais, que fiscalizavam a atividade dos juízes, seja no controle, levado a cabo em 1897, perante os advogados de Viena, que ameaçaram impedir o cumprimento da lei (CIPRIANI, 1995, p. 969-970). Informa, ainda, que o ponto de partida (o regulamento Giuseppino) conduz à limitação do direito das partes. O autor ainda informa em termos que: “De fato, quando se parte de um processo como aquele do Regulamento Giuseppino e quando se encontra em um ordenamento no qual os juízes devem temer não só as inspeções, mas também as ‘chicotadas’ do Ministro da Justiça, uma reforma que, permanece mantendo o controle do executivo sobre os juízes, reforça muito os poderes do juiz e limita ainda mais as garantias das partes, somente pode conduzir – além das intenções havidas ou declaradas, a um significado: utilizar o controladíssimo juiz para neutralizar definitivamente as partes (rectius, os advogados, sempre considerados a causa de muitos, senão de todos os males do processo), assim controlando do alto toda a administração da justiça civil. (tradução livre) No original: “Infatti, quando si parte da un processo come quello del Regolamento Giuseppino e quando ci si trova in un ordinamento nel quale i giudici debbono temere non solo le ispezioni, ma anche le “stafilate” del guardasigilli, una riforma che, fermo restando il controllo dell’esecutivo sui giudici, rafforza viepiù i poteri del giudice e limita ancor più le garanzie delle parti, non può che avere – al di là delle intenzioni avute e/o dichiarate – un solo significato: utilizzare il controllatissimo giudice per neutralizzare definitivamente le parti (rectius, gli avvocati, da sempre ritenuti la causa di molti, se non di tutti i mali del processo), si da controllare dall’alto tutta l’amministrazione della giustizia civile” (CIPRIANI, 1995, p. 976).

vezes seria necessário para se poder apoiar ativamente as partes (tradução livre)⁴⁵ (KLEIN, 1958, p. 17-18).

Como afirmava em sua clássica conferência proferida em Dresden, em 9 de novembro de 1901, intitulada *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse (Correntes do tempo e do espirito no processo)*:

Está claro: as partes devem comunicar e proporcionar ao juiz os fatos [*Sachverhalt*] do litígio [*Streitfall*], porque ele não sabe absolutamente nada da questão até a ação. Mas se isto é entendido de modo que o juiz não tem qualquer ou nenhuma participação essencial no que lhe é oferecido nas alegações e provas, deixa-se que as partes cuidem quase exclusivamente disso e somente julga precisamente como o material existente o permite, com indiferença sobre se a sua decisão corresponderá à verdadeira situação jurídica assim compreendida, isto é, como é de supor, altamente indesejável não só para os particulares, mas para a vida jurídica e o próprio ordenamento jurídico (tradução livre)⁴⁶ (KLEIN, 1958, p. 16).

O juiz, na esteira do pensamento mengeriano, deveria auxiliar as partes buscando o clareamento dos requerimentos obscuros, sugerindo o preenchimento de detalhes incompletos e impedindo que o engano ou desconhecimento na sua elaboração inviabilizem o julgamento (KLEIN, 1958, p. 17).

Klein, assim, enxergava um enorme significado (escopo) político, econômico e social do processo (KLEIN, 1958, p. 6), mas, ao mesmo tempo projetava-o como um caso de crise social, que deveria ser resolvido mediante uma atuação mais efetiva do Estado em todas as fases (KLEIN, 1958, p. 20; BAUR, 1972, p. 254).

O processo é visto, assim, na perspectiva socializadora de Klein, como uma inevitável “instituição estatal de bem estar social” (*stattliche Wohlfahrtseinrichtung*) (KLEIN, 1958, p. 25) para a busca da pacificação social (CAPPELLETTI, 1974c, p. 18).

Em suas próprias palavras:

⁴⁵ No original: “[...] Untätigkeit des Gerichtes und ausschließliche Tätigkeit der Parteien sei im Prozesse aller menschlichen Weisheit letzter Schuß, und deshalb hat der Plan, das Gefüge des Prozesses im angedeuteten Sinne zeitgemäßer zu gestalten, einstweilen noch eine kampflustige Juristenopposition gegen sich, die sich nicht entschließen kann, dem Gerichte eine eindringlichere Mitwirkung am Prozesse und zumal einen stärkeren Einfluß auf die Sachverhaltsermittlung einzuräumen, wie sie oft nötig wären, und die Parteien werktätig unterstützen zu können”.

⁴⁶ No original: “Es ist klar: Die Parteien müssen dem Richter den Sachverhalt des Streitsfalles mitteilen und nachweisen, weil er bis zur Klage von der Rechtssache überhaupt nichts weiß. Wenn dies aber so verstanden wird, daß der Richter gar keinen oder doch keinen wesentlichen Anteil daran nimmt, was ihm an Behauptungen und Beweisen geboten wird, dafür ziemlich ausschließlich die Parteien sorgen läßt und nur urteilt, wie es das vorhandene Material eben gestattet, gleichgültig, ob sein Urteil der wahren Rechtslage entsprechen wird, so verstanden ist es begreiflicherweise nicht bloß für den Einzelnen, sondern für das Rechtsleben und die Rechtsordnung selbst höchst ungünstig”.

O processo só será racional e estará de acordo com a concepção moderna do Estado quando a tutela jurídica [*Rechtsschutz*] for garantia de fato da assistência estatal não apenas com o veredicto, mas já desde o primeiro passo do procedimento. Mas isso não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas liberar as forças atadas do juiz e colocá-las, assim como as demais forças do órgão estatal, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. Pois tudo isso é de nós escondido sob as formas e fórmulas do processo. Nele se mostram, portanto, as barreiras à nossa força moral. A boa vontade poderia tornar o litígio judicial desnecessário. Por isso, o processo, na medida em que nenhuma época dele prescinde; exhibe-se como um testemunho sempre igualmente presente da imperfeição e da fraqueza dos homens ao longo da história (tradução livre)⁴⁷ (KLEIN, 1958, p. 28).

Tal postura judicial seria decorrência de inúmeros fatores, como as novas técnicas legislativas de elaboração das leis com a adoção de conceitos indeterminados. Explanou em sua conferência:

As normas jurídicas [*Rechtssätze*] que o juiz deve aplicar no caso a ele submetido consistem em parte de conceitos estreitos, em parte de conceitos amplos. Se se trata de um ou de outro, isso não depende do gosto do legislador, mas sim é algo frequentemente determinado pela finalidade da legislação [*Gesetzgebung*]. Nas novas leis, deparamo-nos com conceitos amplos, gerais, pobres de substância, indícios fáticos [*Tatbestandmerkmalen*] que são descritos meramente em seus contornos, de modo cada vez mais freqüente. É conhecido o uso abundante que, por exemplo, o Código Civil alemão faz dos conceitos de “boa-fé”, “boa-fé no comércio”, “costumes no comércio”, bons costumes etc., para criar normas jurídicas que sejam adequadas e corretas aquém e além da grande média. **Com tal técnica, a legislação se contenta com metade do trabalho e joga a outra metade sobre os ombros do juiz, que tem de escolher, entre o grande número de possibilidades que estão subordinadas ao conceito em si e para si, aquela para a qual a norma jurídica deve valer dentro do espírito da lei.** As linhas borradas de tais indícios fáticos deixam considerável espaço para o pensamento original, que é próprio apenas dele, **do juiz. A jurisdição se torna tanto mais pessoal,** já que os determinados casos-limite que num caso submetem o juiz ao conceito legal, em outros casos são eliminados pelo juiz, sem que seu dever venha a ferir qualquer um desses casos-limite, **pois é justamente apenas em seu saber que cada um vê, pensa, decide e julga** (destacamos) (tradução livre)⁴⁸ (KLEIN, 1958, p. 18-19).

⁴⁷ No original: “Rationell und modernen Staatssauffassung gemäß wird der Prozeß nur dann sein, wenn der Rechtsschutz nicht erst mit dem Urteile, sondern schon vom ersten Schritte des Verfahrens an tatsächlich Gewährung staatlicher Hilfe ist. Das ist aber keine Utopie. Man braucht nur die gebundene Kraft des Richters freizugeben und sie wie die der übrigen Staatsorgane in den Dienst des Rechts, des Gemeinwohles und des Gesellschaftlichen Friedens zu stellen. Denn alles das behüten uns die Formen und Formeln des Prozesses. In ihm zeigen sich so die Grenzen unserer sittlichen Kraft. Guter Wille könnte den Rechtsstreit überflüssig machen; deshalb schreitet eigentlich der Prozeß, da keine Zeit ohne ihn auskommt, wie ein Zeugnis immer gleich bleibender menschlicher Unvollkommenheit und Schwäche durch die Geschichte”.

⁴⁸ No original: “Die Rechtssätze, die der Richter auf den ihm vorgelegten Fall anzuwenden hat, bestehen teils aus engeren, teils aus weiteren Begriffen. Ob das eine oder andere, liegt nicht durchwegs im Belieben des Gezeßgebers, es ist auch oft durch das Ziel der Gezeßgebung bedingt. In den neueren Gezeßsen begegnen wir weiten, allgemeinen, substanzärmeren Begriffen, Tatsbestandsmerkmalen, die bloß in ihren Konturen bezeichnet sind, immer häufiger. Es ist bekannt, welch reichlichen Gebrauch zum Beispiel das deutsche Bürgerliche Gezeßbuch von den Begriffen: Treu un Glauben, Treu un Glauben im Verkehr, Verkehrssitte, gute Sitten usw. macht, um Rechtssätze zu schaffen, die auch diesseits und jenseits des großen Durchschnitts passend und richtig sind. Bei solcher Technik begnügt sich die Gezeßgebung mit halber Arbeit und überwälzt die andere Hälfte auf den Richter, der unter der großen Zahl von Möglichkeiten, die dem Begriffe an und für sich unterstellbar sind, diejenigen auszuwählen hat, für welche der Rechtssatz im Geise des Gezeßes gelten soll. Die verschwimmenden

Outro fator determinante seriam as pressões do empresariado e do mercado, que, com o aumento da sua produtividade e rentabilidade, buscariam uma jurisdição célere, e não correta (KLEIN, 1958, p. 20), eis que

Para esses indivíduos, o mais importante de tudo é uma resolução rápida, decisiva do processo. Mesmo juízos pouco precisos, pequenos erros, eles os preferem no comércio do que deixar durar por um longo tempo a penosa incerteza da disputa não resolvida, incerteza que inibe suas ulteriores transações (tradução livre)⁴⁹ (KLEIN, 1958, p. 18-19).

Nessa perspectiva de análise, Klein acentua a prioridade da função social do processo (*sozialen Funktion des Prozesses* - KLEIN, 1958, p. 14) sobre as demais e, para tanto, estrutura um modelo técnico de procedimento oral em que se atribui um reforço dos poderes do juiz, que deverá participar mais intensamente da direção do processo e, especificamente, influir mais ativamente no acerto dos fatos (KLEIN, 1958, p. 26; BAUR, 1972, p. 254).

Sprung informa que o grande êxito de Klein:

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

Delineiam-se as bases para uma credulidade sócio-político-econômica do conflito como chaga social que deveria ser estirpada por uma jurisdição salvadora, a qual deveria, no âmbito de um pensamento econômico e quantitativo, ofertar um processo rápido.

Sprung deixa claro esse pensamento ao comentar a reforma de Klein nos seguintes termos:

A “rapidez” do processamento é exigida pelo caráter de bem público dessa instituição. A oportunidade de processo perturba uma cooperação pacífica, viola conexões econômicas ordenadas, liga valores e retira-os do tráfego ordinário. A

Linien solcher Tatbestandmerkmale lassen beträchtlichen Spielraum für das originelle, ihm allein eigene Denken des Richters, die Rechtsprechung wird insofern persönlicher, da gewisse Grenzfälle von dem einen Richter unter den gesetzlichen Begriff werden einbezogen, von dem anderen daraus ausgeschlossen werden, ohne daß einer von ihnen seine Pflicht verletzt, weil eben jeder nur in seiner Weise sieht, denkt, schließt und urteilt”.

⁴⁹ No original: “Ihnen ist das allerwichtigste eine baldige, endgültige Austragung des Rechtsstreites. Selbst minder präzise Urteile, kleine Fehler nehmen sie lieber in den Kauf, als die peinliche Ungewißheit des ungelösten Zwiespalt länger andauern lassen, die sie in ihren weiteren Transaktionen hemmt”.

sociedade tem portanto o ensejo de prover a cura, quanto possível rápida, para as feridas de seu corpo (SPRUNG, 1980, p. 148.).⁵⁰

Verifica-se, assim, uma nítida ruptura com os modelos liberais, partindo-se de uma suposta função assistencial que o juiz desempenharia, e instituindo-se, paulatinamente, no âmbito processual moderno, a partir do modelo legislativo de Klein, a implementação do *discurso do protagonismo judicial*.⁵¹

Acerca dessa função, Denti e Taruffo expõem:

A função assistencial do juiz a favor da parte débil, proposta por Menger e implementada pela codificação austríaca, era destinada a representar, nos debates em torno das reformas do fim do século XIX e início do século XX, o ponto de ruptura com a prevalente concepção liberal de processo. A cultura jurídica de raiz burguesa, de fato, não negava que subsistisse um problema de assistência judiciária dos sujeitos economicamente débeis, mas excluía que esta função pudesse ser confiada ao juiz. A jurisdição – afirmava um jurista sardo atento aos problemas das reformas processuais, Umberto Cáo – não pode ser relativa a direitos constituídos, não para favorecer os mais pobres e mais débeis; a assistência do pobre não pode ser confiada ao juiz; não pode surgir, a propósito dela, uma questão de técnica processual. Temas e problemas como esses atravessaram toda a história das reformas processuais do fim do século XIX até a afirmação dos direitos sociais nas Cartas Constitucionais que seguiram o segundo conflito mundial (tradução livre)⁵² (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 27).

⁵⁰ Perceba que essa preocupação econômica, pela rapidez e pela produção industrial de decisões jurisdicionais, vem se tornando a tônica do neoliberalismo processual brasileiro (pseudo-socialização) que embasa as reformas do processo civil que seguem os comandos do Documento Técnico n. 319, elaborado pelo Banco Mundial, em 1996, para os países da América Latina e do Caribe (DAKOLIAS, 1996), que pretende garantir o setor privado, o capital financeiro e impedir o exercício de direitos fundamentais que inviabilizem seus ganhos (cf. item 5.2.1).

⁵¹ Nas palavras de Cappelletti: “A grande inovação proporcionada pelo Código austríaco representa-se pela acentuação da função ativa do juiz, uma função entendida seja para assegurar ordem e rapidez do procedimento, seja para promover a finalidade social da igualdade efetiva das partes no processo” (tradução livre). No original: “La gran innovación aportada por el código austríaco la representaba su acentuación de la función activa del juez, una función entendida sea para asegurar orden e rapidez del procedimiento, sea para promover la finalidad social de la igualdad efectiva de las partes en el proceso” (CAPPELLETTI, 1974b, p. 44).

⁵² No original: “La funzione assistenziale del giudice a favore della parte debole, auspicata da Menger e fatta própria dalla codificazione autriaca, era destinata a rapresentare, nei dibattiti intorno alle riforme processuale alla fine dell’Ottocento e agli inizi del Novecento, il punto di scontro con la prevalente concezione liberale del processo. La cultura giuridica di matrice borghese, infatti, non negava che sussistesse un problema di assistenza giudiziaria dei soggetti economicamente deboli, ma escludeva che questa funzione potesse essere affidata al giudice: la giurisdizione – affermava un giurista sardo attento ai problemi delle riforme processuali, Umberto Cáo – no può che essere relativa ai diritti costituiti, non al favore che meritano i più povere e i più deboli; onde l’assistenza del povero non può essere affidata al giudice; non può sorgere, a proposito di essa, una questione di tecnica processuale. Temi e problemi che attarversaranno tutta la storia delle riforme processuale dalla fine dell’Ottocento sino all’affermazione dei diritti sociale nelle Carte Costituzionali seguite al secondo conflitto mondiale”.

Os alardeados resultados práticos verificados na legislação serviram de base, em maior ou menor grau, para a reforma dos sistemas processuais em todo o século XX, especialmente nos Estados ativos, nos quais, na concepção de Damaška,⁵³

[...] o órgão judicante ativo não necessita tratar ambas as partes de modo igual; em algumas circunstâncias pode favorecer aquele que faz valer a tese que pareça ser fundada, auxiliando esta caso não consiga formular as suas justas razões de modo eficaz (tradução livre)⁵⁴ (DAMAŠKA, 1991, p. 281).

3.2 Primeiras ressonâncias da legislação de Klein nas legislações – sistemas alemão, italiano e brasileiro

A primeira legislação processual liberal a sofrer a ressonância do movimento “socializador” de Klein foi a ZPO alemã de 1877, eis que, apesar de haver sido estruturada sob pilares liberais, sofreu alterações em 1909, 1924 e 1933, que lhe trouxeram a absorção de algumas das concepções técnicas austríacas (BAUR, 1972, p. 256).

A reforma (novela) de 1924 reforça os poderes judiciais de direção formal (*formelle Prozessleitung*) e material (*materielle Prozessleitung*) do processo, retirando das partes o controle dos prazos processuais e atribuindo ao juiz um papel mais ativo em relação ao objeto do processo, de modo que “o rígido esquema da fórmula *da mihi factum, dabo tibi ius*, vem sendo, de fato, abandonado a favor de uma cooperação dinâmica e construtiva entre os vários sujeitos envolvidos no processo, seja acerca do accertamento dos fatos, seja na individuação da *regula iuris*” (tradução livre)⁵⁵ (TROCKER, 1974, p. 47-48).

Já a Reforma de 1933, estruturada em pleno regime nazista, buscava, segundo o discurso legislativo, uma justiça rápida e mais próxima das exigências do povo, partindo da

⁵³ Que, para esse autor, é aquele que “assume ou persegue uma teoria global das condições de vida ideal e tenta utilizá-la como base de programas teoricamente compreensivo de todos os aspectos de melhora moral e material dos cidadãos” (DAMAŠKA, 1991, p. 147). No original: “[...] assume o persegue una teoria globale delle condizioni di vita ottimali, e tenta di utilizzarla come base di programmi onnicomprensivi di miglioramento morale e materiali dei cittadini”.

⁵⁴ No original: “[...] l’organo giudicante attivo non è tenuto a trattare entrambe le parti in modo eguale; in alcune circostanze ci si può attendere che favorisca colui che fa valer la tesi che sembra essere fondata, e che lo assista se questi non riesci a formulare le sue giuste ragioni in modo efficace”.

⁵⁵ No original: “Il rigido schema della formula *da mihi factum, dabo tibi ius*, viene infatti abbandonato a favore di una cooperazione dinamica e costruttiva tra i vari soggetti coinvolti nel giudizio, sia rispetto all’accertamento del fatto che alla individuazione della *regula iuris*”.

idéia de que a função jurisdicional não serve somente às partes, mas, primeiramente, à segurança jurídica da coletividade (TROCKER, 1974, p. 55).

A justificação do projeto de Reforma apresentada em 1931 afirmava:

Quem quer que se dê ao trabalho de ouvir a opinião que as pessoas têm de nossa justiça chegará à conclusão de que em todos os círculos populares um andamento demorado do direito é sentido – com a mais profunda irritação – quase como uma recusa do direito e como algo que confere à popularidade da justiça as mais pesadas sombras (tradução livre)⁵⁶ (BAUR, 1966, p. 2).

As duas reformas, em conjunto, retiraram das partes o domínio sobre os prazos e tornaram o juiz ativista (*aktiviert*), como informa Baur (1966, p. 2).

Volkmar (1934, p. 273-288), ao comentar a Reforma alemã de 1933, percebia o íntimo nexó que liga o Direito Processual às concepções políticas e filosóficas de uma determinada época. E, com base nisso, afirmava que a Reforma de 27 de outubro de 1933 havia encontrado no Estado Nacional-socialista, recém entrado em vigor em 31 de janeiro de 1933, a possibilidade de rompimento definitivo com a concepção de processo liberal, que permitiu ao juiz maior ingerência na tramitação do processo do que a reforma anterior (1924).⁵⁷

Nessa reforma, uma das principais inovações defendidas à época fora a moralização do processo civil, com a atribuição do dever de lealdade e probidade processuais das partes, impondo o dever de veracidade para estas, fruto da construção tedesca da *Poenalisierung* ou *Kriminalisierung des Zivilprozesses* (penalização ou criminalização do processo civil) (CALAMANDREI, 1939, v. IV, p. 116).

Mediante a aludida Reforma, a processualística afirmava que se cumpria:

[...] uma evolução importante de uma justiça entendida como observância de regras formais (*Regelgerechtigkeit kraft Prozesses*) para uma justiça em sentido substancial. Liberado dos vínculos formais, o juiz se transforma de um simples tutor da regularidade do “jogo” em um verdadeiro e próprio garante da justiça substancial. O contato direto com as partes lhe permite uma visão plástica dos fatos deduzidos em juízo e de participar ativamente no acertamento e esclarecimento das questões de fato e de direito colocadas como fundamento das respectivas pretensões (tradução livre)⁵⁸ (TROCKER, 1974, p. 58).

⁵⁶ No original: “Wer sich Mühe gibt, die Meinung der Rechtsuchenden über unsere Rechtspflege zu hören, wird feststellen müssen, daß in allen Volksreisen ein verzögerter Rechtsgang mit tiefer Erbitterung fast wie eine Rechtsverweigerung empfunden wird und der Volkstümlichkeit der Rechtsflege den schwersten Schaden zufügt”.

⁵⁷ Vittorio Denti não concordava com esse entendimento e afirmava que as reformas alemã e italiana retratam um movimento de reforma anterior as concepções nazi-fascistas (DENTI, 1971, p. 90).

⁵⁸ No original: “[...] un’evoluzione importante, dalla giustizia intesa come osservanza di regole formali (*Regelgerechtigkeit kraft Prozesses*) alla giustizia in senso sostanziale. Liberato dai vincoli formali, il giudice si trasforma da semplice tutore della regolarità del “gioco” in un vero e proprio garante della giustizia sostanziale. Il contatto diretto con le parti gli permette di avere una visione “plastica” dei fatti dedotti in giudizio e di

Impunha-se, assim, no âmbito do discurso legislativo, a socialização processual, com a implementação no campo da técnica do **protagonismo judicial**.

Tal situação encontrou algum embasamento na Alemanha nazista. Como ensina MAUS:

As exigências formuladas perante a Justiça do sistema nazista ligam-se de modo ininterrupto à autocompreensão desenvolvida pela Justiça antes de 1933. Mesmo o amplo surgimento de fórmulas comunitárias e de fim social no direito nazista – que possibilitaram suspender toda regulação legal singular em prol das determinações ‘superiores’ – foi expressão da ideologia de que o povo alemão comporta no nacional-socialismo uma comunidade de povos na qual as antigas divisões de classe e conflitos de grupo estariam superados. Também nesse sentido manifestou-se uma verdadeira autoconsciência da Justiça alemã, como na declaração de ‘total fidelidade’ a Hitler por parte da direção da Associação dos Juizes Alemães em 19 de março de 1933: ‘O juiz alemão foi desde sempre consciente, nacionalista e responsável [...] sempre decidiu segundo a lei e sua consciência. Oxalá possa a grande tarefa de construção do estado oferecer em breve ao povo alemão o sentimento da imprescindível união’. Assim é que a ciência jurídica alemã saudará no interesse de uma prática jurídica consistente, que o nacional-socialismo tenha construído um ‘sistema de valores unitário’, o qual encerrou a anterior concorrência social de sistema de valores diferenciados, tratando esse ato como uma confirmação das funções da justiça antes de 1933: Essa ‘integração jurídica [...] formava um sistema de valores com fundamento geral nos bons costumes, no sentimento de pensadores equânimes e justos [...] que, mesmo em tempos de neutralidade de valores, seria capaz de inculcar, por meio de uma atitude nacional-conservadora, uma boa dose de saudável sentimento popular em um povo doente’” (MAUS, 2000, p. 196-197).

O juiz alemão, assim, passa a ser o protetor dos valores (nazistas) do povo e aniquilador dos falsos valores de um povo doente (MAUS, 2000, p. 197).

Nesse aspecto, faz-se mister um pequeno aprofundamento nessa atuação da magistratura alemã nesse período antes de se continuar a explicitar a ressonância legislativa das concepções de Klein.

A percepção equivocada de uma predominância de concepções positivistas durante o nazismo é patente quando se vislumbra que o juiz alemão se comportava como um portador da visão privilegiada dos valores do povo, corporificados no Führer.

Como explica Garzón Valdés, lastreado em textos de notáveis expoentes do direito alemão da época (como Karl Larenz, Carl Schmitt, Erik Wolf, entre outros), é interessante que

[...] durante a época de Hitler o positivismo Kelseniano fora rechaçado como oposto à ideologia nacional-socialista. Em um livro dedicado à juventude Hitlerista, Hans Helmut Dietze escrevia em 1936: “Com boas razões poderia propor a questão de se a separação do direito em relação ao sentimento ético que se nota no povo, não é tanto a consequência do direito natural senão de seu rival, o positivismo”. A teoria

pura do direito era “inútil por ser uma teoria do Estado sem Estado que conduziu a uma supervalorização do indivíduo”. E também nesse mesmo ano Carl Schmitt se referiu à “curiosa polaridade de **caos judeu e legalidade judía**, de nihilismo anarquista e normativismo positivista, de grosseiro materialismo e moralismo abstrato” e indicado com todo detalhe a forma como devia citar-se à “**Escola de viena do judeu Kelsen**”. Ainda em 1943, Walter Schönfeld dizia: “Seria difícil demonstrar a origem ariana do positivismo porque está demasiadamente influenciada e promovida pelo espírito judeu....”. As citações poderiam multiplicar-se indefinidamente; sua reiteração não fazia mais que confirmar a tese de que **a atitude contra o positivismo jurídico depois de 1945 continuava em realidade uma linha que já havia tido notórios representantes na época nacional-socialista**. (destacamos) (tradução livre)⁵⁹ (VALDÉS, 1985, 6-7).

Garzón Valdés trancreve inúmeros textos da época, comprobatórios dessa constatação, tais como o de Larenz de 1934 no qual este autor afirmava que:

O juiz está obrigado a reconhecer e aplicar toda lei que entre em vigência pela vontade do Führer; porém tem que aplicá-la de acordo com o espírito do Führer; de acordo com a atual vontade jurídica, com a idéia concreta do direito da comunidade. No Estado popular (*völkisch*), o direito não se esgota na lei nem a lei existe separadamente. Tem que ser colocada no contexto total do direito vigente e estar apoiada pela vontade da comunidade em que embasa sua validade. (destacamos) (tradução livre)⁶⁰ (LARENZ, 1934, p. 36 *apud* VALDÉS, 1985, p. 9)

Também trancreve trecho de um texto de Erik Wolf no qual este autor diz que a lei contém elementos que necessitam de **complementação valorativa** para estar em condições de abarcar a vida real, interpretação esta que será empreendida pela “condução autoritária do juiz”⁶¹ que assegurará um “Estado de direito material vinculado ao povo”⁶². Continua afirmando que neste Estado:

⁵⁹ No original: “[...] durante la época de Hitler el positivismo Kelseniano había sido rechazado como opuesto a la ideología nacionalsocialista. En un libro dedicado a la juventud Hitlerista, Hans Helmut Dietze escribía en 1936: “Con buenas razones podría plantearse la cuestión de si el apartamiento do derecho com respecto al sentimiento ético que se nota em el pueblo, no es tanto la consecuencia del derecho natural sino de su rival, el positivismo”. La teoría pura del derecho era “inútil por ser una teoría del Estado sin Estado que ha conducido a una supervaloración del individuo”. Y también en ese mismo año Carl Schmitt se había referido a la “curiosa polaridad de **caos judío e legalidad judía**, de nihilismo anarquista y normativismo positivista, de grosero materialismo y moralismo abstracto” e indicado con todo detalle la forma como debía citarse a la “**Escuela de viena del judío Kelsen**”. Todavía en 1943, Walter Schönfeld decía: “Sería difícil demostrar el origen ario del positivismo porque está demasiado influenciado y promovido por el espíritu judío....”. Las citas podrían multiplicarse indefinidamente; su reiteración no haría más que confirmar la tesis de que a actitud contra el positivismo jurídico después de 1945 continuaba en realidad una línea que yá había tenido notorios representantes en la época nacionalsocialista.”

⁶⁰ No original: “El juez está obligado a reconocer y aplicar toda ley que entre en vigencia por la voluntad del Führer; pero tiene que aplicarla de acuerdo con el espíritu del Führer; de acuerdo con la actual voluntad jurídica, con la idea concreta del derecho de la comunidad. En el Estado popular (*völkisch*), el derecho no se agota en la ley ni la ley existe aisladamente. Tiene que ser colocada em el contexto total del derecho vigente y estar apoyada por la voluntad de la comunidad em la que basa su validez.”

⁶¹ No original: “[...] conducción autoritaria del juez [...]”

⁶² No original: “[...] Estado de derecho material vinculada al pueblo [...]”

[...] aparece como ideal nacional-socialista de juiz, **um juiz que é comissionado da comunidade popular**. Sua liberdade não está limitada por um princípio de segurança formalista-abstrato ou pela arbitrariedade, **senão através da concepção jurídica do povo personificada no Führer** e que se apresenta na lei.... Podemos confiar nesta regulação pois nenhuma fórmula legal abstrata poderia garantir tanta independência e permanência da **atividade judicial como a coincidência de convicção no sentir e querer de todos os membros da comunidade jurídica...** (destacamos) (tradução livre)⁶³ (WOLF, 1934, p. 348 *apud* VALDÉS, 1985, p. 11-12)

A proximidade da defesa desses autores, do período nazista, de um juiz portador de uma concepção privilegiada de valores uniformes compartilhados, com algumas defesas ditas contemporâneas, de um juiz engenheiro social que atua como canal dos valores da sociedade é no mínimo preocupante, quando se recorda o que magistratura nazista realizou nesse período (autorizações de esterelizações em massa dos judeus, chancela das medidas de pseudo-eugenia etc.),⁶⁴ e conduz a reflexão de se tal concepção pode ser nomeada como verdadeiramente democrática.

Como lembra, ainda Garzón Valdés:

O recurso à chamada **“ordem concreta” facilitava a adequação às novas concepções valorativas do nacional-socialismo**: justamente as “ordens concretas” suprapositivas (metajurídicas) deviam jogar uma função corretora do direito legislado e servir para a “renovação” do direito vigente. E, assim, foi possível abandonar os valores individualistas e liberais do, por exemplo, Código Civil, e adaptá-lo à concepção racista do nacional-socialismo sem necessidade de novas intervenções do legislador. Quão longe chegou esta **reinterpretação das disposições vigentes através da inclusão de ideologias suprapositivas** e das intenções de inferir valores a partir da realidade “vital e concreta”, ilustrou com todo detalhe Bernd Rüthers em sua já clássica obra sobre a “interpretação ilimitada”. [...] A necessidade de abandonar o formalismo e assegurar um direito “concreto” foi exposta, desde logo, não só pelos juristas mas também pelos condutores do nacional-socialismo. Será necessário, dizia Hitler, que o direito seja valorado novamente, não segundo o “critério de pensamento liberal, mas de acordo com as pautas dadas pela natureza.” (parêntesis nosso) (destacamos) (tradução livre)⁶⁵ (VALDÉS, 1985, p. 12-13)

⁶³ No original: “[...] aparece como ideal nacionalsocialista de juez un juez que es comisionado de la comunidad popular. Su libertad no está limitada por un principio de seguridad formalista-abstrato o por la arbitrariedad, sino a través de la concepción jurídica del pueblo personificada em el Führer y que se presenta em la ley.... Podemos confiar en esta regulación pues ninguna fórmula legal abstracta podría garantizar tanta independencia e permanencia a la actividad judicial como la coincidencia de convicción em el sentir y el querer de todos los miembros de la comunidad jurídica....”

⁶⁴ Para uma análise cinematográfica interessante do comportamento do juiz alemão nesse período, cf. JUDGEMENT at Nuremberg. 1961.

⁶⁵ No original: “El recurso al llamado “orden concreto” facilitaba la adecuación a las nuevas concepciones valorativas del nacionalsocialismo: justamente los “ordinamientos concretos” suprapositivos debían jugar una función correctora del derecho legislado y servir para la “renovación” del derecho vigente. Y así fue posible abandonar los valores individualistas y liberales de, por ejemplo, el Código Civil, y adaptar-lo a la concepción racista del nacionalsocialismo sin necesidad de nuevas intervenciones del legislador. Cuán lejos llegó esta reinterpretación de las disposiciones vigentes a través de la inclusión de ideologias suprapositivas y de los intentos de inferir valores a partir da realidad “vital y concreta”, ha ilustrado con todo detalle Bernd Rüthers en su ya clásica obra sobre a “interpretación ilimitada”. [...] La necesidad de abandonar el formalismo y asegurar un derecho “concreto” había sido espuesta, desde luego, no sólo a nível de los juristas sino también de los

A percepção de um pluralismo e da possibilidade de ocorrência de um dissenso racional acerca dos *standards* de valor fundamentais (HABERMAS, 2002, p. 290) é constitutiva da democracia, de modo que a atribuição a qualquer guardião de uma única concepção e interpretação privilegiada de uma suposta ordem concreta de valores permitiu o reforço da concepção estatal vigente na Alemanha Nazista.

3.2.1 *Do sistema italiano e do projeto Solmi*

Em continuidade a verificação da ressonância das concepções austríacas nas legislações processuais, faz-se mister perceber, no entanto, que as **demais legislações** mostraram-se inalteradas até a Segunda Grande Guerra, em face da manutenção das perspectivas liberais que consideravam o processo como assunto de interesse das partes com pouca ingerência do Estado (DENTI, 1971, p. 19), ou seja, o processo como mecanismo de resolução de conflitos.

Mas seria inegável a constatação de que na primeira metade do século XX a preocupação reformista foi enormemente centrada sob o princípio autoritário que representava a base ideológico-jurídica do nazismo e do fascismo (CALAMANDREI, 1939, v. IV, p. 103; DENTI, 1971, p. 62).⁶⁶

conductores del nacionalsocialismo. Será necesario, decía Hitler, que el derecho sea valorado nuevamente, no según el “criterio del pensamiento liberal, sino de acuerdo con las pautas dadas por la naturaleza.”

⁶⁶ Alguns autores defendem que mesmo o modelo socializador de Klein possuiria uma tendência nitidamente autoritária. Aroca acredita que tanto a Ordenança austríaca, por haver sido feita durante o império austro-húngaro, quanto o *Codice di procedura civile* italiano apresentam um modelo autoritário de processo. Afirma: “A concepção publicística do processo tinha origem em um momento e em um país e se concretizou em uma Ordenança processual Civil [ZPO 1895] que se deve qualificar, pelo menos, como antiliberal e autoritária, de aspecto oposto a sua alternativa, que é a concepção liberal e garantista de processo civil. Os códigos dos países comunistas representavam a essência do autoritarismo político, condensado no autoritarismo de um juiz não independente e disposto a realizar, também no caso concreto, as diretivas econômicas do Partido. O Código italiano de 1940, apesar de se desejar sustentar em sentido contrário, foi tipicamente fascista, imerso nessa concepção política. A concessão de amplos poderes discricionários ao juiz se explica somente se, ao mesmo tempo, se privam as partes daqueles poderes que, em realidade, representam das garantias das mesmas partes no início e no curso do processo civil. Não foi suficientemente evidenciado que os códigos nos quais foram concedidos maiores poderes aos juízes foram promulgados principalmente em países e em momentos nos quais os juízes eram menos independentes. Portanto, com a concepção desses poderes se estava favorecendo a ingerência do Poder Executivo na efetividade dos direitos subjetivos dos cidadãos” (parênteses nosso) (tradução livre) (AROCA, 2002, p. 60). No original: “La concezione publicistica del processo ebbe origine in un momento e in un paese determinato e si concretizzò in un’Ordinanza Processuale Civile che deve qualificarsi, per lo meno, come antiliberali e autoritaria, di segno opposto rispetto alla sua alternativa, che è la concezione liberale e garantistica del processo civile. I codici dei paesi comunisti rappresentano l’essenza dell’autoritarismo di un giudice non indipendente e disposto a realizzare, anche nel caso concreto, le direttive economiche del Partito. Il Codice italiano del 1940, per quanto si sia voluto sostenere il contrario, fu un codice tipicamente

Calamandrei, ao comentar o projeto Solmi de reforma, que serviu como uma das bases do *Codice* italiano de 1940, afirmava que as bases do Estado deveriam se fazer presentes, uma vez que o processo civil, antes de um instrumento dos direito privados, é considerado um meio para atuar a vontade do Estado, expressa em abstrato na lei e que se deveriam “projetar no campo do processo aqueles princípios autoritários no qual se inspira o ordenamento constitucional do Estado: já **que no processo o Estado é representado pelo juiz**, o princípio autoritário trazido ao processo civil significa logicamente o reforço dos poderes do juiz” (tradução livre)⁶⁷ (CALAMANDREI, 1939, v. IV, p.118; 115 *passim*).

Exaltava, assim, Calamandrei a busca pela celeridade, mediante um sistema preclusivo mais rigoroso e uma intervenção mais efetiva do juiz, pela aplicação do princípio autoritário, que permitia a este o exercício de maiores poderes discricionários (CALAMANDREI, 1939, v. IV, p. 114-118).

Obviamente que o pensamento de Calamandrei deve ser contextualizado, eis que traduzia uma tendência doutrinária de crítica ao modelo liberal de processo, já iniciada no período pré-fascista, que obteve respaldo institucional no Estado fascista (TARUFFO, 1980, p. 227-251; DENTI, 1971, p. 90).

Ocorre que, na prática, o *Codice* italiano de 1940, que veio a lume em pleno período fascista (o que conduz alguns a lhe atribuir essa característica), defendia na *Relazione* ministerial uma “aproximação da justiça ao povo”, o que permitia ao julgador “largos poderes de iniciativa, destinados a preencher as lacunas de uma defesa deficiente e a dar sugestões à parte mais débil e menos preparada” (tradução livre)⁶⁸ (DENTI, 1971, p. 20).

Na prática, segundo Denti, na Itália as idéias de Klein somente foram introduzidas no seu aspecto paternalístico, pois no plano técnico não o foram.

No entanto, para os latinos, o discurso germânico de socialização, no âmbito legislativo, chegou por intermédio de idéias amplamente defendidas por Chiovenda, com sua

fascista, immerso in questa concezione politica. La concessione di ampi poteri, che in realtà rappresentano le garanzie delle stesse parti all’inizio e nel corso del processo civile. Non è stato sufficientemente evidenziato che i codici in cui sono stato concessi maggiori poteri ai giudici sono stati promulgati principalmente in paesi e in momenti in cui i giudici erano meno indipendenti; pertanto, con la concessione di questi poteri si stava favorendo l’ingerenza del Potere Esecutivo nell’effettività dei diritti soggettivi dei cittadini”.

⁶⁷ No original: “[...] proietare sul campo del processo quei principi autoritari a cui si ispira l’ordinamento costituzionale dello Stato: poichè nei processo lo Stato è rappresentato dal giudice, il principio autoritario portato nel processo significa logicamente rafforzamento dei poteri del giudice. [...] il processo civile, prima che uno strumento dei diritti privati, è considerato come un mezzo per attuare in concreto la volontà dello Stato espressa in astratto nella legge”.

⁶⁸ No original: “[...] larghi poteri di iniziativa, destinate a colmare le lacune di una difesa deficiente ed a dare suggerimenti alla parte più debole meno esperta”.

proposta legislativa de reforma do *Codice* de 1920 (CHIOVENDA, 1949, v. II, p. 219-346), da comissão do pós-guerra (Primeira Grande Guerra).⁶⁹

Em tal anteprojeto, Chiovenda apontava uma série de alterações legislativas embasadas na técnica da oralidade e da concentração (CHIOVENDA, 1949, v. II, p. 222), mas que somente representavam uma defesa do modelo propugnado e estruturado por Klein algumas décadas antes.⁷⁰

O projeto, apesar de não ter sido convertido em lei, apresenta uma análise profunda dos movimentos reformistas e defende a superioridade de um processo marcado pelo princípio da oralidade e por outros princípios técnico-processuais, que se apresentariam como condição de melhor eficácia do processo oral, quais sejam: a) imediatidade da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações ele deva valorar; b) identidade física do juiz durante o desenvolvimento da causa; c) irrecorribilidade das interlocutórias; d) concentração do exame da causa num período único de debate a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências próximas; e e) aumento dos poderes judiciais com a adoção do princípio autoritário.

Com base no relatório de Chiovenda, os estudiosos dos países latinos começam a defender o modelo de Klein para a implementação de reformas legislativas nos respectivos países, de modo que até hoje se alardeiam essas tendências reformistas com tons de novidade.

3.2.2 Primeiras ressonâncias da socialização na legislação processual brasileira

No Brasil, essa tendência legislativa se implementa com a reestruturação legislativa levada a cabo pelo Código de Processo Civil de 1939, que unificou, em parte, a legislação processual civil de nosso país.

Na exposição de motivos do aludido CPC, o ministro Francisco Campos deixou claro a adoção do modelo processual de reforço do papel do Estado, encontrando indiscutível

⁶⁹ Como disse Couture, tais tendências “[...] tem dois grandes momentos: para os países de cultura germânica, a sanção da Ordenança processual Austríaca, de 1895; para os países de cultura latina, o relatório de Chiovenda para a Comissão de reforma do Pós Guerra. Ambos esses documentos são pontos de partida para uma nova época”. (COUTURE, 1939, p. 24).

⁷⁰ Ressalte-se que no projeto, pelo fato de o processo ser misto, a oralidade não exclui a necessidade da escritura, que possuirá dupla função: a) preparação da demanda para a audiência oral; e b) documentação daquilo que possui importância para a causa, em particular o que ocorrer na audiência. (cf. CHIOVENDA, 1949, v. II, p. 252-254).

respaldo do Estado Novo, implementado no Brasil por Getúlio Vargas, com nítida vocação totalitária, populista e paternalista.

Como disse:

O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público. Ora, se a justiça, em regime liberal, poderia continuar a ser o campo neutro em que todos os interesses privados procurariam, sob a dissimulação das aparências públicas, obter pelo duelo judiciário as maiores vantagens compatíveis com a observância formal de regras de caráter puramente técnico, no novo regime haveria de ser um dos primeiros domínios, revestidos de caráter público, a ser integrado na autoridade do Estado (CAMPOS, 1940, p. 254)

Buscou-se, assim, mediante o anteprojeto de Pedro Baptista Martins, que se convertera no CPC de 1939 (PACHECO, 1999, p. 212), inspirado nas concepções de Chiovenda, “a restauração da autoridade no processo” (MARTINS, 1940, p. 230; 234, *passim*)

Como explicitou Martins em sua defesa do anteprojeto:

Em suas observações sobre as premissas políticas do projeto italiano, CALAMANDREI adverte que o juiz é o representante do Estado no processo, cuja tendência publicística não é mais do que o aspecto parcial de um vasto fenômeno que se está desenvolvendo em formas diversas nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo e que tem como diretiva comum **a prevalência do interesse social sobre o interesse individual**. Ao princípio dispositivo, que é a expressão no processo, do individualismo liberal, opõe-se hoje o princípio inquisitório que se afirma como expressão do autoritarismo, que não pode deixar a mercê das iniciativas individuais, a realização das finalidades da justiça (destacamos) (MARTINS, 1940, p. 234-235).

Desse modo, em combate à concepção liberal de processo, implementava-se uma intervenção ativa do Estado no processo, mediante a formulação de um papel ativo do juiz.

No entanto, apesar de na técnica da legislação de 1939 (e, mesmo, em nosso atual CPC de 1973) explicitar-se um modelo oral e concentrado de processo de cognição, na prática a oralidade nunca fora levada a sério, eis que as argumentações de convencimento quase nunca foram ou são desenvolvidas em perspectiva oral, mas, sim, reduzidas a escrito.

Em inúmeros casos do direito continental europeu, em que existia uma enorme resistência na utilização da oralidade, o comportamento judicial é lastreado na argumentação de que as observações desenvolvidas no debate devem ser verificadas e comprovadas nos documentos escritos, em uma cognição fragmentada, afastando as

decisões tomadas com base em impressões superficiais e sem uma preparação metódica (DAMAŠKA, 1991, p. 106).

Em nosso país, o trato da discussão endoprocessual, que deveria ser fomentada e implementada ao longo de todo o *iter* processual, na prática, somente ganha importância a partir da instrução probatória e, em inúmeras hipóteses, tão-somente no momento decisório.

Vê-se que a legislação pode ser socializadora e oral, mas a condução do procedimento se dá como se a legislação fosse liberal e escrita.

De fato, o único aspecto da socialização que se implementou no Brasil fora o de se reforçar o papel da magistratura e a credulidade de sua superioridade, ao se partir de um suposto privilégio cognitivo, que encontra suas bases, no âmbito da teoria do processo, no pensamento de vários autores, mas, notadamente, no de Oskar von Bülow.

3.3 As bases da socialização processual no âmbito doutrinário – das teorias de Bülow – da relação jurídico processual (*Prozessrechtsverhältnis*) e da aplicação jurídica solitária e sensível pelo julgador

Em paralelo ao esforço empreendido por Klein na legislação austríaca surgiu no âmbito doutrinário da Alemanha, uma linha teórica que gerou, ao mesmo tempo, a autonomia de estudo do direito processual, além de, para alguns, inaugurar o denominado “processualismo científico” (CASTILLO, 1974, t. II, p. 308).⁷¹

Como informa Zamora y Castillo, tal linha teórica fora inaugurada por Oskar von Bülow, que, em 1868,

[...] publica em Giessen seu célebre livro *A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais (Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen)*, no qual concebe o processo como uma relação jurídica que progressivamente se desenvolve. Esta concepção, que possuía antecedentes remotos, como os de Búlgaro de Sassoferato e Bernardo Dorna, juristas italianos da Idade Média, lembrados a respeito por Wach, Chiovenda e Florian, é genuinamente alemã: alemães são o filósofo Hegel, que a vislumbra, Bethmann-Hollweg que a sustenta, Bülow, que a desenvolve. Alemães são também aqueles que a difundem; aqueles que trazem a ela retificações ou variantes (como *Köhler* ou *Hellwig*); aqueles

⁷¹ Lembre-se, no entanto, que recentemente, em tese de doutoramento, Cordeiro Leal contestou o aspecto científico da teoria Bülowiana (CORDEIRO LEAL, 2006).

que a adaptam aos distintos ramos do processo (como John e Von Kries no penal ou Otto Mayer no direito administrativo) (tradução livre)⁷² (CASTILLO, 1974, t. II, p. 308).

Segundo o próprio Bülow:

Nunca se duvidou que o direito processual civil determina as faculdades e deveres **que colocam em mútuo vínculo as partes e o Tribunal**. Mas, dessa maneira, afirmou-se, também, que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma relação jurídica. [...] Visto que os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre os funcionários do estado e os cidadãos, **desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo e cooperação com a atividade judicial**; essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública. **A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito** por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial apresentam-se totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião (destacamos) (BÜLOW, 2005, p. 5-6).

Assim, Bülow estruturou uma autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento da relação jurídico processual (*Prozessrechtsverhältnis*), relação publicística lastreada primordialmente na figura do juiz, eis que as partes se apresentam como meros colaboradores.

Além das críticas amplamente divulgadas na processualística contra a existência de uma relação jurídica processual, a partir de Sperl, em 1927, Ricca Barberis, em 1931, Leo Rosenberg, em 1926 (FAZZALARI, 1994, p. 913-915), James Goldschmidt, em 1925 (GOLDSCHMIDT, 1936), ou, mais modernamente, por Fazzalari, em 1958 (FAZZALARI, 1958), na Itália, e por Gonçalves, no Brasil (GONÇALVES, 1992), a teoria de Bülow deve sofrer críticas também em seu fruto mais discutível, qual seja, a implementação de um protagonismo judicial, que conduzirá ao solipsismo judicial e ao esvaziamento do papel técnico e institucional do processo, sob um discurso moderno de funcionalização do sistema jurídico.

⁷² No original: “[...] publica en Giessen su célebre libro La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen) y concibe el proceso como una relación jurídica que progresivamente se desenvuelve. Esta concepción, a la que se han señalado antecedentes remotos, como los de Búlgaro de Sassoferato y Bernardo Dorna, juristas italianos de la Edad Media recordados al efecto por Wach, Chiovenda y Florian, es genuinamente alemana: alemanes son el filósofo Hegel que la vislumbra, Bethmann-Hollweg que la sustenta, Bülow que la desenvuelve; alemanes son asimismo quienes la difunden; quienes aportan a ella rectificaciones o variantes (como Kohler o Hellwig); quienes la adaptan a las distintas ramas del proceso (como John y Von Kries al penal o Otto Mayer al administrativo)”.

A defesa do aludido protagonismo judicial em Bülow somente se apresenta de modo indiscutível em sua obra de 1885, *Gesetz und Richteramt (Lei e função judicial)*, publicada cinco anos antes da obra de Menger.

Como explicita Larenz:

A idéia básica deste escrito, a tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de Direito. A lei não logra criar logo o Direito; é “somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica” (p. 45). Cada litígio jurídico “põe um particular problema jurídico para que não existe ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna [...], determinação que também não é possível inferir-se, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei” (p. 32). Sob o “véu ilusório da mesma palavra da lei” oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser “em média a mais justa” (p. 36). Não diz Bülow segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo um critério objectivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a “natureza das coisas” ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjectivo, porventura o do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma interpretação teleológica da lei, como no sentido da “teoria do Direito livre” – e foram-no, realmente, tanto num como noutro sentido (LARENZ, 1997, p. 78).

Constata-se, porém, da análise do texto de Bülow que este buscava, sim, uma aplicação livre e, em certa medida, subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam desenvolver sua função com sabedoria e sensibilidade, uma vez que “a atividade do juiz contribui para o progresso e a completude da edificação do ordenamento jurídico, que a lei somente iniciou” (BÜLOW, 2003, p. 9) (tradução livre).⁷³

Desde o início deste famoso ensaio, Bülow diz que:

[...] Permito-me então exprimir a esperança de que a minha presente tentativa, bem mais pretensiosa que as antecedentes, tendente a desenvolver e fundamentar completamente **uma teoria da criação do direito pelo juiz**, não se mostre estranha aos que os outros, mesmo que silentes, também entendam como correto. A verdadeira demonstração sobre a correção do caminho empreendido dependerá, porém, do seguinte: se os juízes, aos quais o texto é, sobremaneira, destinado encontrarão nestas páginas aquilo que satisfaz plenamente e anime a sua vocação! (destacamos) (tradução livre)⁷⁴ (BÜLOW, 2003, p. 6).

⁷³ No original: “Die richterliche Thätigkeit hilft das stalt, das vonm Gesetz nur begonnene Rechtsordnungswerk fortführen und vollenden”.

⁷⁴ No original: “Hiernach darf ich mich der Hoffnung hingeben, daß der vorliegende weit über die früheren Andeutungen hinausgehende Versuch, eine Theorie der richterlichen Rechtsschaffung zu entwickeln und vollständig zu begründen, nicht zu weit von dem abliegen wird, was auch Andere unausgesprochen für richtig halten. Die eigentliche Entscheidung über die Richtigkeit des eingeschlagenen Weges wird davon abhängen, ob Diejenigen, welche diese Schrift am nächsten angeht, die Richter, in dem hier Vorgetragenen das wiederfinden werden, was ihren Beruf erfüllt und beseelt!”.

Informa, assim, que suas reflexões:

[...] exprimem a sua convicção e isto é que, ao lado do direito criado pela lei, devemos admitir a existência de um verdadeiro e próprio direito de origem judicial, que não coincide com o direito consuetudinário e nem deste deriva (tradução livre)⁷⁵ (BÜLOW, 2003, p. 7-8).

Afirma que o direito é um fato da experiência, o que garantiria ao juiz uma atuação guiada por um sentimento jurídico pulsante no povo (BÜLOW, 2003, p. 19). Desse modo,

[...] qual seja o justo, não é lei a dizê-lo. É ao juiz que é entregue a atribuição de colocar em evidência uma íntima unidade naquela multiplicidade, vale dizer, de escolher a disposição normativa que a ele pareça medianamente a mais justa. E porquanto recorra com formalismo e método também aos usuais expedientes hermenêuticos, não por isto encontrará uma disposição de lei que a acolha, que lhe coloque limites jurídicos a sua escolha. **Qualquer resultado ao qual ele chegue estará sendo autorizado antecipadamente pelo Estado como aquele justo, revestido da força da coisa julgada.** [...] O poder autônomo de determinar o direito por parte do juiz alcança o fim de surgir vitoriosamente, **até contradizendo significados normativos** consolidados, **até opondo-se ao querer e ao desejo do legislador.** Esta é consequência das múltiplas dificuldades que se podem opor à precisa compreensão da palavra da lei (destacamos) (tradução livre)⁷⁶ (BÜLOW, 2003, p. 34-36).

O juiz, para Bülow, é um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, o protagonista do processo que criaria o direito mesmo *contra legem*:

O fato bastante freqüente que à sentença dos juízes contradigam o sentido e a vontade da lei deve ser suportado com boa vontade: destino inevitável, tributo que os legisladores e juízes **prestam à debilidade do poder de expressão e comunicação humanas.** Mas nem esta última reflexão, nem qualquer artifício jurídico podem nos fazer desviar da verdade que se apresenta diante aos olhos: todas as múltiplas divergências das sentenças judiciárias acerca das normas postas pelo legislador são, todavia, confirmadas pelo poder estatal. **O Estado é obrigado a suportá-las e, até, muni-las do selo da coisa julgada. Também a decisão contrária a norma posta é então juridicamente vinculante. Como cada decisão do juiz é uma norma que emana do Estado, é por ele aprovada, provida do seu**

⁷⁵ No original: “[...]ergiebt sich aus ihnen für mich die Ueberzeugung, daß wir um offen heraus zu einem eigenartigen, neben dem Gesetzesrecht stehenden, auch nicht etwa mit jenem Gewohnheitsrecht zusammenfallenden oder sich von ihm abzweigenden *richterlichen* Rechte zu bekennen haben.”

⁷⁶ No original: “Welche von ihnen die richtige ist, darüber spricht sich das Gesetz nicht aus. Dem Richter bleibt es überlassen, aus jener Vielheit eine innerliche Einheit herauszustellen oder vielmehr diejenige Rechtsbestimmung zu wählen, die ihm als die durchschnittlich richtigste erscheint. Und so pflichtmäßig und sorgsam er hierbei auch alle zugänglichen Auskunftsmittel zu Rathe zieht, so ist ihm hierfür durch keine Gesetzesanweisung gegeben und bei der Wahl keine Rechtsschranke gesetzt. Jedes Ergebnis, zu dem er gelangt, ist in voraus vom Staate als das Richtige genehmigt, mit Rechtskraft bedacht! [...] Die selbständige Rechtsbestimmungsmacht des Richteramts vermag aber endlich sogar im Widerspruch zum wirklichen, fest bestimmten Gesetzssinne, im Gegensatz zum Wollen und Hoffen des Gesetzgebers siegreich zum Durchbruch zu kommen. Es wird dies durch die vielen Schwierigkeiten ermöglicht, die sich dem richtigen Verständnis des Gesetzeswortes entgegenstellen können”.

poder coercitivo. Com esta afirmação, não se quer dizer outra coisa diversa: que o Estado autoriza o juiz a realizar determinações jurídicas não contidas no direito posto pelo legislador, mas sim por ele buscada, em um certo sentido inventada, determinação que a lei não escolheu e muito menos desejou! (destacamos) (tradução livre)⁷⁷ (BÜLOW, 2003, p. 37).

Percebe-se, ainda, que a proposta alardeada por linhas recentes da sociologia⁷⁸ ou do Direito Processual⁷⁹ (DINAMARCO, 2001), que buscam o aprimoramento do sistema jurídico mediante a boa escolha de juízes e seu decorrente ativismo judicial e aplicação do direito solitária, com sensibilidade, encontra parte de suas raízes nos pensamentos de Menger e Bülow, na doutrina, e de Klein, na legislação.

A defesa “atual” de que para uma melhora do sistema jurídico deve haver a procura de uma formação plural (humanística, jurídica, social e econômica) **tão-somente** dos juízes, e não de todos os sujeitos processuais, parte do equívoco do protagonismo judicial que impede a compreensão da interdependência e do policentrismo processual, que imporia uma participação e um reforço da importância e do papel de todos que se apresentam no processo.

Àquela época, o pensamento que conduzia ao protagonismo judicial poderia ser mesmo defensável, eis que os juristas lutavam contra a aplicação liberal do direito

⁷⁷ No original: “Wenn es nun deshalb oft genug vorkommt, daß richterliche Urtheile dem wahren Sinne und Willen des Gesetzes zuwiderlaufen, so ist dies gewiß ruhigen Muthes als ein unvermeidliches Geschick zu erdulden, als ein Tribut, welchen die Gesetzgeber und Richter der Schwäche des menschlichen Mittheilungs – und Erkenntnißvermögens zollen. Aber weder diese entschuldigende Ueberlegung noch irgend ein juristisches Kunststück kann uns über die offen vorliegende Wahrheit hinwegleiten lassen, daß alle die vielen Abweichungen der richterlichen Rechtssprüche von der gesetzlichen Rechtsatzung dennoch durch die Staatsgewalt rechtlich bestätigt werden. Der Staat is genöthigt, sie sich gefallen zu lassen, auch sie mit dem Stempel der Rechtskraft zu versehen. Auch das gesetzwidrige Urtheil ist doch rechtsverbindlich. Es ist wie jedes richterliche Urtheil eine von Staat ausgehende, vom Staat gebilligte, vom Staat mit seiner Zwangsgewalt ausgestattete Rechtsbestimmung! Damit ist aber nichts Anderes gesagt, als daß der Richter vom Staate ermächtigt ist, auch solche Rechtsbestimmungen vorzunehmen, die nicht im Gesetzesrecht enthalten, sondern lediglich vom Richter gefunden, ja erfunden, von ihm, nicht vom Gesetze gewählt und gewollt sind!”.

⁷⁸ Boaventura dos Santos, em um de seus escritos sobre o Acesso à Justiça, coloca como um dos pilares da melhoria do sistema a sabedoria do juiz que deveria possuir “[...] conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular” (SANTOS, 1999, p. 180). Em um de seus estudos mais recentes, no entanto, apesar de continuar a constatar o protagonismo judicial afirma que: “Quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa. E, rapidamente, de solução passa a problema. E, se as expectativas forem muito elevadas, ao não serem cumpridas, geram enorme frustração. Acresce que tudo isto ocorre num contexto de maior visibilidade social do sistema judicial dentro da sociedade” (SANTOS, 2007, p. 21).

⁷⁹ Mesmo Couture, um dos grandes críticos da adoção do princípio autoritário, chegou a uma conclusão que para ele possuía um excepcional significado político, qual seja “[...] que da eleição desses homens [os juízes] depende a sorte da Justiça. Será boa se a lei permite eleger homens bons; será má se a lei autoriza a eleger homens maus. O problema da eleição do juiz resulta ser, em definitivo, o problema da Justiça” (COUTURE, 1948, t. I, p. 84). No original: “[...] que de la elección de esos hombres depende la suerte de la justicia. Será buena sai ley permite elegir hombre buenos; será mala, si a ley autoriza a elegir hombres malos. El problema de la elección del juez resulta ser, en definitiva, el problema de la justicia”.

(liberalismo jurídico) que impunha a prevalência dos interesses privados em detrimento dos sociais.

No entanto, a defesa pura e simples do protagonismo judicial como chave e solução de boa parte das mazelas do sistema, após a evolução da Ciência Jurídica ocorrida no último século, parece, na atualidade, no mínimo, ingênua.

Percebe-se, claramente, como o pensamento da processualística atual, parcialmente, delinea o papel do processo como instrumento e legitimador da atividade dos juízes. Como demonstrou Cordeiro Leal, ao comentar o texto de Bülow:

É a leitura, portanto, de Gesetz und Richteramt, de 1885, que permite entender, em sua integralidade, a proposta de Bülow, cujo núcleo já estava presente em seu texto sobre as exceções processuais de 1868, mas que, não obstante, só fora exposta de forma sistemática dezessete anos depois. Somente a partir dessa última obra é que Bülow se deixa compreender amplamente, tendo em vista suas cogitações sobre a **importância da magistratura na criação do direito a justificar o necessário reforço do poder da classe privilegiada dos juízes**, sem os quais não seria possível o resgate da nação alemã da anomia em que se lançara em determinadas fases de sua história. Torna-se compreensível, nesse passo, o motivo pelo qual o processo não poderia mesmo ser abordado por Bülow sob as perspectivas privatísticas do contrato ou quasecontrato, **mas como relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveria ser controlada pelos juízes**. Diante da importância dos magistrados, o controle da relação processual permitiria, em última análise, o controle de todo o direito vigente, e somente mesmo a relação jurídica e a subordinação nela pressuposta poderiam dar sustentação a esse projeto. Por esses motivos, entendemos possível afirmar que **o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo esta ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e experiência do julgador** (destacamos) (CORDEIRO LEAL, 2006, p. 43-44).

Como concluiria Cordeiro Leal:

Bülow propõe que a relação jurídica processual se prestaria exatamente a que as mentes brilhantes e sensíveis dos magistrados pudessem **criar, casuisticamente**, um direito adaptado aos anseios da nação alemã – o que, por óbvio, nos remete ao entrecimento da missão do juiz com uma certa realidade social (destacamos) (CORDEIRO LEAL, 2006, p. 50).

O processo, assim, deveria servir para legitimar as pré-compreensões privilegiadas do juiz.

Implementava-se no discurso processual a quebra completa do ideal de monopólio das partes e dos advogados no processo civil e do liberalismo processual, ao partir do pressuposto publicístico (ou pseudopublicístico, pois fruto do subjetivismo particularista dos juízes em várias hipóteses) de ativismo e protagonismo judicial, discurso esse reforçado pela

consolidação do Estado Social nos países europeus, pelo aumento da importância do Poder Judiciário, especialmente com a criação de Tribunais Constitucionais.

Tais tendências de socialização do processo representavam um movimento crítico contra as degenerações do sistema processual liberal, que permitiam à parte assistida por um advogado mais hábil a vitória no “duelo judiciário”, em que o processo se transformava.

Como salienta Picardi:

É notório que, com a passagem do Estado liberal clássico ao Estado Social de direito, as atribuições do legislador e os aparatos administrativos foram multiplicados. Mas o aumento destes aparatos determinou [...] um incremento dos poderes do juiz. O fenômeno resulta acelerado, sobretudo pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação em alguns setores e a inatividade em outros.

A característica da chamada “inflação legislativa” não consiste somente na multiplicação das leis, mas também na desvalorização da lei. [...] multiplicação das disposições legislativas, não somente quantitativa, mas, sobretudo, qualitativa. [...] Foi sublinhado como a atividade jurídica seja uma *ars combinatoria* de leibniziana memória; o aumento do número de regras comporta, então, um desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinação: mais regras existindo, maiores serão as possibilidades de antinomias, de contradições internas do ordenamento. Além disso, a aceleração progressiva do *ius superveniens* termina por transferir à jurisprudência atribuições consideradas próprias da legislação: da determinação dos efeitos da lei no tempo (abrogativos e retroativos) à mesma organização das fontes do direito (tradução livre)⁸⁰ (PICARDI, 2004, p. 44-45).

Ainda na concepção do mesmo autor, a inatividade do legislador também conduziu ao fortalecimento do papel do Judiciário e ao deslocamento para este do suprimento da carência legislativa (PICARDI, 2004, p. 46).

No entanto, essa situação no segundo pós-guerra adquire contornos peculiares com a elaboração de um modelo socializador característico dos países do leste europeu (socialismo processual) e com a realização de um respeitável pesquisa intitulada “projeto Florença de Acesso à Justiça”, como será visto no próximo capítulo.

⁸⁰ No original: “È noto che, con il passaggio dallo Stato liberale classico allo Stato sociale di diritto, i compiti del legislatore, e degli apparati amministrativi, si sono moltiplicati. Ma l’ampiamiento di questi apparati ha determinato [...] un incremento dei poteri del giudice. Il fenomeno risulta accelerato, soprattutto, dalla patologia di una legislazione oscillante tra l’inflazione in alcuni settori e l’inattività in altri. La caratteristica della c.d. inflazione legislativa non consiste solo nella moltiplicazione delle leggi, ma anche nella svalutazione della legge. [...] moltiplicazione delle leggi, ma anche nella svalutazione della legge. [...] È stato sottolineato come anche l’attività giuridica sia un’ars combinatoria di leibniziana memoria; l’aumento del numero delle regole comporta, quindi, uno sviluppo esponenziale delle possibilità di combinazione: più regole vi sono, più si verificano possibilità di antinomie, di contraddizioni interne dell’ordinamento. Inoltre l’accelerazione progressiva dello *ius superveniens* finisce per trasferire sulla giurisprudenza compiti ritenuti propri della legislazione: dalla determinazione degli effetti della legge nel tempo (abrogativi e retroattivi) alla stessa organizzazione delle fonti del diritto”.

4 DA SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL NO SEGUNDO PÓS-GUERRA – DO PROJETO FLORENÇA DE ACESSO À JUSTIÇA E SUA REPERCUSSÃO NOS SISTEMAS PROCESSUAIS

4.1 Passagem do *Gesetzstaat* (Estado de Leis) para o *Richterstaat* (Estado de Juízes)?

Toda a reconstrução até aqui exposta representa para os socializadores, nos dizeres de Picardi, uma passagem de um *Gesetzstaat* (Estado de Leis) para um *Richterstaat* (Estado de Juízes),⁸¹ com diminuição da importância do legislador e potencialização do papel da magistratura (PICARDI, 2004, p. 42).

Após o segundo pós-guerra, começa a mudar paulatinamente o quadro até aqui descrito, eis que se implementa a rejeição das ações políticas que visavam a uma melhoria social, inclusive em países de regime democrático-liberal. Além disso, configura-se uma maior abertura da ciência jurídica aos problemas da sociedade (DENTI, 1971, p. 31).

Outro fator determinante para essa alteração foi a criação dos Tribunais Constitucionais, e a nova leitura dos princípios constitucionais imposta por estas cortes (DENTI, 1971, p. 31).

Os modos de utilização da técnica processual para fins de justiça social são implementados mediante a simplificação dos procedimentos, a presença de leigos nos colégios judicantes e o aumento dos poderes judiciais, especialmente no campo probatório (DENTI, 1971, p. 56).

A **simplificação procedimental** representaria uma possibilidade de permitir aos culturalmente menos dotados a acessibilidade, inclusive com a possibilidade de se defender pessoalmente perante o juiz (DENTI, 1971, p. 56).

Constata-se, no entanto, que um dos principais movimentos de reforma processual do segundo pós-guerra consubstanciou-se pelo peculiar movimento de socialização processual ocorrido nos países do Leste Europeu: o denominado “socialismo processual”.

⁸¹ Perceba-se que esta tendência, de desmoroamento de um Estado legislativo Parlamentar já era apontada em 1932 por Carl Schmitt (SCHMITT, 1971, p. 3), que vislumbra a existência de Estados Jurisdicionais onde a última palavra ao se dirimir um conflito não era dada pelo legislador, mas, sim, pelo juiz (SCHMITT, 1971, p. 6). Afirmava, ainda, que o *ethos* do Estado jurisdicional garantia ao juiz julgar imediatamente, em nome do Direito e da Justiça, sem mediações ou imposições de outros poderes não judiciais. Para tanto, o Direito e Justiça deveriam possuir um conteúdo unívoco (SCHMITT, 1971, p. 12).

Tal modelo ganha inúmeros adeptos e, no futuro, passa a servir de base para alterações nos sistemas processuais ocidentais,⁸² com o reforço ainda maior dos poderes judiciais.

4.2 Do socialismo processual dos países do Leste Europeu no segundo pós-guerra

Nos países do Leste Europeu, especialmente pelo aumento da ingerência da então União Soviética, ocorreu um peculiar desenvolvimento da socialização processual, criando uma vertente denominada “socialismo processual”, com caracteres muito especiais, e que gerou reformas que até hoje são sentidas nas legislações processuais.

Nesses Estados ativos, na concepção de Damaška, delineava-se e pregava-se o papel de uma cidadania que deveria contribuir para o estabelecimento dos ideais estatais, uma verdadeira devoção ao Estado (DAMAŠKA, 1991, p. 286).

Tal perspectiva, obviamente, gerou, nos primeiros estágios de sua criação, ressonância no próprio comportamento judicial e dos advogados, inclusive conduzindo Damaška a apresentá-lo como exemplo do denominado (por ele) “processo como atuação de escolhas políticas”.

Como explica Damaška:

Quando a revolução russa e a chinesa eram recentes, as autoridades admitiam abertamente que o partido do poder tivesse o direito de intervir decisivamente na administração da justiça, não somente no sentido de estabelecer orientações gerais ou pretender que os juízes inspirassem lealdade à causa do Estado, mas também no sentido de dar instruções específicas sobre como se deveria decidir cada caso (tradução livre)⁸³ (DAMAŠKA, 1991, p. 288).

Nessa fase de formação do Estado comunista Picardi, Lantieri e Lopardi informam que na URSS o Direito e a Política se fundiram, sendo ambos instrumentos funcionais para realização dos valores superiores. Deste modo, os tribunais mantêm um liame muito estreito com os órgãos diretivos do poder do Estado (PICARDI; LANTIERI; LOPARDI, 2007, p. 56).

⁸² Como se constata no Brasil, mediante inúmeros exemplos. Dentre os mais recentes, poder-se-ia citar a possibilidade de o juiz de ofício declarar a prescrição em qualquer situação (cf. o exemplo soviético: CAPPELLETTI, 2001, p. 28).

⁸³ No original: “Quando la rivoluzione russa e quella cinese erano ancora giovane, le autorità ammettevano apertamente che il partito al potere aveva il diritto di intervenire decisamente nell’amministrazione della giustizia, non solo nel senso di stabilire orientamenti generali o pretendere che i giudici ispirassero lealtà alla causa dello Stato, ma anche nel senso di dare istruzioni specifiche sul come si dovessero decidere singoli casi”.

E, ainda, no momento da introdução do modelo ocorrerá nítida influência no papel da advocacia, uma vez que

[...] Em um ordenamento caracterizado pela tendência de facilitar uma pronta atuação das orientações do Estado não existe lugar para advogados que sirvam o interesse pessoal dos seus clientes e criem obstáculos à realização dos programas do Estado. [...] Esta situação se verifica naturalmente em um Estado que refuta estreitos laços privados de lealdade e pretende o sacrifício dos interesses inferiores sobre o altar daqueles superiores. Aqui a lealdade do defensor em relação ao assistido não possui nenhum mérito superior específico. [...] Nas situações nas quais o interesse do Estado e o interesse pessoal do cliente exigem modalidades de ação divergentes, o defensor deveria permanecer passivo, sem favorecer ativamente a decisão justa e nem ajudar o seu cliente (tradução livre)⁸⁴ (DAMAŠKA, 1991, p. 291-293).

O papel do advogado deixa de ser indispensável e se limita a ofertar um suporte psicológico e a buscar uma maior rapidez procedimental (DAMAŠKA, 1991, p. 296). Ademais, tal estruturação “socialista” contava com inúmeras peculiaridades.

Uma primeira fora a aplicação diferenciada do movimento pela penalização do processo civil (*Poenalisierung des Zivilprozessrechts*), que ampliava ainda mais os poderes e a intervenção dos órgãos públicos durante o processo (poderes oficiosos), mitigando em muito a aplicação do princípio dispositivo (CAPPELLETTI, 1974c, p. 21; PICARDI; LANTIERI; LOPARDI, 2007, p. 53).

Tais repercussões na técnica processual socialista encontraram embasamento, igualmente, na obra de Menger que afirmava:

[...] se, por conseqüência, o Estado popular do trabalho considera para esses fins essenciais da massa como formador do verdadeiro bem público, será mister que se estatize o regime de direito privado, de modo a transformá-lo em direitos administrativos, e que se faça aplicar estes últimos de ofício por seus órgãos. [...] Assim, desaparecerá a barreira mais importante que separa ainda hoje o procedimento civil e o procedimento penal e administrativo. As três formas de procedimento se fundirão em um só e se consistirão em uma instrução de ofício (tradução livre)⁸⁵ (MENGER, 1904, p. 218-220).

⁸⁴ No original: “In un ordinamento caratterizzato dalla tendenza a facilitare una pronta attuazione degli orientamenti dello Stato non c’è posto per avvocati che servano l’interesse personale dei loro clienti e creino ostacoli alla realizzazione dei programmi dello Stato. [...] Questa situazione si verifica naturalmente in uno Stato che rifiuta ristretti legami privati di lealtà, e pretende il sacrificio degli interessi inferiori sull’altare di quelli superiori; qui la lealtà del difensore verso il suo assistito non ha alcun merito sostanziale specifico. [...] Nella situazione in cui l’interesse dello Stato e l’interesse personale del cliente esigono modalità di azione divergenti, il difensore dovrebbe rimanere passivo, senza favorire attivamente la decisione giusta né aiutare il suo cliente”.

⁸⁵ No original: “Si donc l’État populaire du travail considère ces fins essentielles de la masse comme formant le vrai bien public, il faut qu’il étatisé le régime du droit privé, qu’il transforme les droits privés en droits administratifs, et qu’il fasse appliquer d’office ces deniers par ses organes. [...] Ainsi disparaît la barrière la plus importante qui sépare aujourd’hui encore la procédure civile et la procédure pénale et administrative. Les trois formes de procédure se fondront en une seule, consistant essentiellement en une instruction d’office”.

A adoção de poderes oficiosos do julgador ganhou uma dimensão que nem mesmo Menger imaginara, uma vez que, além do modelo convencional de ativismo judicial⁸⁶, permitiu-se aquele a não vinculação às alegações e provas deduzidas pelas partes, estando autorizado a suscitar de ofício aspectos fáticos e questões relevantes para a decisão, podendo, inclusive, decidir *ultra petita* e atribuir formas de tutela não requeridas que considerasse mais apropriadas ao caso em discussão (COMOGLIO, 1998, p. 121).

Essas tendências, estruturadas nos países do Leste Europeu, sob os influxos do modelo estatal socialista, foram, em grande parte, inspiradas, como já dito, no sistema processual soviético (URSS), que encontra suas bases consolidadas nas denominadas “Normas fundamentais de direito processual das repúblicas socialistas soviéticas e das repúblicas da União”, aprovadas pelo Soviete Supremo da URSS em 18 de dezembro de 1962 (GURVIC, GHERZON, 1963, p. 1625).

Nessas normas fundamentais, estabelecia-se que as finalidades do processo civil na URSS, consistiam

[...] no julgar e decidir rapidamente e corretamente as causas cíveis, com o escopo de proteger a estrutura socialista e o sistema econômico socialista em relação com a proteção dos direitos cíveis e dos interesses legítimos dos cidadãos e das organizações socialistas. Para a sua finalidade geral, o processo civil é dirigido ao reforço da legalidade socialista, à prevenção das transgressões das leis e das regras da convivência socialista. (art.2) (tradução livre)⁸⁷ (GURVIC, GHERZON, 1963, p. 1624-25).

Mesmo antes da implementação dessas “Normas” as reformas no âmbito judiciário faziam do processo civil da URSS um dos campos preferenciais das intervenções políticas e propagandísticas dos dirigentes do sistema (PICARDI; LANTIERI; LOPARDI, 2007, p. 44), ao se buscar a estruturação de um alardeado **papel educativo** do judiciário, defendido pelos artífices das reformas, entre eles, em destaque, Andrej J. Vyšinskij (PICARDI; LANTIERI; LOPARDI, 2007, p. 35).

Verificou-se, desse modo, uma enorme intervenção do juiz, visando a uma alegada aplicação social e política do direito. Os tribunais da URSS, por exemplo, são considerados,

⁸⁶ Que permitia ao magistrado: a) a direção formal do processo, mediante o impulso oficial; b) a direção material do processo, com a possibilidade v.g. de um poder-dever de investigação de ofício dos fatos relevantes com a assunção de provas necessárias à busca da verdade; c) a assunção de função intervencionista e assistencial para as partes.

⁸⁷ No original: “[...] nel giudicare e decidere rapidamente e correttamente le cause civili con lo scopo di proteggere la struttura socialista in relazione con la protezione dei diritti civili e degli interessi legittimi dei cittadini e delle organizzazioni socialiste. Per la sua finalità generale, il processo civile è diretto al rafforzamento

no dimensionamento de suas funções educativas e de defesa do Estado soviético, instituições políticas (PICARDI; LANTIERI; LOPARDI, 2007, p. 54)

Ocorre que, devido ao imenso reforço do papel do juiz no processo socialista, delineou-se, como visto, uma clara redução da importância das partes e de seus procuradores no processo, além de se vislumbrar uma necessidade de controlar as atividades daquele, em face do nítido modelo processual solipsista de aplicação de tutela.

Apesar de ser emblemática nesses sistemas a defesa do aumento do controle pelo Tribunal sobre os atos de disposição das partes, como repercussão óbvia dos ideais socialistas (JODLOWSKI, 1988, p. 478-479), foi sendo paulatinamente criada uma preocupação com o aumento desse papel e com a conseqüente redução da responsabilidade das **partes e dos advogados, uma vez que esses passaram a assumir uma postura passiva e espectadora.**

A constatação de que o aumento demasiado dos poderes judiciais pode conduzir a uma substituição do papel das partes pelo juiz gerou enorme preocupação nesses sistemas. Em congresso realizado em 1971, a grande preocupação extraída das discussões prendia-se à criação de instrumentos práticos direcionados à **indução das partes a um comportamento ativo e responsável, vez que o reforço da atividade judiciária conduziu ao esvaziamento de suas funções.**

No congresso denominado *O caráter democrático do processo civil socialista*, que envolvera representantes de toda a Europa socialista e ocidental (Austria, Bélgica, França, Itália e Suécia), verificou-se que:

De fato, pela exposição de alguns entre os mais importantes processualistas socialistas, como Dobrovolski (União Soviética), Nevai (Hungria), Stalev (Bulgária) e Wengerek (Polônia), extrai-se que uma das principais preocupações das modernas leis processuais socialistas e dos atuais movimentos de reforma é propriamente aquela de preparar as **percepções técnicas e de criar os instrumentos práticos para induzir as partes a um comportamento ativo e responsável com o fim de assegurar o caráter contraditório do processo.** Busca-se assim estimular a iniciativa das partes para evitar que elas se remetam simplesmente à atividade e a busca de materiais que interessem ao juiz e ao Ministério Público ou se sintam realmente dominados pelos poderes atribuídos a estes órgãos públicos. **Fora defendido o princípio *ne eat iudex ultra acta partium* para sublinhar que a função do juiz permanece, antes de tudo, aquela de ouvir as partes e de respeitar a sua liberdade de ação, e não aquela de substituir-se a elas.** Fora ainda reforçada a validade da regra *ius vigilantibus scriptum* para demonstrar que o autor e o réu possuem uma precisa responsabilidade ao usar os instrumentos que a lei processual coloca à sua disposição (destacamos) (tradução livre)⁸⁸ (TROCKER, 1972, p. 130).

della legalità socialista, alla prevenzione delle trasgressioni delle leggi e all'educazione dei cittadini nello spirito del rispetto e dell'esecuzione delle leggi e delle regole della convivenza socialista”.

⁸⁸ No original: “Infatti, dalla esposizione di alcuni tra i più autorevoli processualisti socialisti come Dobrovolski (Unione Sovietica), Nevai (Ungheria), Stalev (Bulgaria) e Wengerek (Polonia), è emerso che una delle principali preoccupazioni delle moderne leggi processuali socialiste e degli attuali gli movimenti di riforma, è proprio

Paulatinamente, tal discurso fora reforçado com o aumento da iniciativa privada como antídoto contra o exasperado dirigismo estatal (COMOGLIO, 1988, p. 7).

Mais recentemente, Jodlowski (1988, p. 481), comentando os movimentos reformistas da Polônia e o princípio da verdade objetiva, que era um dos principais pilares dos processos socialistas, afirmava que a atividade judicial obrigava o Tribunal a pesquisa dessa verdade. Porém, para o legislador do Código de 1950 e 1964 o papel ativo do juiz, suas prerrogativas e suas obrigações em matéria de recolhimento de material probatório deveriam ser sempre subsidiárias às atividades das partes, fazendo recair sobre o julgador o fardo da pesquisa da verdade objetiva, isto é, a determinação e todas as circunstâncias da causa. E, ainda, afirmava que tal degeneração deveria ser corrigida com a aplicação adequada do princípio do contraditório e com a imposição de limites à atividade oficiosa do julgador.

Obviamente, Jodlowski também explicava que a prevalência da atividade do Tribunal sobre o contraditório e o processo não decorria somente de uma escolha dos julgadores, mas, sim, da passividade das partes e dos advogados no desempenho de sua função técnica de modo responsável, no sentido de clarear as circunstâncias da causa e produzir provas adequadas (JODLOWSKI, 1988, p. 481).

Nesse aspecto, um breve parêntesis faz-se necessário antes de se continuar a análise da evolução dos sistemas processuais.

A constatação do autor polonês acerca do papel das partes e advogados serve a alguns sistemas processuais atuais, como o brasileiro, no qual as reformas processuais tendem a reforçar tão-somente o papel dos magistrados, negligenciando a atribuição de responsabilidade técnica aos advogados e, de certo modo, esvaziando sua participação, impondo, na prática, um sistema degenerado de imposição demasiada de responsabilidade nas mãos dos julgadores e a assunção de um papel cômodo e passivo para os advogados (e seus constituintes).

Desse modo, há de se constituir uma preocupação dos reformistas, além do já alardeado reforço do papel judicial, o reforço da participação das partes na disciplina processual. Para tanto, faz-se necessária a percepção de espaços técnicos de exercício dessas

quella di approntare gli accorgimenti tecnici e di creare gli strumenti pratici per indurre le parti ad un comportamento attivo e responsabile al fine di assicurare il contraddittorio del processo. Si mira cioè a stimolare la iniziativa delle parti per evitare che esse si rimettano semplicemente all'attività e all'interessamento del giudice e del pubblico ministero o si sentano addirittura sopraffatte dai poteri attribuiti a questi organi pubblici. Si è così sentito formulare il principio *ne eat iudex ultra acta partium* per sottolineare che la funzione del giudice resta, anzitutto, quella di ascoltare le parti e di rispettare la loro libertà di azione, e non quella di sostituirsi ad esse. Si è altresì ribadita la validità della regola *ius vigilantibus scriptum* per dimostrare che attore e convenuto hanno una precisa responsabilità nell'usare gli strumenti che la legge processuale mette a loro disposizione”.

atividades, sem um aumento demasiado do procedimento, pois, caso contrário, ir-se-ia de encontro ao princípio da celeridade, devidamente reinterpretado.⁸⁹

A advocacia brasileira, apesar de expender profundas críticas à magistratura, em algumas situações, não assume sua responsabilidade técnica no espaço endoprocessual, de modo a subsidiar maiores elementos de discussão para a formação dos provimentos.

Portanto, somente uma advocacia publicamente responsável (não corporativista) contribuirá para a estruturação de um Estado democrático de direito.

Tal quadro no Brasil decorre de inúmeros fatores; notadamente, da falta de uma postura participativa e interdependente entre os sujeitos processuais, aliado a um quadro belicoso entre as profissões jurídicas, fruto da ausência de um modelo de formação e carreiras unitárias dos futuros magistrados e advogados.

Este modelo unitário, no atual sistema alemão, impede que a inevitável contraposição entre os papéis dos advogados e juízes se transmude num conflito entre categorias profissionais (como freqüentemente ocorre no Brasil e na Itália), evitando que a força do juiz transforme-se em prepotência (CAPONI, 2007, p. 274).

Especialmente, a interação entre o juiz e advogados deve ser vista em perspectiva participativa, eis que, como lembra Wassermann, a cordialidade e consideração, com efetiva assunção de responsabilidades e interdependência, facilitam o trabalho conjunto, enquanto a acumulação de críticas mútuas tem o efeito de aguçar o conflito e aumentar a quantidade de trabalho (WASSERMANN, 1978, p. 133).

4.3 Do ápice da socialização processual: do Projeto Florença de Acesso à Justiça

No curso da década de setenta, crescia a literatura questionando a capacidade de advogados e juízes, assim como dos procedimentos judiciais para se adaptarem aos novos direitos (sociais e difusos) emergentes, além de se polemizarem os já recorrentes problemas de lentidão, custo e enorme formalismo de alguns procedimentos judiciais. (CAPPELLETTI *et al.*, 1978, v. I, p. 9).

Seguindo essa tônica, o movimento pela socialização processual encontra seu ápice na idealização e realização de um enorme projeto de pesquisa patrocinado pela Fundação Ford, conjuntamente com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália.

⁸⁹ Cf. nota 124 *infra*.

Tal projeto, intitulado “Projeto Florença de Acesso à Justiça” fora levado a cabo a partir de 1973 – cujos resultados foram publicados em 1978, em quatro volumes (CAPPELLETTI *et al.*, 1978, v. I a IV) –, sob a direção de Mauro Cappelletti. Envolveu 23 países⁹⁰, que, representados por grandes juristas nacionais, responderam a um questionário e prepararam um relatório, que apontou as chagas e possíveis soluções técnicas para os problemas de seus sistemas jurídicos.

Esse projeto e o decorrente “movimento pelo acesso à justiça” desenvolveu um enorme compartilhamento de experiências envolvendo aqueles inúmeros países, passando a servir de base para os movimentos reformistas a partir de então.

Além das já constantes defesas de procedimentos orais (fruto, ainda, do modelo de Klein) (CAPPELLETTI, GARTH, 1978, v. I, p. 55) e do aumento da ingerência do juiz no processo, o movimento idealizava ondas de reforma: a) a primeira, vocacionada à assistência jurídica integral e gratuita (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, v. I, p. 22-34); b) a segunda, a assegurar uma tutela efetiva dos interesses difusos ou coletivos, para a proteção do consumidor e do meio ambiente (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, v. I, p. 33-48); c) a terceira, à simplificação dos procedimentos e à utilização de formas privadas ou informais de solução de conflitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, v. I, p. 49-53).

O movimento tenta equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado Protetivo e de Bem-Estar Social.

Entre os relatórios apresentados, um merece destaque, em face da apresentação de um modelo procedimental que poderia servir como subsídio para a futura delimitação de um modelo democrático de procedimento. Trata-se do modelo alemão idealizado por Fritz Baur.

⁹⁰ Fizeram parte do projeto os seguintes países: Austrália, Áustria, Bulgária, Canadá, Chile, China, Colômbia, Inglaterra, França, Alemanha, Holanda, Hungria, Indonésia, Israel, Itália, Japão, México, Polônia, União Soviética, Espanha, Suécia, Estados Unidos e Uruguai.

4.3.1 *Do modelo de Stuttgart (Das Stuttgarter model) e da reforma (novela) de simplificação (die Vereinfachungsnovelle)*⁹¹ – *Do exemplo alemão constante no Projeto Florença de Acesso à Justiça*

Parte importante do “Projeto Florença de Acesso à Justiça” fora o relatório alemão subscrito por Rolf Bender e Cristoph Strecker (BENDER, STRECKER, 1978, v. I), no qual esses apresentavam as bases do denominado “Modelo de Stuttgart”, que conduziu a reforma processual de 3 de dezembro 1976 (WALTER, 2005, p. 793).

A base teórica do modelo fora idealizada em preleção realizada pelo professor Fritz Baur, da Universidade de Tübingen, em conferência realizada em 13 de outubro de 1965, denominada *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß (Vias para a concentração da audiência oral no processo)* (BAUR, 1966).

Na aludida preleção, Baur informa, inicialmente (BAUR, 1966, p. 1-3), que as reformas processuais de 1924 e 1933 (cf. 2.2), com a adoção da oralidade e do ativismo judicial, não foram suficientes para resolver os problemas de demora do processo (*Prozessverschleppung*) e que, apesar do desenvolvimento dogmático da ciência processual alemã, esta ainda não havia reconhecido sua tarefa de gerar impactos jurídico-políticos.

Informava que a ausência de rapidez procedimental não dependia única e exclusivamente dos sujeitos processuais, uma vez que:

Jogar a culpa por essa realidade unicamente nos juízes e nos advogados seria desconhecer as dificuldades objetivas e subjetivas. Quanto às dificuldades objetivas, podemos referir especialmente à cada vez mais forte complicação da questão material e de direito sobre a qual cabe decidir. A questão, a meu ver, está na resposta à pergunta: Existe uma possibilidade, no âmbito do Direito Processual, de **se forçar decisões mais rápidas sem levar a um rompimento com a qualidade da sentença do juiz tanto em sua materialidade quanto em sua juridicidade?** (destacamos) (tradução livre)⁹² (BAUR, 1966, p. 6-7).

⁹¹ Neste momento e nesta tese, haverá uma preocupação maior com a reforma da ZPO de 1976, devido às suas implicações técnicas, mas não se pode negligenciar a ocorrência de reformas recentes, como a de 15.12.1999 e a de 27.07.2001, que reforçaram a idéia de conciliação em alguns casos, aumentaram o uso de poderes exhibitórios no âmbito probatório, alterou pontualmente o sistema recursal etc. Para uma análise do tema, (cf. WALTER, 2005 e CAPONI, 2007).

⁹² No original: “Dafür allein die Richter und Anwälte verantwortlich zu machen, hieße die sachlichen und personellen Schwierigkeiten verkennen. Zu den sachlichen zählt insbesondere die immer stärkere Komplikation der zu beurteilenden Sach – und Rechtsfragen. Worauf es mir ankommt, ist die Beantwortung der Frage: Gibt es eine verfahrensrechtliche Möglichkeit, die raschere Entscheidungen erzwingt, ohne der Qualität des richterlichen Urteils in der Sachverhaltsfeststellung wie in der t des richterlichen Urteils in der Sachverhaltsfeststellung wie in der Rechtsanwendung Abbruch zu tun?”

No âmbito do marco da socialização processual, Baur atribui enorme importância ao papel do juiz. No entanto, diversamente do discurso prevalecente em sua época, ele começa a tecer considerações acerca da importância de uma participação processual. Dizia que uma objeção à celeridade seria supor que

[...] um bom juiz pode praticar um processo correto e rápido mesmo com uma lei defeituosa ou incompleta. Sendo assim, a seleção dos juízes, sua formação etc., teria uma importância maior do que leis processuais perfeitas. A essa objeção, poder-se-ia responder: levando-se em conta o número de juízes – que, dada a tendência atual da justiça estatal, mais aumenta do que diminui – e o efetivo limitado que as próximas gerações irão fornecer, é uma utopia acreditar que se possa recorrer apenas a juristas altamente qualificados. Mas, mesmo sem levar em conta isso, ocorre que o desenrolar do processo depende não apenas do juiz, mas de todos os implicados no processo. Um legislador realista colocará em destaque, portanto, o nível médio de todos esses envolvidos no processo e não se limitará a confiar que “a práxis” se encarregue dos defeitos e imperfeições da lei. Isso significa, em nosso contexto: o processo tem de se constituir de leis fortes, de modo que ele possa ser a garantia de um bom e rápido andamento jurídico, de modo que não seja possível, **para todos os envolvidos no processo**, que se tomem atalhos que levem à irresolução e ao comodismo. Destaque nosso e negrito do autor (tradução livre)⁹³ (BAUR, 1966, p. 8-9).

Apontava que os problemas para a implementação de um procedimento oral na Alemanha decorriam da possibilidade de apresentação de inúmeras petições em que se apresentavam as alegações de fato e de direito por etapas, aliadas à existência de várias audiências, em que, muitas vezes, a coleta de provas se dava fora da audiência–oral (BAUR, 1966, p. 10-12).⁹⁴

Sintetizava, então, ao dizer:

A fonte dos defeitos deve ser localizada, portanto – para resumir em poucas palavras –, na legitimidade de uma instrução dos envolvidos no processo e do Tribunal feita por etapas, demorada, e na separação, que daí resulta automaticamente entre a audiência e o levantamento de provas. As medidas que até então foram tomadas pelos legisladores a fim de superar essas falhas – **como o já mencionado apelo ao**

⁹³ No original: “[...] ein guter Richter werde auch mit einem mangelhaften oder unvollständigen Gesetz einen fairen und raschen Prozeß praktizieren. Die Auswahl der Richter, ihre Fortbildung usw seien daher wichtiger als perfekte Prozeßgesetze. Dazu wäre zu sagen: Angesichts der Zahl der Richter – die bei der nun einmal gegebenen justizstaatlichen Tendenz eher steigen als abnehmen wird – und dem beschränkten Bestand an Nachwuchskräften ist es eine Utopie zu glauben, man werde stets nur auf hochqualifizierte Juristen zurückgreifen können. Aber abgesehen davon kommt es bei der Gestaltung des Verfahrens nicht nur auf die Richter an, sondern auf *alle* Prozeßbeteiligten. Ein realistscher Gesetzgeber wird also auf das Durchschnittsniveau aller dieser Beteiligten abstellen und nicht darauf vertrauen, daß die Praxis schon mit den Mängeln und Unvollkommenheiten des Gesetzes fertig werde. Dies bedeutet in unserem Zusammenhang: Das Verfahren muß jraft Gesetzes so gestaltet sein, daß es die Gewähr eines guten und raschen Rechtsganges in sich trägt, daß *für alle Prozeßbeteiligten* ein Ausweichen in die Unentsschossenheit oder gar Bequemlichkeit nicht möglich ist”.

⁹⁴ Cf. em português o esclarecedor texto (XAVIER NETO, 1982).

discernimento dos juízes – não se mostraram satisfatórias (destacamos) (tradução livre)⁹⁵ (BAUR, 1966, p. 12-13).

Baur, então, propõe um procedimento de cognição bifásico que redimensionaria a preclusão (BAUR, 1966, p. 17) e no qual ocorreria uma primeira fase de preparação metódica do debate (BAUR, 1966, p. 13-14), cabendo ao juiz fomentá-la (BAUR, 1966, p. 16), e se afastariam, ainda, quaisquer surpresas para as partes acerca do estágio em que a cognição se encontrava (BAUR, 1966, p. 18).

Impedir-se-ia a prática recorrente, na qual as partes, até a audiência de instrução, não possuiriam a menor idéia do que o juiz reputa relevante para a formação da decisão, de modo que às partes seria necessária a juntada de tudo aquilo que **imaginam** que poderia ser levado em consideração (BAUR, 1966, p. 18), **mas num campo de total incerteza**.

No procedimento proposto, com a preparação metódica delineada:

[...] cada parte sabe o que tem de provar e quais os meios de prova que tem à disposição; ela pode, por conseguinte, calcular suas chances no processo. O Tribunal também estará em condições de formar uma opinião comparativa que será justa com as chances de cada uma das partes (tradução livre)⁹⁶ (BAUR, 1966, p. 12-13).

Como explicitou Grunsky, a proposta de Baur percebeu que no caso alemão a longa duração do processo não derivava tão-somente do fato de ocorrer um grande lapso temporal do início do processo até o primeiro debate oral, mas, sim, do fato de **haver pouco debate entre os sujeitos processuais** a permitir uma preparação adequada para a audiência oral, o que provocava a redução do número de audiências, com a possibilidade de uma decisão mais célere (GRUNSKY, 1971, p. 357-358).

As sugestões de Baur foram sintetizadas da seguinte forma:

A idéia de base é simples: após a propositura da ação, realiza-se uma troca de peças escritas entre as partes, sob a direção do tribunal; ela se destina à exposição das questões de fato e à indicação dos meios de prova. O tribunal influi na exposição escrita das partes, na medida em que lhe indica pontos que lhe parecem importantes para o completo esclarecimento da matéria de fato. Depois desta troca de escritos, o tribunal marca a audiência, ordena sempre o comparecimento pessoal das partes e

⁹⁵ No original: “Die Fehlerquellen sind also – kurz zusammengefaßt – in der Zulässigkeit einer etappenweise, verzögerlichen Information der Prozeßbeteiligten und des Gerichts und in der damit automatisch erzwungenen Trennung von mündlicher Verhandlung und Beweisaufnahme zu sehen. Die bisherigen Maßnahmen des Gesetzgebers zur Beseitigung dieser Fehlerquellen – weithin in das Ermessen des Richters gestellt – haben sich als nicht wirksam erwiesen”.

⁹⁶ No original: “Jede Partei weiß, was sie zu beweisen hat und welche Beweismittel ihr zur Verfügung stehen; sie vermag sonach ihre Prozeßchancen abzuwägen. Das Gericht wird auch in der Lage sein, von sich aus einen Vergleichsvorschlag zu machen, der den beiderseitigen Chancen gerecht wird”.

provê no sentido de que todos os meios de prova estejam presentes à audiência. Nessa única audiência [...] o tribunal discute primeiro as questões de fato com as partes, pessoalmente presentes; nessa ocasião apontam-se obscuridades e equívocos nas exposições das partes, que devem ser logo esclarecidos. Muitas vezes, já nesse primeiro estágio, surge a possibilidade de encerrar-se o processo mediante transação. Se não se chega a tanto, realiza-se de imediato – na presença das partes – a colheita das provas. Também os peritos estão pessoalmente presentes, mesmo quando já tenham antes apresentado laudo escrito. Após a conclusão da atividade instrutória, têm as partes e os advogados oportunidade de arrazoar. O tribunal discute abertamente a situação de fato e de direito com as partes, de maneira que estas não fiquem em dúvida sobre a opinião do órgão. Isso conduz em muitos casos a uma transação. Quando não, o tribunal, depois de conferenciar, profere a sentença (BAUR, 1976, p. 61-62).

As idéias de Baur começaram a encontrar ressonância na prática a partir de 1967 (BENDER, STRECKER, 1978, v. I, p. 552), inicialmente no Tribunal Estadual de Stuttgart, especificamente na recém-criada 20ª Câmara Cível, por obra do juiz Rolf Bender e seus pares (WALTER, 1998, p. 48), que passaram a adotar a sistemática processual delineada pelo mestre de Tübingen e a concentração mediante a realização de uma única audiência (XAVIER NETO, 1982, p. 108).

O denominado “Modelo de Stuttgart” expandiu seus efeitos para inúmeros outros Tribunais alemães (GRUNSKY, 1971, 356), de modo que, em 1975, aproximadamente 50 Tribunais estaduais já o adotavam (BENDER, STRECKER, 1978, v. I, p. 552).

Bender e Strecker informam que o procedimento fora implementado, de modo mais pormenorizado, nos seguintes termos:

Se inicia com um procedimento preliminar, por escrito – uma reclamação, uma resposta, e uma réplica –, cujos períodos de tempo são firmemente fixados. Por acordo entre os representantes das partes, entretanto, estes períodos podem estender-se indefinidamente. A circulação dos documentos nesta fase é confiada em sua totalidade à Secretaria do Tribunal, que cuida dos períodos de tempo, mantém os arquivos atualizados, requer documentos dos escritórios advocatícios que foram referidos mas que não foram submetidos e obtém material suplementar conhecido. Consequentemente, após a resposta ter sido recebida, os arquivos então colocados diante do juiz são habilmente processados e prontos para que ele tenha acesso a tudo necessário para preparar o “Hauptverhandlung in Zivilsachen” (audiência em questões cíveis). Ele fornece um relatório sobre a questão à câmara plena, onde são decididas quais instruções devem ser dadas às partes referentes aos fatos suplementares e prova adicional. Aos advogados são dadas indicações do parecer da câmara, **especialmente com relação às questões legais ainda não levantadas pelos advogados**, e a data da audiência é estabelecida. Ao mesmo tempo, intimações são expedidas para as testemunhas e partes, e peritos são designados, se necessário. Geralmente, os peritos são requisitados a apresentarem seu parecer resumido por escrito 10 dias antes da audiência.

Na própria audiência – Hauptverhandlung –, os procedimentos iniciam com uma oitiva plena das partes. Aqui, os desentendimentos que foram introduzidos – algumas vezes, inevitavelmente – em seus pleitos são solucionados. Os fatos são esclarecidos ainda mais. Então, o tribunal se retira para a primeira deliberação intermediária. Por isto, faz uma proposta para a conclusão do caso. De acordo com as circunstâncias dos fatos,

poderia ser uma proposta para acordo ou para a desistência ou intimação da reclamação. Esta proposta está bem sustentada com razões. As partes então se retiram com seus advogados para conferenciar. Em seguida, os advogados apresentam suas respostas à proposta do Tribunal. Isto é, por sua vez, muito instrutivo para o Tribunal porque revela aqueles pontos em cujas partes estão em desacordo.

Se o processo não for concluído desta vez, então uma audiência de instrução é iniciada. Uma instrução oral é iniciada na qual as testemunhas deverão ser ouvidas acerca dos pontos gerais. Depois disto, as testemunhas serão confrontadas com as partes e as contra-testemunhas. Na troca, o caso é esclarecido mais rapidamente.

Seguindo a audiência de instrução, os advogados são requisitados a expressarem seus pontos de vista com relação à consequência da prova. Então, uma segunda deliberação intermediária acontece. Com base nesta segunda deliberação e nos esclarecimentos seguidos da prova produzida, o Tribunal faz uma segunda proposta para a conclusão do caso, que agora toma quase o caráter de um **juízo proposto**. Esta segunda proposta pelo Tribunal é seguida, finalmente, pelos argumentos conclusivos dos advogados, que agora representam uma espécie de **menor apelação** contra o julgamento proposto. Uma semana depois, o julgamento é divulgado. Destaque no original. Sublinhado nosso (tradução livre)⁹⁷ (BENDER, STRECKER, 1978, v. I, p. 552-553).

O sucesso do modelo culminou com a promulgação, em 3 de dezembro de 1976, e entrada em vigor, em 1/7/1977 (BENDER, STRECKER, 1978, v. I, p. 556), da “Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren” (Lei para simplificação e aceleração dos procedimentos judiciais), que alterou a ZPO, de forma a adequá-la às perspectivas do *modelo* emergente.

⁹⁷ No original: “It begins with a written preliminary proceeding – complaint, answer and reply – for which the time periods are firmly set. By agreement between the representatives of the parties, however, these periods can be extended indefinitely. The circulation of documents in this phase is entrusted in its entirety to the court’s office, which watches the time periods, keeps up the files, requests documents from law offices to which reference has been made but which have not been submitted, and obtains known supplementary materials. Consequently, after the reply has been received, the files then placed before the judge are sufficiently processed and readied that he has access to everything necessary to prepare for the “*Hauptverhandlung in Zivilsachen*” (trial in civil matters). He gives a report on the matter to the full chamber, where it is decided what instructions should be given to the parties regarding supplemental facts and additional evidence. The attorneys are given indications of what the chamber thinks, especially as to legal questions not yet raised by the attorneys, and the hearing date is set. At the same time, summonses are issued for the witnesses and parties, and experts are appointed if necessary. Generally, the experts are asked to present a short written opinion ten days before the hearing. In the *Hauptverhandlung* (trial) itself, the proceedings begin with a full hearing of the parties. Here, the misunderstandings which have slipped – sometimes unavoidably – into their pleadings are resolved. On the basis of this, it makes a proposal for the conclusion of the case. According to the factual circumstances, it could be a proposal for settlement or for the withdrawal or acknowledgement of the complaint. This proposal is well supported with reasons. The parties then withdraw with their attorneys to confer. Following this, the attorneys present their responses to the court’s proposal. This is, in turn, very instructive for the court because it reveals those points in which the parties are in disagreement. If the proceeding is not concluded at this time, then the hearing of evidence is begun. An oral directive is issued as to which witnesses are to be heard regarding which general points. After this, the witnesses are confronted with the parties and the counter-witnesses. In the exchange, the case is clarified rather quickly. Following the hearing of evidence, the attorneys are asked to express their viewpoints with regard to the outcome of the evidence; and then a second intermediate deliberation and the clarification ensuing from the evidence taken, the court makes a second proposal for the conclusion of the case, which now takes on almost the character of a *proposed judgement*. This second proposal by the court is followed, finally, by the attorneys concluding arguments, which now represent a kind of little appeal against the proposed judgement. A week later, the judgement is made known”.

A reforma empreendida possibilitou a concentração do procedimento e o aumento dos poderes judiciais, utilizando-se de uma **preparação escrita adequada** dos sujeitos processuais – juiz e partes – para audiência oral, de modo que estes vão para esta completamente preparados para um **diálogo** ativo e efetivo sobre os fatos e o direito (CAPPELLETTI, GARTH, 1978, v. I, p. 57).

A partir da experiência do Modelo de Stuttgart, instaurou-se no sistema alemão, no início da audiência principal, antecedida por uma fase preparatória desta, a observância de uma explanação judicial sobre os pontos controvertidos e aqueles que se consideram importantes para o julgamento da causa. Em seqüência, como nos ensina Trocker:

O sucessivo debate oral permite um aprofundamento das discussões tanto dos aspectos de fato quanto dos aspectos de direito da controvérsia. Parece assim um modo extremamente válido para afastar o perigo das “decisões surpresa” e colocar os interessados em condições de atuar eficazmente sobre o desenvolvimento e sobre o êxito do julgamento.[...] o desprezo ao contributo crítico e construtivo das partes estimula um uso excessivo dos instrumentos de recurso, com todas suas conseqüências negativas. [...] Os resultados do Modelo de Stuttgart confirmam que o diálogo aberto e sem preconceitos facilita a obra de seleção dos elementos relevantes, agiliza a reconstrução do caso concreto e garante também uma decisão mais correta, enquanto o “prestigioso” silêncio do juiz **constrange as partes a alegações supérfluas** e dificulta a busca da “verdade”. É apenas o caso de constatar-se que celeridade e concentração do processo e correção da pronúncia são valores estritamente conexos à própria garantia de ação e de defesa (destacamos) (tradução livre)⁹⁸ (TROCKER, 1974, p. 665-667, *passim*).

Veda-se que as decisões surpresas (que potencializam a necessidade de uso de recursos), baseadas em argumentos não considerados pelas partes, nem informado a elas pelo juiz antes da decisão, sejam proferidas, configurando sua prolação quebra indiscutível do contraditório (BENDER; STRECKER, 1978, v. I, p. 554).

A visão cooperativa da proposta proporciona

[...] ao cidadão a sensação de encontrar no “guardião da lei” [o juiz] um verdadeiro interlocutor que aceita a cooperação para a formação da decisão, e não um simples representante do Poder Público **que, do alto, emite uma pronúncia vinculante**. Em tal sentido, o diálogo garante a democratização do processo e impede que o princípio

⁹⁸ No original: “Il successivo dibattito orale permette così di giungere ad un’approfondita discussione tanto degli aspetti di fatto che gli aspetti di diritto della controversia. Ci sembra questo un modo estremamente valido per scongiurare il pericolo delle ‘decisione a sorpresa’ e per porre gli interessati in condizione di incidere efficacemente sullo svolgimento e sull’esito del giudizio. [...] lasciando inutilizzato il contributo critico e costruttivo delle parti si rischia quindi di incoraggiare un uso eccessivo degli strumenti di gravame, con tutte le conseguenze negative che ne discendono. [...] I risultati del ‘modelo di Stoccarda’ ci confermano chiaramente che il dialogo aperto e spregiudicato facilita l’opera di selezione degli elementi rilevanti, agevola la ricostruzione della fattispecie concreta e garantisce in fondo anche una decisione più corretta, mentre il ‘prestigioso’ silenzio del giudice costringe le parti ad allegazione superflue e appesantisce la ricerca della ‘verità’. È appena il caso di aggiungere che celerità e concentrazione del processo e correttezza della pronuncia sono valori strettamente connesse alla stessa garanzia di azione e di difesa”.

do *iura novit curia* seja fonte de uma atitude autoritária ou instrumento de opressão (destacamos) (tradução livre)⁹⁹ (TROCKER, 1974, p.670, *passim*).

Como já se disse em outra oportunidade:

Ao analisar o conteúdo [...] da Ordenança Processual alemã reformada, vislumbra-se que o direito de participação das partes não constitui “um acréscimo inútil ou supérfluo”, de modo que o aumento dos poderes dos juízes não significou redução das garantias de defesa das partes, tanto que os pontos delineados por estas devem ser levados em conta na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem o anterior e prévio conhecimento das partes. Assim, têm-se a adoção do princípio autoritário e a atribuição de garantia de participação efetiva e decisiva das partes no espaço procedimental, com a implementação de um processo discursivo de formação de provimentos (NUNES, 2006a, p. 40-41).

Ademais, a legislação representou uma das primeiras (mais recentemente) a demonstrar a preocupação com a fase técnica preparatória do procedimento cognitivo como mecanismo técnico de fomento ao debate e de implementação do contraditório dinâmico e da visão participativa.

4.3.2 Da ressonância do Projeto de Acesso à Justiça em reformas processuais – Dos exemplos português e inglês

Desde a publicação dos resultados da pesquisa em 1978, foi se tornando lugar comum a defesa do aludido “acesso”, de modo a se aprimorar os sistemas processuais e se estruturar suas reformas.

Entre os exemplos possíveis, citam-se dois casos muito peculiares, que receberam os influxos desse projeto recentemente: o exemplo português e o inglês. A escolha de ambos é proposital. O primeiro, porque, apesar de sofrer as ressonâncias do movimento, seguindo as trilhas do modelo alemão, coloca, parcialmente em discussão, o modelo de protagonismo judicial. Além de não se poder olvidar que o modelo processual lusitano sempre foi uma das

⁹⁹ No original: “[...] al cittadino la sensazione de trovare nel ‘custode della lega’ un vero interlocutore che accetta la cooperazione per la formazione del provvedimento decisorio, e non un semplice rappresentante del pubblico potere che dall’alto emette una pronuncia vincolante. In tal senso il ‘dialogo’ diventa garanzia di democrazia del processo e impedisce che il principio dello *iura novit curia* sia fonte di un atteggiamento autoritario o strumento di oppressione”.

principais fontes de reforma da legislação processual brasileira. E o segundo por introduzir num sistema processual liberal e *adversarial*¹⁰⁰ o ativismo judicial.

4.3.2.1 Do exemplo português – a adoção do princípio da cooperação intersubjetiva

Em Portugal, na atualidade, ainda permanece em vigor o CPC de 1939. No entanto, essa legislação sofreu uma série de reformas durante sua vigência, as quais chamam a atenção para uma análise de direito comparado (TARUFFO, 1991, p. 13-14; 2002b, p.25).

Duas alterações globais foram levadas a cabo nesse período. Porém, uma das últimas, sem dúvida, é a que mais interessa ao presente estudo, por ter sido a mais profunda revisão e por ter colocado sob a análise a assunção de um perfil mais próximo das modernas tendências reformistas do séc. XX.

Trata-se da reforma implementada pelos Decretos-leis 329-A/1995, de 12/12, e 180/96, confessadamente realizada segundo uma perspectiva de socialização do processo (SOUSA, 1997a, p. 61).

No entanto, o modelo reformista português se afasta em parte das tendências e da preocupação corriqueira dos movimentos reformistas de caráter social, ou seja, de submissão do processo ao controle judicial como forma de se afastar os inconvenientes do processo liberal. Isso porque, além de implementar o ativismo judicial, a reforma tenta estabelecer uma repartição da direção do processo entre partes e juiz, mediante a aplicação técnica do denominado “**princípio da cooperação intersubjetiva**” (SOUSA, 1997a, p. 59), que se propõe a uma auto-responsabilização de todos os sujeitos processuais, seguindo o exemplo alemão (WASSERMANN, 1978, p. 87).

¹⁰⁰ Como explica Damaška: “O modelo adversarial (traduzido por alguns como dispositivo ou acusatório) possui a forma de uma contenda ou disputa: se configura como uma luta entre dois adversários diante de um árbitro relativamente passivo, ao qual o principal dever consiste em alcançar um veredito. O modelo não-*adversarial* e, ao contrário, estruturado como uma investigação oficial. No primeiro modelo, a iniciativa processual, cabe primordialmente às partes; no segundo, é o órgão público a cumprir a maior parte das atividades”. (Tradução livre) (DAMAŠKA, 1991, p. 30-31). No original: “Il modello processuale adversarial ha la forma di una contesa o una disputa: si configura come una lotta tra due avversari di fronte ad un arbitro relativamente passivo, il cui principale dovere consiste nel raggiungere un verdetto. Il modello non-adversary è invece strutturato come un’indagine ufficiale. Nel primo modello l’iniziativa processuale spetta per lo più alle parti; nel secondo è l’organo pubblico a compiere la maggior parte delle attività”.

A imposição de tal princípio, enormemente inspirada pela reforma alemã de 1976, cria para o magistrado os deveres de prevenção,¹⁰¹ esclarecimento,¹⁰² assistência das partes¹⁰³ e, principalmente, consulta das partes dos pontos fáticos e jurídicos que cercam a demanda.¹⁰⁴

Um dos principais momentos da instauração dessa cooperação é representado pela denominada “audiência preliminar”, inspirada nos sistemas austro-germânicos (SOUSA, 1995, p. 395). Ocorre na fase de condensação, que possui como finalidades primordiais o saneamento de possíveis irregularidades processuais e, especialmente, a concretização da causa, ou seja, a delimitação das questões de fato relevantes para a decisão (SOUSA, 1997, p. 301-302).

Essa constatação do caráter cooperativo da aludida audiência já era alardeada mesmo antes da reforma.

Como propugnava Lebre de Freitas,

[...] a audiência preliminar, na qual se tem o primeiro contacto entre as partes e o juiz, poderá assumir o caráter de pivot entre uma fase dos articulados não estanque e a fase seguinte de instrução e julgamento, tudo processado segundo um esquema de cooperação recíproca, em obediência aos deveres de boa fé processual e da verdade material e com manifesta simplificação e economia processuais. A audiência preliminar servirá **o fim da cooperação entre os vários intervenientes do processo civil (juiz, advogados, partes)** (destacamos) (FREITAS, 1995, p. 13-14).

Na audiência preliminar (art. 508 A CPC português), o Tribunal tenta conciliar as partes, aprecia as exceções dilatórias, permite o suprimento de insuficiências ou omissões na exposição da matéria de fato e seleciona, após um debate, a matéria de fato relevante e a que constitui a base instrutória da causa. Assim, abre margem para uma filtragem das questões a

¹⁰¹ “O dever de prevenção tem uma consagração no convite ao aperfeiçoamento pelas partes de seus articulados [...] ou das conclusões das suas alegações de recurso [...]. Aquele primeiro convite deve ser promovido sempre que o articulado inferir de irregularidades [...] ou mostre insuficiências ou imprecisões na matéria de fato alegada” (SOUSA, 1997b, p. 176-177).

¹⁰² Este dever possui dupla característica: 1) “[...] o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir qualquer das 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”; 2) “[...] as pessoas às quais o juiz solicita o esclarecimento são obrigadas a comparecer e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, salvo se tiverem uma causa legítima para recusar a colaboração requerida” (SOUSA, 1997b, p. 176). Ao comentar o dever de esclarecimento, Schönke afirmava que “[...] el presidente ha de discutir y examinar com las partes la cuestión controvertida, tanto en lo que se refiere a los hechos como a su cualificación jurídica, y formular las convenientes preguntas, y en especial procurar que las partes se expliquen plenamente sobre todos los hechos relevantes y formulen las peticiones oportunas” (SCHÖNKE, 1950, p. 33).

¹⁰³ “[...] sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade ou o cumprimento de um ônus ou dever processual, o juiz deve, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo” (SOUSA, 1997b, p. 177).

¹⁰⁴ “[...] salvo no caso de manifesta desnecessidade, o Tribunal não pode decidir uma questão de direito ou de facto, mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a oportunidade de se pronunciarem sobre ela. O escopo deste preceito é evitar as chamadas ‘decisões-supresa’, isto é, as decisões proferidas sobre matéria de conhecimento oficioso sem a sua prévia discussão pelas partes” (SOUSA, 1997b, p. 177).

serem colocadas em discussão com a preparação das diligências probatórias a serem realizadas antes do julgamento.

Fora então instaurado um sistema condicionado pela oralidade e concentração, com uma fase de articulados e duas audiências, uma preliminar e outra de discussão e julgamento (SOUSA, 1995, p. 396).

Não se pode olvidar, no entanto, que, recentemente, mediante o Decreto-lei 108, de 8 de junho de 2006, fora implementado o denominado “Regime especial experimental”, que entrou em vigor em 16 de outubro de 2006 (art. 22) e será revisto em dois anos da sua entrada em vigor (art. 20), (*Diário da República*, 2006, p. 4074), que trouxe inúmeras alterações ao modelo processual português, seguindo as trilhas reformistas já aludidas e outras mais recentes, como a inglesa, a ser vista em seguida.

Como informa a exposição de motivos da reforma:

O sistema judicial, condicionado pelo recurso massivo aos Tribunais por parte de um número reduzido de utilizadores e por uma tramitação processual desajustada a essa procura, clama há muito por soluções que promovam, de facto, o direito fundamental de acesso ao direito e a garantia de uma justiça em tempo razoável estabelecida na Constituição em favor das pessoas singulares e colectivas. O presente decreto-lei cria um regime processual civil mais simples e flexível, que confia na capacidade e no interesse dos intervenientes forenses em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios em tribunal. Opta-se, num primeiro momento, por circunscrever a aplicação deste regime a um conjunto de tribunais a determinar pela elevada movimentação processual que apresentem, atentos os objectos de acção predominantes e as actividades económicas dos litigantes. A natureza experimental da reformulação da tramitação processual civil que aqui se prevê permitirá testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilização processuais consagrados, antes de alargar o âmbito da sua aplicação (*Diário da República*, 2006, p. 4069).

Ao seguir os modelos de reforma já conhecidos, a alteração aumenta a direção processual do juiz¹⁰⁵, mas com algumas novas peculiaridades, como a permissão de adequação procedimental às especificidades da causa realizada pelo magistrado, em certa medida decorrente da alteração inglesa (a ser analisada no próximo item).

Como informa a exposição de motivos:

Do dever de gestão processual agora estabelecido decorrem, para o juiz, os imperativos de adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa

¹⁰⁵ “Artigo 2º. Dever de gestão processual - O juiz dirige o processo, devendo nomeadamente: a) Adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir; b) Garantir que não são praticados actos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório; c) Adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei” (*Diário da República*, 2006, p. 4071).

e o conteúdo e a forma dos actos ao fim que visam atingir e de garantir que não são praticados actos inúteis, tendo ainda de fazer uso dos mecanismos de agilização processual que a lei estabelece. Manifestação deste dever é a faculdade concedida ao juiz de, uma vez concluso o processo para saneamento, conhecer das excepções dilatórias e nulidades processuais suscitadas pelas partes ou que deva apreciar officiosamente, julgar de imediato a causa se o estado do processo o permitir, convocar a audiência preliminar para selecção da matéria de facto ou exercício do contraditório ou designar o dia para a audiência de julgamento. O conjunto de actos previstos neste artigo não é, sequer, taxativo, podendo o magistrado praticar no processo qualquer acto ou diligência que lhe pareça mais adequado. Deve, pois, dirigir activa e dinamicamente o processo, tendo em vista a sua rápida e justa resolução e a melhor forma de organizar o seu trabalho (destacamos) (*Diário da República*, 2006, p. 4070).

Permite-se ainda a agregação¹⁰⁶ para as acções idênticas, chamadas pelo lusos de “litígios de massa”. Tal inovação visa

[...] assegurar um tratamento específico, no âmbito dos meios jurisdicionais, aos litigantes de massa, permitindo, designadamente, a prática de decisões judiciais que abrangem vários processos. Para o efeito, o novo regime processual acolhe uma figura nova, **a agregação, que, norteadada pelo citado dever de adequação da tramitação às especificidades da causa, pretende constituir uma alternativa à apensação** sempre que, verificados os pressupostos desta, seja desaconselhável uma tramitação das causas totalmente conjunta. Tal como a apensação, a agregação pode ser requerida pelas partes ou, quando se trate de processos que pendam perante o mesmo juiz, officiosamente determinada. Através da agregação, permite-se que o juiz, em qualquer momento, pratique um acto ou realize uma diligência extensível a vários processos, sem que estes tenham de, no futuro, ser tratados conjuntamente. Trata-se, pois, de uma associação dos processos meramente transitória e apenas para a prática do acto em causa, sejam eles actos da secretaria, a audiência preliminar, a audiência final, despachos interlocutórios ou sentenças. O acto a praticar conjuntamente pode circunscrever-se à realização de uma determinada diligência de instrução—como a inquirição de testemunhas arroladas em vários processos ou a prestação de esclarecimentos pelos mesmos peritos—ou à discussão, em audiência preliminar ou final, de uma única questão de facto ou direito comum a várias causas. Findo ou praticado o acto, os processos prosseguem individualmente a sua marcha. O juiz passa, portanto, a poder praticar «actos em massa», bastando que exista um elemento de conexão entre as acções e que da realização conjunta de um acto

¹⁰⁶ “Artigo 6º. Agregação de acções 1 – Quando forem propostas separadamente no mesmo tribunal acções que, por se verificar os pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio, da coligação, da oposição ou da reconvenção, pudessem ser reunidas num único processo, pode ser determinada, a requerimento de qualquer das partes e em alternativa à apensação, a sua associação transitória para a prática conjunta de um ou mais actos processuais, nomeadamente actos da secretaria, audiência preliminar, audiência final, despachos interlocutórios e sentenças. 2 – A decisão de agregação e os actos que esta tem por objecto são praticados na acção que tiver sido instaurada em primeiro lugar ou, no caso de relação de dependência ou subsidiariedade entre os pedidos, na acção que tiver por objecto a apreciação do pedido principal. 3 – Nos processos que pendam perante o mesmo juiz, a agregação pode ser determinada officiosamente, sem audição das partes. 4 – Nos processos que pendam perante juizes diferentes, a agregação ou a apensação deve ser requerida ao presidente do tribunal, de cuja decisão não cabe reclamação, não sendo aplicável o n.º 2 do artigo 210.º do Código de Processo Civil. 5 – A decisão de agregação deve indicar quais os actos a praticar conjuntamente e respectivo conteúdo e é notificada às partes, consoante os casos, com a convocação para a diligência conjunta ou com o despacho ou a sentença praticados conjuntamente. 6 – A decisão prevista no número anterior só pode ser impugnada no recurso que venha a ser interposto da decisão final. 7 – A secretaria informa mensalmente o presidente do tribunal e os magistrados dos processos que se encontrem em condições de ser agregados ou apensados” (*Diário da República*, 2006, p. 4071-4072).

processual ou diligência resulte a simplificação do serviço do tribunal (destacamos) (*Diário da República*, 2006, p. 4070).

O regime experimental implementado suscita inúmeras discussões em face da busca de produtividade para as ações cíveis, que poderá, caso não se respeitem os princípios constitucionais, gerar frutos nefastos.

No entanto, caso ocorra a utilização do princípio da cooperação intersubjetiva e do contraditório, possuirá chance de obter os resultados de eficácia e constitucionais almejados.

4.2.2.2 A socialização processual no sistema inglês – O ativismo judicial mediante a implementação do *case management*

Os processos de *common law* sempre tiveram como uma das suas características mais marcantes a sua concepção *adversary*, em que havia uma predominância do papel das partes e advogados. Partia-se do pressuposto de igualdade material entre as partes, mas que seria muito prejudicado na hipótese de sua não ocorrência (DONZELLI, 2005, p. 527).

Acreditava-se que na hipótese de não obtenção de acordos (tendência natural nesses sistemas processuais) – ou seja, no caso em que o processo chegasse a uma fase de debates – dever-se-ia pesquisar a “verdade”, consentindo as partes de preparar o próprio caso autonomamente e em seu próprio tempo, sem qualquer intervenção da autoridade judiciária (CRIFÒ, 1980, p. 512).

Impunha-se, assim, a preparação mediante a “discovery”, que era o procedimento de comunicação e troca de todos os documentos relativos e relevantes para a causa entre as partes sem participação do magistrado (CRIFÒ, 1980, p. 512).

Tal forma de condução da preparação era causa dos maiores atrasos na tramitação do processo inglês (PASSANANTE, 2000, p. 1356-1357).

Ocorre que após a nova norma processual inglesa (*Civil Procedure Rules- CPR*), que entrou em vigor em 26 de abril de 1999, a característica *adversarial* do sistema sofreu os influxos da tendência de reforço dos poderes judiciais, típica da circulação de modelos, aludida por Taruffo, na qual ocorre um complexo intercâmbio de modelos e experiências entre sistemas de *civil law* e *common law* (TARUFFO, 2002b, p. 89).

Buscou-se, sem abandonar a tradição oral e *adversarial* do sistema, uma intervenção gerencial das cortes, visando a extirpar possíveis abusos do sistema (WOOLF, 1995, Capítulo 5, item 15).

A participação do juiz na fase preliminar permite, inclusive, a aplicação de sanções na hipótese de ausência de colaboração das partes (PASSANANTE, 2000, p. 1357).

A lei foi elaborada, em grande parte por um comitê (*Civil Procedure Rule Comitee*) presidido por Lord Woolf (*Master of the Rolls*¹⁰⁷ da *Court of appeal*) (PASSANANTE, 2000, p.1359-1360). Trazia como um dos pilares de sustentação o princípio técnico do *case management* (WOOLF, 1995 e 1996), com a conseqüente intervenção judicial durante todo o *iter* processual a partir da citação, ou seja, da transferência da responsabilidade do controle do procedimento dos litigantes e seus advogados para a corte (WOOLF, 1996).

Segundo Woolf, o princípio do *case management*

[...] consiste no fazer a corte assumir a responsabilidade final de fazer progredir as causas durante um procedimento escolhido por um período predeterminado, durante o qual elas serão sujeitas a procedimentos selecionados, que culminarão em uma forma apropriada de resolução diante um juiz suficientemente preparado. O seu propósito último está em encorajar a conclusão das causas no primeiro momento conveniente e, onde o debate for inevitável, assegurar que o procedimento chegue da forma mais célere possível à audiência final, de duração estritamente limitada (tradução livre)¹⁰⁸ (WOOLF, 1995, Capítulo 5, item 16).

Implementou-se uma forma de simplificação procedimental que impõe uma preocupação enorme com a celeridade processual, de modo que os juízes sejam incentivados claramente a um papel de direção que almeja a sua liberação do máximo de causas.

O atual sistema inglês, na utilização do *case management* em seu sistema bifásico, estabelece na fase inicial a necessidade de identificação das questões, com a fixação daquelas que serão tratadas de modo aprofundado e a identificação daquelas que serão resolvidas de forma sumária. Incentiva-se também a utilização das *ADRs* (*Alternative dispute resolution*). Oferecem-se diretivas, para que o debate ocorra de forma célere e eficiente (PASSANANTE, 2000, p. 1362-63).

¹⁰⁷ Membro mais velho da corte.

¹⁰⁸ No original: “the court taking the ultimate responsibility for progressing litigation along a chosen track for a pre determined period during which it is subjected to selected procedures which culminate in an appropriate form of resolution before a suitably experienced judge. Its overall purpose is to encourage settlement of disputes at the earliest appropriate stage; and, where trial is unavoidable, to ensure that cases proceed as quickly as possible to a final hearing which is itself of strictly limited duration”.

Interessante, no entanto, é que a adoção de técnicas de *case management* deve ser implementada mediante constante consulta aos advogados e previsão de um sistema de monitoramento (DONZELLI, 2005, p. 535).

Ademais, o procedimento bifásico pode possuir vários percursos (*tracks*) na sua segunda fase (de discussão), dependendo das especificidades do caso concreto. Tal escolha não é realizada solitariamente pelo juiz, mas por este, em discussão com as partes, partindo de alguns critérios legais e do princípio da proporcionalidade (DONZELLI, 2005, p. 542).

Na fase preliminar (*pre trial*), fomenta-se o debate de modo a escolher e preparar a segunda fase de discussão (*trial*) (DONZELLI, 2005, p. 560).

Após esta primeira fase preparatória, escolhe-se a segunda fase entres três opções: o *small claim track*, o *fast track* e o *multi track*. O primeiro, para as causas mais simples em valor (até 5.000 libras) e em complexidade; o segundo, para causas no valor de 5.000 a 15.000 libras esterlinas; e o terceiro, para as causas mais complexas (DONZELLI, 1995, p. 558).

No entanto, a elasticidade procedimental não depende somente do valor da causa, mas também da verificação pelo juiz, em colaboração com as partes, da natureza do provimento requerido, da complexidade das questões fático-jurídico-probatórias, do número de partes, do número de provas orais, do valor de eventual demanda reconvençional e da importância da demanda para as pessoas envolvidas – Art. 26.8 do *Civil Procedure Rule – CPR* (DONZELLI, 2005, p. 558).

Trabalha-se num plano de análise de **complexidade substancial** (DONZELLI, 2005, p. 574), e não com o critério formal, do valor ou da natureza da causa, que normalmente é utilizado em outros sistemas processuais (como no Brasil) e que pode gerar inúmeros problemas na prática.

Criou-se, assim, um modelo opcional para o sistema de procedimentos especiais (tutelas diferenciadas) que é fonte de inúmeros problemas em sua aplicação, devido ao seu imenso grau de complexidade, e na impossibilidade de conhecimento pelos sujeitos processuais das especificidades de cada um (entre dezenas) quando o sistema trabalha com **profissionais generalistas** (como na Holanda¹⁰⁹ e no Brasil), que necessitam utilizar vários deles e acabam não conhecendo adequadamente nem mesmo o comum.

¹⁰⁹ Ao tecer considerações sobre a doutrina generalista, na Holanda, Santos *et al* informam: “A chamada “Doutrina Generalista”, predominante entre os juízes e advogados holandeses, entende que um bom juiz é um juiz generalista. Para os defensores deste movimento, um juiz tem suficiente competência social para estabelecer os factos relevantes em vários campos e tem também suficiente conhecimento e experiência jurídica para aplicar adequadamente as ferramentas legais. Acresce que, para este movimento, a falta de conhecimentos específicos sobre um determinado assunto, por parte de um juiz, não se resolve através de uma “hiper especialização”, nem pela utilização (excessiva) de especialistas externos, considerando que o poder judiciário não pode ficar

Não se pode deixar de constatar em nosso país, como já se percebeu em inúmeros países (como na Alemanha¹¹⁰ e França) e pelo Conselho de Europa (SANTOS *et. al.*, 2006 a, p. 80), que o aumento da complexidade normativa¹¹¹ conduz a uma especialização dos profissionais.

No entanto, na ausência de especialização profissional a concepção inglesa apresenta uma opção técnica interessante.

As diferenças entre os procedimentos especiais e a opção inglesa são notórias, como explicita Donzelli:

[...] a exigência de adaptar o processo às diversas exigências da controvérsia acontece unicamente em referência à particular tipologia de direito substancial, que virá a constituir o objeto do procedimento, com a necessária e inevitável consequência que a diferenciação do rito acontece **antes** do processo, segundo um modelo de técnica legislativa decisivamente **não elástico**, já que totalmente indiferente às circunstâncias do caso concreto (tradução livre)¹¹² (DONZELLI, 2005, p. 575).

Já no modelo inglês:

[...] a atenção é deslocada decisivamente sobre a vertente processual: o que importa não é tanto predispor um rito que se apresente como abstratamente idôneo a oferecer uma tutela jurisdicional efetiva para uma dada classe de direitos subjetivos quanto predispor um modelo de processo mediante uma disciplina formal particularmente elástica ou capaz de adaptar-se às características concretas de cada controvérsia, também independentemente da tipologia de direito em discussão, com a consequência – também aqui necessária e inevitável obviamente – que a

demasiado dependente da especialização de entidades terceiras. A solução passaria, assim, pela formação permanente.” (SANTOS *et al*, 2006a, p. 38).

¹¹⁰ Como poder-se-ia citar, de modo exemplificativo: na Alemanha a tendência é claramente a de especialização dos profissionais. Como informa Santos *et al*: “A tendência actual na estrutura judiciária alemã, devido à crescente complexidade do sistema legal, vai no sentido da especialização – das profissões judiciais e dos próprios tribunais. Normalmente, os advogados especializam-se em determinadas jurisdições, tal como os magistrados, embora estes, nos tribunais ordinários, possam alternar entre a área cível e a penal ao longo da carreira. À semelhança da organização dos tribunais de primeira instância, a reforma de 2002 introduziu, também, alterações no âmbito da especialização dos tribunais de segunda instância, mais especificamente, nos tribunais regionais superiores. Desde 2002 que estes tribunais são competentes para conhecer dos recursos de decisões da primeira instância sempre que uma das partes resida ou tenha sede noutro país, e ainda, quando tenham sido aplicadas normas de direito privado estrangeiro ou internacional.” (SANTOS *et al*, 2006a, p. 63).

¹¹¹ Perceba que as inúmeras reformas processuais brasileiras potencializam ainda mais o aumento da complexidade normativa, suscitando inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais e gerando uma situação completamente diversa da prometida simplificação procedimental.

¹¹² No original: “[...] l’esigenza di adattare il processo alle diverse esigenze della controversia avviene unicamente in riferimento alla particolare tipologia di diritto *sostanziale* che verrà a costituire l’oggetto del procedimento, con la necessaria ed inevitabile conseguenza che la differenziazione del rito avviene *prima* del processo, secondo un modello di tecnica legislativa decisamente *anelastico*, poiché totalmente indifferente alle circostanze del caso concreto”.

diferenciação do rito acontece durante o desenvolvimento do processo, e não antes que ele inicie (tradução livre)¹¹³ (DONZELLI, 2005, p. 575).

Apesar de o sistema inglês reformado ser lastreado nas perspectivas da socialização processual, com a defesa do reforço do papel do juiz, de outro lado, ele percebe a importância dos advogados e exalta sua função e participação durante todo o *iter*, exigindo que eles devam possuir enorme profissionalidade e responsabilidade (DONZELLI, 2005, p. 577).

Perceba-se, no entanto, antes de se continuar, que as reformas até aqui delineadas são realizadas sob a égide da socialização processual (agora, acesso à justiça), típica dos Estados Sociais. Mas não se pode olvidar da crise desse paradigma (que em nosso país não encontra parâmetro no modelo inglês) e da tentativa de busca de novas perspectivas.

4.3 Da crise do Estado Social e da busca de novas perspectivas

Já se tornou comum a afirmação e constatação de que o modelo de socialização característico do paradigma de Estado Social começou, de modo mais explícito, a entrar em crise a partir da década de 1970. Conseqüentemente, passou-se ao delineamento de busca de novos paradigmas.

Nesse prisma, vislumbra-se que o movimento de acesso à justiça, ápice da socialização no campo processual, surgiu exatamente no momento histórico no qual a crise do *Welfare State* estava plenamente implementada, pela incapacidade do Estado provedor de cumprir e aplicar as suas promessas.

Tal crise, porém, não pode obscurecer o fato de que em nosso país jamais ocorreu a implementação efetiva desse paradigma nos moldes de *Welfare* característicos dos países europeus.

No entanto, em face do exaurimento da perspectiva materializante dos *Welfare states*, que pressuporia Estados com atribuições funcionais tentaculares (assistencialista e populista, em alguns exemplos) e que reduzia a autonomia dos cidadãos (pública e privada) ao mero

¹¹³ No original: “l’attenzione è spostata decisamente sul versante *processuale*: ciò che importa non è tanto il predisporre un rito che si presenti come astrattamente idoneo ad offrire una tutela giurisdizionale effettiva per una data classe di diritti soggettivi, quanto predisporre un modello di processo dalla disciplina formale particolarmente *elastica*, ovvero capace di adattarsi alle caratteristiche *concrete* della singola controversia, anche indipendentemente dalla tipologia del di diritto fatto valere, con la conseguenza – anche qui necessaria ed

exercício do papel de cliente, com um efeito desmotivador da participação, vem se buscando opções para sua superação que não representem tão-somente o resgate de perspectivas liberais, mas a busca de perspectivas tensionais entre as argumentações tratadas até o momento.

Não se pode mais adotar regulamentações discriminatórias, típicas do direito liberal, nem paternalistas, típicas do Estado social, uma vez que com Habermas percebe-se que

Um programa jurídico se mostra como discriminatório quando é insensível frente às consequências limitadoras da liberdade derivadas das desigualdades fáticas; é paternalista quando é insensível frente às consequências limitadoras da liberdade que acompanham a compensação estatal daquelas desigualdades. (Tradução livre)¹¹⁴ (HABERMAS, 1994, p. 503)

Vislumbra-se mesmo que no campo reformista processual se percebe a disputa entre essas perspectivas, de um lado as socializadoras de acesso à Justiça e de outro as de garantia de não intervenção, do liberalismo, somadas as de eficiência e de produtividade do aqui chamado neoliberalismo processual (a ser analisado a seguir).

Diante dessa constatação, vislumbra-se que somente a perspectiva reflexiva procedimental permitirá uma releitura democrática desta tensão de modo a evitar os equívocos e degenerações de ambas as perspectivas.

Como bem explica Cattoni de Oliveira:

Com a crise do paradigma jurídico do bem-estar social e mesmo com as tentativas empreendidas pela dogmática jurídica, sobretudo germânica de escapar da alternativa “paradigma liberal” ou “paradigma social”, inclusive procurando estabelecer conexões mais ou menos “híbridas” entre eles, fomentou-se uma compreensão reflexiva do Direito, assim como a necessidade de se problematizar “modelos sociais” que estariam inscritos no próprio Direito. Segundo Habermas, sua intenção, com a interpretação que vem desenvolvendo do Direito e da política à luz da Teoria do Discurso, é, em face disso, a de “dar contornos nítidos a um terceiro paradigma do Direito, que recapitule em si os outros dois. Parto de que o que mais se ajusta aos sistemas jurídicos que a fins do século XX vigem nas democracias de massas, articuladas em termos de Estado Social, é uma compreensão procedimental do Direito” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 204).

Tal “terceiro paradigma” representaria uma concepção procedimental de Estado Democrático de Direito idealizada por Jürgen Habermas.

inevitabile ovviamente – che la differenziazione del rito avviene *durante* lo svolgimento del processo e non prima che esso inizi”.

¹¹⁴ No original: “Ein Rechtsprogramm erweist sich diskriminierend, wenn es gegen die freiheitseinschränkende Nebenfolgen faktischer Ungleichheiten, als paternalistisch, wenn es gegen die freiheitseinschränkende Nebenfolgen der staatlichen Kompensation dieser Ungleichheiten unempfindlich ist.”

Explicita Habermas:

O paradigma procedimental do Direito é, além do mais, resultado de um conflito de paradigmas e parte da premissa segundo a qual o modelo liberal e o modelo do Estado Social de Direito interpretam a evolução jurídica em termos excessivamente concretistas à realização do direito e ocultam assim aquela interna conexão que se dá entre autonomia privada e autonomia pública, a qual necessita ser interpretada caso a caso (tradução livre)¹¹⁵ (HABERMAS, 1994, p. 528).

Manter-se-iam as tensões das perspectivas liberais ou sociais, uma vez que

[...] no marco de uma compreensão procedimentalista do Direito, na prática social do cotidiano dos operadores jurídicos, e que em muito ultrapassa o círculo fechado dos especialistas, **os paradigmas jurídicos liberal e social permanecem em tensão**, concorrendo caso a caso para a interpretação do suposto Direito aplicável (destacamos) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 205).

Isso não significaria uma carência de conteúdo, mas, sim, a necessidade discursiva de problematizar a concepção liberal e social nos discursos de justificação (legislativo) e de aplicação (jurisdicional), de modo a se escapar de possíveis degenerações que ambas as perspectivas possam gerar; além de garantir a ampla participação estatal e privada nas esferas decisórias do sistema jurídico.

Habermas explica:

Dos precedentes paradigmas jurídicos em concorrência, o procedimental não se diferencia por ser ‘formal’, no sentido de ‘vazio’ ou ‘pobre de conteúdo’. Pois a sociedade civil e a esfera pública política constituem para ele pontos de referência extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada. Em sociedades complexas, as fontes mais escassas não são a produtividade de uma economia organizada pela economia de mercado, nem a capacidade de regulação da administração pública. **O que importa preservar é, antes de tudo, a solidariedade social, em vias de degradação, e as fontes do equilíbrio da natureza, em vias de esgotamento.** E, nas sociedades complexas, somente as práticas comunicativas de autodeterminação estão ainda em condição de regenerar as forças da solidariedade social (destacamos) (tradução livre)¹¹⁶ (HABERMAS, 1994, p. 536).

¹¹⁵ No original: “Das prozedurale Rechtsparadigma ist im übrigen Ergebnis eines Paradigmenstreits und steht unter der Prämisse, daß das sozialstaatliche und das liberale Rechtsmodell die Rechtsverwirklichung *zu konkretistisch* deuten und den von Fall zu Fall interpretationsbedürftigen internen Zusammenhang zwischen pribater und öffentlicher Autonomie *verdecken*”.

¹¹⁶ No original: “Von den bislang konkurrierenden Rechtsparadigmen unterscheidet sich das prozedurale nicht dadurch, daß es ‘formal’ im Sinne von ‘leer’ oder ‘inhaltsarm’ ware. Denn mit Zivil gesellschaft und politischer Öffentlichkeit zeichnet es energisch Bezugspunkte aus, unter denen der demokratische Prozeß für die Verwirklichung des Systems der Rechte ein anderes Gewicht und eine bisher vernachlässigte Rolle gewinnt. In komplexen Gesellschaften sin weter dir Produktivität einer marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaft noch die Steuerungskapatät der öffentlichen Verwaltung die knappsten Ressourcen. Einen schonndenden Umgang verlangen in erster Linie die Ressourcen des erschöpften Naturhaushaltes und de rim Zerfall begriffenen

Para o autor nem a forma nem o conteúdo bastam sozinhos em face da falibilidade fundamental de nosso conhecimento (HABERMAS, 1996, p. 1507) uma vez que na prática de justificativa garante-se no máximo que a troca de argumentos abranja todas as informações e razões relevantes, atualmente disponíveis, devido à inexistência de fontes de evidência e argumentos definitivos em questões práticas que possam ser predeterminados antes do procedimento argumentativo (HABERMAS, 1996, p. 1507). Defende que tal procedimento garanta um espaço público com ampla participação dos próprios interessados em condição paritária e sem delegação de responsabilidades a quaisquer escolhidos (*experts*) (HABERMAS, 1996, p.1508-1510).

Tal concepção assume enorme relevância quando se colocam em análise os discursos de aplicação jurídica, que se estruturam primordialmente mediante a atividade processual e jurisdicional.

A própria construção do sistema processual necessita ser revista; não mais mediante a perspectiva puramente liberal ou social, mas, sim, mediante a perspectiva procedimentalista, superando, assim, criticamente, a unilateralidade das perspectivas, garantindo-se complementaridade entre as autonomias pública e privada (HABERMAS, 1994, p. 502-503), de modo que os direitos fundamentais não possam ser reduzidos nem a direitos liberais de defesa nem mesmo a direitos de prestação positivas em face do Estado.

Uma das primeiras ressonâncias dessa perspectiva procedimental seria a de se aliviar os sujeitos processuais parcialmente do encargo de, solitariamente, encontrar a melhor aplicação do direito, uma vez que, segundo Cattoni de Oliveira:

No que se refere especificamente à aplicação jurídica, uma reconstrução paradigmática do Direito combinaria história e teoria, procurando retirar dos ombros do operador jurídico um papel ou encargo que só poderia ser desempenhado por um juiz Hércules: uma vez reconstruído o paradigma, ter-se-ia, sem maiores mediações, um vetor interpretativo já presente e efetivo para a resolução de questões jurídicas (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 199).

Permite-se uma racionalização discursiva do sistema processual das sociedades plurais da alta modernidade (CATTONI DE OLIVEIRA; CARVALHO NETTO, 2005a, p. XVI), de modo a se estruturar uma nova perspectiva de legitimidade, muito diversa daquela estratégica

gesellschaftlichen solidarität. Und die Kräfte gesellschaftlicher Solidarität lassen sich heute nur noch regenerieren in den Formen Kommunikativer Selbstbestimmungspraktiken”.

do sistema de liberalismo processual ou do protagonismo judicial, fruto dos modelos de socialização processual. Nas palavras de Cattoni de Oliveira:

Numa sociedade linguisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo jurisdicional e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade.[...]

Há muito a questão acerca da legitimidade das decisões jurisdicionais deixou de ser um problema que se reduza tão-somente à pessoa do juiz, à sua virtude ou à sua forma de seleção, ou a um momento quase mítico de tomada de decisão. O que garante a legitimidade das decisões são antes direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes e que são, principalmente, os do contraditório e da ampla defesa (Constituição da República, art. 5.º, LV), além da necessidade racional de fundamentação das decisões (Constituição da República, art. 93, IX). Embora o Direito diga respeito a todos os cidadãos, nos discursos de aplicação essa necessidade de legitimidade afeta diretamente àqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional (destacamos) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 220).

Amplia-se a importância do processo, de sua estrutura normativa e, especialmente, dos princípios e regras dele institutivos, na medida em que deve ser assegurado um espaço-tempo racionalmente construído para a participação de todos os interessados na tomada de decisões.

Com Habermas, acredita-se que:

[...] os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um procedimento equânime, isto garante, por sua vez, não a certeza do resultado, mas uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato. Assim, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes, e não arbitrários (tradução livre)¹¹⁷ (HABERMAS, 1994, p. 270).

Constata-se, porém, que apenas uma interpretação que leve a sério o conflito de paradigmas (HABERMAS, 1994, p. 528) poderá representar uma alternativa para a compreensão adequada do direito processual.

É costumeira a defesa de uma socialização efetiva mediante a busca do acesso à justiça, mas vem se tornando corriqueira uma degeneração desse discurso mediante uma defesa estratégica de um processo de resultados que tenta encobrir uma lógica funcional e de produtividade processual, que vem sucateando a técnica e o processo.

¹¹⁷ No original: “Die Verfahrensrechte gewährleisten jeder Rechtsperson den Anspruch auf ein faires Verfahren, das keine Ergebnissicherheit, aber eine discursive Klärung der einschlägigen Tatsachen- und Rechtsfragen garantiert; so können die Betroffenen damit rechnen, daß im Verfahren nicht beliebige, sondern nur relevante Gründe für richterliche Entscheidung den Ausschlag geben”.

No Estado democrático de direito somente uma perspectiva procedimental pode manter a tensão entre argumentos liberais e sociais e contrapor-se a uma degeneração ainda mais nefasta (e sub-reptícia), qual seja, o surgimento de um discurso estatal neoliberal que gera uma credulidade de que o único aspecto importante do sistema processual é a sua eficiência, sem uma preocupação adequada com a normatividade interna do sistema jurídico.

5 DAS TENDÊNCIAS DE REFORMA PROCESSUAL NO BRASIL A PARTIR DA DÉCADA DE NOVENTA – DO NEO-LIBERALISMO PROCESSUAL BRASILEIRO (DA PSEUDO-SOCIALIZAÇÃO)

Na segunda metade da década de oitenta e na década de noventa, após a promulgação da Constituição de 1988 e o decorrente desbloqueio da litigiosidade, estruturou-se uma nova tendência pragmática dos estudos sobre o Direito Processual brasileiro.

Como ressonância do movimento pelo acesso à Justiça, começaram a ser delineadas as reformas do processo civil brasileiro para introdução de novos institutos (v.g. Ação civil pública – Lei 7.347/85 – e Ações coletivas dos arts. 81 *et seq* da Lei 8.078/90 – THEODORO JUNIOR, 1997, p. 54), além das inúmeras alterações no Código de Processo Civil de 1973, mediante várias ondas, que buscavam, pelo menos no plano ideológico, uma aplicação social do direito.

Incentivou-se, nos estudos de direito processual, a visualização de escopos metajurídicos (sociais, políticos, econômicos) da jurisdição, assim como o reforço do papel dos juízes.

5.1 Do instrumentalismo positivo e sua busca de um papel-missão do juiz

Tal fato se inicia, no plano doutrinário, de modo mais consistente, com a já amplamente conhecida obra *Instrumentalidade do Processo*, de Cândido Rangel Dinamarco, publicada em primeira edição em 1987, na qual o autor, sob o influxo das teorias socializantes, tenta sintetizá-las, dando seguimento ao discurso da centralidade da jurisdição para a teoria do processo (DINAMARCO, 2001, p. 82), da defesa de uma instrumentalidade positiva, com um processo predisposto para a realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) mediante a intervenção do juiz (DINAMARCO, 2001, p. 270-273), repetindo as mesmas finalidades, todavia, já sustentadas por Franz Klein em sua célebre preleção em Dresden, em 1901 (cf. item 3.1).

A função compensadora dos déficits de igualdade por parte do juiz, típica do discurso socializador, desde o princípio, ganha novos tons voluntarísticos, de modo a **não** se defender uma racionalidade discursiva na aplicação do direito, mas, sim, uma racionalidade instrumental aplicada pela sabedoria e sensibilidade do magistrado, eis que,

[...] incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem **iluminados** pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente. O juiz que não assuma esta postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça (destacamos) (DINAMARCO, 2001, p. 294).

O autor tenta, desse modo, defender, no plano ideológico, a função jurisdicional como papel-missão de busca da aplicação solitária dos valores (uniformes) da sociedade.¹¹⁸ Sua teoria busca, dentro de um enfoque axiológico, a aplicação e estruturação processual em perspectiva Constitucional Social – em certa medida, comunitarista (cf. 7.4.1), com aplicação dos princípios constitucionais, defendendo uma predominância do papel dos juízes e sustentando que o processo serviria para legitimar seus entendimentos, que deveriam ser aceitos e obedecidos (DINAMARCO, 2001, p. 138-139)

Apesar de negar sua ligação a “Escola de direito Livre”, devido sua vinculação judicial à lei, apresenta exemplos de “uso alternativo do direito” e após afirma que

Em casos de formar-se um valo entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar. [...] Em suma: o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhes apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça. Não tem, contudo, salvo em situações teratológicas, o poder de alterar os desígnios positivados pelo Estado através da via adequada, ainda que para corrigir situações que lhe pareçam desequilibradas. (destacamos) (DINAMARCO, 2001. p. 199-200)

¹¹⁸ Dinamarco, no último item da conclusão de seu trabalho de n. 53 (DINAMARCO, 2001, p. 321), tenta salvar seu instrumentalismo afastando-o da Escola de Direito Livre (Bulöwiana, já comentada), afirmando que “a liberdade do juiz encontra limite nos ditames da lei”. No entanto, tal afirmação mostra-se completamente paradoxal com sua teoria, pois não se garante uma importância ao processo, a não ser a de legitimar a atuação jurisdicional.

Em outro trecho afirma que:

Negar que o juiz crie o direito do caso concreto vale simplesmente como afirmação de que as situações jurídico-substanciais declaradas em sentença preexistem a ela. Tal é, em sua simplicidade, a teoria dualista do ordenamento jurídico, que se apóia rigorosamente no raciocínio dedutivo desenvolvido pelo intérprete a partir da premissa maior que é a norma abstrata contida no direito objetivo material; a premissa menor é a concreta situação de fato e a conclusão reside na afirmação do preceito concreto (nas sentenças judiciais, o *decisum*). Negar que de alguma forma o juiz concorra, em cada caso, a contribuir ou completar o preceito da lei (“compondo” a *lide*) não pressupõe o desconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade em que vive. **Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobri-los o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação.** Esse iter lógico-axiológico está inserido na vida dos direitos e só poderia ser negado à custa de reduzir a ordem jurídica às dimensões do texto legal. Cada direito, em concreto (ou cada situação em que a existência de direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores que, no tempo presente, legitimam a disposição, chega-se à “vontade concreta da lei”, ou seja, ao concreto preceito que o ordenamento dirige ao caso em exame. Por isso é que, quando **os tribunais** interpretam a Constituição ou a lei, eles somente **canalizam a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação.** O comando concreto que emitem constitui **mera revelação** do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza. Assim, as mutações constitucionais e legais decorrentes da repetição de julgados e da “força da jurisprudência” constituem, na verdade, **imposições do próprio sentimento nacional** e não do Estado mesmo, supostamente agindo através do juiz nessa função. (destacamos) (DINAMARCO, 2001, p. 41.42)

A legitimidade constitucional do sistema jurídico, em boa medida, dependeria, na ótica do autor, de procedimentos vocacionados à ampla obediência pelos cidadãos dos entendimentos encontrados pelos seus agentes estatais, sem uma participação adequada dos demais interessados, eis que esta somente serve como colaboração para que o canal da carga axiológica (juiz) encontre uma decisão, de acordo com uma presumida ordem concreta de valores, que seja obedecida em situações ainda indefinidas, dentro de certos limites de tolerância.

Ademais, o papel do magistrado, de viabilizador e defensor dessa (presumida) ordem concreta e homogênea de valores, garantiria a este um desprezo ao legislador (com seus equívocos, fragilidades e instabilidades políticas) à lei (devido a debilidade de seu poder de expressão – Bülow – à sua indeterminação e má elaboração – DINAMARCO, 2001, p. 294-295) e, especialmente, à argumentação das partes, uma vez que esta somente seria importante num segundo momento, após o juiz sensível expressar e captar “aquela” interpretação “correta” da “normatividade” extraída e produzida de acordo com a

“melhor leitura”, por ele encontrada solitariamente, dos valores homogêneos de nossa sociedade (plural).

Parece errônea a afirmação do autor de um “recente surgimento da idéia de um escopo metajurídico da jurisdição” (DINAMARCO, 2001, p. 155) quando se verifica a obra de Klein (1901) e de outros socializadores desde o final do século XIX até os dias de hoje.¹¹⁹

Wassermann, em 1978, defendia que a análise tão-somente jurídica do processo não permitia sua apreensão plena, havendo a necessidade de realizar sua análise social (WASSERMANN, 1978, p. 130).¹²⁰

Destaque-se, mais uma vez, que para Dinamarco, o Estado intervencionista:

[...] pretendendo ser “a providência do seu povo”, sente que o bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população. Ele é, por isso, declaradamente intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita. O “pacto social” refletido na nova ordem constitucional, inclui o traçado de diretrizes nesse sentido da integração social e econômica da população. (DINAMARCO, 2001, p. 31)

Tal concepção de um juiz portador de uma concepção dos valores de uma “ordem concreta” relembra muito, ainda, outra concepção defendida pelos juristas alemães durante a segunda guerra, que buscavam também (cf. 3.2) uma coincidência de convicção no sentir e querer de todos os membros da comunidade jurídica.

Conveniente, ainda, perceber que a teoria de Dinamarco busca elaborar táticas para a mudança social de acordo com escolhas políticas do juiz presumivelmente colhidas dos valores do ordenamento.

A constatação interessante é que, nas primeiras décadas do século XX, como decorrência do realismo jurídico norte-americano, surgiu uma linha teórica intitulada “**instrumentalismo**” que buscava responder questões relativas ao processo judicial, visando melhores soluções para a mudança social, mediante a atuação do juiz, que responderia estímulos pessoais e sociais.

Dworkin ao comentar esse período do desenvolvimento do realismo informa que

¹¹⁹ Relembre-se: v.g. da defesa de assunção de um papel político e social pelos Tribunais soviéticos, conforme explicitado em 4.2.

¹²⁰ Defendia, no entanto, um papel complementar entre os sujeitos processuais e não um papel judicial estratégico ou autoritário (WASSERMANN, 1978, p. 131-133).

No início deste século [XX], John Chipman Gray, mais tarde, Oliver Wendell Holmes publicaram apresentações céticas do processo judicial, desmascarando a doutrina ortodoxa segundo a qual competia aos juízes apenas aplicar as regras existentes. Essa abordagem cética foi ampliada nos anos 20 e 30, transformando-se no poderoso movimento intelectual denominado “realismo legal”. Seus líderes (Jerome Frank Llewelyn, Wesley Sturges e Morris e Felix Cohen, entre outros) argumentavam que a teoria ortodoxa fracassara pelo fato de ter adotado uma abordagem doutrinária da teoria do direito, tentando descrever o que os juízes fazem concentrando-se apenas nas regras que eles mencionam nas suas decisões. Trata-se de um erro, argumentavam os realistas, pois na verdade **os juízes tomam as suas decisões de acordo com a suas próprias preferências políticas e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização**. Os realistas exigiam uma abordagem *científica* que se fixasse naquilo que os juízes fazem e não naquilo que eles dizem, bem como no impacto real que suas decisões têm sobre a comunidade mais ampla.

A linha principal da teoria do direito norte-americano seguiu essa exigência de realismo [...]. Ela enfatizou as duas outras habilitações profissionais – a capacidade dos juristas de organizar fatos e elaborar táticas para a mudança social. Poderemos reconstituir mais claramente o impacto posterior do realismo se distinguirmos essas duas técnicas. A ênfase dos fatos transformou-se naquilo que Roscoe Pound, de Harvard, denominou de *teoria sociológica do direito*, que ele entendia como o estudo criterioso das instituições jurídicas enquanto processos sociais. Essa abordagem trata um juiz, não como um oráculo da doutrina, mas como um homem que responde a diferentes tipos de estímulos sociais e pessoais. Alguns juristas, como Jerome Frank e o próprio Pound, tentaram realizar esse tipo de estudo, mas descobriram que os juristas não possuem o treinamento ou o equipamento estatístico necessário para descrever instituições complexas de um modo que não seja introspectivo ou limitado. Com isso, a teoria do direito sociológica tornou-se domínio dos sociólogos.

A ênfase das táticas teve um efeito mais duradouro sobre as faculdades de direito. Estudiosos como Myres McDougal e Harold Lassell, em Yale, e Lon L. Fuller, Henry Hart e Albert Sachs, em Harvard, **apesar de cada um fazê-lo ao seu modo, insistiram todos na importância de se considerar o direito como instrumento capaz de conduzir a certos objetivos amplos e tentaram responder instrumentalmente a questões relativas ao processo judicial**¹²¹, **ao perguntarem que soluções melhor promoveriam aqueles objetivos.**

Mas esta ênfase nos fatos e na estratégia terminou por distorcer os problemas de teoria do direito de uma maneira muito parecida com o que havia ocorrido com a abordagem doutrinária inglesa, isto é, exatamente através da eliminação daquelas questões relacionadas com princípios morais que formam o seu núcleo. Esse fracasso torna-se evidente quando examinamos detalhadamente o problema central que os sociólogos e os **instrumentalistas**¹²² discutiram: os juízes sempre seguem regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou algumas vezes eles criam novas regras e as aplicam retroativamente? (DWORKIN, 2002, 6-8)

¹²¹ No original: “[...] as an instrument for moving society toward certain large goals, and they tried to settle questions about the legal process instrumentally [...]” (DWORKIN, 1978, p. 4)

¹²² No original: “[...] intrumenlists [...]” (DWORKIN, 1978, p. 4)

Coincidência terminológica ou não, Dinamarco traz como centro de sua teoria um juiz com habilidades diferenciadas com uma teleologia vocacionada aos escopos já perseguidos pelos socializadores e realistas desde o advento destas linhas teóricas.

A divergência da proposta elaborada pelo autor e a aqui defendida é notória uma vez que para Dinamarco o procedimento jurídico funciona como mero instrumento de aplicação de um ideal pré-definido de bem viver, fruto dos “sentimentos da nação”, com conteúdos fixos (“ordem concreta”), atribuído ao critério de sensibilidade de seu agente estatal. A legitimação é obtida mediante a compatibilidade do sistema processual com uma presumida realidade axiológica (DINAMARCO, 2001, p. 137).

O sistema processual funcionaria como mero instrumento do Estado para consecução dos escopos por ele traçados (DINAMARCO, 2001, p. 55)

Já nessa tese se defende que o procedimento é constitutivo de todo o processo de decisão, de modo que para o aqui defendido **processualismo constitucional democrático** a participação e o policentrismo são institutivos de um processo normativamente disciplinado pelos direitos fundamentais, que garantirá uma formação adequada dos provimentos, sem que estes possuam conteúdos fixos pré-determinados, ao se aplicarem as normas (princípios e regras). Tal procedimento respeitará e fomentará a participação e contribuição de todos os envolvidos nas esferas decisórias.

Ao comentar os perigos da instrumentalidade e a possibilidade de sua apreensão por perspectivas de dominação, Calmon de Passos afirma:

Um desses frutos perversos, ou peçonhentos gerados pela "instrumentalidade" foi a quebra do equilíbrio processual que as recentes reformas ocasionaram. Hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente o detentor de poder na relação processual, portanto, o que é potencialmente melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas conseqüências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro à sua pretensão. Numa total inversão de valores, tem-se como "dado" o que jamais pode ser entendido nesses termos antes de comunicativa e intersubjetivamente produzido. Esses erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, agravassem-na e o fizessem progressivamente, até atingir o intolerável, que determinará o indesejável – a implosão, quando se queria e se necessitava apenas de reformulação. E por que as reformas, em sua dimensão mais pretensiosa, agravam antes de solucionar? Porque exacerbam a litigiosidade e favorecem o arbítrio. Essas duas coisas, casadas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem. O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela "viscosidade" da decantada "instrumentalidade", transforma-se em arma na mão de sicários, ou, para usar

as expressões de um ilustre advogado paulista – faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal, com precedência, na jugular do adversário.[...] Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada. Apenas se indagava – o que fazer para nos libertarmos da pletora de feitos e de recursos que nos sufocam? E a resposta foi dada pela palavra mágica "instrumentalidade", a que se casaram outras palavras mágicas – "celeridade", "efetividade", "deformalização", etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e a hora do desencantamento. (CALMON DE PASSOS, 2000, p. 14-15).

O perigo da perspectiva teórica de Dinamarco pode ser ainda evidenciada com Carvalho Netto, uma vez que a tentativa de

[...] um pretenso e cada vez mais recorrente “ativismo judicial” de cunho “comunitarista” galgar o Poder Judiciário em uma missão de guardião (ético?) da virtude que zela pela observância da Constituição traduzida agora em uma “ordem concreta de valores” que corre o risco de, à luz das preferências dos magistrados, “descambar” para um decisionismo (“agora de valores” tão ou mais perverso que o positivista-normativista) judicial arbitrário insensível à situação de aplicação gerando um “déficit” de legitimidade no Direito (e em franca violação à democracia) e na Constituição que, nos dizeres de Niklas Luhmann, funciona como mecanismo de acoplamento entre Direito e Política. Nesse sentido, a Constituição é lançada contra si mesma (como um joguete nas mãos de operadores do Direito, bem intencionados?) de forma a “desnudar” seu sentido normativo que é cotidianamente instrumentalizado estrategicamente (politicamente!) por decisões argumentativa e racionalmente (ou irracionalmente!) adequadas? Necessárias? Ponderadas? Que só têm o condão de transformar o Poder Judiciário em um “nobre” Poder Constituinte originário permanente! Sem dúvida a Constituição canaliza e viabiliza a democracia, mas se se espera que ela, unicamente por suas normas, possa substituir, apenas a título de exemplo, o tratamento político dos problemas políticos e o cuidado econômico das questões econômicas por imperativos constitucionais cogentes que dispensem o jogo democrático e a condução concreta de políticas econômicas e sociais, terminar-se-á por pagar o preço do incremento da desestima constitucional a corroer toda sua potencial força normativa e a gerar a ineficácia de suas normas, produzindo, na prática, efeitos opostos aos almejados. (CARVALHO NETTO, 2008, p. XII-XIII)

Ademais, a situação se torna complexa quando a leitura privilegiada do Judiciário de uma ordem concreta de valores se torna submissa “aos interesses funcionais do mercado ou do Poder Administrativo” (FERNANDES, PEDRON, 2008, p. 277) impedindo a visualização de um “acesso à justiça qualitativo”.¹²³

¹²³ Para uma análise interessante da temática, apesar de algumas inconsistências técnicas no campo do direito comparado: Cf. (FERNANDES, PEDRON, 2008)

Não se pode olvidar que, com base no aludido horizonte, Dinamarco tentou, ainda, implementar, sem a utilização de tal terminologia, uma peculiar judicialização da política – ou seja, com o juiz exercendo solitariamente o papel político de compensar e corrigir assimetrias no exercício do poder.

Ocorre que um dos pilares da judicialização, mesmo que essa fosse possível, nunca se encontrou presente na maioria dos juízes brasileiros, qual seja, o anseio por parte destes de um exercício social da prática decisória, preferindo-se a não interferência (CARVALHO, 2004, p. 120), além de se buscar a qualquer preço o aumento de sua produtividade. E, mesmo quando tal anseio estava presente, as condições infra-estruturais do sistema jurídico brasileiro impediam o cumprimento do ativismo judicial.¹²⁴

Assim, não se encontrava presente nem o perfil de magistrados, com a formação diferenciada, nem a estrutura processual fiscalizadora do exercício dessa atividade. No entanto, buscando o estabelecimento da socialização, foram introduzidos institutos processuais (v. g.: antecipação de tutela) e modelos procedimentais diferenciados (v. g.: Juizados Especiais), entre outras inúmeras alterações, que buscavam celeridade processual e o cumprimento do princípio da eficiência mediante a deformalização e o reforço de poderes judiciais.

Ocorre que o modelo reformista brasileiro foi sendo acometido, com o passar dos anos, de uma patologia ainda mais grave do que a decorrente do reforço único dos poderes dos juízes e decorrente esfacelamento do papel das partes, advogados e demais partícipes do sistema processual: foi sendo esvaziado o papel do processo como instituição garantidora de implementação de direitos fundamentais.

Em verdade, o discurso burocratizante do processo foi fazendo com que todos acreditassem que este seria um mal, uma doença¹²⁵ que deveria ser estirpada mediante sua supressão quase completa, diminuindo o espaço cognitivo formador das decisões e promovendo a defesa da rapidez procedimental a qualquer preço.

Como lembra Gonçalves:

¹²⁴ Como informa Santos: “No Brasil, tal como em Portugal depois de 1974, a passagem da ditadura para a democracia não implicou debates, e tão poucas pressões políticas que exigissem mudanças profundas na estrutura organizacional dos tribunais. Isto conduziu a um reforço da independência judicial em relação aos outros poderes **sem a correlata discussão sobre os mecanismos de controlo democrático da magistratura**. Por outro lado, não foi questionada a independência interna, preservando-se um modelo burocrático de organização, com subordinação dos juízes à cúpula, **dentro de uma estrutura em que os magistrados se concentram em suas carreiras individuais e mantêm um distanciamento em relação à esfera pública e às organizações sociais** (destacamos) (SANTOS, 2007, p. 79-80).

¹²⁵ O que, em certa medida, é fruto da adulteração da concepção publicística do processo (cf. AROCA, 2002, p. 72).

As propostas de novas categorias e de novas vias que abreviem o momento da decisão são particularmente voltadas para a economia e a celeridade como predicados essenciais da decisão justa, sobretudo quando a natureza dos interesses em jogo exige que os ritos sejam simplificados. Contudo, a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo. A decisão não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresentar no processo não poderá se apresentar, também, na sentença (GONÇALVES, 1992, p. 124-125).

Celeridade sempre foi e sempre será uma preocupação dos processualistas. Mas em outros países tal celeridade não pode jamais representar a supressão das garantias processuais,¹²⁶ da qual o próprio processo, em devido processo legal, constitui a máxima garantia.

Mesmo no ápice da socialização afirmava-se que o “[...] processo deve ser construído de tal forma que ele ofereça segurança para um andamento processual célere, mas ao mesmo

¹²⁶ O constituinte brasileiro incorporou em definitivo, de modo expresso, o princípio do desenvolvimento do processo em tempo razoável no inc. LXXVIII do art. 5º CRFB/88, apesar de sua já existência no sistema jurídico por força da ratificação, em 1992, do art. 8º da Convenção *Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica*, de 1969) e da previsão do parágrafo 2º do mesmo art. 5º. Tal tendência já vinha sendo seguida por inúmeras constituições estrangeiras, como a americana, que garante no processo penal, desde a VI emenda da Const. de 1787, ao acusado um “right to a speedy trial”; a espanhola de 1978, que estabelece em seu art. 24, §2º, o princípio de que todos têm direito a um processo sem dilações indevidas; e a Italiana de 1948, que, desde a lei constitucional de 23 de novembro de 1999 (que entrou em vigor em 7 de janeiro de 2000), assegura a razoável duração do processo (TROCKER, 2001, 403-404). Obviamente, jamais houve a necessidade de se esperar o novo inciso do art. 5º para que os juristas e o legislador buscassem simplificações procedimentais e formas de tutelas diferenciadas que visassem abreviar o curso da atividade processual (OLIVIERI, 2000, p. 251). Ocorre que o novo preceito permite uma nova perspectiva para a discussão do assunto. Raramente, como lembra Trocker, a lentidão da Justiça decorre da estruturação do processo, dependendo, sim, dos recursos empregados para garantir uma razoável intensidade de trabalho por todos aqueles relacionados ao processo (TROCKER, 2000, 405) (juiz, advogados e, fundamentalmente, serventuários). A implementação dinâmica do princípio não poderá permitir tão-somente uma implementação programática, mas, sim, uma implementação efetiva. O problema é que não possuímos um órgão de superposição que possa exercer um controle similar ao que ocorre pela Corte de Estrasburgo, em que a leitura do art. 6, §1º da Convenção *Européia dos Direitos do Homem* não é lida como um cânone disciplinante da função jurisdicional, mas, sim, como direito acionável pelo cidadão diante da corte com jurisdição obrigatória por todos os Estados da comunidade européia (TROCKER, 2000, p. 404). Costuma-se defender a incompatibilidade, tanto no plano teórico quanto prático, entre um processo que respeite o conjunto de princípios processuais constitucionais (modelo constitucional do processo) e um processo que seja eficiente (TROCKER, 2000, p. 407), uma vez que a redução atécnica dos espaços de formação do provimento, ao se buscar celeridade, mediante algumas estruturas de tutelas sumárias e diferenciadas ou, mesmo, alterações no procedimento comum, acabam por macular um ou vários princípios processuais, como *v. g.* o contraditório. No entanto, a democratização do processo envolve exatamente a adequação de todos os princípios constitucionais, em cada procedimento estruturado pela norma, englobando por óbvio o princípio da razoável duração do processo, mas, também, obviamente, **sem sobrevalorizá-lo**, de modo a impor sua busca a qualquer custo, em prejuízo a uma articulação técnica e constitucionalizada do processo.

tempo a chance realista de que a sentença que dele resulta também seja correta. Uma rapidez obtida à custa da retidão da sentença é proibida [...]” – (tradução livre)¹²⁷ – (WASSERMANN, 1978, p. 92).

Não se pode negar, no entanto, que, às vezes, surgem em outros países soluções reformistas peculiares na busca da celeridade.

Constata-se que recentemente, dentro da busca da celeridade, fora introduzida em 28 de dezembro de 2005 uma reforma ao *Nouveau code de procédure civile* francês e, com esta, a introdução de uma espécie de contrato entre o juiz e as partes (*contrat de procédure*),¹²⁸ buscando a fixação de prazos de duração do procedimento acordados entre os

¹²⁷ No original: “Der Prozeß muß so gestaltet werden, daß er Gewähr für einen raschen Rechtsgang, aber zugleich auch die realistische Chance bietet, daß das Urteil, das ergeht, auch richtig ist. Eine Schnelligkeit, die auf Kosten der Richtigkeit des Urteils geht, verbietet. [...]”

¹²⁸ Ao explicar a reforma e o novel instituto Dequeker informa que: “O objetivo inicial da reforma é instaurar um diálogo permanente entre os atores do processo e acelerar o procedimento, permitindo assim por em destaque todos os dados significativos de um negócio. Um diálogo construtivo: O calendário de procedimento permitirá racionalizar as etapas que virão no procedimento que permita um debate útil e frutuoso. “Deve ser percebido na confiança de um trabalho em comum do juiz e dos advogados. Não deve consistir num simples enunciado de datas e gerar reduções nas relações entre magistrados e advogados; então mesmo aqueles participam na celeridade e a lealdade do procedimento”. Cada ator do processo deve então possuir um perfeito conhecimento dos elementos do processo e sentir-se implicado na elaboração deste calendário. Para o efeito, a chancelaria admitiu que a redação inicial do projeto, estipulando que o juiz fixe o calendário de procedimento após “ter solicitado o parecer dos advogados”, seja alterada “pelo acordo dos advogados”. No plano prático, qual prazo será ofertado aos advogados para dar o seu “de acordo”, o projeto continua a ser mudo sobre esta pergunta. Não dá mais indicação sobre as modalidades segundo as quais o juiz recolherá este acordo. Um procedimento eficaz e consensual: de resto, as datas das trocas de conclusão, do encerramento do procedimento, bem como as dos debates e a entrega da decisão, não serão inamovíveis. Pelo contrário, a rigidez induzida pelo formalismo do calendário é moderada pelo texto. Este reforça a exigência de cooperação e confere ao princípio de lealdade processual um lugar central na condução do processo. A eficácia procurada acompanha-se por conseguinte da melhoria do contraditório e da igualdade das armas; permite um procedimento evolutivo, “diga-se intelectual”, que supõe um acompanhamento dos processos a médio e longo prazo. Embora o calendário ser fixado antes mesmo que juiz tenha o menor conhecimento além do formal do litígio - conhecimento no entanto necessário “ao procedimento a ser julgado” - deve se ajustar a necessidade da parte constituir seu processo. Este calendário deve necessariamente ser realista e não restringir o exercício dos direitos da defesa. No plano prático, os prazos inicialmente fixados poderão ser prorrogados no caso de elementos novos, ou ainda quando conclusões não previstas, mas indispensáveis para o respeito do contraditório, forem necessárias. Com efeito, comprometer-se originalmente o procedimento a limitar o número das suas petições é dificilmente concebível em relação à qualidade da defesa e da responsabilidade incorrida não dá a menor indicação sobre as modalidades segundo as quais o juiz recolherá este acordo. Pode-se por conseguinte pensar razoavelmente que o exercício dos direitos de defesa constituirá “uma causa grave e devidamente justificada”, permitindo ao juiz atribuir um adiamento. A apreciação deste critério pode ser fonte de contendas e sujeita ao subjetivismo do juiz.” (tradução livre) (DEQUEKER, 2006, p. 19-20). No original: “L’objectif initial de la réforme est d’instaurer un dialogue permanent entre les acteurs du procès et d’accélérer la procédure, permettant ainsi de mettre en lumière toutes les données significatives d’une affaire. Cet objectif est fondé sur de nouveaux rapports de partenariat entre le juge et les parties. Un dialogue constructif: Le calendrier de procédure permettra de rationaliser les étapes pour parvenir à une mise en état permettant un débat utile et fructueux. Il «doit être perçu comme le gage d’un travail en commun du juge et des avocats. Il ne doit pas consister en un simple énoncé de dates et engendrer des crispations dans les relations entre magistrats et avocats; alors même qu’elles participent à la célérité et à la loyauté de la procédure». Chaque acteur du procès doit alors posséder une parfaite connaissance des éléments du dossier et se sentir impliqué dans l’élaboration de ce calendrier. Pour ce faire, la chancellerie a admis que la rédaction initiale du projet, stipulant que le juge fixe le calendrier de mise en état après avoir «sollicité l’avis des avocats», soit modifié par «l’accord des avocats». Au plan pratique, quel délai sera consenti aux avocats pour donner leur «accord», le projet reste muet sur cette question. Il ne donne pas plus d’indication sur les modalités

sujeitos processuais– novo art. 764 NCPC.¹²⁹ Seguindo a linha francesa o Ministro da Justiça italiano Clemente Mastella apresentou um projeto de lei, na Reunião do Conselho de Ministros de 16 de março de 2007, buscando disposições para a racionalização e aceleração do procedimento (*Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile*), entre elas, a adoção do novel instituto francês (CAPPONI, 2007) através da alteração do art. 183 do *Codice*, que versa a audiência preliminar (*trattazione*), e com criação da denominada audiência programa (*udienza programma*) com a fixação de um calendário processual a ser seguido.

Apesar da visão participativa que a reforma francesa (primordialmente) e italiana apresentam, parece, no entanto, bastante ingênuo acreditar que a simples fixação de datas em um contrato ou calendário possa tornar um procedimento célere sem reformular uma série de aspectos mais importantes, entre eles, a infra-estrutura de funcionamento de um sistema jurisdicional.

Mas algo deve ser percebido: no entendimento da Corte de Estrasburgo o tempo razoável não representa tão-somente o término do processo “o mais rápido possível”, e sim o uso do tempo-espaço suficiente e tecnicamente racional para a implementação do conjunto de

selon lesquelles le juge recueillera cet accord. Une procédure efficace et consensuelle: au demeurant, les dates des échanges de conclusion, de la clôture de la mise en état, ainsi que celles des débats et du prononcé de la décision, ne seront pas inamovibles. Au contraire, la rigidité induite par le formalisme du calendrier est tempérée par le texte. Celui-ci renforce l'exigence de coopération et confère au principe de loyauté procédurale une place centrale dans la conduite du procès. L'efficacité recherchée s'accompagne donc de l'amélioration de la contradiction et de l'égalité des armes; elle permet une mise en état évolutive, «*dite intellectuelle*», qui suppose un suivi des dossiers à moyen et long terme. Bien que ce calendrier soit fixé avant même que le juge ait la moindre connaissance autre que formelle du litige – connaissance pourtant nécessaire «*à la mise en état du dossier d'être jugé*» – celui-ci s'ajustera aux nécessités des parties de constituer leurs dossiers. Ce calendrier doit nécessairement être réaliste et ne pas restreindre l'exercice des droits de la défense. Au plan pratique, les délais initialement fixés pourront être prorogés en cas d'éléments nouveaux, ou bien encore lorsque des conclusions non prévues, mais indispensables pour le respect du contradictoire, seront nécessaires. En effet, s'engager à l'origine de la procédure à limiter le nombre de ses écritures est difficilement concevable au regard de la qualité de la défense et de la responsabilité encourue. On peut donc raisonnablement penser que l'exercice des droits de la défense constituera «*une cause grave et dûment justifiée*» (Nouvel article 764 du NCPC), permettant au juge d'accorder un report. L'appréciation de ce critère peut être source de contentieux et sujette au subjectivisme du juge.”

¹²⁹ “Art. 764. O juiz do procedimento fixa, progressivamente, os prazos necessários à instrução da causa, tendo em conta a natureza, a urgência e à complexidade de esta, e após ter provocado a manifestação dos advogados. Pode atribuir prorrogações de prazo. Pode, após ter recolhido a anuência dos advogados, fixar um calendário do procedimento. O calendário comporta o número previsível e a data das trocas de conclusões, a data do encerramento, a dos debates de acordo com primeiro e segundo parágrafo do artigo 450, a da entrega da decisão. Os prazos fixados no calendário do procedimento não podem ser prorrogados salvo casos de causa grave e devidamente justificada. O juiz pode igualmente retornar a causa à uma conferência ulterior para facilitar o regulamento do litígio. Em vigor a partir de março de 2006. (tradução livre). No original: “Article 764. (*Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 art. 23 Journal Officiel du 29 décembre 2005 en vigueur le 1er mars 2006*). Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats. Il peut accorder des prorogations de délai. Il peut, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision. Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée. Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige.”

princípios processuais constitucionais (modelo constitucional de processo)¹³⁰ aplicados em sua acepção dinâmica e em sua integralidade (IAI, 1999).¹³¹

No entanto a visão de celeridade como mera rapidez domina o discurso jurídico brasileiro e gera reformas processuais que inviabilizam a própria socialização defendida. Até mesmo Santos (um dos principais nomes da sociologia jurídica para os tribunais brasileiros) afirma, dentro de sua perspectiva de acesso à justiça, que:

Nesse momento em que os objectivos das reformas são adensados, é necessário evitar que os propósitos de aperfeiçoamento do sistema judicial brasileiro sejam dominados, tão-somente, pelo ideal de celeridade processual. Deve-se ter em mente que, nalguns casos, uma justiça rápida pode ser uma má justiça. E, portanto, não podemos transformar a justiça rápida num fim em si mesmo. Aliás, a justiça tende a ser tendencialmente rápida para aqueles que sabem que, previsivelmente, a interpretação do direito vai no sentido que favorece os seus interesses. Uma interpretação inovadora, contra a rotina [...] pode exigir um tempo adicional de estudo e de reflexão.(SANTOS, 2007, p.27).

Ademais, a busca desenfreada pela aludida rapidez, provoca uma mudança do comportamento do magistrado uma vez que

A imposição da rapidez leva-lo-á à rotina, a evitar os processos e os domínios jurídicos que obriguem a decisões mais complexas, inovadoras ou controversas. Também, por isso, o sistema de avaliação do juiz tem que ser totalmente modificado. Em Portugal, por exemplo, o magistrado é, sobretudo, avaliado pela quantidade de processos que despacha, não pela qualidade de suas sentenças. Enquanto a quantidade for o critério, como é que vamos ter bons magistrados? Eles não têm tempo para pensar. Não há incentivo, de facto, a que pensem. A que façam pesquisa para poderem produzir uma boa decisão. (SANTOS, 2007, p. 81).

Percebe-se em nosso país que a degeneração da busca desenfreada de rapidez procedimental fora fruto do próprio modelo estatal imposto a partir da década de noventa. Essa tendência gerou um discurso processual peculiar, no qual a aludida rapidez permitiu a defesa sub-reptícia de supressão de direitos fundamentais, mediante sua leitura formal, além da criação de um ideal de julgamento de ações em larga escala,¹³² massificante, eficientes,¹³³

¹³⁰ Cf. nota 3 supra.

¹³¹ A Corte de Estrasburgo, ao fixar os critérios de apreciação da duração do procedimento (complexidade do caso, conduta das partes e comportamento da autoridade competente), afirma que a celeridade deve ser buscada, mas sem permitir o esvaziamentos dos demais princípios constitucionais, especialmente o contraditório e o direito de defesa (cf. IAI, 1999. p. 549-569).

¹³² Não existe preocupação com a criação de soluções técnicas coletivas adequadas, que não inviabilizem a discussão completa de todas argumentações aplicáveis nas causas em massa, levando em conta as necessidades e as situações dos afetados, que não partam de soluções típicas da aplicação individual do direito.

¹³³ Como informa com acuidade Coutinho, com olhos no processo penal: “Eis por que os holofotes se voltaram para as ações, que devem ser eficientes, tudo de modo a projetar os melhores fins. É, sem dúvida, uma guinada

de modo a atender às tendências do mercado e à defesa da propriedade (conforme documento apresentado pelo Banco Mundial – DAKOLIAS,1996).

No entanto, uma ressalva importante deve ser feita: a degeneração aqui apontada representa uma subversão das próprias idéias dos socializadores (entre elas as de Dinamarco), eis que estes não estruturaram suas linhas teóricas buscando uma colonização do Direito pelo imperativos do Mercado, como vem sendo realizado de modo sub-reptício e sob o rótulo de “socialização” pelo aqui chamado neoliberalismo processual.

5.2 Das tendências do Estado brasileiro a partir da década de 1990

No Brasil não se percebe nas práticas sociais e processuais os reflexos do modelo publicista e social estruturado (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 37-38), mas, sim, um trato privatístico das esferas públicas, até mesmo pela clara percepção de que as alterações legislativas por si só não são capazes de impor a mudança dessas práticas.

Faoro, em 1957, e Saldanha, em meados da década de 1980, analisando o tema, teceram afirmações com um grau de atualidade ainda preocupante. Dizia Faoro:

O estamento, por sombranceiro às classes, divorciado de uma sociedade cada vez mais por estas compostas, desenvolve movimento pendular, **que engana o observador**, não raras vezes, supondo que ele se volta contra o fazendeiro, em favor da classe média, contra ou a favor do proletariado. **Ilusões de óptica**, sugeridas pela projeção de realidades e ideologias modernas num mundo antigo, historicamente consistente na fluidez de seus mecanismos. As formações sociais são, para a estrutura patrimonial estamental, pontos de apoio móveis, valorizados aqueles que mais a sustentam, sobretudo capazes de fornecer-lhe os recursos financeiros para a expansão – daí que, entre as classes, se alie às de caráter especulativo, lucrativo e não proprietário (destacamos) (FAORO, 1998, p. 739).

Afirma Saldanha:

sem precedentes, pelo qual se pode compreender a desenfreada competitividade, assim com a deificação do mercado que, pelo eficientismo, rende glórias ao consumidor (objeto de disputa) transformando em cliente, *homo oeconomicus*, acabando por deslocar o eixo da disputa capital/trabalho. [...] Nesta dimensão, o tempo ganha uma outra face. Basta ver como se coloca quando está em jogo as reformas de direito processual, resgatando fantasmas e dando vida a novos, plenos de outros sentidos, com novos medos e esperanças desgastadas. [...] Aliada ao tempo eficiência pode ser sinônimo de exclusão. Aqui, nas reformas processuais, carimbada pela supressão de direitos e/ou garantias, mormente constitucionais ou, pelo menos, pela redução dos raios de alcance, manipuláveis pela força da hermenêutica, desde sempre sem a mínima possibilidade de ser eliminada. (COUTINHO, 2002, p. 693-694)

De certa forma a insuficiência de um pleno sentido da coisa pública, no Brasil colônia – com extensão pelos períodos posteriores –, terá tido conexão com fenômenos idênticos na América Latina. [...] O **predomínio do sentido privado**, no Brasil, há de ter sido em grande medida pelo predomínio do personalismo, inclusive pela larga presença das estruturas feudais em nossa história social. Personalismo nas alianças políticas e nas adesões partidárias; **personalismo também na secular tendência a confundir instituições com pessoas**. Problema, este, afim ao mal-entendido muito freqüente de julgar credos e regimes pelo que refletem ou parecem refletir na ordem privada [...] Este pendor se revela na imagem geral dos sistemas, vigente entre certos estratos ou setores: muita gente parece pensar que a democracia significa a igualitarização no plano privado, quando é no plano público é que a igualdade democrática se situa basicamente [...] o clássico ideal iluminista da conversão do súdito no cidadão, através da qual se tem em cada individuo uma dimensão pública, esbarrou no Brasil com o tradicional privatismo, mais com o personalismo e com concepções feudais arraigadas. [...] O que tem faltado, ao privatismo brasileiro, é uma delimitação histórico-social, que deveria provir do espírito público e que temperaria e reordenaria suas manifestações. Ao estatismo brasileiro o que tem faltado é uma identificação maior com a realidade nacional e com as necessidades populares – raramente consultadas –, de onde lhe proviria uma maior substancialidade histórica e também uma flexibilidade mais eficiente: **tem-lhe faltado ser publicismo** (destacamos) (SALDANHA, 1986, p. 28-29).

A síndrome de privatização da cidadania (HABERMAS, 1994, p. 105), desse modo, no Brasil (e, talvez, em outros países em desenvolvimento) faz com que a busca da socialização padeça de dificuldades mais complexas.

Porém, na década de noventa ocorreram alterações políticas no Brasil que criaram um modelo estatal neoliberal,¹³⁴ que começa, na atualidade, a gerar efeitos no dimensionamento processual.

5.2.1 Da implementação do neoliberalismo no Brasil

No final da década de 1980, considerada a “década perdida” para os países em desenvolvimento, os órgãos financeiros mundiais – FMI e Banco Mundial – pressionaram os países da América Latina a novas práticas de índole liberal.

Fora então proposto um conjunto de medidas, em novembro de 1989, por economistas de instituições financeiras baseadas em Washington (como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos), fundamentadas num texto do economista

¹³⁴ Como afirma Coutinho, sob a ótica penalística: “Com o neoliberalismo imperando, não se poderia esperar algo distinto da falta de ética. Sob sua égide, a competição passa a ser constante, inclusive quando o assunto é sobrevivência, o que é inaceitável. Daí ser inequívoco que o grande mal do neoliberalismo tenha sido conseguir, em larga escala, um câmbio epistemológico (está-se diante do império da chamada “ação eficiente”), mas como

John Williamson, do “International Institute for Economy”, de modo a implementar um “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

Tal situação é sintetizada por Bandeira:

Solução viável não se percebia para o problema da dívida externa, com o qual os desinvestimentos conjugavam-se, devido a crescente fuga de capitais tanto estrangeiros quanto nacionais, carreando a estagnação econômica, em meio de incontrolável processo inflacionário. Essa crise, que começava a afetar seriamente os interesses dos Estados Unidos ao reduzir na América Latina a capacidade de importar e atender ao serviço da dívida externa, levou o Institute for International Economics a promover uma conferência, para a qual foram convidados economistas de oito países latino-americanos – Argentina, Brasil, Chile, México, Venezuela, Colômbia, Peru e Bolívia, com a finalidade de formular um diagnóstico e sugerir medidas de ajustamento para sua superação. Naquela oportunidade, o economista norte-americano John Williamson apresentou um documento, que continha dez propostas de reforma econômica sobre as quais havia amplo consenso em Washington, tanto entre os membros do Congresso e da Administração quanto entre os tecnocratas das instituições financeiras internacionais, agências econômicas do Governo norte-americano, Federal Reserve Board e think tanks. As propostas, visando a estabilização monetária e **ao pleno restabelecimento das leis de mercado**, consistiam em: 1 – disciplina fiscal; 2- mudanças das prioridades de gastos públicos; 3 – reforma tributária; 4 – taxas de juros positivas; 5 – taxas de câmbio de acordo com as leis de mercado; 6 – liberalização do comércio; 7 – fim das restrições aos investimentos estrangeiros; 8 – privatização das empresas estatais; 9- desregulamentação das atividades econômicas; 10- garantia dos direitos da propriedade (destacamos) (BANDEIRA, 2002, p. 135).

A partir da década de 1990, os governos Collor e Fernando Henrique Cardoso colocaram em curso boa parcela das medidas do *Consenso de Washington*, entre elas, uma ampla privatização dos serviços públicos, contra a qual o Poder Judiciário não exerceu grandes controles (OLIVEIRA, 2005).

Reforçou-se em nosso país o discurso neoliberal do fundamentalismo do livre mercado.

Desse modo, as medidas governamentais tiveram que adequar a leitura que se fazia do Texto da Constituição de 1988, recém promulgada, de modo a impedir que os direitos nela assegurados, v. g. a proibição de juros superiores a 12% ao ano, impedissem o fortalecimento e o agigantamento do sistema financeiro, que já governava o sistema político (FERRAZ DE ARRUDA, 2007, p. 49).

As políticas neoliberais impostas, sub-repticiamente apresentadas com um caráter de modernidade e tecnicismo apolíticos, “foram um cavalo de Tróia que foi recuperando

principal efeito um desmantelamento da ética, justo porque faz pouco caso do imprescindível “respeito pela diferença”, ou seja, respeito pelo outro enquanto tal.” (COUTINHO, 2006, p.389)

posições do poder econômico nas instâncias decisivas do poder político, em níveis nacionais e em níveis inter e transnacionais” (RIBEIRO, 2003, p. 130).

Como explica Ribeiro:

A economia de mercado foi erigida em ideologia, e a política, o poder político, passou a ter a missão de criar as condições para por em prática, salvaguardar, reforçar essa ideologia desideologizante, que nega as ideologias, e com o apoio dela cumprir a missão reacionária, conservadora do tipo de relações sociais e do modo de produção contra o processo histórico humanizador e socializante, potenciador da individualidade impagável nos coletivos (RIBEIRO, 2003, p. 131).

Nessa perspectiva, não seria conveniente o uso do aparato jurisdicional e do processo como instituto de participação e controle da função estatal e nem mesmo o intervencionismo judicial da teoria socializadora do processo.

Devido à ligação que os modelos processuais possuem com a organização socioeconômica e, especialmente, política dos Estados modernos, a tendência implementada geraria efeitos na estruturação processual.

Far-se-ia necessária a criação de um modelo processual que não oferecesse perigos para o mercado, com o delineamento de um protagonismo judicial muito peculiar, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial, mas não se assegurariam as condições institucionais para um exercício ativo de uma perspectiva socializante ou, quando o fizesse, tal não representaria um risco aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla.

A “síndrome de privatização da cidadania” (*Syndrom des staatsbürgerlichen Privatismus*) e a intervenção ilegítima do mercado, aludidas por Habermas (1994, p. 105), que conduz o cidadão a um papel clientelístico (apático) e periférico, contaminam o sistema jurídico brasileiro, em face das inúmeras intervenções.

Ademais, o modelo defendido deveria assegurar: a) uma uniformidade decisional que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) a defesa da máxima sumarização da cognição que esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o accertamento dos direitos.¹³⁵

¹³⁵ Na busca de eficiência e máxima rapidez procedimental o discurso de neoliberalismo processual permite a defesa da máxima sumarização cognitiva, com redução do espaço discursivo processual. Um dos possíveis frutos desse movimento se consubstancia na tentativa de introdução de nova técnica processual, “por razões eminentemente pragmáticas”, mediante um anteprojeto de reforma que visa introduzir a denominada “estabilização da tutela antecipada” (GRINOVER, 2005, p. 214 *et seq*) derivada da *référé-provision* francesa (CADIET, 200, p. 564) e dos *provvedimenti cautelares a contenuto anticipatorio* dos art. 23 e 24 da

Surgem vozes da teoria econômica (BACHA, ARIDA, RESENDE, 2004) defendendo até mesmo que não poderia ocorrer ingerência da jurisdição em contratos financeiros, sob efeito de se criar um risco ou “incerteza jurisdicional” (*jurisdictional uncertainty*) capaz de gerar, nessa concepção, a baixa utilização de investimentos de longo prazo no mercado financeiro, por estarem sujeitos a revisibilidade judicial.

Tal incerteza jurisdicional, conforme tese de Bacha, Arida e Resende, manifesta-se “sob o risco de atos do príncipe, mudando o valor dos contratos financeiros durante sua vigência ou por ocasião de sua execução, e sob o risco de interpretações desfavoráveis [ao credor] em caso de análise judicial” (tradução livre)¹³⁶ (BACHA, ARIDA, RESENDE, 2004, p. 5).

Tal postura defendida por Bacha, Arida e Resende, de afirmação de uma suposta atividade compensadora do juiz social em favor da parte mais débil, é criticada por outra linha da teoria econômica (FERRÃO, RIBEIRO, 2006), que afirma não existir a aludida incerteza jurisdicional para e contra o credor.

Ferrão e Ribeiro afirmam que as pesquisas realizadas acerca da politização dos juízes tomam por base a **atitude (social) desejada** pelos magistrados e **não seu real comportamento** (FERRÃO, RIBEIRO, 2006, p. 4). O dado preocupante é que para Ferrão e Ribeiro, segundo pesquisa empírica por eles realizada tomando por base decisões jurisdicionais proferidas, o favorecimento judicial beneficia prevalentemente a parte mais forte. Segundo os autores:

A hipótese de Arida *et al* (2004), endossada por Pinheiro (2002) e por Lamounier e Souza (2002), de acordo com nossa proposição, carece de fundamentos microeconômicos. O teste empírico, derivado da análise de 1019 decisões judiciais, **aponta para um franco e consistente favorecimento da parte mais forte**. Mesmo o argumento tradicional desses teóricos, de que a venda de veículos por alienação fiduciária teria uma taxa de juros menor em função da certeza jurisdicional (Arida *et al*, 2004, Pinheiro, 2002, Banco Central, 2003), carece de comprovação empírica a seu favor. A tese aqui é a de que a tomada e execução rápida das garantias, com sua venda facilitada pelos termos da Lei de Alienação Fiduciária, aumenta a chance de recuperação do crédito, reduz custos de transação e diminui os juros. Ribeiro (2006) mostra em um teste empírico que a incerteza jurisdicional, expressa por um maior número de ações judiciais bem sucedidas em evitar a retomada do bem, tem pouca influência sobre a determinação da taxa de juros de financiamento de veículos. O que determina uma taxa de juros menor no mercado de veículos é a concorrência

normatização do rito societário italiano (D. legs. de 17 de janeiro de 2003, n.5) que permitirá, caso aprovada, a obtenção, em cognição sumaríssima, de antecipação de tutela em procedimento antecedente (Art.273 A, CPC, projetado), similar as cautelares preparatórias, que poderá obter a força de coisa julgada (art. 273 C, parágrafo único, projetado). O instituto, tipicamente neoliberal, distorce a tônica socializadora de nossa “antecipação” e fere de morte o modelo constitucional brasileiro que garante, como o italiano, um contraditório dinâmico implementado em procedimentos de cognição plena. Para uma visão crítica da questão na Itália cf. (LANFRANCHI; CARRATA, 2005).

¹³⁶ No original: “[...] as the risk of acts of the Prince changing the value of contracts before or at the moment of their execution, and as risk of a unfavorable interpretation of the contract in case of a court ruling”.

oferecida pelos bancos ligados às montadoras. Essas instituições têm interesse na expansão do volume de crédito, não aderindo assim ao comportamento colusivo observado entre os bancos. Ainda segundo este teste, a redução do montante de financiamento dessas instituições independentes está forte e significativamente relacionada com maiores taxas de juros. O contrato é relativizado apenas quando eivado de ilegalidade, **não se identificando nenhuma voluntariedade do Judiciário no sentido de defender as partes hipossuficientes**, além do estabelecido em lei. Mais do que isso, nas áreas que seriam mais sensíveis à existência de um viés intervencionista da justiça, a do crédito e juros, comercial e do inquilinato, vigora a livre contratação e a pouca interferência tanto do legislador quanto dos magistrados. **Nessas áreas, quem corre o risco de ver ignorados os termos da contratação é a parte mais fraca, ou seja, o inquilino, o devedor e o pequeno empresário. Os riscos de afastamento do contrato estaria nas áreas mais reguladas, como por exemplo nas questões trabalhistas, de seguridade social e ambiental.** (destacamos) (FERRÃO, RIBEIRO, 2006, p. 10)

Ao lado dessa perspectiva econômica,¹³⁷ foram defendidas e implementadas reformas no processo que reduziriam sua função fiscalizadora e construtora dos provimentos jurisdicionais.

Tais reformas foram, em grande parte, delineadas com base nos pilares desenvolvidos pelo Banco Mundial mediante o relatório intitulado “Documento Técnico n. 319: O setor judiciário na América Latina e no Caribe, elementos para reforma” (DAKOLIAS, 1996).

Tais propostas de reforma, defendidas pelo Banco Mundial, privilegiavam predominantemente a busca de um processo célere e que garantisse a defesa da propriedade privada e do mercado. Isso fica claro no cotejo de inúmeros trechos do aludido documento, que sub-repticiamente conjugam acesso à justiça com defesa do setor privado e do mercado, entre eles:

Um poder judiciário eficaz e funcional é relevante ao desenvolvimento econômico. [...] A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo **reforço**, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade (destacamos) (DAKOLIAS, 1996, p. 10).

E, ainda:

¹³⁷ As colocações aqui realizadas somente visam demonstrar as deficiências de uma suposta atividade compensadora de desigualdades pelo juiz e não a de se realizar ou acatar posições de “Análise Econômica do Direito” (*Economic Analysis of Law*) típica do movimento do “Direito e Economia” (*Law and Economics*). Tais posições pragmatistas que buscam “moldar o direito para ajustá-lo às normas econômicas” (POSNER, 2007, p. 35), em perspectiva “instrumental” (POSNER, 2007, p. 40-43), e que almejam a “maximização da riqueza” através de uma intervenção judicial (POSNER, 2007, p. 477), que busca máxima eficiência com o fim de reduzir os custos sociais (POSNER, 2007, p. 483), são constitucionalmente inadequadas já que sua adoção implicaria o descumprimento dos objetivos assumidos por nosso Texto maior (art. 3º, CRFB/88).

Ademais, o desenvolvimento econômico não pode seguir em frente sem uma efetiva definição, interpretação e garantia dos direitos de propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade na resolução de conflitos, ampliando o acesso à justiça e promovendo o desenvolvimento do setor privado (DAKOLIAS, 1996, p. 19).

Analisam-se o sistema processual e seus institutos como se esses, seu dimensionamento e sua interpretação pudessem se resumir ao cumprimento de funções econômicas, dentro da tônica que, face à globalização, ocorreria a imposição de modelos jurídicos pelos sujeitos econômicos dominantes (TARUFFO, 2002b, p. 25), sem qualquer comprometimento com a busca de legitimidade de um Estado democrático de direito.

Várias reformas foram propostas para os sistemas jurídicos da América Latina, implementados, em grande parte, pelo legislador brasileiro, de modo a garantir a requerida produção industrial de decisões e de satisfazer os anseios do Banco Mundial.

Ocorre que se defendia o aumento do papel da magistratura, nos moldes do movimento de socialização, mas, ao mesmo tempo, constatava-se que nos países latino-americanos a magistratura não estabelecia um contrapeso “aos abusos de poder por parte do executivo e do legislativo” (DAKOLIAS, 1996, p. 10) e que os juízes não se encontram, freqüentemente, preparados para o exercício de seu múnus.¹³⁸

Ora, como, então, estabelecer que a chave das mazelas do sistema se encontra no aumento do papel da magistratura quando se constata que muitos magistrados não possuem a formação requerida?

Nesse contexto, apesar de se afirmar que as reformas são realizadas de acordo com os princípios processuais constitucionais e com a perspectiva constitucional democrática e/ou socializadora, verifica-se que o discurso de boa parcela da doutrina processual brasileira¹³⁹ se deixou contaminar por concepções funcionais e de eficácia que não se preocupam com o viés público e garantista do sistema jurídico processual.

¹³⁸ “O ensino jurídico e o treinamento são fundamentais para a reforma do judiciário, incluindo treinamento para estudantes, educação continuada para advogados, treinamento jurídico para magistrados e informações legais para a população em geral. A qualidade dos cursos de direito tem se deteriorado e, conseqüentemente, existe a necessidade de aperfeiçoar o nível educacional universitário, bem como promover treinamento continuado para profissionais. Na maioria dos países da América Latina as universidades públicas não exigem requisitos para admissão onde cada estabelecimento educacional fixa seus próprios critérios. Devido a baixos salários, os professores de direito não trabalham em dedicação integral, e conseqüentemente, tem pouco tempo para se dedicar a pesquisa. Como resultado, freqüentemente os juízes não estão preparados para a magistratura” (DAKOLIAS, 1996, p. 13).

¹³⁹ De modo exemplificativo cf. as recentes defesas funcionais da constitucionalidade do art. 285 A, CPC: (CAMBI, 2006 e TESHEINER *et al*, 2006, 70)

E, mais, qualquer discurso garantista,¹⁴⁰ fruto de uma perspectiva democrática constitucional, é visto e desnaturado pelo discurso dominante, como a defesa de uma perspectiva formalista e burocratizante, como se um processo democrático que respeitasse toda a principiologia processual-constitucional também não pudesse ser célere e funcional.

Trabalha-se, de modo recorrente, com uma lógica de eficácia sem possuir qualquer compromisso com o aspecto participativo e de correção normativa que o sistema processual deve atuar.

O discurso de eficácia obscurece a disputa de paradigmas ínsita da perspectiva democrática aqui defendida.

Tal perspectiva processual, aqui denominada “neoliberal”, permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea c, CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da “prestação jurisdicional”, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos).

O Judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero órgão prestador de serviços.

Essa perspectiva reduz o papel do cidadão a de mero consumidor de produtos do Estado-privado-jurisdicção, e a interpretação dos princípios processuais constitucionais (que deveriam fornecer correção normativa ao sistema de aplicação de tutela, dentro de um espaço público) passa a ser feita em perspectiva formal, como se fossem utilizados tão-somente para que o processo obtenha máxima eficácia prática dentro de critérios quantitativos (e privatísticos) e não qualitativos.

Perceba, no entanto, que o conceito contemporâneo de cidadania diz respeito a

[...] titularidade de direitos reciprocamente reconhecidos e que garantem através da institucionalização de procedimentos capaz de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva, a formação imparcial de juízos de aplicação jurídico – normativa e execução de programas e de políticas públicas, sem impor-se um único modelo de vida boa, embora os mesmos devam garantir aos cidadãos, no exercício de sua autonomia pública, a possibilidade de realização de um projeto cooperativo de fixação de condições de vida recorrentemente mais justas. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 150)

¹⁴⁰ O termo “garantista” guarda aqui correlação com a defesa participativa ligada a uma aplicação dinâmica dos princípios processuais constitucionais, nos moldes do marco teórico habermasiano adotado. Não existe qualquer filiação ou análise em perspectiva neopositivista ou de “positivismo crítico” com v. g. a de FERRAJOLI (2004, p. 270 *et seq*)

Não existe, nesses termos, a menor possibilidade de reduzir seu papel a de mero usuário de serviços.

A postura reducionista do papel do cidadão e a visão degenerada da atividade judiciária permite o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares acerca da aplicação normativa, como se as decisões pudessem surgir de modo solitário e voluntarísticos da cabeça de alguém. Essa concepção é estranha até mesmo para a grande maioria dos socializadores (BAUR, 1980, p. 19-24).

A privatização da autonomia pública do cidadão por essa perspectiva pseudo-social (neoliberal) faz com que a celeridade passe a ser aplicada e lida em perspectiva funcional.¹⁴¹

O processo célere não é aquele que atende aos demais princípios processuais constitucionais dentro de um espaço-tempo suficiente para a implementação da participação de todos os envolvidos, mas, sim, aquele que termina o mais rápido possível na ótica de números.

Como informa Chauí, o neoliberalismo brasileiro conduz a um aumento do espaço privado e a uma mudança do papel do cidadão. Ocorre assim:

[...] o encolhimento do espaço público e o alargamento do espaço privado sob os imperativos da nova forma de acumulação do capital conhecida como neoliberalismo. Um dos efeitos dessa situação é a transformação de direitos econômicos e sociais em serviços, definidos pela lógica de mercado e com isso a transformação do cidadão em consumidor. Ora, a democracia institui a cidadania como ação de contra poderes sociais para criação e garantia de direitos, graças à participação nas lutas políticas. Se os direitos, conquistados nos embates no espaço público e na luta de classes, são privatizados ao se transformar em serviços vendidos e comprados como mercadorias, o cerne da democracia é ferido mortalmente e a despolitização da sociedade é uma decorrência necessária. **O recuo da cidadania e a despolitização da sociedade produzem a substituição do intelectual engajado pela figura do especialista competente, cujo suposto saber lhe confere o poder para, em todas as esferas da vida social, dizer aos demais o que devem pensar,**

¹⁴¹ Taruffo propõe uma nova distinção para os sistemas processuais, dividindo-os em sistemas estruturais e funcionais (TARUFFO, 2002, p. 91 *et seq*). Os primeiros possuem quatro grandes características: a) a atuação dinâmica das garantias processuais presentes nos textos constitucionais, como *v. g.* o contraditório e a independência do juiz; b) a deformalização e simplificação da estrutura processual; c) a atribuição de funções diretas ao julgador; e d) a adoção do esquema procedimental bifásico, com uma fase destinada a preparação (e eventual resolução antecipada) da causa e outra destinada à discussão com a assunção de provas e decisão. Já os sistemas processuais funcionais são aqueles ligados à busca de uma instrumentalidade do processo como mecanismo para a obtenção de resultados. Esses possuiriam as seguintes características: a) busca da efetividade da tutela processual, com a deformalização exacerbada da técnica; b) busca de celeridade na resolução das controvérsias; e c) busca de uma adequação procedimental em relação à situação jurídica controversa. Entre os últimos, poderíamos apontar a visão normalmente alardeada para o sistema processual brasileiro, em que a preocupação com a denominada instrumentalidade positiva atribui escopos metajurídicos ao processo e ao juiz um enorme peso institucional de se tornar um canal da carga axiológica da sociedade na resolução das controvérsias, portando-se como verdadeiro engenheiro social solitário.

sentir, fazer e esperar. A crítica ao existente é silenciada pela proliferação ideológica competente dos receituários para viver bem (destacamos) (CHAUI, 2006, p. 30).

Pode-se perceber que o neoliberalismo processual se apropria do discurso socializante para desnaturá-lo e utilizá-lo contra si mesmo e em favor de seus imperativos funcionais.

E, nesse sentido, a perspectiva de reforço **único** do papel do “Estado-jurisdição”, com o objetivo já esposado de se buscar uma atuação do direito mais social (já discutível em face de ser solipsista e de ser inviável em um modelo social pluralista), é corrompida pela lógica neoliberal, de modo a implementar uma atuação jurisdicional e reformas legislativas construídas sobre o argumento cinico de que assim se garantiria maior acesso à Justiça.

Permite-se a prolação de decisões em larga escala, com reduzido ou inexistente espaço de discussão, na lógica da produtividade, e não de uma real aplicação social ou constitucionalmente adequada do direito.

O discurso da intolerância contra a ineficiência do Poder Judiciário garante a profusão de reformas na lei processual no enfoque meramente funcional.

Reformas que deveriam, na busca do acesso à Justiça, simplificar os procedimentos, vêm produzindo o aumento de sua complexidade, exigindo profissionais altamente “competentes” (CHAUI, 2006, p. 30), contradizendo as próprias bases do movimento reformador.¹⁴²

Poder-se-ia argumentar que seria contraditório intitular esse movimento processual no Brasil de neoliberal, uma vez que ele se embasa no aumento do papel judicial – ou seja, do Estado no processo – mas ocorre que a) não se busca (e nem mesmo se assegura uma infraestrutura institucional) para o exercício socializador da prática decisória,¹⁴³ mas somente a produtividade; b) se esvazia o papel formador das decisões, técnico e institucional, do processo, relegando sua estrutura problematizante a segundo plano; c) se busca uma aplicação massificante e em larga escala de provimentos; d) se busca a máxima sumarização da cognição e e) o papel do juiz é fortalecido para o atendimento dos imperativos do mercado o que significa dizer que o aumento do papel judicial não busca nenhum objetivo socializante.

Desse modo, a denominação **neoliberalismo processual** é a que reflete a ressonância do modelo estatal ao campo processual.

Sabe-se, que a defesa do reforço do poder judicial visa permitir que os cidadãos busquem respaldo do Estado-juiz na tentativa de obter direitos não garantidos pelo restante do aparato social devido a inoperância da administração pública.

¹⁴² V. g. verificar tão-somente as reformas do sistema recursal e executivo e as centenas de polêmicas em sua aplicação.

Mas como se implementar tais direitos (fundamentais) sem a utilização de um aparato processual adequado ou, mesmo, enxergando-o como um entrave à sua obtenção?

O pior é que a lógica é demasiada perversa, uma vez que induz o próprio jurisdicionado a requerer uma geração de “produtos” (decisões jurisdicionais) em larga escala e em espaço-tempo quase inexistente, amalgamando ainda mais a concepção privatizante do exercício da jurisdição.

Já se tornou recorrente em nossa doutrina a defesa de um sadio protagonismo judicial (DINAMARCO, 2001), nos moldes socializadores, mas, muitas vezes, sem perceber a utilização de suas teorizações pelos especialistas neoliberais.

Os socializadores afirmam que para o processo funcionar de modo adequado, na atualidade, o juiz deveria possuir amplo conhecimentos sobre direito, filosofia, economia, sociologia e política, de modo a garantir a ele uma sensibilidade solitária na captação do bem e dos valores adequados no plano concreto (SANTOS, 1999, p. 180), com base em ideais de boa conduta, como a de um bom juiz Magnaud (LEYRET, 1976).

Mesmo que tal fosse possível num quadro de pluralismo de concepções de mundo, como nosso (o que, desde, já não se acredita e não se permite a um sujeito solitário), verifica-se que nossos “operadores” estão longe de obter o perfil exigido.

A análise do perfil atual dos juízes em exercício no nosso País e dos mecanismos de avaliação dos candidatos ao ingresso na magistratura pelos concursos públicos revela que não se busca um magistrado com uma formação humanística adequada, mas, sim, um especialista na dogmática. Juízes com adequada formação humanística representam uma pequena parcela, e mesmo esses são consumidos pela lógica neoliberal da produtividade, eis que, caso desejem fazer uma análise adequada de todos os casos, certamente não cumprirão o requisito objetivo de promoção por merecimento (produtividade) (art. 93, inc. II, alínea c, CRFB/88).

O problema começa desde o início da formação dos profissionais do direito.

Os cidadãos que se propõem a fazer um curso de direito, em sua grande maioria, não apresentam a menor vocação para a área jurídica. Eles a escolhem tão-somente com o objetivo de ampliar suas possibilidades individuais e profissionais no mercado de trabalho. E, pelo menos após a assunção de suas funções jurídicas, estes deveriam, profissionalmente, assumir a total responsabilidade social de seu múnus.

¹⁴³ Com honrosas exceções por alguns juízes.

Tal fato conduz a um perfil de candidatos aos concursos de magistrados que buscam tão-somente um bom emprego público, uma carreira rentável (FERRAZ DE ARRUDA, 2007, p. 31), e não uma melhoria do bem estar da sociedade, como alguns defendem no plano teórico.

Verifica-se, desse modo, que, infelizmente, o exercício do direito, na média dos profissionais, “não passa de um ofício burocrático, ou requisito para o exercício de determinadas funções públicas ou de acesso em carreiras dentro do próprio funcionalismo público” (FERRAZ DE ARRUDA, 2007, p. 46).

Essa constatação, aliada a uma profusão de cursos jurídicos (cerca de 1046 em junho de 2007) com nível discutível, a uma indústria de cursos preparatórios para concursos, “formatadores de cérebros, cujo único objetivo é a aprovação do aluno-candidato” (FERRAZ DE ARRUDA, 2007, p. 46) e a um recrutamento¹⁴⁴ mediante concursos públicos¹⁴⁵ de agentes estatais (juízes, promotores, procuradores e advogados públicos)¹⁴⁶ dogmatas e burocratas, que não se preocupam, em boa parte, com a reflexão,¹⁴⁷ com um pensar crítico-reflexivo, vai criando um quadro em que a lógica econômica e quantitativa da produtividade e do julgamento em massa (em escala industrial) vai provocando o dismantelamento da aplicação dos direitos fundamentais e dificultando sua obtenção pelos cidadãos.

¹⁴⁴ Como informa Sadek: “O recrutamento, no caso brasileiro, é uma atribuição da própria instituição. O ingresso na carreira depende de concurso público, para o qual estariam teoricamente habilitados os bacharéis em Direito. A proliferação de faculdades, sobretudo a partir dos anos de 1970, não foi acompanhada de igual preocupação com a qualidade dos cursos. Este fenômeno explicaria, em boa medida, o reduzido índice de aprovados nos concursos de ingresso e, conseqüentemente, a vacância em todas as regiões do país. Mas certamente está aí apenas parte da explicação. Haveria que se considerar também fatores estranhos a uma prova de proficiência, como, por exemplo, uma política deliberada para impedir o crescimento exagerado no número de integrantes da instituição e seus efeitos deletérios sobre o prestígio e as deferências típicos de um grupo pequeno e mais homogêneo. Esta hipótese ganha força quando se considera que o sistema de recrutamento adotado no país permite o acesso de profissionais extremamente jovens, sem a obrigação de passagem por escolas de formação, isto é, sem a sujeição a um processo formal de socialização *interna corporis*” (SADEK, 2004, p. 89).

¹⁴⁵ Sobre as inúmeras formas de recrutamento de juízes na União Européia: (cf. SANTOS; PEDROSO; BRANCO, 2006b, p. 42 *et seq.*). Adota-se o modelo de experiência profissional anterior na Inglaterra, Noruega e Finlândia; de frequência anterior em estágios profissionais na Suécia e Luxemburgo; de exames de Estado e estágio na Alemanha e Áustria; e de concurso público em Portugal, Holanda, Espanha, Grécia, Itália e Bélgica.

¹⁴⁶ As deficiências dos concursos públicos de ingresso nas profissões jurídicas são objeto de muitas críticas (cf. NALINI, 2006, p. 49).

¹⁴⁷ Como salienta Ferraz de Arruda: “O conteúdo das provas também é essencialmente instrumental na medida em que se pretende escolher o melhor candidato segundo a ideologia existente: a de um saber mais voltado para o pragmatismo ideológico jurídico dominante. É um concurso árduo e difícil muito mais pela forma das questões postas, já que estas são elaboradas a partir de técnicos qualificados do direito que se preocupam mais com a quantidade de saberes jurídicos adquiridos e acumulados pelo candidato do que em saber da sua capacidade de reflexão e raciocínio jurídico e, substancialmente, em saber o que para ele significa ser juiz. **Provavelmente um bom juiz e com larga experiência judicante não logre um bom resultado nesse tipo de prova, ou ate mesmo não alcance o numero mínimo de pontos necessários à aprovação**” (destacamos) (FERRAZ DE ARRUDA, 2007, p. 46-47).

5.2.2 O não abandono do modelo liberal nas práticas processuais e algumas ressonâncias técnicas de neoliberalismo processual

Some-se a tudo que foi até aqui explicitado um problema de difícil resolução, qual seja, a dificuldade de todos os “operadores” em lidar com o modelo oral e social de direito, uma vez que, apesar de no plano legislativo existir um processo oral e social, as práticas dos “operadores” ainda se encontram secularmente ligadas ao liberalismo e ao processo escrito.

As alterações legislativas, implementadas desde o CPC de 1939, não tiveram o condão de modificar as práticas liberais vinculadas a escritura.

Perceba-se que dificilmente as alegações orais são utilizadas como principais elementos de fundamentação no processo em face da hereditária vocação pelos escritos.

Até mesmo a alardeada e defendida direção constante e estudiosa do juiz no curso do procedimento não se apresenta, uma vez que se torna cada vez mais excepcional a utilização técnica por este do processo como espaço para fomentar o debate.

Em verdade, normalmente, o juiz somente fará uma análise detida da discussão endoprocessual no momento posterior à instrução, ou seja, decisório. Julga-se com base nos elementos escritos, tal qual faziam os juízes durante o liberalismo processual.¹⁴⁸

Essa constatação, reunida com as perspectivas neoliberais, começa a idealizar técnicas processuais, como a do julgamento liminar de ações repetitivas (do art. 285 A, CPC, introduzido pela lei 11.277/06) e a do julgamento em massa da admissibilidade de recursos extraordinários idênticos (como estabelecido pela EC45/04 e pelos arts. 543 A e B, CPC, introduzidos pela lei 11.418/06), que indicam um horizonte pouco social e inteiramente massificante e produtivo no processo brasileiro.

A mitigação de uma aplicação individualizada do direito não é vista como um inconveniente, uma vez que tal aplicação pormenorizada, tomando por bases as especificidades jurídicas de cada caso concreto em litígios de massa, pode ser sacrificada na busca de uma uniformidade decisória de inúmeros casos presumidamente iguais (*idênticas controvérsias*), em perspectiva funcional.

Percebe-se que, como já visto anteriormente (cf. 4.2), o aumento dos poderes judiciais pode conduzir, e conduziu em alguns modelos de processo social (*socialismo jurídico*), a uma

¹⁴⁸ Em processos realmente sociais, como o alemão, o juiz faz um estudo adequado e constante da causa, desde sua proposição, fruto de uma preocupação com tal atividade, aliada a uma maior atenção com a formação jurídica

atecnia dos advogados.¹⁴⁹ E, com base nessa constatação, foram dimensionadas reformas para a ampliação da participação destes.

No Brasil, no entanto, verifica-se, paulatinamente, que o aumento dos poderes dos magistrados, conjuntamente com uma formação de baixa qualidade, vem gerando também um quadro de atecnia dos advogados.

Entretantes, o reformador brasileiro, aproveitando-se estrategicamente dessa situação, começa a idealizar técnicas de aceleração procedimental que somente obterão êxito caso os advogados não possuam preparação técnica adequada, uma vez que na hipótese de desempenho técnico e diligente da atividade de defesa o espaço-tempo processual poderá ser ampliado.

5.2.2.1 Do julgamento liminar de ações repetitivas

Somente a título de exemplo, veja-se a já aludida técnica de julgamento liminar de ações repetitivas do art. 285 A, CPC, que permite a reprodução de sentença já prolatada se a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida uma sentença de total improcedência em outros casos idênticos, dispensando-se a citação.

Dessa sentença caberá a interposição de recurso de apelação com possibilidade de exercício de juízo de retratação (art. 285A, §1º), igualmente como ocorre no recurso contra as sentenças terminativas de indeferimento da inicial (art.296, CPC).

A aplicação do *caput* do art. 285 A, para os seus idealizadores, visa a resolver da forma mais rápida as hipóteses recorrentes de ações repetitivas (litígios de massa) que abarrotam especialmente a Justiça Federal, com enorme dispêndio de trabalho pelos órgãos jurisdicionais.

Tal dispositivo descumpra a *efetividade normativa* do sistema, da qual o contraditório como garantia de influência constitui uma das principais manifestações (COMOGLIO, 1988,

destes profissionais e com o menor número de casos sob sua responsabilidade (cf. CAPONI, 2007, p. 268). Walter informava em 1994 a proporção de 26 juízes para cada 100000 habitantes na Alemanha (WALTER, 1998, p. 47).

¹⁴⁹ Wassermann afirma que a manipulação do processo pode desdobrar no autoritarismo judicial e conduzir a desvalorização e degradação das partes. Cf. (WASSERMANN, 1978, p. 139)

p. 6), inviabilizando o debate (cf. item **5.4.2**), de modo inconstitucional,¹⁵⁰ mas adequando-se à lógica neoliberal da produtividade a qualquer preço.

Ocorre que, para a aplicação minimamente adequada (se for possível) do novo preceito legal, o juiz deveria, na sentença repetida, realizar uma demonstração analítica dos elementos identificadores entre os casos, fato que talvez conduza a um maior trabalho na elaboração da sentença do que se o julgador escolhesse esperar o contraditório (apresentação da contestação) e proferisse o julgamento conforme o estado do processo (art. 330, CPC).

É nítido o fato de que o legislador realiza a reforma buscando a redução do tempo processual, com menos atos processuais, e a diminuição do trabalho do magistrado, especialmente em *casos idênticos* (identidade genérica, e não de especificidades), recorrentemente propostos perante o Poder Judiciário, envolvendo unicamente matéria jurídica.¹⁵¹

No entanto, se o juiz, ao repetir a sentença já proferida, sem contraditório, e analisando o mérito, declarar a improcedência sem realizar uma demonstração analítica da identidade, será possível e fácil para um advogado hábil demonstrar o descumprimento do devido processo legal, contraditório e ampla defesa caso não tenha acesso aos autos dos processos originários, dos quais provêm as sentenças anteriores, e elabore razões do recurso de apelação, no qual apontará o aludido descumprimento. Ou, caso possua acesso aos autos, poderá demonstrar que existem diversidades das ações, e, assim, será possível obter o provimento (acatamento) de seu recurso no Tribunal, com reenvio para primeiro grau.

Mesmo que o juiz, nesse caso, após a intimação do réu e a contestação, renove mais uma vez a sentença, será aberta nova oportunidade recursal (ou seja, duas apelações no mesmo procedimento), com aumento considerável do tempo processual.

Ainda que essa hipótese não seja considerada a única possível, a simples potencialidade de sua ocorrência já conduz, segundo uma análise de eficácia, à abertura do contraditório, com citação e contestação, e, caso seja cabível, ao julgamento conforme o estado do processo. Assim, permitir-se-á um exame mais pormenorizado do caso, com a

¹⁵⁰ Como lembram Streck e Cattoni de Oliveira: “Mesmo que o juiz fosse, e juridicamente é, obrigado a ser coerente ao julgar, no sentido do que Dworkin chamaria de integridade, ele, juiz, não pode passar por cima do contraditório e da ampla defesa, não pode se substituir ao réu, dispensando citação, decidindo sem ouvir sequer o suposto beneficiário da sua decisão! Juiz não é parte! Isso é antidemocrático, ilegítimo e arbitrário. Mais do que isso, é reforçar o positivismo jurídico em tempos de neoconstitucionalismo, na medida em que desindexa da apreciação judicial o mundo prático, a faticidade. Ainda que se abra a possibilidade de apelação da sentença, não se justifica um “contraditório posterior”, um “contraditório postergado”! Afinal, como apelar de algo do qual não se participou a não ser pedindo pela nulidade do processo?” (STRECK, CATTONI DE OLIVEIRA, 2006)

¹⁵¹ Destaque-se que se a nova demanda envolver qualquer necessidade de produção de provas e possuir especificidades fáticas diversas da primeira causa será absolutamente impossível a aplicação do dispositivo.

influência do réu na formação do provimento, que reduzirá em muito a potencialidade de uma reforma da decisão.

Na ótica da eficácia, percebe-se que o risco da existência de duas atividades recursais (duas apelações), que poderá gerar aumento de meses de tramitação processual, conduz (e impõe) à abertura para o contraditório, que gerará pequeno acréscimo na tramitação processual, em circunstância, já comum, de o juiz repetir a sentença em hipóteses análogas, em julgamento conforme o estado do processo.

Ademais, veja-se que o tempo dificilmente será reduzido na prática caso se aplique o novo art. 285A, uma vez que, quase sempre, o autor interporá seu recurso de apelação contra a sentença, e em face disso o réu deverá ser citado (novo §2º do art. 285A) para se defender via contra-razões, ao invés de se defender via contestação, no mesmo prazo.¹⁵² Desse modo, não se entende por que não se implementar uma efetiva discussão antes da decisão (contraditório antecipado), com a possibilidade de um sucessivo julgamento conforme o estado, ao contrário de se garantir tão-somente um contraditório sucessivo (via razões e contra-razões de recurso), que gerará, na prática, a potencialidade de duas atividades recursais e uma quebra indiscutível da celeridade.

Percebe-se que somente na hipótese de um desempenho atécnico da atividade de defesa por parte do advogado é que o processo ficará mais rápido, pois a atividade recursal atécnica por ele patrocinada em nome de seu constituinte não gerará aumento da tramitação.

5.2.2.2 “Conciliar é legal”, em perspectiva neoliberal

Defende-se, ainda, sempre em perspectiva ideológica socializadora, a profusão de técnicas alternativas de resolução de conflitos (*ADR – Alternative dispute resolution*), a difusão da cultura da conciliação como busca da paz social e programas vocacionados à conciliação, como o atual “conciliar é legal”.¹⁵³

Realmente, conciliar seria legal e legítimo se tal opção fosse escolhida pelas partes, no exercício de sua autonomia privada, devido às peculiaridades de seu caso, e não dimensionada

¹⁵² Apesar de entendimentos em sentido contrário.

¹⁵³ O movimento encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal, desde 26/08/2006, seria legítimo no caso em que na sua aplicação fosse respeitada a autonomia privada dos participantes da conciliação. Ocorre que na prática, inúmeras vezes, é utilizada para a imposição de “acordos” inexecutáveis e anti-sociais.

como única hipótese de solução rápida de seu caso ou, mesmo, imposta pelo magistrado mediante a coação de uma futura decisão desfavorável (CAVALLONE, 2005, p. 45).

Como lembra Proto Pisani, a tendência de se privilegiar meios conciliatórios seria benéfica desde que não se consubstancie numa oportunidade em que o economicamente débil seja constrito a renunciar ao direito ou a se submeter a transações iníquas ou abusivas (PROTO PISANI, 2000a, p. 87).

Ao comentar esse movimento pró-*ADR* no direito norte-americano (berço da utilização mais recente deste), Fiss informa:

[...] a história da solução de controvérsias na qual se baseia a ADR implicitamente exige que pressuponhamos uma igualdade relativa entre as partes litigantes. Trata o acordo como uma antecipação do resultado da decisão em juízo e **pressupõe que seus termos são simplesmente produto das preferências das partes**. Na verdade, entretanto, o acordo é também um produto dos recursos que dispõem cada um das partes para financiar o processo judicial, sendo certo que tais recursos são, frequentemente, distribuídos de maneira desigual. Diversas ações judiciais envolvem não uma disputa entre dois vizinhos pela propriedade de uma porção de terra, mas, por exemplo [...] consistem em reclamações trabalhistas movidas contra grandes corporações, nas quais são pleiteadas indenizações por lesões relacionadas ao trabalho. Nesses casos, a distribuição de recursos financeiros [...] irá, invariavelmente, contaminar o processo de negociação e, conseqüentemente, o acordo ofenderá a concepção de justiça que procura tornar os recursos das partes fator irrelevante (destacamos) (FISS, 2004, p. 124-125).

Aponta, ainda, o autor que a disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de várias formas:

Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida a celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior a que tem direito (FISS, 2004, p. 125).

Ressalta, ainda, que o movimento pró-conciliação deve se preocupar mais com a perspectiva qualitativa (menos com a quantitativa), de modo a perceber as peculiaridades e diferenças de cada caso concreto (FISS, 2004, p. 143-144).

Verifica-se, assim, que existem situações em que os acordos são impostos, mesmo quando sejam inexecutáveis, para permitir a pronta “resolução do caso”, com adequação à lógica neoliberal de produtividade.

E não se podem olvidar as situações em que o cidadão aceita a renúncia da quase integralidade de seus direitos para obter algum direito imediatamente em face de uma necessidade premente, como aponta Fiss.

A ocorrência de uma conciliação endoprocessual deve resultar de um fluxo discursivo que respeite a autonomia privada das partes, e não de uma imposição que gerará um possível resultado: acordos inexecutáveis e anti-sociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos “resolvidos” ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional.

Todas essas situações não guardam nenhuma vinculação com uma efetiva socialização e nem mesmo, com a aqui defendida, democratização processual. Somente se adequam a uma lógica funcionalista e perversa, que certamente deve ser problematizada discursiva e incessantemente.

Especialmente, a utilização da pré-cognição (*precognizione*) judicial, tão debatida no discurso processual de direito comparado (CAVALLONE, 2005, p. 19) e que se torna a tônica da produtiva aplicação em massa de decisões (neoliberal), deve ser analisada e polemizada. Mas para tanto deve-se refletir sobre o dogma do protagonismo judicial (como será feito no Capítulo 6) e a necessidade de uma concepção policêntrica e participativa do sistema processual (como será feito no Capítulo 7).

As ações do juiz jamais poderão ser estratégicas no sentido de obter sucesso mediante a busca de produtividade, mas, sim, performativas, ou seja, vocacionadas ao entendimento e à aplicação normativa do direito, preocupando-se em decidir em espaço-tempo suficiente e em perspectiva constitucional.

5.3 Como síntese parcial....

Com base nas considerações até aqui expendidas, percebe-se que os dois modelos processuais primordiais na história seriam o liberalismo processual e a socialização processual.

O primeiro garantiria o domínio das partes sobre um procedimento escrito e governado amplamente pelo princípio dispositivo.

O segundo garantiria o ativismo e o protagonismo judiciais, que trabalhariam na direção de um procedimento oral e concentrado, com inúmeras mitigações e flexibilizações do princípio dispositivo. O magistrado passaria a exercer uma engenharia social solitária na aplicação (ou “criação”) do direito, compensando desigualdades sociais entre as partes (WASSERMANN, 1978, p. 89-90).

No entanto, defende-se que parcela do movimento de socialização no Brasil se desnaturou para uma perspectiva pseudo-social (neoliberal) que garantiria uma aplicação do direito em larga escala (decisões padronizadas), não pormenorizada, sem se valer de possíveis benesses da oralidade e sem exercer ingerências a partir do processo, reputadas nefastas aos modelos de dominação atual, *v. g.*, no discurso do mercado e na política de juros abusivos praticados pelas instituições financeiras.

As três concepções prefixam as condições¹⁵⁴ e os resultados¹⁵⁵ do “processo”, independentemente e, mesmo, antes do debate processual, inviabilizando que a decisão seja fruto de um fluxo discursivo ininterrupto ou, melhor dizendo, que a decisão possa ser construída de acordo com as especificidades do caso concreto e que novos argumentos possam ser levados a sério.

No entanto, defende-se que se pode abandonar parcela dos projetos processuais na alta modernidade brasileira,¹⁵⁶ que confundem medidas socializadoras ou neoliberais com democráticas, e, assim, rechaçar as perversidades e degenerações desses projetos, aprendendo com os erros e impedindo técnicas de domínio funcionais.

Depois de todas essas constatações e reflexões empreendidas durante o curso desses primeiros capítulos acerca dos movimentos de reforma processual civil existentes, faz-se mister problematizar a perspectiva socializadora do protagonismo judicial e a perspectiva reducionista do papel processual do movimento social e pseudo-social (neoliberal), além de vislumbrar se seria possível o delineamento de um modelo processual que mantendo a tensão entre a perspectiva liberal e social, pudesse no plano de aplicação normativa buscar as virtudes desses macro modelos, evitando suas degenerações.

¹⁵⁴ *V. g.* o protagonismo das partes no liberalismo processual e do juiz na socialização.

¹⁵⁵ *V. g.* a aplicação neutra da norma por um juiz espectador no liberalismo; suposta compensação de desigualdades materiais na socialização; produtividade a qualquer preço, padronização de decisões e imposição de acordos mesmo que inexecutáveis e anti-sociais no neoliberalismo.

¹⁵⁶ Cf. nota 2 *supra*.

Essa tentativa será buscada mediante a estruturação de algumas bases para um **modelo democrático de processo**¹⁵⁷, ou seja, um **processualismo constitucional democrático**: perspectiva interpretativa que poderá, caso aplicada, garantir que todos os cidadãos possam participar ativamente de todas as esferas jurídicas em que possuam interesse, em um dimensionamento espaço-temporal adequado.

Tal vertente interpretativa defende que as degenerações não são tanto fruto de um mal dimensionamento legislativo, mas, primordialmente de uma leitura fraca dos direitos processuais fundamentais que garantiriam uma comparticipação endoprocessual.

¹⁵⁷ Caracterizado: a) pela comparticipação processual (com o decorrente policentrismo e interdependência processual entre os sujeitos processuais); b) pelo resgate de uma leitura forte dos princípios processuais constitucionais; e c) pelo resgate do papel técnico e institucional do processo.

6 DA NECESSIDADE DA QUEBRA DO DOGMA DO PROTAGONISMO DO JUIZ

*Quis custodiet ipsos custodes?
Quem vigia o vigilante?
Giovenale - Seculo I a.C.*

A verificação do aumento da importância do Judiciário em nosso tempo é realmente uma constatação inegável (PICARDI, 2004, p. 41), como vislumbrado ao longo dos primeiros capítulos.

As propostas de Bülow, na doutrina, e de Klein, na legislação, ao estruturarem o protagonismo judicial mediante o arquétipo do processo como relação jurídica (conjunto de vínculos de subordinação ao juiz) e instituição de bem-estar social buscavam, por meio da atividade de criação judicial (escola de direito livre), a implementação da vontade desse agente “privilegiado” do Estado. O processo é reduzido a instrumento da jurisdição, e esta é vista como atividade solitária do juiz.

Percebem-se na chamada “concepção publicística do processo”, idealizada por esses autores, quando degenerada em sua aplicação, alguns postulados, como sintetiza Aroca:

1) o **processo é um mal**, devido ao fato de comportar uma perda de tempo e de dinheiro, além de instigar as partes a litigar com repercussão na sociedade; e 2) o processo prejudica a economia nacional, dado que impede a rentabilidade dos bens paralisados, enquanto se discute em juízo sobre a quem pertencem. Por estes postulados, deriva a necessidade de resolver de modo rápido o conflito entre as partes, e por isto o melhor sistema é aquele no qual o juiz não se limite a julgar, mas se transforme em um verdadeiro gestor do processo, dotado de grandes poderes discricionários, idôneos a garantir não somente o direito das partes, mas sobretudo os valores e os interesses da sociedade (destacamos) (tradução livre)¹⁵⁸ (AROCA, 2002, p. 72).

O processo passa a ser visto como *locus* em que o juiz vai buscar fundamentos para legitimar as **suas** compreensões de bem-estar social, suprindo déficits de igualdade material entre as partes, mas que pode ser degenerado como mecanismo de dominação.

¹⁵⁸ No original: “1) il processo è un male, dato che comporta una perdita di tempo e di denaro, oltre a spingere le parti a litigare, con ripercussione nella società e 2) il processo nuoce all’economia nazionale, dato che impedisce la redditività dei beni paralizzati, mentre se discute in giudizio sulla loro appartenenza. Da questi postulati deriva la necessità di risolvere in modo rapido il conflitto tra le parti e per questo il miglior sistema è quello in cui il giudice non si limiti a giudicare, ma si trasformi in un vero gestore del processo, dotato di grandi poteri discrezionali, idonei a garantire non solo i diritti delle parti, ma soprattutto i valori e gli interessi della società”.

No entanto, a doutrina processual, desde o advento dessas concepções, tentou redefinir o conteúdo da relação jurídica processual e da própria função jurisdicional, apostando que a melhoria do sistema passaria pela assunção de um sadio protagonismo judicial.

Essa situação fora potencializada no segundo pós guerra.

A visualização social ou pseudo-social (como no Brasil) da atuação dos juízes ganha enorme importância na atualidade, uma vez que esses são chamados à resolução de questões dos mais variados setores da sociedade num papel, para além do jurista, de “animador de uma política pública” (GARAPON, 2001, p. 24).¹⁵⁹

Assim, o Judiciário vai se tornando um possível refúgio dos cidadãos (vistos como clientes), em face do enfraquecimento do Estado, pelas pressões do mercado, e do “desmoronamento do homem e da sociedade democráticos” (GARAPON, 2001, p. 26).

A chamada “função social do processo” (*sozialen Funktion des Prozesses*), idealizada por Klein como mecanismo de eliminação das crises sociais, é profundamente modificada no curso de todo o século XX. Como informava Baur em 1972:

[...] o juiz foi chamado a regular e mitigar tensões sociais de maneira cada vez maior. Uma primeira intervenção do juiz se fez necessária nos períodos de emergência, durante e depois da Primeira e da Segunda Guerra Mundial (seria suficiente recordar a revisão por obra do juiz das cláusulas contratuais, os procedimentos para ressarcimento de danos de guerra, a correção monetária). Mas esta tendência se manteve também em situações de estabilidade econômica (tradução livre)¹⁶⁰ (BAUR, 1972, p. 259).

Com a derrocada dos ideais dos “Estados sociais” e a deficiência dos Estados em realizar suas atividades essenciais, vem se atribuindo um papel peculiar ao Judiciário quanto à implementação de uma espécie de “democracia” muito particular, mediante a *judicialização da política* – *Judicialization of politics* – (TATE; VALLINDER, 1995, p. 28).

¹⁵⁹ Lembre-se, no entanto, que a busca tão somente de uma rapidez procedimental vai criando um modelo massificador e anti-social que afasta uma aplicação do direito constitucionalmente adequada.

¹⁶⁰ No original: “Il giudice è stato chiamato a regolare ed appianare tensioni sociali in misura sempre crescente. Un primo intervento del giudice si è reso necessario in periodi di emergenza, durante e dopo la prima e seconda guerra mondiale (sia sufficiente ricordare la revisione ad opera del giudice delle clausole contrattuali, i procedimenti per risarcimento dei danni di guerra, la rivalutazione)”.

6.1 Judicialização da política

Tal expressão ganhou delineamento a partir do trabalho coordenado por C. Neal Tate e Tobjörn Vallinder, intitulado *The global expansion of judicial power*, no qual foi denominada de judicialização a tendência de transferir poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13).

O Poder Judiciário passaria a exercer **um poder de veto** dos interesses dominantes do Executivo e do Legislativo, mediante a manifestação dos interesses de grupos minoritários (TATE, 1995, p. 30) e o controle constitucional (*judicial review*) dos provimentos (leis e atos administrativos) dos outros “poderes” – funções estatais (TATE; VALLINDER, 1995, p. 15).

O Judiciário passa a participar das decisões políticas que seriam tomadas, de modo criterioso ou arbitrário, por outras instituições, criando ou substituindo-as (TATE, 1995, p. 33). Mas, para tanto, existe a necessidade de se assegurar um espaço para tal implementação e, obviamente, a vontade dos atores sociais em promovê-la.

Como asseveram Maciel e Koerner:

Se na idéia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciados de decisão, a noção de politização da justiça **destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes**. A judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da policy-making a deixá-la a critérios de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão. Daí que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais (destacamos) (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114).

Vários autores apresentam possíveis razões desse processo de judicialização da política.

Para Cappelletti, seria fruto do agigantamento do Estado, promovido pelo modelo de *Welfare* (CAPPELLETTI, 1993, p. 34 *et seq*). Para Garapon, como já dito, seria fruto do enfraquecimento do Estado em face das pressões do mercado (GARAPON, 2001, p. 26). Para Tate e Vallinder, seria causado pela queda do comunismo e da União Soviética, bem como pelo conseqüente reforço do papel norte-americano no contexto mundial, fato que conduziu a que as técnicas de *judicial review* desse país fossem copiadas por outros (TATE, VALLINDER, 1995, p 10).

No Brasil, apesar de a judicialização possuir aplicação discutível na prática decisória (CARVALHO, 2004, p. 120; OLIVEIRA, 2005; Cf. 5.2.1), Sadek defende que esta seria fruto da adoção do sistema presidencial de governo. Afirma:

O tipo de sistema presidencialista escolhido adotou o princípio da separação e independência entre os poderes. Tal modelo, contudo, estimula mais o conflito entre os diferentes ramos do que a cooperação. Isto porque, ao mesmo tempo em que fortaleceu o Legislativo, ampliando sua capacidade de fiscalizar e controlar o Executivo, facultou ao Executivo a possibilidade de legislar por meio de medidas provisórias. Essas potencialidades aumentaram a responsabilidade do Judiciário de exercer a mediação política entre os dois outros poderes e no controle constitucional dos atos legislativos e de governo. A extensão e a complexidade dos direitos sociais garantidos, bem como o grau de detalhamento combinados com a capacidade do Judiciário de exercer o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, propiciaram um aumento substancial das áreas de intervenção e atuação pública deste poder. **A Lei Maior conferiu capacidade aos magistrados e às cortes judiciais de produzirem impactos sobre o processo de decisão política. Em decorrência, a Constituição transforma-se em um texto programático, operando-se um estreitamento da margem de manobra dos políticos e, conseqüentemente, ampliando-se o papel político do Judiciário.** Ademais, os imperativos de natureza institucional decorrentes da Constituição de 1988 reforçam o papel e o protagonismo políticos do Judiciário e de seus integrantes. O modelo institucional adotado imprime uma face fortemente política ao Judiciário. Esta dimensão política do Judiciário possui estreita ligação com o presidencialismo. O ativismo judicial não é exclusivo de sistemas presidencialistas, podendo ocorrer também em parlamentares. No presidencialismo, no entanto, o Judiciário apresenta condições de desenvolver ao máximo esta potencialidade, uma vez que é definido como um poder independente e encarregado de exercer o controle da constitucionalidade das leis e dos atos dos demais poderes (destacamos) (SADEK, 2004, p. 80-81).

Percebe-se que as afirmações da autora, feitas de modo a legitimar o discurso dominante, partem de um equívoco, eis que a judicialização ocorre, como ela própria admite, em diversos sistemas de governo.

Ademais, a judicialização da política (mesmo sem a utilização de tal nomenclatura), na verdade, perpassa todo o discurso jurídico do século XX, como já afirmava Schmitt em 1932 (1971, p. 6).

A judicialização corporifica um “coroamento” de um movimento de reforço do papel do Judiciário que perpassou toda a fase autonomista de estudo do Direito Processual, devido à incapacidade das instituições estatais majoritárias de dar provimento às demandas sociais e à conseqüente busca destas perante o “Estado-juiz”.

Como explicita Garapon, em sua crítica ao modelo de judicialização:

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a Justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É

então nela [...] que se busca a consagração da ação política. O sucesso é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causando pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual **um legislativo e um executivo enfraquecidos**, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, **ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia**, esforçam-se em governar, no dia a dia, indiferentes e exigentes, **preocupados com suas vidas particulares**, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto. [...] É, portanto, aí, na evolução do imaginário democrático, que se devem buscar as raízes profundas da ascensão do juiz (destacamos) (GARAPON, 2001, p. 47-48).

Em sentido similar, explicita Baur:

Tem-se a impressão de que nos casos de tensões sociais e econômicas se faça sempre apelo ao juiz, lá onde o legislador não está em grau de eliminá-las e superá-las mediante abstratas regulamentações. A decisão e a composição desses conflitos de interesses vêm então confiadas à aequitas do juiz (tradução livre)¹⁶¹ (BAUR, 1972, p. 260).

Vislumbra-se que a concepção de um protagonismo judicial, inaugurada modernamente por Klein na legislação e por Bülow na doutrina, vai sendo conformada no século XX por uma linha de pensamento que pressupõe um quadro de valores homogêneos, uma formação diferenciada dos magistrados (em comparação com os demais profissionais da área) que lhes ofertaria um privilégio cognitivo em relação aos demais co-participantes, devido a sua sensibilidade no momento da aplicação solitária do direito.

No entanto, como preleciona Cattoni de Oliveira, essa postura, de uma tardia jurisprudência de valores no Brasil,

[...] judicializa a política e a julga à luz de pretensos valores supremos da comunidade, a que os tribunais superiores teriam acesso privilegiado. Partidários desse tipo de ativismo judicial atribuem ao Judiciário o papel de tutor da política, um super-poder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprios a um Estado de Direito. É o Judiciário, ou melhor, os Tribunais superiores e, na sua crista, o Supremo Tribunal Federal, quem deve zelar pela dignidade da política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de “direitos” e de realização da democracia. Assim, o Supremo Tribunal Federal converter-se-ia em *guardião da moral e dos bons costumes*, uma espécie de sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um *codex* e um *index* de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo. Trata-se,

¹⁶¹ No original: “Si ha l’impressione che nei casi di tensioni sociali ed economiche, si faccia sempre appello al giudice, là dove il legislatore non è in grado di eliminarle e superarle mediante astratte regolamentazioni. La decisione ed il componimento di questi conflitti di interessi vengono quindi affidati all’aequitas del giudice”.

pois, de uma postura que esconde uma intolerância extrema e preconceituosa para com os processos políticos, com a qual quem perde, mais uma vez, é a cidadania. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 121-122)

6.2 Sadio protagonismo do juiz?

No Brasil, apesar da concepção neoliberal de produtividade judicial predominar na atualidade, alguns, sem perceber a tensão paradigmática existente (entre concepções liberais e sociais), acreditam e defendem o exercício de uma peculiar função social por parte do julgador.

Recentemente, Nalini arvorando-se de ideais defendidos pelos socializadores desde o século XIX (Bülow, Klein e Menger) e considerando-os novos, defende um aumento da sensibilidade (2006, p. 248-249) e da criatividade judiciais (2006, p. 247), bem como a estruturação de um (chamado) “sadio protagonismo judicial” (2006, p. XVI) devido ao fato de a Constituição ser “o que o juízes dizem que ela é” (2006, p. 254): “um ato jurisprudencial” (2006, p. 294).

Na interpretação das cláusulas gerais (*Generalklauseln*) e dos conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmten Rechtsbegriffe*), lembrados por Klein (1958, 18-19) (cf. 3.1) e Picardi (2004, p. 46), amplamente utilizados pelo legislador brasileiro, Nalini defende seu preenchimento “com subjetivismo e feição ideológica” (NALINI, 2006, p. 255).

Sua afirmação de que “a lei contemporânea é algo imperfeito e de que a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz” (NALINI, 2006, p. 269) relembra perfeitamente as perspectiva defendidas por Bülow há mais de um século (cf. 3.3).

O julgamento, na sua acepção, é “ato de vontade” no qual primeiro o juiz se convence, decide, e somente depois vai procurar a razão e a justificativa lógica para o julgamento feito e para a decisão tomada (NALINI, 2006, p. 274). Tal pensamento reproduz quase as mesmas

palavras exaradas pelo realismo jurídico comportamentalista (norte-americano)¹⁶² de Wendell Holmes¹⁶³ (HOLMES JR., 1991, p. XIII).

Nalini afirma, ainda, que o magistrado possuiria “poderes para conferir novos contornos aos ditames da lei”, mostrando sua credulidade de que o processo (2006, p. 139) e a participação obrigatória do advogado (2006, p.142) seriam entraves a serem eliminados. A chave de solução seria um “sadio protagonismo judicial” e que cumpriria “ao juiz ter idéias novas e criativas” (2006, p. 247).

Defende uma rebeldia judicial, devido à percepção desse protagonismo sadio. Afirma que o juiz brasileiro deve apresentar-se como um

[...] Observador qualificado de uma realidade cada vez menos compatível com o ideal que **ele** concebeu do que é justo, **ele** não pode perder a capacidade de indignação. Se para os demais a indignação pode resumir-se ao protesto ou ao desalento, a sadia indignação do juiz deve suscitar uma atuação transformadora. **Impõe-se ao juiz**, muito além de cumprir com o seu dever funcional de enfrentar o acúmulo de trabalho, de suportar a incompreensão e de fazer incidir a vontade concreta da lei sobre a hipótese submetida à sua apreciação **repensar a sociedade brasileira**. Com o intuito sério e consistente de transformá-la [...] A rebelião do juiz não é uma revolta corporativista com vistas à reconquista de benefícios excluídos a pretexto da transparência e da eliminação de privilégios. A rebelião é **nova postura** hermenêutica. Inspira-se na aparente ineficiência do instrumental jurídico para resolver as questões humanas. Questões singelas, às vezes que se perdem na sofisticação procedimental. Na concepção de um direito etéreo, distanciado da realidade das pessoas. [...] **O juiz sensível não pode senão ser rebelde. Ele tem uma antena permanentemente atenta às infelicidades, às angustias e sofrimentos**. Tem consciência da finitude de seus poderes. Mas não desconhece dispor de um **arsenal de ferramentas para mitigar as dores de quem está faminto por justiça**. É incomensurável o poder de um juiz consciente, forte e corajoso. Ele tem condições de conferir nova trajetória à sociedade aparentemente sem rumo. Basta compenetrar-se de que a tarefa mais séria de um julgador é interpretar o ordenamento à luz de uma Constituição que acreditou e prestigiou juiz e justiça (destacamos) (NALINI, 2006, p. 246-249).

¹⁶² Holmes falecera na década de 1930, pouco tempo após se aposentar na Suprema Corte do Estados Unidos da América, no qual desenvolveu uma linha realista. Ross explica que “o realismo comportamentalista encontra a realidade do direito nas ações dos tribunais. Uma norma é vigente se houver fundamentos suficientes para se supor que será aceita pelos tribunais como base de sua decisão” (ROSS, 2000, p. 99).

¹⁶³ Como afirmava Holmes: “A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes e, até mesmo, **os preconceitos com os quais os juízes julgam têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados**. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão-somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve-se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. Deve se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes” (destacamos) (tradução livre) (HOLMES, 1991, p. 1). No original: “The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation”.

A prevalência do juiz no processo deve ser valorizada. Declara o autor:

Aceitar a plenitude da função interpretativa do juiz **implica conceder a ele larga margem de liberdade na indagação do sentido da norma**. Se isso já era admitido quando se pressupunha prevalência do Legislativo, como emissor da vontade geral, inverteu-se o pólo de relevância quando o parlamento só produz leis de circunstâncias. A volúpia na produção de normatividade por um poder que não deveria fazê-lo – o Executivo – e a transformação do parlamento em cartório de homologação de interesses localizados, sobrecarregou o juiz de responsabilidades. [...] **A lei contemporânea é algo imperfeito e a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz. Ele irá decodificá-la, completá-la, aperfeiçoá-la, tirar dela o sentido possível** (destacamos) (NALINI, 2006, p. 267-269).

Para o autor, o solipsismo metódico, o privilégio cognitivo e a busca solitária da “justiça” pelo juiz sensível de uma “ordem concreta de valores” compartilhados, como observador qualificado proativo e experimentalista (NALINI, 2006, p. 292), permitiriam a melhoria da sociedade mediante essa equidade judicial.

Ocorre que essa tendência de uma equidade judicial no momento da aplicação do direito, especialmente quando é reduzido a quase nada (quando não é eliminado) o papel técnico do procedimento, de estrutura formadora dos provimentos (FAZZALARI, 1989, p. 2), pode trazer alguns problemas, como lembrado por Baur, nas seguintes indagações:

De onde traz, o juiz, os valores que são a base da sua decisão se o legislador o deixa só consigo mesmo e a sociedade não possui uma concepção unitária dos valores éticos fundamentais? Não subsiste o perigo de que o juiz seja envolvido como protagonista do embate social exatamente no momento em que o estado de tensão latente explode no caso concreto? Como se põe, nessa perspectiva, o princípio da igualdade jurídica se faltam ao juiz as concretas bases da decisão e está, então, de certo modo, abandonado a si mesmo? Não estão ligados a estes fenômenos uma perda de confiança e uma perda da sua própria autoridade? (tradução livre)¹⁶⁴ (BAUR, 1972, p. 260).

Tal concepção gera ainda outros perigos. Como assevera Garapon:

Ao submetermos tudo ao juiz, ligamo-nos a **novos sacerdotes** que tornam o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante. O risco é de se evoluir para uma organização clerical do poder. E de confiscar a soberania (destacamos) (GARAPON, 2001, p. 62).

¹⁶⁴ No original: “Donde trae, il giudice, i valori che sono alla base della sua decisione, se il legislatore lo lascia solo con se stesso e a società non ha più una concezione dei valori etici fondamentali? Non sussiste il pericolo che il giudice venga coinvolto come protagonista del contrasto sociale e proprio al momento in cui lo stato di tensione latente esplose nel caso concreto? Come si pone, in questa, prospettiva, il principio dell’uguaglianza giuridica, se mancano al giudice le concrete basi della decisione ed è, quindi, in certo modo, abbandonato a se stesso? Non è collegata a questi fenomeni una perdita di fiducia ed una perdita della sua stessa autorità?”

Maus, ao comentar a atividade jurisdicional do Tribunal Constitucional Federal (TFC) alemão (*Bundesverfassungsgericht*), exara:

O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais. Legibus solutus: assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já esta decidido na Constituição corretamente interpretada podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma ordem de valores submetida à Constituição (MAUS, 2000, p. 191-192).

Além desse aspecto, para a autora, cria-se uma imunização das decisões do juiz de qualquer controle, na medida em que o magistrado tem incentivado o seu papel de engenheiro social. Como assevera:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social - controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é **notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social** (MAUS, 2000, p. 187) [...].

A introdução de pontos de vista morais e de “valores” na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das “proibições” legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade (destacamos) (MAUS, 2000, p. 189).

A partir da constatação de que se tende a uma interpretação dos princípios jurídicos como uma forma de *ponderação de valores*¹⁶⁵ (*Güterabwägung*) e de uma visualização dos

¹⁶⁵ Como explica Cattoni de Oliveira, o STF entende que o “[...] raciocínio jurídico deve ser compreendido como uma “ponderação de valores”, em que os princípios constitucionais passam a ser tratados, seguindo a tradição da *jurisprudência dos valores* na Alemanha, como “comandos otimizáveis”, que colidem entre si para reger um caso concreto (Alexy). Esses “princípios” devem ser aplicados em diferentes graus, mediante a utilização de “regras de prioridade” e do princípio da proporcionalidade, a uma mesma decisão judicial, vista como um meio preferível, conveniente ou ótimo para a realização de um ideal *totalizante* de sociedade, que estaria pressuposto à Constituição: uma pretensa ordem concreta de valores, supostamente compartilhados por todos os membros da *nostra* sociedade política. Ou seja, a ponderação de princípios como valores, sob condições de prioridade e do princípio da proporcionalidade – que exige indagar pela adequação, necessidade e estrita proporcionalidade da decisão a valores e a finalidades pretensamente compartilhados – submete a aplicação das normas a um cálculo de tipo custo/benefício, rompendo com a doutrina anteriormente assentada das questões políticas, mas não necessariamente com a sua compreensão do princípio da supremacia do interesse público. É de se perguntar [...] quais as conseqüências dessa perspectiva de compreensão do raciocínio jurídico, típico da jurisprudência dos valores, para a proteção dos direitos fundamentais. [...] E tratar a Constituição como uma ordem concreta de

discursos de aplicação (jurisdicionais) como se fossem idênticos aos de justificação (legislativos), permite-se sua análise a partir dos critérios de preferência do julgador, e não deontológicos ou de modo a se buscar o que é devido e mais adequado.

Faz-se necessário perceber, desde já, com Habermas, que não se pode assimilar indevidamente direitos a valores (HABERMAS, 1994, p. 309). Como lembra o autor:

Princípios – ou seja, as normas de classe superior que justificam outras normas – possuem um sentido deontológico, enquanto os valores possuem um sentido teleológico. As normas válidas obrigam os seus destinatários – sem exceção e em igual medida – a um comportamento que cumpre expectativas generalizadas de comportamento, enquanto os valores devem ser entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas. Os valores exprimem a preferibilidade de bens que em determinadas coletividades valem como desejáveis e que podem ser adquiridos ou realizados através de um agir teleológico. [...] Portanto, normas e valores são diversos, em primeiro lugar, pelo fato de referir-se a um agir deontológico ou teleológico; em segundo lugar, pela codificação binária ou gradual da sua pretensão de validade; em terceiro lugar, pela sua obrigatoriedade absoluta ou relativa; em quarto e último lugar, pelos diversos critérios de consistência, os quais devem satisfazer um sistema de normas em relação a um sistema de valores. O fato de que as normas e os valores sejam assim diversos nas suas características lógicas faz com que a aplicação resulte caracterizada por notórias diferenças. [...] Indubitável que no direito imigram também conteúdos teleológicos. Mas, sendo definido pelo sistema de direitos, o direito domestica, por assim dizer, os programas e as orientações de valor do legislador, através de uma **supremacia** rigorosa do ponto de vista normativo. Por isto, quem deseja identificar a Constituição como uma ordem concreta de valores desconhece o caráter especificamente jurídico. Como normas jurídicas, os direitos fundamentais são formados analogamente às regras morais. Vale a dizer, segundo o modelo de normas de ação obrigatórias, e não segundo o modelo de bens atraentes (tradução livre)¹⁶⁶ (HABERMAS, 1994, p. 310-312).

valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores, pois **só haveria democracia, desse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham de um modo comunitarista os mesmos supostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo.**” (destacamos) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005)

¹⁶⁶ No original: “Prinzipien oder höherstufige Normen, in deren Licht andere Normen gerechtfertigt werden können, haben einen deontologischen, Werte hingegen einen teleologischen Sinn. Gültige Normen verpflichten ihre Adressaten ausnahmslos und gleichermaßen zu einem Verhalten, das generalisierte Verhaltenserwartungen erfüllt, während Werte als intersubjektiv geteilte Präferenzen zu verstehen sind. Werte drücken die Vorzugswürdigkeit von Gütern aus, die in bestimmten Kollektiven als erstrebenswert gelten und durch zielgerichtetes Handeln erworben oder realisiert werden können. [...] Normen und Werte unterscheiden sich also erstens durch ihre Bezüge zu obligatorischem bzw. Teleologischem Handeln; zweitens durch die binäre bzw. Graduelle Kodierung ihres Geltungsanspruchs; drittens durch ihre absolute bzw. Relative Verbindlichkeit und viertens durch die Kriterien, denen der Zusammenhang von Norm – bzw. Wertesystemen genügen muß. Weil sich Normen und Werte in diesen logischen Eigenschaften unterscheiden, ergeben sich folgenreiche Differenzen auch für ihre Anwendung. [...] Gewiß wandern auch teleologische Gehalte ins Recht ein; aber das durch ein System der Rechte definierte Recht domestiziert gleichsam die Zielsetzungen und Wertorientierungen des Gesetzgebers durch den strikten *Vorrang* normativer Gesichtspunkte. Wer die Verfassung in einer konkreten Wertordnung aufgehen lassen möchte, verkennt deren spezifisch rechtlichen Charakter; als Rechtsnormen sind nämlich die Grundrechte, wie moralische Regeln, nach dem Modell verpflichtender Handlungsnormen geformt – und nicht nach dem attraktiver Güter”.

Habermas, assim, encara o direitos fundamentais em perspectiva normativa (deontológica), sendo incabível sua aplicação axiológica conforme preferências compartilhadas, até mesmo por não enxergar a Constituição como uma “ordem concreta de valores” (*konkreten Wertordnung*).¹⁶⁷

Essa concepção axiológica de aplicação dos direitos fundamentais se adapta ao perfil solipsista de reforço do Poder Judicial.

No entanto, verifica-se, porém, com Baur, no âmbito processual:

Contra a tendência ao reforço da “atividade judicial” vem frequentemente oposto o perigo de um processo substancialmente privado de formas, submetido à discricionariedade de cada juiz o que estaria em contradição com o princípio da autonomia privada. Contesta-se ainda que nesta responsabilidade de dirigir o processo estivesse implícita a escolha de um determinado ponto de vista **e não se poderia excluir que o juiz escolha erroneamente ou de modo arbitrário determinada perspectiva**. Neste caso não se poderia mais falar de um igual tratamento das partes no processo e disto resultaria violado o mesmo princípio da segurança jurídica¹⁶⁸ (destacamos) (BAUR, 1972, p. 258).

Percebe-se, ainda, que no Brasil nem mesmo uma judicialização da política vem sendo operada, uma vez que, apesar da possibilidade de controle constitucional das leis pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade, entre outros instrumentos, verifica-se que não houve qualquer interferência nos processos decisórios do Executivo e do Legislativo, como no caso das privatizações (OLIVEIRA, 2005, p. 584). E, além disso, o índice percentual dessas ações que chegam para a análise do mérito é insatisfatório (CARVALHO, 2004, p. 121).¹⁶⁹

Como assevera Ferraz de Arruda:

[...] o capital financeiro internacional, desde que se instalou no País como sistema jurídico a partir de 64, não teve maiores problemas com o Poder Judiciário tanto que

¹⁶⁷ Como fazem os comunitaristas (cf. 7.4.1).

¹⁶⁸ No original: “Contro la tendenza al rafforzamento dell’ “attività giudiziale” viene spesso opposto il pericolo di un processo sostanzialmente privo di forme, piegato all’ discrezionalità del singolo giudice, il che sarebbe in contraddizione con il principio dell’autonomia privata. Si obietta ancora che in questa responsabilità nella direzione del processo sarebbe implícita la scelta di un determinato punto di vista e non si potrebbe escludere che il giudice scelga erroneamente o in modo del tutto arbitrário una certa prospettiva. In tal caso non si potrebbe più parlare di un uguale trattamento delle parti nel processo e ne risulterebbe violato lo stesso principio di certezza giuridica”.

¹⁶⁹ Como explica Carvalho: “[...] a análise procedimental apropriou-se de um cabedal teórico que explica a judicialização no Brasil por meio do aumento expressivo das ações judiciais, entendendo essa explosão processual como uma forma de participação da sociedade civil. O sustentáculo básico dessa afirmação são os dados empíricos coletados. No entanto, tais dados confirmam que a taxa de julgamento do mérito das ADINs no período de 1988 a 1998 foi de 13,54% do total das 1935 ADINs. Ainda sobre esse total, temos 54,36% aguardando julgamento. Portanto, se for necessário levar em consideração a vontade do operador do direito em participar do *policy-making*, o percentual de ADINs julgadas em seu mérito não parece ser um argumento persuasivo no diagnóstico da judicialização da política no Brasil”.

este, pelo STF, definitivamente firmou o entendimento sobre as instituições financeiras estarem fora da proibição da prática de juros onzenários e capitalizados. É de se ter em mente, portanto, que o sistema de funcionamento jurídico do mercado financeiro internacional se instalou no país a partir da Revolução de 64, mas, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário fez por apenas consolidar o sistema (FERRAZ DE ARRUDA, 2007, p. 43-44).

6.3 Modelos de comportamento judicial

Ademais, não se pode olvidar que não existe em nosso País a mesma preocupação ocorrente, *v. g.*, nos Estados Unidos, com o modelo de comportamento judicial no momento decisório de modo a se estabelecer uma análise e controle sobre o papel dos juízes, especialmente dos Tribunais Superiores, no exercício de seu múnus.

Dois modelos que seriam identificáveis naquele país são os denominados: *attitudinal* e *estratégico*.

Carvalho, ao tecer comentários sobre o *attitudinal model*, informa:

Segal e Cover (1989) desenvolveram esse modelo por meio de uma análise de conteúdo de artigos de jornais publicados pelos futuros juízes da Suprema Corte norte-americana antes de eles exercerem o cargo de juízes. A partir daí construíram um índice de liberalismo ideológico dos juízes, analisando posteriormente a correlação desse índice com o sentido ideológico do voto de cada um dos membros da Suprema Corte. A correlação foi muito significativa nos domínios da política econômica e dos direitos civis. [...]

A condição de elevada independência do juiz constitucional norte americano, aliada ao fato de ele poder escolher os casos em que dará sua contribuição jurisprudencial, conduz ao objetivo de traduzir suas **preferências pessoais** de natureza político ideológica em jurisprudência constitucional (destacamos) (CARVALHO, 2004, p. 123).

Já o modelo estratégico de comportamento judicial, segundo o mesmo autor:

[...] evoluiu no debate em torno do modelo atitudinal e da apropriação de aspectos da escolha racional. Portanto, no modelo estratégico, os juízes **compreendem que a sua capacidade para atingir certos objetivos depende, por sua vez, da capacidade de levar em consideração as preferências de outros atores políticos, das escolhas que esperam que eles façam e do contexto institucional que operam**. Em alguns estudos de caso, que utilizaram fontes documentais e métodos de observação, **constatou-se que os juízes comportam-se de modo estratégico, antecipando as possíveis reações da opinião pública e dos atores políticos às suas decisões**. Em estudos estatísticos observou-se que também existe essa estratégia, principalmente em relação à opinião pública e a certos atores políticos (destacamos) (CARVALHO, 2004, p. 123).

Apesar da existência de modelos de análise do comportamento judicial naquele país, que com a pretensão de descrever **reforçam ideologicamente uma postura realista**, não se pode olvidar que ambas as abordagens, portanto, trabalham com o pressuposto da existência do protagonismo judicial e pouco se preocupam com o papel do processo e com um comportamento normativo (não ideológico e muito menos estratégico) que se deve apresentar nos provimentos judiciais.

A visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (*hard cases*), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado.

Em nosso País, chega-se ao ponto de em precedentes de Tribunais Superiores afirmar-se essa convicção da função jurisdicional. Emblemático nesse aspecto o precedente do STJ no qual o Ministro Humberto Gomes de Barros afirmou textualmente:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de BARBOSA MOREIRA e ATHOS CARNEIRO. **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento que os Srs. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS e HUMBERTO GOMES DE BARROS decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. **Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele.** É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.** Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (destacamos) (BRASIL, STJ, ERESP 319.997-SC, Rel. Peçanha Martins, 2003).

Ao comentar o precedente Streck informa que:

Para aqueles que pensam que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que é, o voto de Sua Excelência é um prato cheio. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, **não pode ser assim** (ou, melhor, ainda bem que não pode ser assim!). Com efeito, o Direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. Na verdade, o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade.*[...] Ora, é preciso ter presente que a afirmação do

caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, *não significa uma queda na irracionalidade* e nem uma delegação em favor de decisionismos. [...]Numa palavra: *o processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete*. Aliás, este é um ponto fundamental da luta pela superação do postivismo-normativista: *o constitucionalismo – compreendido paradigmaticamente – coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista*. Mais do que isto, trata-se de uma questão de democracia. Como bem alerta Marcelo Cattoni “o Direito sob o Estado democrático de Direito não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria jurisdição constitucional” (*Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 51). (STRECK, 2006)

Em texto mais recente Streck, Cattoni de Oliveira e Lima corroboram o argumento ao comentarem decisão pendente de julgamento do Supremo Tribunal Federal (reclamação 4335-5/AC), e o voto do Ministro Eros Grau, e afirmam que

[...] sempre se corre o risco, toda vez que se colocar *demasiada ênfase nos discursos de validade*, de aproximar o direito de determinadas teses realistas, reduzindo e enfraquecendo o papel da doutrina e das demais instâncias de formação do discurso jurídico, circunstância que nos faz ressaltar, aqui, por extrema justiça, o papel histórico do doutrinador e Professor Eros Roberto Grau na formação do discurso crítico sobre o direito em tempos duros sem constituição e que influenciou e influencia uma geração de juristas. Entretanto, tal problemática parece se insinuar, de certo modo, quando o Ministro acentua, em seu voto, que **“o discurso da doutrina [=discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.”** (destacamos) (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 23)

Não se pode ainda negligenciar a recente sentença noticiada de uma Juíza do Trabalho do TRT da 13ª Região (Paraíba) que afirma ser o magistrado um ser “absoluto” e “superior a qualquer outro”, como afirma:

No vigente diploma processual civil, temos normas que atribui ao juiz amplo papel na condução e decisão, dispondo poder o julgador dirigir "o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas", "dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica" (art. 852-D) e adotar "em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum" (art. 852-I, §1º). Talvez o ponto mais delicado do tema esteja na avaliação da prova, o que envolve os princípios da unidade e persuasão racional e sua relação com o princípio protetivo. O princípio da unidade diz que, embora produzida através de diversos meios, a prova deve ser analisada como um todo e o princípio da persuasão racional relaciona se com a liberdade de convicção do Juiz, mas obriga-o a fundamentar a sua decisão. **A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. Ele é alguém em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um sujeito capaz, por**

si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia. Pode chegar à autoformação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores. Nenhuma coerção de fora pode alcançar sua interioridade com bastante força para violar esse reduto íntimo e inviolável que reside dentro dele. Destarte, com a liberdade e a proporcional responsabilidade que é conferida ao Magistrado pelo Direito posto, passa esse Juízo a fundamentar o seu julgado. (destacamos). (PARAÍBA, TRT 13^o Região, Processo n. 01718. 2007.027.13. 00-6, 2007).

Tal concepção dos ministros e da juíza traduz claramente o viés nefasto do protagonismo judicial, no qual o processo é visto como instrumento técnico da jurisdição (e do juiz) que poderia formar uma decisão com qualquer conteúdo (THEODORO JÚNIOR, 2006b, p. 27),¹⁷⁰ dentro da visão privilegiada do magistrado, e que poderia ser deformalizado e entregue aos critérios judiciais de seu dimensionamento a permitir uma decisão rápida (como se tal rapidez bastasse a uma tutela constitucionalmente adequada), fruto da sabedoria diferenciada do julgador. Tal magistrado poderia resolver tais situações com imensa facilidade, uma vez que inúmeros argumentos justificariam um posicionamento judicial (CHAMON JÚNIOR, 2008, p. 146 et. seq.).

Também não se pode olvidar que o protagonismo judicial de viés socializador está sendo degenerado no Brasil pelo discurso neo-liberal.

6.4 Pela quebra do protagonismo judicial

A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo que pressuporia uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual.

Como afirma Chamon Júnior, na alta modernidade:

¹⁷⁰ Como afirma Theodoro Júnior, em perspectiva crítica: “Totalmente descompromissado com a lei ditada pelo poder legiferante instituído, o aplicador do direito procura a regra a aplicar no caso concreto onde bem lhe convier, ou onde bem entender, pois fora do preceito explícito da lei, sempre haverá algum raciocínio, algum argumento, alguma justificação para explicar qualquer tipo de decisão, até mesmo aquele aberrante com as tradições histórico-culturais de um povo as quais, aliás, pouco ou nada valem para a mentalidade emergente do século XX, em segmento quantitativamente expressivo”. (THEODORO JÚNIOR, 2006b, p. 27)

[...] o juiz jamais é encarado como o “senhor” de “sua” jurisdição, mas é entendido como uma autoridade que, não obstante participar da construção do processo, há que ser interpretado como autorizado a cumprir um papel que não pode ser desconsiderado. Do fato de vislumbrarmos a postura argumentativa das partes no processo jurisdicional, não segue também um esvaziamento do papel do juiz, ou de sua autoridade. Realmente não podemos mais compreender tal autoridade como dotada de uma atividade autoritária a possibilitar, do alto de seu “notável saber jurídico”, a ditadura de um pensamento ou convicções subjetivas, “convencidas livremente”, sem qualquer respaldo ou sustentabilidade argumentativa em face dos pressupostos comunicativos referidos ao Direito e compartilhados pela comunidade jurídico-política (CHAMON JÚNIOR, 2008, p. 176-177).

E com Cattoni de Oliveira vislumbra-se que:

A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles podem compreender o exercício de suas funções como substituição do papel dos cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidades a tradições autoritárias com as quais a Constituição vem romper. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 75)

Segundo os pressupostos da presente tese, na perspectiva democrática, será possível enxergar o processo não somente em sua dimensão técnica e de eficiência, de estrutura formal de construção dos provimentos, realizada em simétrica paridade de armas (FAZZALARI, 1958), mas como estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material das decisões e fornecerá os elementos constitutivos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todos os participantes (do imparcial e dos parciais).

Propõe-se, assim, um afastamento completo da idéia de privilégio cognitivo do julgador (decisionismo) e se implementa um espaço discursivo participativo de formação das decisões.

A tendência de uma interpretação axiológica desconsidera os caracteres de um Estado constitucional democrático ou, melhor dizendo, da perspectiva procedimental de Estado constitucional democrático.

Tal perspectiva procedimental, defendida por Habermas, como já expresso, importa na percepção de um Estado constitucional que se legitima por meio de procedimentos (HABERMAS, 1994, p. 664) que devem estar de acordo com os direitos fundamentais e com o princípio da soberania do povo.

A partir de uma compreensão procedimentalista do direito, “a argumentação liberal e a argumentação de bem-estar social devem ser consideradas, reflexiva e criticamente, sob as

condições jurídico-processuais, **como perspectivas argumentativas concorrentes**, em face de cada situação concreta de aplicação” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 206).

Percebe-se que a análise do direito prescinde de pré-compreensões não problematizadas ou problematizáveis dos ideais de bem viver, que seriam entregues aos critérios de salvação de algum escolhido, seja este uma instituição de controle central (v. g. o Estado ou Igreja), órgão ou pessoa (v. g. presidente, o *führer* ou o juiz).

No paradigma procedimental de Estado deve ser garantida ao cidadão a assunção de uma postura ativista lastreada nos princípios constitucionais que alicerçam os modelos constitucionais de processo, de direito privado (PERLINGIERI, 1997, p. 6) etc.

Dessa maneira, não há como se creditar papéis salvacionistas e paternalistas a terceiros, eis que cada cidadão assume a responsabilidade pelos princípios elementares de sua vida em comum na sociedade, não podendo mais recorrer a uma autoridade transcendente que o alivie de suas decisões (GÜNTHER, 2002, p. 109). Ao contrário, o Estado constitucional democrático assegura, mediante balizas processuais constitucionais (princípios constitucionais), uma participação constante e efetiva dos sujeitos de direito, que a estes permite uma colaboração na formação dos provimentos (leis, decisões judiciais, atos administrativos) dos quais sofrerão os efeitos.

Tais afirmativas são de enorme importância para o estudo do Direito Processual de modo a suplantar os limites impostos e constitutivos do liberalismo e da socialização processual.

Os dois modelos podem esvaziar o papel público do processo, na medida em que o espaço por ele criado não é utilizado para a problematização de questões, além de permitir uma pseudolegitimação de concepções individualistas de uma determinada linha da “política” ou do “mercado”, encampada pelo julgador.

A aclamada concepção publicística do processo se resume na participação e prevalência do papel do juiz no processo, equívoco de fundo, uma vez que o espaço público se consubstancia “como dimensão discursiva de mobilização e expressão de diversos fluxos comunicativos” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 140).

Como lembra Cipriani,

é, ao contrário, tempo de convencer-se que, quando se tolhem direitos das partes e se dão poderes discricionários ao juiz, ou seja, quando procura a obtenção de eficiência em prejuízo das garantias, não se resolve problema algum e se impõe o

autoritarismo, tanto inútil quanto contraproducente” (tradução livre)¹⁷¹ (CIPRIANI, 2002a, p. 1250).

A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.

A existência de uma magistratura forte é uma conquista histórica que deve ser revisitada mediante a releitura dessas balizas processuais, constitucionais e técnicas que permita o exercício de um controle constante na prática das decisões de todos os atores sociais.

Não se pode acreditar mais em uma justiça social predefinida antes do debate processual, eis que só as peculiaridades do caso concreto conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado.

Uma verdadeira democracia processual será obtida mediante a assunção da co-responsabilidade social e política de todos os envolvidos (juízes, partes, advogados, órgãos de execução do Ministério Público e serventuários da Justiça) segundo balizamentos técnicos e constitucionais adequados, de modo a se estruturar um procedimento que atenda às exigências tanto de legitimidade quanto de eficiência técnica.

Impõe-se superar a dicotomia de posições doutrinárias que ora acredita e defende como protagonistas do processo as partes e advogados, visualizando este como mero instrumento que os particulares se valem para resolver pacificamente as suas controvérsias (liberalismo processual), e ora analisa o processo como instrumento de bem estar-social que interessa a toda coletividade e que por isso deve ter como figura central o juiz (socialização do processo) (DENTI; SILVESTRE, 2004, p. 49).

A democratização necessita da percepção da interdependência entre todos os sujeitos processuais que garanta a existência de uma advocacia e de uma magistratura forte e com enormes responsabilidades, formação técnica e poderes para o exercício de suas funções.

Essa concepção evitará o exercício de papéis clientelistas e paternalistas pelo Estado e garantirá o exercício da autonomia.

¹⁷¹ No original: “È invece tempo di convincersi che, quando si tolgono diritti delle parti e si danno poteri discrezionali al giudice, ossia quando si cerca di ottenere l’efficienza a scapito delle garanzie, non si risolve alcun problema e si fa solo dell’autoritarismo, tanto inutile, quanto contraproducente”.

Uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação ou, melhor dizendo, da comparticipação que permita o exercício pleno pelo cidadão (economicamente débil ou não) de sua autonomia pública e privada no processo.

Não é o caso de associar-se a novos sacerdotes, mas simplesmente de reconhecer a importância institucional de todos os sujeitos processuais no sistema de aplicação da tutela.

Como advertia Denti

Raramente os cidadãos se identificam com os seus juízes. Mais frequentemente, suas decisões tendem a encerrar, segundo esquemas legalísticos, uma realidade que a consciência social adverte ser diversa. Provavelmente, uma das vias para superar esta fratura é aquela de recuperar um mais amplo espaço à participação popular na administração da justiça, seja na fase organizativa, seja na fase propriamente jurisdicional. [...] É necessário, então, um repensar profundo dos problemas da justiça civil, em relação aos quais, todavia, as forças do jurista são inferiores, eis que uma análise adequada requer que a ele se unam o historiador, o cientista político, o sociólogo e o economista, na tentativa de encontrar a via de compreensão de problemas que se entrelaçam e emaranham, como testemunha de uma crise que possui raízes profundas nas sociedades contemporâneas (tradução livre)¹⁷² (DENTI; TARUFFO, 2004, p. 43-44).

No entanto, a percepção de uma co-responsabilidade que garanta o exercício de uma controle sobre a atuação dos sujeitos processuais somente será devidamente empreendida mediante uma releitura adequada dos princípios de nosso modelo constitucional de processo, como o contraditório, que será objeto de análise no próximo capítulo.

Uma advertência, entretanto, deve ser feita: o posicionamento contrário ao protagonismo judicial não representa uma defesa da manutenção da desconexão e do distanciamento judicial com os problemas sociais e com a realidade vivente, como se o juiz atuasse como um mero autômato neutro na aplicação do direito, ilhado da sociedade.

O que se critica é a idéia de que tal distanciamento poderá ser reduzido mediante uma postura ativista criativa e incontrolável, como se esse possuísse um privilégio cognitivo no sistema jurídico.

¹⁷² No original: “Raramente il cittadino si identifica nei suoi giudici; più spesso le loro decisioni tendono a rinserrare entro schemi legalistici una realtà che la coscienza sociale avverte essere diversa. Probabilmente, una delle vie per superare questa frattura è quella di recuperare un più ampio spazio all’partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia, sia nella fase organizzativa che nella fase propriamente giurisdizionale. [...] È necessario, quindi, un ripensamento profondo dei problemi della giustizia civile rispetto al quale, tuttavia, le forze del giurista sono impari, poichè un’analisi adeguata richiede che a lui si uniscano lo storico, il politologo, il sociólogo e l’economista, nel tentativo di trovare la via della comprensione di problemi che si intrecciano ed aggroviliano, a testimonianza di una crisi che ha radici profonde nelle società contemporanee”.

Na alta modernidade, não se pode conceber que a justificação e aplicação da ordem normativa dependa da capacidade moral de algum cidadão privilegiado, afinal, democracia “não pode ser concedida, nem realizada, mediante a tutela ou regência de quem quer que seja” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005b).

Mas a concepção aqui defendida não esvazia o papel da magistratura, mas o redefine, eis que o juiz deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, inclusive daqueles que asseguram a participação dos sujeitos processuais na formação da decisão.

Com Cattoni de Oliveira, pode-se perceber, que

[...] o constitucionalismo democrático necessita da atuação de uma jurisdição constitucional comprometida com a democracia, na garantia das condições processuais para o exercício da cidadania, que leva em consideração as desigualdades sociais e o pluralismo de identidades culturais e individuais, mas que não deve, nem precisa, ser um substituto para a cidadania que deve garantir. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005b)

O juiz democrático não pode ser omissos a realidade social e deve assumir sua função institucional decisória, num sistema de regras e princípios, com o substrato extraído do debate endoprocessual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam no dimensionamento decisório.

A comparticipação e o policentrismo processual buscam o abandono dessa postura vocacionada a cidadãos infantilizados, carentes de um salvador, tão cara a sistemas de dominação das mais variadas linhas de totalitarismo.

7 COMPARTICIPAÇÃO E POLICENTRISMO: HORIZONTES PARA A DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL CIVIL

7.1 Contribuições da Escola Mineira de Direito Processual da PUC-Minas

Sem desprezar as críticas realizadas acerca das reformas processuais e do modelo imposto em nosso país por outros estudiosos,¹⁷³ na busca de uma democratização processual, o presente ponto vem suscitar as contribuições de uma Escola processual estruturada em Minas Gerais.

Há mais de dez anos o programa de pós-graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais vem desenvolvendo críticas e reflexões doutrinárias, através de seus pesquisadores e professores, com o objetivo de contribuir, numa perspectiva plural, para uma reconstrução da teoria e da dogmática processual no marco do Estado democrático de direito.¹⁷⁴

Alguns destes autores (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007; BARROS, 2004), ao buscar uma perspectiva democrática procedimental, implementam uma problematização dos modelos estatais da modernidade (liberal e social), mantendo-os em tensão, conforme a hipótese de aplicação, e almejando a superação das degenerações por eles propugnadas.

¹⁷³ Calmon de Passos se insere num contexto crítico-reflexivo de busca da aplicação de devido processo constitucional. Para o autor: “Como acentua Przeworski, a democracia não é nem mesmo, em termos radicais, o poder do povo, a transferência da soberania ao povo, abatido o Príncipe, mas, sim, a destruição de qualquer Príncipe, qualquer Senhor ou Soberano, encarado o poder político pragmaticamente, como um sistema de negociações e de equilíbrios parciais e instáveis entre interesses diferentes e opostos. Falar-se de cidadania sem esses pressupostos é violentar-se a realidade, alienar para dominar, manipular ideologicamente com vistas a desmobilizar resistências e assegurar privilégios. Em termos de processo e de tutela jurisdicional, o que lhes empresta legitimidade não é o traduzirem-se em ato de poder (decisão do magistrado), sim em ato de um servidor que se desincumbe, com fidelidade, do que lhe foi deferido para servir, fidelidade que se objetiva e comprova com a obediência a quanto foi colocado como expectativas previamente formalizadas para solução dos conflitos sociais, fidelidade a um justo que não é captado de algo metafísico, religioso ou enraizado na tradição, valioso em si mesmo e por si mesmo, a ser revelado por este novo “homem sagrado” da sociedade moderna, o magistrado, sim ao justo discursivamente definido pelos que participam da tarefa democrática de auto-regulação de sua convivência política, o que reclama sempre, e prioritariamente, o respeito às regras do jogo e a vinculação de todos ao devido processo legal (constitucional)” (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 33).

¹⁷⁴ Cf. os trabalhos dos professores Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (CATTONI DE OLIVEIRA, 1998; CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, CATTONI DE OLIVEIRA, 2004), Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2002; LEAL, 2004), Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (BRÊTAS C. DIAS, 2004; BRÊTAS C. DIAS, 2005; BRÊTAS C. DIAS, 2007), Flaviane Magalhães de Barros (BARROS, 2003; BARROS, 2004; BARROS, 2006), Vicente de Paula Maciel Junior (MACIEL JR., 2006), José Marcos Rodriguez Vieira (VIEIRA, 1998), Fernando Horta Tavares (TAVARES, 2006).

Esses autores percebem com Habermas que tanto o paradigma Liberal quanto o Social compartilham a visão produtivista de uma sociedade econômica apoiada no capitalismo industrial que despreza o nexos interno entre a autonomia pública e privada (HABERMAS, 1994, p. 491-492), e delinea um quadro de exclusão mediante uma cegueira social (no liberal) ou através de uma insensibilidade com a auto-determinação dos cidadãos (no social) (HABERMAS, 1994, p. 470).

Ademais, percebe-se que a política compensatória do Estado social em um quadro de aumento de complexidade normativa, não atende aos anseios de uma cidadania participativa, que é relegada a um papel marginal de cliente, criando-se uma nova relação de dependência (HABERMAS, 1994, p. 501-502).

Já no âmbito da teoria do processo, as aludidas críticas e reflexões são embasadas em parte, no pensamento Fazzalariano, propagado pela obra pioneira de Aroldo Plínio Gonçalves (GONÇALVES, 1992), que buscam problematizar o significado do aumento dos poderes dos juízes no processo, em face de uma aplicação forte dos princípios constitucionais, tentando verificar o modo de estabelecer contrapesos a essa atuação salvadora dos juízes que impeça a redução do papel das partes a uma mera sujeição e o processo a mero instrumento técnico.

Mostrou-se até o presente momento desta tese que a estruturação processual decorrente da repercussão do modo de vislumbrar o Estado (paradigma jurídico) gerou um protagonismo judicial inexplicável e inaceitável.

A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões.

Assim, toda decisão deve ser resultado de um fluxo discursivo balizado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais (processo) que permita uma formação processual de todo exercício do poder.

7.2 Da concepção fazzalariana de processo e da difusão de módulos processuais

A defesa da necessidade de uma procedimentalidade balizadora das decisões fora inaugurada na teoria do processo por Elio Fazzalari, a partir de sua percepção de que o

processo seria um procedimento em contraditório, e não uma relação jurídico-processual (*Prozessrechtsverhältnis*).

Esta última é que permitiria o exercício e a concatenação de vínculos jurídicos de subordinação entre os sujeitos processuais e impor a predominância do papel do juiz (de sua perspectiva), com uma visão da jurisdição como atividade exclusiva dos juizes (independente de balizamentos processuais) tal como idealizada no âmbito da teoria do processo por Oskar von Bülow (cf. 3.3).

Como informa Fazzalari,

[...] o clichê da relação era, como é, incompatível com o processo. A relação jurídica é esquema simples, que não pode conter a complexidade, nem aquele, estático, pode representar a dinâmica deste. Os processualistas foram, sem dúvida, constrangidos a distorcer a originária noção de relação jurídica, assumindo que aquela, processual, é relação complexa, uma pura convenção de linguagem, que leva em conta a realidade, mas não a explica, implicitamente, remetendo a outro esquema (tradução livre)¹⁷⁵ (FAZZALARI, 1994, p. 915-916).

Com base nesse pensamento e numa visão constitucional democrática, pode-se afirmar que não *existe entre os sujeitos processuais (técnicos processuais) submissão, mas, sim, interdependência*, fazendo-se inaceitável o esquema da relação jurídico-processual que impõe submissão das partes ao juiz.

Em sua célebre preleção de Peruggia, de 1958, Fazzalari percebeu que em diversos países havia uma **difusão de módulos processuais** em várias atividades, tanto jurisdicionais quanto não jurisdicionais (FAZZALARI, 1958, p. 865)¹⁷⁶ e que, conjuntamente com esta, ampliava-se o “fenômeno da participação dos interessados no iter de formação dos provimentos (entendendo-se como tais aqueles em cuja esfera o ato é destinado a incidir) – mais precisamente, o fenômeno da participação dos interessados na fase de reconhecimento dos pressupostos do provimento” (tradução livre)¹⁷⁷ (FAZZALARI, 1958, p. 861-862).

¹⁷⁵ No original: “[...] il clichè del rapporto era, come è, incompatibile con il processo. Il rapporto giuridico è schema semplice, che non può contenere la complessità del processo, né, quale schema statico, può rappresentarne la dinamica. I processualisti furono, appunto, astretti a distorcere l’originaria nozione di rapporto giuridico, assumendo che quello processuale è rapporto complesso: una pura convenzione di linguaggio, che tiene conto della realtà, ma non la spiega, implicitamente rimandando ad altro”.

¹⁷⁶ Fazia-se presente, inclusive, em atividades extra-estatais, como nos sindicatos, associações esportivas, partidos políticos, ordens profissionais etc.

¹⁷⁷ No original: “[...] fenomeno della partecipazione degli interessati all’iter di formazione del provvedimento (intendendosi per tali coloro nella cui sfera l’ato è destinato ad incidere); più precisamente, il fenomeno della partecipazione degli interessati alla fase di ricognizione dei presupposti del provvedimento: talchè il suo autore possa e debba tener conto anche dei risultati delle attività da essi svolte”.

Tal participação na fase de preparação do provimento, com o emprego de um contraditório antecipado (anterior à decisão), era inerente tanto aos procedimentos administrativos quanto aos jurisdicionais (FAZZALARI, 1958, p. 864-866).

Percebia-se, então, a tendência de um acentuamento da difusão desses módulos pelo fato de os esquemas processuais poderem constituir-se em mecanismo preventivo contra quaisquer eventuais abusos (FAZZALARI, 1958, p. 867).

Com essa percepção, Fazzalari começa a analisar em que consistiria o “processo”, partindo da concepção de Feliciano Benvenuti de que o processo e o procedimento pertenciam a um gênero comum (FAZZALARI, 1958, p. 869).

Para Benvenuti, os atos-elementos do procedimento são pressupostos de validade e eficácia do ato final, sendo necessários para a sua perfeição (BENVENUTI, 1952, p. 135). Assim, cada ato (provimento) é inevitavelmente precedido de um procedimento (BENVENUTI, 1952, p. 128).

Dizia Benvenuti que no processo:

[...] um ou mais atos de um dos sujeitos (v. g. o Estado) encontram as suas razões de ser ou o seu limite em atos de outro sujeito (v. g. o particular). E quando essa razão de ser ou esse limite surge ou é colocado no interesse do sujeito diverso daquele que emana o ato e que é deste o destinatário, está-se na presença não mais de um simples procedimento, mas de um processo. **Essa construção do processo como forma de explicação de uma função pública** limitada, positivamente ou negativamente, na sua explicação por atos colocados em movimento por ou no interesse do destinatário final, identifica, evidentemente, o elemento essencial do instituto. Mas tal consideração já permite a realização de uma consideração de índole geral: se é verdade que o regulamento jurídico das formas é sempre estruturado a constituir uma garantia de correto exercício do poder, **o processo representa, entre as formas de explicação das funções, aquela que, mais que qualquer outra, cumpre aquela exigência de garantia.**

No processo, de fato, os mesmos destinatários do ato têm a possibilidade de participar na concretização do poder naquele ato que é determinativo de uma sua posição jurídica. E isso explica, enfim, de modo evidentiíssimo como o processo é a forma típica de explicação da função jurisdicional. Porque a sentença da qual as partes são os destinatários é ato emanado, antes de tudo, no seu interesse, e só secundariamente no interesse do Estado à Justiça; onde, sobretudo na explicação daquela função, é sentida a necessidade de que os destinatários sejam também partícipes do processo, isto é, concorram à determinação do ato no momento, melhor, na série de momentos nos quais o poder se concretiza (destacamos) (tradução livre)¹⁷⁸ (BENVENUTI, 1952, p. 135-136).

¹⁷⁸ No original: “[...] uno o più atti di uno dei soggetti (ad. es. lo Stato) trovano la loro ragione di essere o il loro limite in atti dell’altro soggetto (ad.es. il privato). E quando questa ragione di essere o questo limite surge od è posto nell’interesse del soggetto diverso da quello che emana l’atto e che è anzi il destinatario, si è in presenza non più di un semplice procedimento ma di un processo. Questa costruzione del processo, come forma dell’esplicazione di una funzione pubblica limitata, positivamente o negativamente, nella sua stessa esplicazione da atti posti in essere da e nell’interesse del destinatario dell’atto finale, individua, evidentemente, l’elemento essenziale dell’istituto. Ma già essa permette di fare una considerazione di indole generale: che ciò, se è vero che il regolamento giuridico delle forme è sempre inteso a costituire una garanzia di retto esercizio del potere, il

Fazzalari, absorvendo parcela dos ensinamentos de Benvenuti, desde a obra embrionária de sua teoria (FAZZALARI, 1957, p. 110-115), percebeu no processo uma estrutura dialética de procedimento, de modo a afirmar que

[...] existe processo, então, quando no iter de formação de um ato existe contraditório; isto é, é consentido aos interessados participar na fase de reconhecimento dos pressupostos sobre condições de recíproca paridade e desenvolver atividades em que o autor do provimento deve levar em consideração os resultados que ele pode desatender, mas não impedir (tradução livre)¹⁷⁹ (FAZZALARI, 1958, p. 869-870).

Desse modo, todas as vezes que a participação das partes for somente episódica não se configurará processo, mas mero procedimento.

O processo constitui, assim, um esquema mais complexo de procedimento, uma seqüência normativa de posições subjetivas (faculdades, deveres e poderes) e de atos [de modo que cada um deles pressupõe o precedente(s) e é pressuposto do seguinte(s)], objetivando a formação de um provimento, realizada em contraditório (FAZZALARI, 1986, p. 824-827). Nas palavras do mestre italiano: “O esquema representa a dinâmica da formação do provimento e fornece relevância a toda atividade preparatória do mesmo” (tradução livre)¹⁸⁰ (FAZZALARI, 1989, p. 2).

Assim “processo é um procedimento do qual participam (estão habilitados a participar) também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa impedir as suas atividades” (tradução livre)¹⁸¹ (FAZZALARI, 1986, p. 827).

Na concepção de contraditório por ele defendida, serão sujeitos deste tão-somente as partes, e não o autor do provimento (FAZZALARI, 1958, p. 873).

processo rappresenta, tra le forma di esplicazione delle funzioni, quella che più di ogni altra assolve a quella esigenza di garanzia. Nel processo, infatti, gli stessi destinatari dell'atto hanno la possibilità di partecipare allá trasformazione del potere e cioè allá concretizzazione del potere in quell'atto che è determinativo di una loro posizione giuridica. E ciò spiega infine in modo evidentissimo come il processo sia la forma típica di esplicazione della funzione giurisdizionale. Perchè la sentenza di cui le parti sono i destinatari è atto emanato prima di tutto nel loro interesse, e solo secondariamente nell'interesse dello Stato alla giustizia; onde soprattutto nell'esplicazione di quella funzione si è sentita la necessita che i destinatari fossero anche partecipi del processo e cioè concorressero allá determinazione dell'atto nel momento, anzi nella serie dei momenti, in cui il potere si concretizza”.

¹⁷⁹ No original: “C'è processo, insomma, quando nell'iter di formazione di un atto c'è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare allá fase di ricognizione dei pressuposti sul piede di recíproca e simetrica parità, di svolgere attività di cui l'autore deve tener conto, i cui risultati cioè egli può disattendere, ma non obliterare”.

¹⁸⁰ No original: “Lo schema rappresenta la dinamica della formazione del provvedimento, fornisce rilevanza a tutta l'attività preparatoria del medesimo”.

¹⁸¹ No original: “Processo è um procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore non possa obliterare le loro attività”.

O autor afirmava, ainda, que o esquema processual, de paritária e dialética participação de todos os sujeitos interessados, permitiria a articulação do jogo democrático (FAZZALARI, 1958, p. 875).

Obviamente, o autor articula sua teoria em nítido contraste com o ideal pandectístico da relação jurídico processual, estruturado por Bülow, em 1868, buscando uma forma de legitimação decisória pelo debate (e procedimento), e não a partir da jurisdição (e da sabedoria do juiz), sendo inviável a conciliação dos dois esquemas teóricos (GONÇALVES, 1992, p. 193-195), apesar de inúmeras tentativas empreendidas pelos partidários da teoria bülowiana.

Entretanto, quando da estruturação de sua teoria, Fazzalari não demonstrou maior preocupação com uma aplicação dinâmica dos princípios constitucionais.

Sua teoria trabalha exclusivamente no campo da técnica processual. Contudo, representa um claro contraponto à idéia que centraliza o estudo do Direito Processual em torno da jurisdição e do papel do juiz.

Representa, ainda, um abandono do estudo lastreado nos institutos da ação e da jurisdição tentando demonstrar

[...] a centralidade da categoria *processo* na reconstrução da sistemática da justiça. O *processo* é uma estrutura na qual e em virtude da qual as várias espécies e os vários aspectos da jurisdição podem ser equacionados de modo coerente e ordenado: com uma *reductio ad unum* e, [...] com um progresso sobre os precedentes sistemas, fundados sobre a **ação** e sobre a **relação jurídico processual** (tradução livre)¹⁸² (FAZZALARI, 1994, p. 919-920).

Fazzalari percebe a importância da participação técnica das partes ao *iter* de formação das decisões e alça tal participação a elemento estrutural e legitimante das atividades processuais.

Ocorre que sua teoria tem de ser contextualizada com o momento de sua articulação, eis que possíveis críticas expendidas, na atualidade, não podem obscurecer o fato de que o constitucionalismo e a teoria do direito evoluíram de modo fabuloso nos últimos cinquenta anos.¹⁸³

¹⁸² No original: “[...] la centralità della categoria processo nella ricostruzione sistematica della giustizia. Il processo è la sola struttura nella quale, e in virtù della quale, le varie specie e i vari aspetti della giurisdizione possono essere coerenzianti ed ordinati: con una *reductio ad unum* e [...] con un progresso rispetto ai precedenti sistemi, fondati sull’azione e sul rapporto giuridico processuale”.

¹⁸³ Há de se perceber que aqui se adota neste trabalho a concepção do autor típica de sua primeira fase (da década de 50 até a década de 70), na qual este se dedicara à teoria do processo. No entanto, não se adotam aqui as concepções hermenêuticas do autor de sua segunda fase (a partir de então), na qual este adota uma concepção

No entanto, a teoria fazzalariana, ao garantir uma percepção da importância técnica da participação endoprocessual das partes, permite, juntamente com as novas bases do constitucionalismo e da teoria do direito, novos e importantes horizontes para uma nova etapa da ciência processual que consiga suplantar os horizontes do liberalismo, da socialização e do neoliberalismo processual, de modo a se alcançar uma procedimental democratização do processo.

Não se pode também olvidar que a intuição do autor italiano, que percebeu a necessidade de se buscar um controle procedimental do exercício da função estatal, consistiu em importante contribuição para o estudo atual do Direito Processual e do Direito Público como um todo, mediante a adequada releitura de seus institutos, com a suplantação do conceitualismo das primeiras etapas da fase autonomista da ciência processual e do direito público.

Diante da necessidade de suplantar perspectivas meramente conceituais e, ao mesmo tempo, unicamente praxistas, necessita-se verificar, a partir da quebra do dogma do protagonismo judicial expendida no capítulo anterior, como se estruturar no plano constitucional e da técnica processual uma efetiva democratização do processo.

7.3 Do necessário resgate da importância e da postura garantista do processo – Do abandono da perspectiva de esvaziamento de seu papel

Quando pouco, visto em perspectiva meramente técnica, o processo possui uma função preparatória do provimento, como já esboçado por Fazzalari.

Como explica Taruffo:

A função preparatória do processo se explica de vários modos e em várias fases [...] que incluem a formulação das hipóteses relativas às diversas posições das partes, a eventual delimitação ou mudança dessas hipóteses no curso do processo, o seu controle *in itinere* por meio do desenvolvimento da dialética processual, o recolhimento dos elementos destinados a constituir o material para utilizar em sede

axiológica e comunitarista de uma Constituição material (FAZZALARI, 2004, p. 19). Fazzalari busca nesses trabalhos um núcleo sólido de valores constitucionais (FAZZALARI, 2004, p. 32), apesar de não abandonar a necessidade de uma procedimentalidade balizadora (FAZZALARI, 2004, p. 34). Para ele, nessa segunda fase, a atividade dos juízes seria controlada internamente pela própria magistratura, mediante o sistema recursal. Não se pode, ainda, esquecer das críticas expendidas desde 2000 por Cattoni de Oliveira, acerca do possível equívoco materializante da teoria Fazzalariana. (cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 112, nota 79)

de decisão final e a formulação definitiva das hipóteses sobre a qual esta decisão virá formulada (tradução livre)¹⁸⁴ (TARUFFO, 2002c, p. 165).

Percebe-se, no entanto, que o processo constitui, na atualidade, uma verdadeira garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo),¹⁸⁵ com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões.

No entanto, a partir dos movimentos de reforma alardeados no Capítulo 5 consolida-se no Direito brasileiro, desde o início da década de 1990, um peculiar movimento pelo acesso à Justiça que, para além da finalidade ideológica alegada – qual seja, a socialização do Direito Processual – permitiu uma série de alterações na legislação e no Direito Processual que permitem a sobrevalorização da rapidez procedimental e de uma específica concepção funcional (de eficácia).

Tais alterações, ao invés de instaurar um modelo social de processo, que já seria criticável, estabeleceu, em muitas hipóteses de aplicação, o neoliberalismo processual, com a massificação dos julgamentos e a redução do processo, em seu aspecto técnico, em mera formalidade, e sua função legitimadora e formadora dos provimentos em mera função legitimante das concepções judiciais, que podem corroborar os interesses do mercado ou da Administração.

Desse modo, o discurso do neoliberalismo processual reduziu o processo a uma mera burocracia, que precisa ser eliminada, quando, em verdade, esse corporifica um instituto legitimante e estruturador da participação cidadã e da própria democracia.

Tal discurso se estrutura desde a formação do profissional da área jurídica, uma vez que, como lembra Ferraz de Arruda:

O ensino do direito enquanto ciência foi posto de lado para se fixar no casuismo e pragmatismo do direito forense ou judicial, transfigurando-se numa mera técnica, num mero instrumento do profissional das lides forenses, até chegar ao ponto que chegou, de ser confundido, até mesmo por especialistas, magistrados e associações de juizes, como uma burocracia forense que precisa ser eliminada. Hoje o exercício do direito não passa de um ofício burocrático, ou requisito para o exercício de determinadas funções públicas ou de acesso em carreiras dentro do próprio funcionalismo público (ARRUDA, 2007, p. 46).

¹⁸⁴ No original: “La funzione preparatoria del processo si esplica in vari modi ed in varie fasi, che qui non occorre esaminare analiticamente, ma che includono la formulazione delle ipotesi relative alle diverse posizioni delle parti, l’eventuale precisazione o mutamento di queste ipotesi nel corso del processo, il loro controllo in itinere attraverso lo svolgimento della dialettica processuale, la raccolta degli elementi destinati a costituire il materiale da utilizzare in sede di decisione finale, e al formulazione definitiva delle ipotesi su cui questa decisione verrà formulata”.

¹⁸⁵ Acerca do devido processo legislativo, conferir: CATTONI DE OLIVEIRA, 2006.

O discurso de produtividade industrial e de rapidez na prolação das decisões faz com que os provimentos deixem de buscar uma adequação constitucional (legitimidade), que partiria do julgamento *do caso concreto* em suas especificidades. Ao contrário, busca-se o julgamento de centenas de casos partindo de uma suposta identidade entre eles (v. g. arts. 285A, 543A e B, CPC), que, muitas vezes, somente permitirá um julgamento massificador e em larga escala.

A funcionalidade de um sistema que se auto-reproduz em perspectiva instrumental, sem criar problemas para o capital financeiro que se impôs no Brasil desde a década de 1960, permite, por meio de poucas sentenças realmente socializadoras (v.g. em questões fundiárias, consumeristas, autorização de tratamentos médicos), um lastro para que se imponha, na maioria dos casos e de forma sub-reptícia, a tônica neoliberal, embasada em decisões repetitivas e que faz crer que o único aspecto que possui relevância no processo civil é a busca de resultados eficientes, rápidos, com mínimo (ou inexistente) desenvolvimento de atividades processuais (sumarização cognitiva extrema).

Mediante o discurso do protagonismo judicial, típico da socialização do processo,¹⁸⁶ vai se esvaziando o papel técnico e democrático do processo e vai se idealizando e amalgamando a idéia de que este somente serve para legitimar as decisões dos agentes políticos, quando não é analisado como *formalismo que cria embaraços* e protela o auferimento de direitos pelo cliente-consumidor da “prestação de serviços” judiciários.

Como lembra Ferraz de Arruda:

[...] é importante pensar e refletir sobre como esse sistema de reprodução do ensino jurídico e de recrutamento, no caso, de juízes, tornou o direito alguma coisa muito próxima da sua inutilidade, se considerarmos que ele foi construído ao longo da experiência histórica do homem, enquanto ciência, com a finalidade de servir de paradigma para a busca e realização, pelo menos, do justo possível. Por isso se explicam súmulas vinculantes, sentenças irrecorríveis e até mesmo jusprocessualistas famosos e importantes defendendo a tese da conciliação como forma de desafogamento da Justiça. Isso tudo resultou num sistema jurídico que se auto-reproduz, mas de forma estática [...] **O processo civil, por exemplo, acabou no Brasil como ciência. Hoje ele é apenas uma lógica formal de desenvolvimento do processo e que pode ser deixada de lado para atender a ansiedade da ideologia instrumental, de que tudo deve ser rápido e imediatamente resolvido, porque buscar o justo é demorado e sai caro** (destacamos) (ARRUDA, 2007, p. 47).

Negligencia-se, assim, o aspecto de garantia que o processo representa, mediante a imposição da comparticipação.

¹⁸⁶ Que defende, de modo inaceitável, o privilégio cognitivo do magistrado.

Nos regimes democráticos, o processo estrutura, mediante o debate endoprocessual, a forma e o conteúdo das decisões e, por conseguinte, seu controle, mediante a implementação técnica de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica.

Desse modo, percebe-se que a simples reconstrução técnica empreendida pela teoria do processo (como aludido supra) não consegue garantir o papel constitutivo de provimentos legítimos que o processo democrático empreende na perspectiva procedimental estruturada por Habermas.

Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas (HABERMAS, 1994, p. 270).

Garante-se, desse modo, a cada afetado a exposição de razões relevantes para determinação do tema a ser debatido e julgado endoprocessualmente (HABERMAS, 1994, p. 270), dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição dos papéis a serem desenvolvidos (HABERMAS, 1994, p. 288-289), em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional de processo.

O processo, em perspectiva participativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada ao caso em análise.

7.4 Da evolução do constitucionalismo no século XX e da aplicação dinâmica do princípio do contraditório – Do policentrismo processual e da participação dos sujeitos processuais

Dos aspectos até aqui desenvolvidos, percebe-se a tendência de superação tanto do modelo liberal, de esvaziamento do poder do juiz, quanto do modelo social autoritativo, de exercício solitário de aplicação compensadora do direito pelo juiz, que reduz os espaços de discussão endoprocessual e a função técnica desenvolvida pelas partes e seus advogados, o qual, muitas vezes, impõe a essas uma mera posição de sujeição (CIVININI, 1999, p. 3).

Mostrou-se, ainda, ser completamente incompatível com uma perspectiva democrática a busca meramente funcional de produtividade e redutora do papel processual, típica do neoliberalismo processual.

Toda essa percepção somente demonstra a impossibilidade de uma análise segmentada do sistema processual e da atuação de seus sujeitos processuais.

O estabelecimento de focos e de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de direito da alta modernidade.

No plano da técnica processual, vários autores já constataram a existência do denominado “policentrismo processual”. Picardi, com base na teoria fazzalariana, resume a perspectiva técnica policêntrica:

[...] a atividade jurisdicional é estruturada, necessariamente, como **processo**, entendido como subespécie do procedimento, isto é, como procedimento de **estrutura policêntrica e com desenvolvimento dialético** (cf. arts. 111 e 24 Const. e 101 CPC). O processo é policêntrico, já que envolve sujeitos diversos, cada um dos quais possui uma colocação particular e desenvolve um papel específico. À estrutura subjetivamente complexa corresponde então um desenvolvimento dialético (destaque no original) (tradução livre)¹⁸⁷ (PICARDI, 2006, p. 208).

A denominada “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*) entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca (ROSENBERG, 1956, p. 6) e que, levada a sério, permitiu na Alemanha uma formação unitária dos futuros magistrados e advogados,¹⁸⁸ impediu que a relação entre estes se transformasse em conflito de categorias (CAPONI, 2007,

¹⁸⁷ No original: “[...] l’attività giurisdizionale è strutturata necessariamente come processo, inteso come sottospecie del procedimento, cioè come procedimento a struttura polcentrica ed a svolgimento dialettico (cfr. artt. 111 e 24 Cost. e 101 c.p.c.). Il processo è policentrico poiché coinvolge soggetti diversi, ognuno dei quali ha una collocazione particolare e svolge un ruolo specifico. Alla struttura soggettivamente complessa corrisponde poi uno svolgimento dialettico”.

¹⁸⁸ Como informa Santos, Pedroso e Branco: “Na Alemanha, o recrutamento de novos magistrados faz-se por meio de nomeação e não existe concurso (aliás, o concurso é visto como inconstitucional). Os requisitos exigidos são: nacionalidade alemã, ter personalidade idónea e fiável e capacidade para exercer a função. Os candidatos têm que completar a formação universitária em direito e fazer o primeiro exame de Estado. Depois, devem efectuar formação obrigatória de dois anos, **comum a todas as profissões jurídicas** e que compreende estágios em jurisdição civil e penal, no Ministério Público, junto de autoridade administrativa e de advogado. No final, há lugar ao segundo exame de Estado (que compreende provas escritas e orais e tem uma duração de cerca de seis meses). O recrutamento de magistrados é feito por cada um dos *Länder*, sendo a nomeação feita pelo comité de selecção do Tribunal onde o magistrado vai exercer funções (que é composto pelo Ministro da Justiça do respectivo *Länd* e por membros da Câmara federal ou que tenham sido eleitos pelo Parlamento para o efeito), e que tem em conta, sobretudo, a nota do segundo exame de Estado. Após a nomeação, existe um período probatório, que pode variar entre os três e os cinco anos, e, durante os dois primeiros anos, há uma avaliação de seis em seis meses, cujo parecer, efectuado pelo presidente do Tribunal de Recurso, pode resultar em dispensa que não precisa ser justificada, sendo que, a partir do terceiro ano, apenas pode haver dispensa por inaptidão. Durante esse período, o novo magistrado exerce quase todas as funções e tem o mesmo tratamento de um magistrado nomeado definitivamente, mas ainda não ocupa um posto definitivo numa jurisdição determinada. Após o período probatório, a nomeação é definitiva e vitalícia.” (destacamos) (SANTOS; PEDROSO; BRANCO, 2006b, p. 52-53)

p. 274), além de delinear na doutrina processual a idealização do policentrismo processual (TARUFFO, 2002c, p. 160), que afasta qualquer concepção de protagonismo.

Não se pode negar que a denominada “comunidade de trabalho” surgiu no discurso processual, como salienta Wassermann, dentro de uma perspectiva social,

Para designar essa colaboração – almejada pelo processo social – entre o tribunal e as partes, Levin, o antigo presidente do tribunal superior de Braunschweig, utiliza, em seu escrito “Condução judicial do processo e polícia de conselho” (1913), o conceito de “comunidade de trabalho” [*Arbeitsgemeinschaft*]. Na República de Weimar esse termo, que Levin também havia aplicado com ênfase à advocacia, é retomado, entre outros, pelo promotor berlinense Jessen, que em 1925 enfatizou que a novidade visava não uma tutela das partes, mas sim uma comunidade de trabalho mais estreita entre tribunal e partes para o avanço da tramitação jurídica [*Rechtsgangs*]. Não por último, o projeto que foi publicado do Código de Processo Civil de 1931 confessou-se declaradamente no sentido dessa caracterização. Esta última aparece ainda hoje do mesmo modo atual e a mais adequada para caracterizar o modelo social de processo em seu contexto de ação. (Tradução livre)¹⁸⁹ (WASSERMANN, 1978, p. 88)

Mas, mesmo nessa perspectiva social, que embasou o modelo de protagonismo judicial, a relação entre os sujeitos processuais passou a ser revisitada na busca da fuga de suas próprias degenerações. Como salienta Wassermann,

Além de deslocamentos na relação de poder do juiz e das partes, o modelo processual do Estado social de direito é formado por alterações na *comunicação* entre tribunal e parte. A exigência de um debate processual ultrapassou o modelo do juiz calado e igualmente pôs em descrédito o tipo do juiz monolinguista [solipsista], para o qual a atuação no tribunal é uma encenação na qual ele desempenha seu papel, dando àqueles que tomam parte no processo apenas a possibilidade de atuar como suportes do protagonista [dele juiz]. Discussões sobre questões jurídicas e sobre questões fáticas não são passíveis de separação no processo, mas sim se influenciam mutuamente. Aquele vagar do olhar em direção às normas jurídicas e aos fatos, que caracteriza o processo de deliberação decisória do juiz, no Estado social de direito também pertence ao diálogo jurídico. Este último, com a mais moderna ciência processual, deixa-se determinar como comunicação aberta e argumentativa entre todos os que tomam parte no processo no que concerne à informação, formação da opinião e deliberação decisória. Parênteses nosso – (Tradução livre)¹⁹⁰ – (WASSERMANN, 1978, p. 88)

¹⁸⁹ No original: “Für dieses Zusammenwirken zwischen dem Gericht und den Parteien, auf das der soziale Prozeß angelegt wird, hat der spätere Braunschweiger Oberlandesgerichtspräsident Levin schon lange vor der Emminger- Verordnung von 1924 in seiner Schrift “Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei” (1913) den Begriff der *Arbeitsgemeinschaft* verwendet. In der Weimarer Republik wurde dieser Terminus, den Levin auch der Anwaltschaft gegenüber mit Nachdruck vertreten hatte, wiederholt aufgegriffen, so u.a. von dem Berliner Rechtsanwalt Jessen, der 1925 hervorhob, die Novelle erstrebe nicht eine Bevormundung der Parteien, sondern eine enge Arbeitgemeinschaft zwischen Gericht und Parteien zur Förderung des Rechtsgangs. Nicht zuletzt bekannte sich der vom Reichsjustizministerium veröffentlichte ZPO –Entwurf von 1931 ausdrücklich zu dieser Charakterisierung. Auch heute erscheint sie unverändert aktuell und wohl am besten geeignet, das soziale Prozeßmodell in seinem Handlungszusammenhang zu kennzeichnen.”

¹⁹⁰ No original: “Außer den Verschiebungen im Verhältnis von Richter- und Parteienmacht prägen auch Veränderungen in der *Kommunikation* zwischen Gericht und Partei das Prozeßmodell des sozialen Rechtsstaats. Die Forderung nach einem Rechtsgespräch hat das bild des schweigenden Richters überwunden und ebenso den Typ des monologisierenden Richters in Mißkredit gebracht, für den die Gerichtsverhandlung eine Szene ist, auf

Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo, e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo.

Tal percepção técnica embasada pelo “modelo constitucional de processo”, em sua acepção dinâmica (ANDOLINA, VIGNERA, 1990, p. 13),¹⁹¹ visa a implementação de garantias concretas, autônomas e inovadoras do contexto normativo (COMOGLIO, 1998b, p. 101).

No entanto, faz-se necessária a análise do sistema processual a partir da Constituição, especialmente quando se assume como imperioso o paradigma de Estado Democrático de Direito.

As tendências de centralidade dos Códigos (Civil, Processual Civil, Penal e Processual Penal), na aplicação do direito, perderam-se no passado em face da imposição da centralidade do constitucionalismo no curso do século XX.

A evolução do constitucionalismo foi decisiva para as mudanças estruturais do estudo e do dimensionamento da ciência processual, a partir da segunda metade do século passado.

7.4.1 Do constitucionalismo da segunda metade do século XX

Com a superação das linhas de hermenêutica constitucional positivistas e o advento, pós-Segunda Guerra, de linhas pós-positivistas, como a comunitarista-teleológica¹⁹² ou a procedimentalista normativa, impõem novos horizontes para o estudo processual.

der er seine Rolle spielt, zu der ihm die anderen Verfahrensbeteiligten nur die Stichwörter reichen dürfen. Mißverständlich ist freilich die Bezeichnung Rechtsgespräch. Erörterungen über rechtliche und über tatsächliche Fragen lassen sich im Prozeß nicht trennen, sondern beeinflussen sich wechselseitig. Jenes Hin- und Herwenden des Blicks auf Rechtssätze und Tatsachen, das für den Prozeß der Eintscheidungsfindung beim Richter charakterisiert ist, gehört auch zum Verhandlungsgespräch im sozialen Rechtsstaat. Dieses läßt sich daher mit der neueren Prozeßwissenschaft als offene und argumentative Kommunikation zwischen allen Verfahrensbeteiligten in bezug auf Information, Meinungsbildung und Entscheidungsfindung bestimmen.”

¹⁹¹ Este modelo é entendido como “as normas e os princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais. Se consideradas na sua complexidade, concedem ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar o objeto de uma exposição unitária” (tradução livre). No original: “Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l’ercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all’interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettibile di formare l’oggetto di una esposizione unitaria”. Cf. nota 3 *supra*.

¹⁹² Não se desconhece nesta obra as diferenças entre as perspectivas comunitaristas de Alasdair MacIntyre, de Charles Taylor, de Michael Walzer e de Michael Sandel, mas se defende que elas cometem o mesmo erro de partirem de uma eticidade concreta, insustentável na alta modernidade.

Especialmente a última determina o abandono de qualquer perspectiva subjetivista e de juízos de prelação dos agentes políticos, de modo que somente argumentos racionais que passarem pelo debate e ampla participação dos interessados (autores – destinatários) podem obter assentimento da comunidade jurídica.

Para tanto, far-se-ia necessária a assunção de um paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito (cf. 4.3) sem pré-julgar condições de vida boa, como os antecedentes (do Estado Liberal e do Estado Social).

Como afirma o seu grande artífice, Habermas:

O projeto de realizar o sistema de direitos, referindo-se às condições de funcionamento da nossa sociedade, isto é, de uma sociedade historicamente determinada, não pode ser somente formal. Não obstante este paradigma não mais predizer – como aquele Estado Liberal ou aquele do Estado Social – um determinado ideal de sociedade, uma determinada visão de vida boa, ou, também, somente uma determinada opção política. Formal de fato ele é no sentido que se limita a definir algumas condições necessárias para que os sujeitos de direito possam, enquanto cidadãos, entender-se entre si sobre quais são os seus problemas e como os resolverão. Evidentemente, o paradigma procedimental se interliga à expectativa auto-referencial de modificar não somente a autocompreensão das elites, que tratam do direito como especialistas, mas também aquela de todos os interessados (tradução livre)¹⁹³ (HABERMAS, 1994, p. 536).

Neste, impõe-se a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, mas, especialmente, na esfera estatal, na qual existe a constante formação de provimentos que gerarão efeitos para uma pluralidade de cidadãos.¹⁹⁴

No entanto, essas discussões hermenêuticas somente obtiveram guarida em nosso País recentemente, especialmente após a Constituição de 1988.

Todavia, percebe-se que para uma parcela da doutrina brasileira haveria na própria elaboração do nosso Texto Constitucional a prevalência do discurso pós-positivista de matriz comunitarista. E essa doutrina corrobora tal perspectiva ao encarar a Constituição como

¹⁹³ No original: “Das Projekt der Rechtsverwirklichung, das sich auf die Funktionsbedingungen unserer, also einer bestimmten, historisch entstandenen Gesellschaft bezieht, kann nicht nur formal sein. Gleichwohl präjudiziert dieses Rechtsparadigma nicht mehr – wie das liberale und sozialstaatliche – ein bestimmtes Gesellschaftsideal, eine bestimmte Vision des guten Lebens oder auch nur eine bestimmte politische Option. Denn formal ist es in der Hinsicht, daß es lediglich notwendige Bedingungen benennt, unter denen die Rechtssubjekte in ihrer Rolle als Staatsbürger sich miteinander darüber verständigen können, welches ihre Probleme sind und wie sie gelöst werden sollen. Gewiß ist das prozedurale Rechtsparadigma mit der selbstbezüglichen Erwartung verknüpft, nicht nur das Selbstverständnis von Eliten zu prägen, die als Experten mit Recht umgehen, sondern das alles Beteiligten”.

¹⁹⁴ Como afirma Chamon Júnior, embasado em Habermas: “[...] na Modernidade somente são capazes de serem consideradas válidas normas jurídicas capazes de serem referidas a todos os concidadãos como seus co-autores ou co-participantes em processos comunicativos, processos esses a assumir a igualdade entre todos esses cidadãos em face de outra dimensão também subjacente a essa prática comunicativa orientada ao *entendimento*, qual seja, a pragmática-universal” (CHAMON JÚNIOR, 2008, 172).

“ordem concreta de valores” (*konkreten Wertordnung*) de uma comunidade histórica¹⁹⁵ (CITTADINO, 1999, p. 11-73), com a defesa de um intervencionismo estatal (CITTADINO, 1999, p. 20),¹⁹⁶ especialmente mediante a participação ativa de um Estado-juiz (CITTADINO, 1999, p. 22) e sua ponderação de valores, sem a fixação de balizamentos constitucionais normativos adequados.

Como assevera Castro Tavares:

Os comunitaristas respondem que é preciso **um referencial prévio**, um horizonte de valores comunitariamente compartilhados para se decidir sobre questões de justiça numa sociedade. Por isso colocam os valores da sociedade e suas orientações à frente dos atributos do universalismo; dão prioridade à noção de bem comum na fixação de critérios de justiça, e fazem a inevitável referência aos determinantes conceituais e à tradição para a criação e imposição de normas (destacamos) (TAVARES, 2005, p. 93).

Os comunitaristas partem do sentimento de um pertencimento a uma comunidade de valores compartilhados (LEITE, 2005, p. 207) e da necessidade de mecanismos para compensar as desigualdades materiais (LEITE, 2005, p. 222), de difícil estruturação quando se verifica a apreensão neoliberal da esfera pública.

Cattoni de Oliveira, ao criticar e apontar a “anacrocidade desse enfoque” afirma que

Por um lado não é mais possível compreender o Estado como a corporificação e a instância única de estabilização de uma identidade ética, de uma dada forma de vida e de certos padrões de vida boa (concepção ainda presente em Smend, Schmitt e mesmo Loewenstein). Não há mais, pois, como restringir a esfera pública ao Estado, como atestam os chamados *direitos fundamentais de terceira geração*. O público tem que ser visto hoje como uma dimensão bem mais complexa do que simplesmente a de um *locus* estatal, **e sim como dimensão discursiva de mobilização e expressão dos diversos fluxos comunicativos**, políticos, artísticos, científicos, enfim, culturais; o que, inclusive, requereu a profunda revisão por que passa toda a teoria jurídico-processual. [...] Por outro lado, se até um passado bastante recente, a homogeneidade artificialmente levada a efeito pelo processo de formação do chamado Estado-Nação, que propiciara a constituição de uma identidade política, era vista como indispensável para a garantia e a manutenção de uma *república de cidadãos livres*, hoje, a autoconsciência por parte de

¹⁹⁵ “Os direitos fundamentais parecem ser analisados por estes autores a partir de dois momentos distintos. Em primeiro lugar são considerados valores reconhecidos pela comunidade e, como tais, devem ingressar no texto constitucional que, como vimos, pressupõe uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores. [...] Desta forma, enquanto valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se constitui em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, também funciona como seu critério de interpretação”(CITTADINO, 1999, p. 18).

¹⁹⁶ Como informa Canotilho: “Se a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável a casos concretos, concluiu-se que cabe ao agente ou agentes do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles que, no fim do processo, colocam a norma em contacto com a realidade. No específico plano da concretização normativo-constitucional, a mediação metódica da normatividade pelos sujeitos concretizadores assume uma das suas manifestações mais relevantes. Em face do carácter aberto, indeterminado e polissêmico das normas constitucionais, torna-se necessário que, a diferentes níveis de realização ou de concretização — legislativo, judicial, administrativo —, se aproxime a norma constitucional da realidade” (CANOTILHO, 1993, p. 223-224).

uma co-associação de cidadãos livres e iguais perante o Direito requer o reconhecimento do pluralismo social e cultural. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 140-141)

Também embasado na visão procedimentalista Leite afirma que,

[...] Habermas vislumbra o seguinte equívoco na teoria comunitarista: ao pretender assegurar as bases materiais que permitam a todo cidadão ter acesso ao exercício dos direitos fundamentais, o paradigma do direito ao bem-estar acaba por cercar esses mesmos direitos fundamentais, graças à expansão do poder burocrático inerente aos centros de poder representativos da soberania popular e graças ainda à sua inevitável tendência paternalista. Para evitar essa armadilha da dominação burocrática é que **todos os cidadãos devem ter a possibilidade de acesso a uma estrutura interna de esfera pública que permita aos interessados converter-se de ouvintes em atores** (destacamos) (LEITE, 2005, p. 223).

No entanto, uma apropriação criticável do discurso comunitarista, de busca dessa linha teórica da prevalência de valores comunitários pelos “manipuladores olímpicos do poder” (FAORO, 1998, p. 740), vem implementando uma distorção neoliberal.

A desnaturação neoliberal desse discurso trouxe a possibilidade de um golpe, chamado por Bonavides de “*institucional*”, que impõe a determinação de um movimento unicamente funcional no âmbito da ciência jurídica. Como afirma o autor:

O golpe de Estado institucional na substância é o golpe da crise constituinte, golpe [...] escorado na legalidade formal de um poder que se desatou de seus vínculos materiais com a Constituição, e, sem abjurá-la ou esconjurá-la, perversamente a ignora, a desconsidera e a infringe. Destroça também a harmonia e a independência dos poderes e se abraça com uma política externa e interna que fere os fundamentos da república, deixando esta sem força para combatê-lo, ao mesmo tempo que lhe atraiçoa os objetivos fundamentais. Quem criou no Brasil o clima para o golpe de Estado institucional foi a globalização. Quem o desferiu foi o neoliberalismo. [...] Em nome da fé na globalização propõe-se um capitalismo de última geração, que, ao mesmo passo, desfere, em silêncio, o que denominamos golpe de Estado institucional. Golpe muito mais devastador e funesto que aquele do modelo clássico e tradicional; sem tanques nas ruas, sem interdição dos veículos de opinião, sem fechamentos das Casas do congresso, mas que serve justamente desses meios para coagir a Nação, anestesiá-la, paralisá-la os nervos, calar a reação popular e sufocar a consciência do País. O golpe do Estado institucional, ao contrário do golpe de estado governamental, não remove governos mais regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade poderes mas o domina por cooptação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções, que vão fluindo de medidas provisórias, privatizações, variações de política cambial, arrocho de salários, opressão tributária, favorecimento escandaloso da casta de banqueiros, desemprego, domínio da mídia, desmoralização social da classe média, minada desde as bases, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, perseguição de servidores públicos, recessão, seguindo assim à risca receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador, até a perda total da identidade nacional e redução do país ao status de colônia, numa marcha sem retorno. Com o sobredito golpe, liberais e globalizadores se apoderam em definitivo não apenas do governo mas das instituições, regidos por um pensamento que contradiz a conservação das bases sobre as quais repousa a teoria do Estado

Nacional soberano, refrataria, por natureza e essência, aos cânones da globalização. Donos do regime, das instituições, da Constituição, da soberania, do Estado e do governo, graças ao golpe de Estado institucional, os autores desse golpe se tornam também os senhores absolutos dos destinos do País (destacamos) (BONAVIDES, 2001, p. 183-184).

Vislumbra-se que a apropriação pelo neoliberalismo de uma perspectiva comunitarista, de prevalência da soberania popular em detrimento dos direitos humanos, permite uma aplicação jurídica do direito por agentes políticos “iluminados” pelos valores compartilhados da sociedade, “valores” estes lidos a partir da dominação do mercado ou do poder administrativo.

Tal apropriação somente é possível porque o comunitarismo ao equacionar normas a valores possibilita uma dissolução do caráter obrigatório (de dever ser) das normas jurídicas contribuindo, portanto, para que se trate a aplicação dos direitos como uma questão de preferência (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 118-119), muitas vezes, de interesses setorizados ou particulares.

Desse modo, quando a questão vira uma disputa de valores permite que se implemente tanto uma posição “progressista” (social) quanto uma posição “conservadora” acerca dos direitos eis que se perde o caráter obrigatório (normativo) dos direitos e viabiliza-se sua interpretação de modo particularista privilegiando-se um ponto de vista em detrimento do outro.

Faz-se necessária, assim, a assunção de uma outra perspectiva teórica que mediante o balizamento não somente da soberania popular, mas também dos direitos fundamentais (que são constitutivos da soberania popular e vice-versa), lidos e aplicados em acepção normativa, permita o abandono de concepções materializantes predefinidas antes dos discursos processuais legislativos, administrativos ou jurisdicionais.

A blindagem contra argumentos impostos pelos “manipuladores”, sob o véu: a) da materialização axiológica de princípios constitucionais, imunes à problematização; e b) do discurso estratégico e funcional de agentes políticos vistos como engenheiros sociais (portadores de uma leitura privilegiada de bem viver), deve contar com uma assunção de uma co-originalidade das autonomias pública e privada dos cidadãos.

Como informa Cattoni de Oliveira, ao criticar a compreensão paradigmática da velha escola formalista (liberal-conservadora) e da tardia jurisprudência de valores:

[...] as duas visões podem ser compreendidas normativamente como alternativas concorrentes, embora equivocadas, de garantia dos direitos privados, que desconsideram o ponto central para a realização, no tempo, do projeto de

constituição de um Estado Democrático de Direito: nas palavras de Habermas, a coesão interna entre autonomia privada e autonomia pública, de que não se asseguram direitos privados sem direitos políticos, e vice versa. Pois, da mesma forma que cidadania não é algo natural, que se garante tão-somente pelo reconhecimento de direitos privados e de uma esfera de livre-arbítrio, cidadania não se ganha nem se concede, mas se conquista. Exige luta, reconhecimento recíproco e discussão, através de todo um processo de aprendizado social, sujeito, inclusive, a tropeços. Ambas as posições estão cegas, portanto, para características estruturais da sociedade moderna e do Direito moderno, o que as impossibilita de lidar construtivamente com os riscos e com a complexidade de questões jurídicas, que envolvem uma concepção acerca da legitimidade e da efetividade constitucionais. Mais uma vez, estamos diante do esgotamento de perspectivas paradigmáticas de se tentar lidar com questões normativas, típicas das teorias jurídicas da “Velha Europa” (Luhmann). (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 122).

Em sentido análogo, Leite, também embasado em Habermas, afirma que a

A garantia dos direitos humanos é razão de ser da soberania popular, ao passo que esta é o fator de legitimação daqueles. Em suma, enganam-se os liberais por acreditar que os direitos fundamentais devem prevalecer sobre a soberania popular e, da mesma maneira, iludem-se os comunitaristas quando pensam que a vontade da comunidade é prioritária em relação aos direitos humanos. Habermas entende que a autonomia privada e a autonomia pública devem ser asseguradas de forma concomitante, não se podendo conceber uma sem a outra (LEITE, 2005, p. 209).

Desse modo, não se pode basear todo o sistema na soberania popular e num quadro (inexistente) de valores compartilhados entregues à concepção privilegiada de bem viver de qualquer cidadão (agente político ou particular), mas, sim, na discursiva e co-originária implementação da soberania e dos direitos fundamentais.

Ademais, com a absorção privatista da esfera pública, os juízos de valor no âmbito político assumem um caráter adulterado e mascarado pela forma pública. Como explicita Leopoldo e Silva, disso:

[...] decorre o caráter formal desses juízos: como não se vê a dimensão pública das ações, a realidade política como cenário concreto – condição do agir e conteúdo da ação – necessariamente escapa do alcance dos julgamentos. Para isso contribui, em consonância com a progressiva destruição da esfera pública, o ocultamento da dimensão pública das instituições, dos seus objetivos e de tudo que nelas se faz. E assim se busca e se discute toda sorte de motivações para as ações ditas ‘políticas’, exceto a condição política dessas ações e o seu significado público. Portanto, a questão não está na inadequação que consistiria em julgar ações públicas com critérios privados; o fundamental é que as ações ocorrem de **modo caracteristicamente privado nas suas causas e conseqüências, embora mascaradas pela forma de ação pública, e são julgadas de modo privado no contexto de um espaço público**. Tanto no caso das ações quanto no caso de seus julgamentos, predomina a relação de presença e ausência de interesses, que são os fatores dominantes em ambas as instâncias. A condição de possibilidade das ações é a determinação dos interesses; a condição de possibilidade dos juízos é a avaliação dos interesses em jogo. A pergunta é se poderíamos esperar outra coisa numa situação em que

a democracia é formal, em que as instituições estão esvaziadas de significado político e em que a dimensão pública está reduzida a publicidade (destacamos) (LEOPOLDO E SILVA, 2007, p. 136).

Devem-se afastar por completo buscas solitárias na aplicação do justo e creditar-se às procedimentalidades discursivas a aplicação normativa dos princípios constitucionais em visão forte, sem pobreza conteudística (HABERMAS, 1994, p. 536) e sem prefixar as condições de vida boa.

Torna-se, ainda, necessária a distinção entre o discurso de justificação e o da aplicação eis que, como assevera Chamon Júnior:

[...] não obstante a racionalidade dos processos legislativos e jurisdicionais entrelaçarem-se com pressupostos pragmático-universais, há uma diferença central entre ambos que não pode ser olvidada. Se no processo legislativo, argumentos referidos a valores (axiológicos), argumentos morais (referidos à justiça) e argumentos pragmatistas (referidos a uma concepção a tomar em conta meios adequados para realização de determinados fins) podem assumir de maneira determinante a força de argumentos capazes de determinar a decisão legislativa, por outro lado, **em um processo jurisdicional tão-somente argumentos jurídicos podem cobrar força em uma decisão, uma vez que estamos nos referindo a um discurso de aplicação normativa, e não a um discurso de criação, ou justificação, de normas. Afirmamos, com isso, que a racionalidade, ou a legitimidade, ou a validade, aqui, todas, assumidas como sinônimas, em um processo de aplicação normativa está dependente da compreensão e assunção por parte da autoridade jurisdicional, inclusive, da diferença argumentativa entre legislação e jurisdição em face, mais uma vez, dos pressupostos comunicativos referidos à práxis jurídica moderna.** Argumentos relativos a concepções valorativas, a questões morais ou a finalidades a serem supostamente alcançadas não conseguem, em um processo jurisdicional, satisfazer as exigências de um juízo racional de correção normativa que há que assumir a pluralidade e a complexidade axiológica de nossa Sociedade, a diferenciação funcional entre o Direito e a Moral, bem como ainda a racionalidade comunicativa, e não instrumental ou estratégica, referida ao Direito. Por essas questões, uma decisão jurisdicional somente pode ser assumida como legítima na medida em que se abre de maneira igual à participação dos afetados, além de assumir o Direito como um sistema de princípios a serem re-interpretados, no caso concreto, na busca daquela interpretação capaz de permitir, nesse mesmo caso, uma leitura coerente do próprio sistema jurídico (destacamos) (CHAMON JÚNIOR, 2008, p. 181).

Revela-se a necessidade de resgatar a discussão, no âmbito jurisdicional, entre todos os sujeitos processuais, mediante a implementação dos direitos fundamentais, que balizariam a tomada de decisões em seus aspectos formal e substancial, mantendo em tensão os discursos liberal e social nas situações de aplicação e afastando por completo modelos solipsistas típicos de um modelo autoritativo, de viés positivista ou axiológico.

Nessa acepção, tal desiderato poderá ser implementado mediante a leitura forte e dinâmica dos princípios formadores do modelo constitucional de processo,¹⁹⁷ procedimentalmente

¹⁹⁷ Cf. nota 3 *supra*.

analisados, que serviriam como balizas normativas da tomada de decisões e que cobram co-responsabilidade de todos os sujeitos processuais, não privilegiando qualquer um destes, como as superadas concepções processuais aludidas anteriormente.

Ademais, na alta modernidade a Teoria de Constituição deve assumir um papel importantíssimo. Como assevera Cattoni de Oliveira:

A Teoria da Constituição deve assumir a perspectiva do sistema jurídico – constitucional e analisar a tensão interna entre facticidade e validade, ou seja, entre positividade e legitimidade do Direito, **reconstruindo os princípios**, as regras, os procedimentos, **a compreensão**, a justificação e **a aplicação** desses, **resgatando a normatividade constitucional** e a função primordial do Direito moderno, presente no Direito Constitucional de modo ímpar: a função de integração social, numa sociedade em que tal problema só pode ser enfrentado por seus próprios membros, na medida em que instauram um processo e se engajam na busca cooperativa de condições recorrentemente mais justas de vida, no qual questões acerca de sua auto-compreensão ético-política e de sua autodeterminação prático-moral, além de seus interesses pragmáticos, devem encontrar vazão, mediante, inclusive, **a institucionalização de formas discursivas** e de negociação no nível do Estado. (Destacamos) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 149-150)

Defende-se nesta tese que um dos principais pilares da democratização processual seria o abandono de perspectivas de protagonismo e a assunção de um perfil participativo e democrático da estrutura processual.

Evidentemente, isso não ocorrerá mediante o aumento total dos poderes das partes ou dos juízes, mas, sim, a divisão de atuação entre estes, de modo a absorver os aspectos benéficos tanto dos movimentos liberais quanto dos sociais, e a verificação de que a defendida democratização do processo exige a clara *percepção da interdependência entre os sujeitos processuais*.

Para isso, torna-se imperiosa a análise dos princípios processuais constitucionais em sentido forte ou dinâmico. Dentre estes, amplia-se a importância, em especial, daquele que garante o fluxo discursivo entre os sujeitos processuais e constitui uma baliza procedimental para o exercício das funções endoprocessuais. Fala-se, por óbvio, do princípio contraditório.

7.4.2 Do princípio do contraditório como garantia de influência e de não surpresa – Do balizamento constitucional do policentrismo e da participação

Normalmente, o aludido princípio é analisado no quadro dos princípios gerais do ordenamento processual ou no contexto das *Prozessmaximen*, de modo a regular a repartição dos poderes e das funções entre as partes e o juiz (COMOGLIO, 1988, p. 1).

Como se viu em 2.1.1, a transição do processo comum até o alvorecer da socialização processual representou, para alguns (PICARDI, 1987; GIULIANI, 1988), a transição de uma ordem isonômica entre os sujeitos processuais para uma ordem assimétrica, em que o protagonismo judicial e a concepção hierárquica entre a magistratura e as partes se imporiam.

Conjuntamente com essa transição, configurou-se o aviltamento e o enfraquecimento do debate e de seu princípio estruturador, qual seja, o contraditório.

Este fora relegado a uma mecânica contraposição de direitos e obrigações ou, como se tornara costumeiro afirmar, *tão-somente como um direito de bilateralidade da audiência*, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação.

De princípio fundante do processo que asseguraria influência e compensação das desigualdades entre as partes¹⁹⁸ – simétrica paridade (GIULIANI, 1988, p. 532) – passou a se contentar com uma aplicação formal, numa lógica de direitos e obrigações (PICARDI, 1987, p. 117). Tal contraposição de teses nem mesmo necessitava encontrar ressonância nas decisões do juiz ativo e hierarquicamente sobreposto as partes.

No fim do século XIX, percebe-se o exaurimento de sua função axiológica e, mesmo, de qualquer referência com o direito natural, ou seja, sua importância ético-ideológica. Foi o princípio, desse modo, remetido a um papel secundário, que o fez perder qualquer liame com a essência do fenômeno processual (PICARDI, 2003, p. 16-17).

Nessa evolução, chegou-se a crer nos anos de 1930 que a falta do contraditório (a falta da cooperação das partes) não impedia a obtenção de uma decisão justa (BETTI, 1936, p. 89 *apud* PICARDI, 1988, p. 677).

Determinada corrente doutrinária, ligada à concepção autoritária da Alemanha nacional-socialista, chegou ao extremo de defender a supressão do contraditório no processo civil e a absorção do “processo de partes” no procedimento oficioso de jurisdição voluntária (BAUMBACH, 1938, p. 583 *apud* PICARDI, 1988, p. 677).

¹⁹⁸ Naqueles, obviamente, que obtinham acesso aos tribunais daquela sociedade estamental.

Após a Segunda Guerra, com a mais ampla constitucionalização de garantias processuais, o estudo destas e o interesse pela colaboração das partes proporcionam novos horizontes de análise para o princípio do contraditório.

O delineamento de uma moderna concepção isonômica do contraditório somente se inicia de modo mais efetivo a partir desse momento, mediante a percepção da doutrina processual germânica de que este não poderia mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o conteúdo das decisões (BAUR, 1954, p. 403) e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa (BENDER, STRECKER, 1978, p. 554).

Existiria um *dever de consulta* do juiz impondo o fomento do debate preventivo (WALTER, 2001, p. 736) e a submissão de todos os fundamentos (*ratio decidendi*) da futura decisão ao contraditório (BAUR, 1954, p. 408).

Pelo princípio, estariam asseguradas a igualdade de chances (*Chancengleichheit*) e a igualdade de armas (*Waffengleichheit*) (BAUR, 1954, p. 403).

No mesmo período deste resgate tedesco, a doutrina italiana começara a percebê-lo como garantia de simétrica paridade de armas, como em Fazzalari (1958).

No entanto, para o discurso tedesco a garantia operaria não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz, que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda (COMOGLIO, 1998, p. 114).

Na Alemanha, o conteúdo da cláusula estabelecida no texto do art. 103, § 1º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha como “pretensão de audição jurídica” (*Anspruch auf Rechtliches Gehör*), de acordo com interpretação do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) (WALTER, 2001, p. 734), não só operaria seus efeitos no confronto entre as partes, mas, sim convertendo-se também num dever para o magistrado, de modo que se atribui às partes a possibilidade de se posicionar sobre qualquer questão de fato ou de direito (COMOGLIO, 1988, p. 17), de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder *influir* sobre o resultado dos provimentos (HABSCHEID, 1978, p. 117-145; TROCKER, 1974, p. 646; COMOGLIO, 1970, p. 118).

Comoglio esclarece que na Alemanha o princípio se concretiza em perfis constitucionais, com base na denominada “efetividade normativa” (*Rechtsschutzeffektivität*),

[...] graças a uma tríplice ordem de situações subjetivas processuais, na qual a qualquer parte vêm reconhecidos: 1) o direito de receber adequadas e tempestivas informações sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz durante o inteiro curso do processo; 2) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia; 3) o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas no momento da prolação da decisão (tradução livre)¹⁹⁹ (COMOGLIO, 1988, p. 6).

Impõe-se, assim, a *leitura do contraditório como garantia de influência* no desenvolvimento e resultado do processo.

O contraditório é guindado a elemento normativo estrutural da comparticipação (COMOGLIO, 1988, p. 2), assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual.

Permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (“potencialidade ofensiva”) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva em sua formação (TROCKER, 1988, p. 74-85, *passim*).

Ao analisar o conteúdo do preceito presente no §139²⁰⁰, entre outros, da *Ordenança Processual alemã* reformada, do Código de processo civil português reformado,²⁰¹ vislumbra-se que o direito de participação das partes não constitui “um acréscimo inútil ou supérfluo”,

¹⁹⁹ No original: “[...] grazie ad un triplice ordine di situazioni soggettive processuali, in cui a ciascuna parte vengono riconosciuti: 1) il diritto di ricevere adeguate e tempestive informazioni, circa il promovimento del giudizio e le attività compiute, le iniziative intraprese o gli atti di impulso posti in essere dalla controparte e dal giudice, durante l’intero corso del processo; 2) il diritto di difendersi attivamente, prendendo posizione su ogni questione, di fatto o di diritto, che sia rilevante per la decisione della controversia; 3) il diritto di pretendere che il giudice, a sua volta, prenda in considerazione le sue difese, le sue allegazioni e le sue prove, nel momento della pronuncia decisoria”.

²⁰⁰ ZPO - Ordenança Processual Civil §139. Direção material do processo. Versão de 5, de dezembro de 2005 (1) O Tribunal tem de discutir com as partes a questão material e litigiosa, tanto quanto necessário, em seus aspectos fáticos e jurídicos, e tem de colocar questões. Tem, então, de provocar que as partes se esclareçam em tempo hábil e plenamente sobre todos os fatos consideráveis, especialmente que possam completar declarações insuficientes para os fatos que são levados em conta, indicar os meios de prova e colocar proposições relevantes. (2) No caso de a parte não ver ou tomar como irrelevante uma opinião [*Gesichtspunkt*], só pode o Tribunal – desde que não se trate de uma demanda reconvenção [*Nebenforderung*] – sustentar sua decisão se isso tiver sido indicado por ele e se tiver sido dada oportunidade para exposição. O mesmo vale para uma opinião que o Tribunal avalia diferentemente das duas partes. (3) O Tribunal tem de chamar a atenção para os equívocos [*Bedenken*] que concerne aos pontos que *ex officio* podem ser levados em consideração. (4) Avisos acerca dessas instruções têm de ser transmitidos tão cedo quanto possível e têm de se fazer registrar nos autos. Sua transmissão só pode ser provada por meio do conteúdo dos autos. Contra o conteúdo dos autos só é admissível a prova da falsidade. (5) Se para uma parte não é possível uma pronta explicação para uma posição judicial, então deve o tribunal determinar um prazo no qual a explicação possa ser dada por escrito (tradução livre) No original: “ZPO § 139 Materielle Prozessleitung – Fassung vom 05. Dezember 2005 – (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken

de modo que o aumento dos poderes dos juízes não significou a redução das garantias de defesa das partes, tanto que os pontos delineados por estas devem ser levados em conta na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem o anterior e prévio conhecimento das partes.

Na França, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* de 1975 impediu o juiz de fundamentar a sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a manifestar acerca de suas observações.²⁰²

Na Áustria, um dos pontos da reforma do Processo Civil de 2002 (*Zivilverfahrens-Novelle 2002*) foi a proibição, no “§ 182 a”, de decisões de surpresa, impondo ao juiz o dever de discutir com as partes alegações de fato e de direito, evitando a obtenção de decisões decorrentes dos próprios convencimentos solitários do magistrado não submetidos à necessária discussão preventiva acerca dos elementos alegados, dos meios probatórios deduzidos e das atividades desenvolvidas pelas partes ou por ele próprio (HENKE, 2003, p. 818).

No entanto, a existência técnica nas legislações processuais (no plano infraconstitucional) de regras com o teor acima expresso nada altera o panorama (talvez o consolide), pois o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma participação dos sujeitos processuais na formação das decisões.

Nota-se que, uma vez que os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar às partes das iniciativas que pretende exercer, de modo a permitir a elas um espaço de discussão em contraditório (NORMAND, 1988, p. 724), devendo haver a expansão e a institucionalização do *dever de esclarecimento judicial* a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos surpresa (BENDER; STRECKER, 1978, p. 554).

aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann”.

²⁰¹ Art. 3.3. do Código de Processo Civil português: “3. 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.”

²⁰² Nouveau code di procedure civile. Article 16. “O juiz deve em todas as circunstâncias fazer observar e observar ele mesmo o principio do contraditório”[...] “ele não pode fundar a sua decisão sobre questões de direito que suscitou de ofício sem ter previamente convocado as partes a apresentar as suas considerações.” No original: “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. [...] 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”. Cf. (COMOGLIO, 1988).

A colocação de qualquer entendimento jurídico (v. g. aplicação de súmula da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores) como fundamento da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa.

Desse modo, o ***contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa*** que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes (FERRI, 1988, p. 781-782).

Ocorre que a decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório.

Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*) (FERRI, 1988, p. 781-782).

Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância e impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício (FERRI, 1988, p. 793).

Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; e d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório (COMOGLIO, 1998, p. 113-114).

Algo, porém, deve ser ressaltado: ***as perspectivas ora trabalhadas***, de leitura dinâmica do contraditório, ***não podem ser vislumbradas com um objetivo protelatório e formalista*** (NORMAND, 1988, p. 736) pela parte que sucumbiu nas decisões, pois a análise do contraditório há muito deixou de possibilitar uma mera enunciação formal, mas demonstram que a indicação preventiva dos pontos relevantes da controvérsia constitui um instrumento

insubstituível para uma decisão correta (FERRI, 1988, p. 794). Porém, tal risco é bastante reduzido quando se leva a sério a fase técnica de preparação do procedimento (como se verá a seguir) e quando se impõe a necessidade de demonstração pela parte sucumbente do dano e da potencialidade de manifestação em sentido que altere o conteúdo da decisão.

Ocorre que a submissão de todos os aspectos potencialmente relevantes da decisão ao contraditório apresenta-se como uma manifestação da percepção de que o poder do juiz no processo não é absoluto (incontrolável protagonismo judicial), em face de sua falibilidade e do fato de que a discussão será muito mais adequada (e legítima) se todos souberem os aspectos mais importantes da demanda. Haverá, assim, a garantia de que mesmo os aspectos que passaram despercebidos pelas partes serão submetidos ao debate (NORMAND, 1988, p. 740).

Resgata-se, desse modo, a importância técnica e legitimadora do processo, uma vez que este implementará a baliza discursiva necessária (contraditório) para o debate participativo.

7.4.2.1 Ainda sobre as decisões de surpresa – Das matérias de conhecimento oficioso

Para a demonstração cabal do atual perfil participativo que o princípio possui em sua releitura democrática, faz-se necessária a análise pormenorizada do já aludido fenômeno intitulado “decisão de surpresa”, ou “decisione della terza via”, ou “*Überraschungsentscheidungen*”, que atribui a nulidade de decisões fundadas sobre a resolução de questões de fato e de direito não submetidas à discussão com as partes e não indicadas preventivamente pelo juiz (CIVININI, 1999, p. 4).

O âmbito das decisões de surpresa possui interesse especialmente para as questões jurídicas, das quais o juiz poderá conhecer de ofício (LEBRE DE FREITAS, 1996, p. 102).

Na verificação do Direito estrangeiro, percebe-se que não é recente a preocupação com essas decisões. Pollak, em 1931, ao comentar a ZPO austríaca, afirmava que o Tribunal não deve surpreender as partes na sentença com pontos de vista jurídicos não analisados na fase preliminar: se o Tribunal viola esse dever, o procedimento é viciado (CAPPELLETTI, v. II, p. 509).

Denti afirmava que o fenômeno não era estranho a vários ordenamentos de diversas tradições e pressupostos ideológicos, mesmo naqueles em que havia ocorrido um notável

aumento dos poderes do juiz na direção do processo e na obtenção dos materiais para a decisão (DENTI, 1968, p. 229).

Defendia a posição de que a individuação da norma pelo juiz diversa da suscitada pelas partes dava lugar à necessidade do contraditório, caso em que da aplicação da referida norma surgisse “uma questão potencialmente idônea a definir a controvérsia” (DENTI, 1968, p. 225).²⁰³ Porém, restringia a aplicação de sua tese a questões jurídicas prejudiciais (DENTI, 1968, p. 224).²⁰⁴

Bender e Strecker, ao comentarem, na Alemanha, o já aludido Modelo de Stuttgart (cf. 4.3.1), afirmavam que a decisão de surpresa é um câncer na administração da justiça, visto que subverte a confiança daqueles que procuram justiça no Direito. É a razão principal por que na República Federal um número desproporcional de julgamentos da primeira instância eram impugnados pela via recursal (BENDER; STRECKER, 1978, p. 554).

O contraditório deve ser desenvolvido em todo o *iter* processual, em relação tanto às atividades das partes quanto às atividades judiciais, de modo que “o exercício de poderes oficiosos constitua expressão de um princípio de colaboração e não de autoridade no processo” (tradução livre)²⁰⁵ (CIVININI, 1999, p. 6).

O debate da referida questão na Itália já chegou às mais altas Cortes, como no reverenciado precedente da Corte de Cassação de 21 de novembro de 2001, n. 14.637, em que decidiu que “é nula a sentença que se funda sobre uma questão conhecida de ofício e não submetida pelo juiz ao contraditório das partes” (tradução livre)²⁰⁶ (ITÁLIA, Corte de Cassação, n. 14637, 2002).

Na referida decisão, a Corte declarou a nulidade do provimento impugnado, no qual o juiz tinha conhecido de uma questão de nulidade ou inexistência de um ato administrativo sem haver provocado sua discussão na fase preliminar do procedimento e sem tê-la submetido à discussão endoprocessual. Afirmou-se, ainda, que, na hipótese de o juiz perceber uma questão de fato ou não considerada pelas partes depois da fase preparatória, deve permitir que sobre a questão as partes possuam a oportunidade para a discussão (ITÁLIA, Corte de Cassação, n. 14637, 2002).

²⁰³ No original: “[...] una questione potenzialmente idonea a definire la controversia”.

²⁰⁴ Tal concepção restritiva foi criticada por parcela da doutrina (cf. TARZIA, 1989, p. 318).

²⁰⁵ No original: “[...] l’esercizio dei poteri ufficiosi costituisca espressione di un principio di collaborazione e non di autorità nel processo”.

²⁰⁶ No original: “È nulla la sentenza che si fonda su una questione rilevata d’ufficio, e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti”.

Com base no referido precedente, Luiso propugnou que o contraditório possui significado não somente por garantir às partes aduzir aquilo que o juiz não pode conhecer de ofício, mas, também pelo fato de garantir que uma questão submetida à discussão será mais bem decidida do que quando posta e analisada solitariamente pelo magistrado. Afirma, então, que toda decisão proferida solitariamente iria de encontro ao contraditório (LUISO, 2002, p. 1614).

Numa posição mais flexível, Chiarloni, em certa medida alterando entendimento anteriormente esposado (CHIARLONI, 1987, p. 570-584), não acredita na possibilidade de defesa da nulidade da decisão surpresa (*terza via*) em qualquer caso, em análise abstrata. Porém, defende, sim, sua aplicação em concreto (CHIARLONI, 2002, p. 1364).

Propugna, desse modo, que, para a ocorrência da nulidade da decisão, o conhecimento solitário do juiz deve haver violado o direito de defesa da parte prejudicada, de modo que existiria a necessidade de esta convencer o Tribunal que o seu direito de defesa fora violado (CHIARLONI, 2002, p. 1364).

Tal solução já havia sido defendida antes por Civinini, que afirmava a possibilidade de impugnação da **decisão de surpresa** na hipótese de a parte defender que a falta de indicação das questões tenha impedido-a de exercer poderes processuais que poderiam alterar a decisão (CIVININI, 1999, p. 9).

Parece ser essa a tendência de uniformização do entendimento²⁰⁷ perante a Corte de Cassação Italiana, eis que se afirmou em precedente de 2005 que o recurso deve ser acompanhado da indicação da atividade processual que a parte poderia ter realizado se tivesse sido provocada a discutir sobre a questão (ITÁLIA, Corte de cassação, n. 21.108, 2005).

Tal uniformização parece também dizer respeito à análise da denominada *decisione della terza via*, pois no referido precedente a Corte, após um retrocesso,²⁰⁸ decidiu:

A corte, andando em conhecido contraste com a Cass. n. 15705, afirma que o juiz que entenda, depois da delimitação do *thema decidendum* ocorrida no curso das audiência preliminar, de levantar uma questão conhecível oficiosamente não considerada anteriormente deve submetê-la às partes para lhes permitir sua

²⁰⁷ Cf. ITÁLIA, Corte de Cassação, sentença n. 21108 de 31/12/2005, Terceira seção civil, presidente P. Vittoria, Relator Preden, Item 2.1. da fundamentação, 2005.

²⁰⁸ Cf. ITÁLIA, Corte de Cassação, n. 15.705, 07/2005, na qual a Corte fazia uma interpretação dogmática no Plano da Infraconstitucionalidade: “Não pode, de fato, ser pronunciada a nulidade por inobservância dos atos do processo – leia-se na motivação da reclamada pronúncia – se a nulidade não é cominada pela lei: uma disposição em tal sentido falta no art. 183 CPC como sanção da omissa indicação as partes das questões conhecíveis de ofício.” (Tradução livre). No original: “Non può, infatti, essere pronunciata la nullità per inosservanza di atti del processo – si legge nella motivazione della richiamata pronuncia – se la nullità non è comminata dalla legge: una disposizione in tal senso manca nell’art.183 cod.proc.civ. come sanzione dell’omessa indicazione alle parti delle questioni rilevabili di ufficio”.

intervenção em contraditório. A falta de indicação comporta a violação do dever de colaboração por parte do juiz e determina a nulidade da sentença por violação do direito de defesa das partes. Se ocorrida em primeiro grau e suscitada em apelo, comporta a remessa com prazo para o seu desenvolvimento, no processo de apelação, das atividades às quais o exercício não foi possível em primeiro grau. Se verificada em apelo [...] a sua dedução em cassação, determina a cassação da sentença com reenvio, com a finalidade de que o juiz do reenvio oferte espaço para as atividades processuais omitidas (tradução livre)²⁰⁹ (ITÁLIA, Corte de cassação, n. 21.108, 2005).

A visão do contraditório como garantia de influência e de não surpresa também recebe a chancela nos Tribunais superiores de Portugal. Em precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça Português, afirmou-se:

O acórdão recorrido não poderia ter decidido a questão da legitimidade com um fundamento frontalmente diverso e não ponderado na sentença da 1ª instância, sem, antes, ter convidado o recorrente a pronunciar-se e tomar posição sobre essa questão. 1. Tomando como parâmetro a lei fundamental, o Tribunal Constitucional tem vindo a considerar a consagração do princípio do contraditório como algo integrado no direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20º da CRP. O direito de acesso aos tribunais é, na verdade, dominado por uma idéia de igualdade, uma vez que o princípio da igualdade vincula todas as funções estaduais, jurisdição incluída (acórdão do TC nº 147/92, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 21º vol., pp. 623 e ss.) – vinculação que significa igualdade perante os tribunais, donde decorre que “as partes têm que dispor de idênticos meios processuais para litigar, de idênticos direitos processuais” (acórdão do TC nº 223/95, DR, II série, de 27.6.95). O princípio do contraditório – escreveu-se no acórdão do TC nº 177/2000, DR, II série, de 27.10.2000 –, enquanto princípio reitor do processo civil, exige que se dê a cada uma das partes a possibilidade de – deduzir as suas razões (de facto e de direito)”, de “oferecer as suas provas”, de “controlar as provas do adversário” e de “discretar sobre o valor e resultados de umas e outras” (cfr. Manuel de Andrade, “Noções Elementares de Processo Civil”, 1956, p. 364). 2. Não se duvida que a norma transcrita – nº 3 do artigo 3º, introduzida pela Reforma de 1995/96 – veio ampliar o âmbito tradicional do princípio do contraditório, como garantia de uma discussão dialéctica ou polémica entre as partes no desenvolvimento do processo. A uma concepção, válida mas restritiva, substitui-se hoje uma noção mais lata de contraditoriedade, com origem na garantia constitucional do ‘rechtliches Gehör’ germânico, entendida como garantia da participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontram em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de influir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (José Lebre de Freitas, “Introdução ao Processo Civil, Conceitos e

²⁰⁹ No original: “La Corte, andando in consapevole contrasto con Cass. n. 15705 del 2005, afferma che il giudice che ritenga, dopo la precisazione del thema decidendum avvenuta nel corso dell’udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d’ufficio non precedentemente considerata, deve sottoporla alle parti per consentire loro di intervenire in proposito in contraddittorio. La mancata segnalazione comporta la violazione del dovere di collaborazione da parte del giudice e determina la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti. Se avvenuta in primo grado e rilevata in appello, comporta la rimessione in termini per lo svolgimento, nel processo di appello, delle attività il cui esercizio non è stato possibile in primo grado. Se verificatasi in appello o in relazione a sentenze non appellabili, la sua deduzione in cassazione determina la cassazione della sentenza con rinvio, affinché il giudice del rinvio dia spazio alle attività processuali omesse”.

Princípios Gerais à luz do Código Revisto”, 1996, p. 96, e “Código de Processo Civil Anotado”, vol. 1º, 1999, p. 8). Pondo o enfoque no plano das questões de direito, a norma proíbe, como este Autor logo sublinha, as decisões-surpresa, isto é, as decisões baseadas “em fundamento que não tenha sido previamente considerado pelas partes”. Proibição, pois, das decisões “surpresa, enquanto violadoras do princípio do contraditório, conforme este Supremo Tribunal tem tido oportunidade de decidir (cfr., entre outros, os acórdãos de 18.11.99, Proc. n.º 794/99, 16.02.2000, Proc. n.º 732/99, 5.12.2000, Proc. n.º 3247/00, e de 05.07.2001, Proc. n.º 2038/01). [...] Termos em que se anula o acórdão recorrido e se determina que os autos voltem ao Tribunal da Relação de Lisboa, para que aí, se possível com intervenção dos mesmos Senhores Desembargadores, se dê cumprimento ao princípio do contraditório e, após, se proceda a julgamento” (PORTUGAL, STJ, Recurso n. 10361/01, Rel. Conselheiro Ferreira Ramos, 2002).²¹⁰

Percebe-se mesmo que tal concepção começa a obter ressonância embrionária em nosso sistema jurídico, como em precedente do Supremo Tribunal Federal se propugnou que no âmbito de procedimento administrativo:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado “Anspruch auf rechtliches Gehör” (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã -- BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363- 364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz- Kommentar, Art. 103, vol IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtungspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-

²¹⁰ Em sentido idêntico: “1. Como decorrência do princípio do contraditório, consagrado, entre outros, no artigo 3º, nº 3, do Código de Processo Civil, é proibida a decisão-surpresa, isto é, a decisão baseada em fundamento que não tenha sido previamente considerado pelas partes. 2. A violação do princípio do contraditório inclui-se na cláusula geral sobre as nulidades processuais constante do art. 201º, nº 1, do Código de Processo Civil, não constituindo nulidade de que o Tribunal conhece oficiosamente, pelo que se tem por sanada se não for invocada pelo interessado no prazo de 10 dias após a respectiva intervenção em algum acto praticado no processo (artigos 203º, nº 1 e 205º, nº 1, do mesmo diploma)” (PORTUGAL, STJ, Recurso de Revista n. 8802/02, Rel. Conselheiro Araújo Barros, 2005.)

Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97). (BRASIL, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, MS 24.268 / MG, 2004)

No entanto, paradoxalmente, no âmbito jurisdicional, o entendimento corriqueiro do Supremo Tribunal Federal apresenta-se com base na perspectiva formal, ao impedir a análise de recursos extraordinários que aleguem ofensa ao princípio (antes mesmo da introdução da repercussão geral), sob o argumento de que seria necessário o exame de matéria infraconstitucional para a verificação da aludida desconformidade, o que representaria uma ofensa reflexa (não direta) à Constituição,²¹¹ em certa medida, transferindo ao Superior Tribunal de Justiça a análise da matéria.

Não se percebe nesse discurso jurisprudencial do Supremo, realmente, a verificação que o contraditório na alta modernidade constitui um dos principais eixos estruturais da democracia ao assegurar um direito fundamental de participação em processos de formação da opinião e da vontade agregando, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada em seu dimensionamento e proporcionando a criação de um direito legítimo.

O princípio permite que o cidadão assuma a função de autor-destinatário dos provimentos (jurisdicionais, legislativos e administrativos) cujos efeitos sofrerá.

A decisão não pode mais ser vista como expressão da vontade do decisor e que sua fundamentação seja vislumbrada como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade **na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais** suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público e que aplique a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.

Ademais, deve-se afastar que a concepção pública do processo se dê tão-somente pela participação dos juízes. Como explica Chamon Júnior o espaço público

²¹¹ “O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da “prestação jurisdicional” podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes”. (BRASIL, STF, 2a T., AgRAI 360.265, Rel. Celso de Mello, 2002). No mesmo sentido: “[...] esta Corte firmou entendimento no sentido de que, em regra, a análise da ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal ensejaria o exame da legislação infraconstitucional. A ofensa à Constituição Federal, se existente, seria reflexa”. (BRASIL, STF, RE 405321/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2005). “A violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa não dispensa o exame da matéria sob o ponto de vista processual, o

[...] no marco de uma praxis procedimental do Estado democrático de Direito, não pode mais ser confundido, ou reduzido, ao estatal. A autonomia pública, portanto, pelo fato de também garantir a todos, reciprocamente, determinados direitos, é que permite a possibilidade de construção de um espaço de produção legítima do Direito. A autonomia pública, assim, se refere a direitos de comunicação e participação que garantem a todos a possibilidade de manifestar publicamente acerca de questões públicas (CHAMON JÚNIOR., 2005, p. 252).

É, na verdade, nos espaços públicos que os fluxos comunicativos são fomentados, filtrados e sintetizados, de modo a condensarem-se em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos, corporificando uma estrutura comunicacional do agir orientado ao entendimento (HABERMAS, 1994, p. 436), não a fins estratégicos.

O ambiente propício para tal espaço público é o processo sob o enfoque participativo e policêntrico, que impediria a legitimação de linhas anti-sociais e neoliberais, ao quebrar o privilégio cognitivo dos agentes estatais e ao impor a estes a devida fundamentação racional de argumentos produzidos e construídos endoprocessualmente, e não pré-fixados pelos ideais (de bem viver ou estratégicos) por estes *criados* (cf. 2.3).

Desse modo, como explica Picardi:

O processo não vem construído sobre uma posição de supremacia do juiz, sobre uma *ordine assimetrico*. O contraditório, em sentido forte, possui uma função compensadora das desigualdades que, pela natureza das coisas, existem entre as partes (por ex: governantes e governados, ricos e pobres). Ele permite que o processo assegure reciprocidade e igualdade, e, então, seja assentado sobre a base de relações paritárias, sobre aquele que foi chamado *ordine isonomico* (tradução livre)²¹² (PICARDI, 2006, p. 212).

A assunção dessa concepção normativa do princípio do contraditório permitiria a instauração de uma renovada perspectiva isonômica de sua atuação processual.

Essa não buscaria uma identidade entre as funções desempenhadas por todos os sujeitos processuais, mas, sim, o estabelecimento *da ótica da consideração e da interdependência* entre estes. Eis que, na hipótese de assunção da concepção deontológica do

que caracteriza ofensa reflexa à Constituição e inviabiliza o recurso extraordinário” (BRASIL, STF, 1ªT, RE-AgR 491923/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2006).

²¹² No original: “Il processo non va costruito su una posizione di supremazia del giudice, su un ordine assimetrico. Il contraddittorio in senso forte ha una funzione compensativa delle inegualianze che, per la natura delle cose, esistono fra le parti (ad. es. fra governanti e governati; fra ricchi e poveri); esso comporta che il processo assicuri reciprocità ed ugualianza e, quindi, sia impostato sulla base di rapporti paritetici, su quello che è stato chiamato ordine isonomico”

contraditório como garantia de influência, assegura-se uma correção normativa (procedimental) das decisões, que mitigará o uso de argumentos estratégicos de viés autoritário, persuasivo, e se permitirá que na imensa maioria das situações somente argumentos normativos (decorrentes do debate) sejam utilizados no momento da fundamentação.

A percepção da interdependência dos sujeitos processuais, caso fosse levada a sério, permitiria novos horizontes para o sistema de aplicação que garantiriam que a estrutura normativa processual e a sua cognição, imperfeita por essência, impusessem um fluxo discursivo predominantemente performativo (vocado ao entendimento)²¹³, o que garantiria provimentos legítimos, e não meramente funcionais.

7.5 A comparticipação e o policentrismo no plano técnico – A questão da cognição

Além da verificação constitucional acerca do modo de vislumbrar e aplicar o contraditório, para a implementação da comparticipação e do policentrismo processual, torna-se imperativa a percepção de nuances técnicas para o dimensionamento de procedimentos (ou fases) cognitivos que se adequem a uma efetiva democratização do processo.

No âmbito da cognição, legisladores de inúmeros países, no curso da modernidade configuraram, tecnicamente, dois modelos procedimentais de debate endoprocessual: o modelo do *day in court*, ou do debate em sentido estrito; e o modelo fragmentário de discussão (DAMAŠKA, 1991, p. 103).

O primeiro está estruturado mediante uma aplicação efetiva do princípio da concentração, no qual pode ocorrer que “[...] as decisões sejam, em grande parte, baseadas em impressões diretas, inclusive surpresas, emoções violentas, com um fascínio de uma retórica superficial, e talvez até mesmo de aspectos teatrais” (tradução livre)²¹⁴ (DAMAŠKA, 1991 p. 104). Dificilmente é aceito em sistemas processuais habituados a um aprofundamento cognitivo (cognição plena e exauriente).

²¹³ Pelo menos na participação do juiz, eis que as partes tendem a trabalhar em perspectiva estratégica. No entanto, se a participação do juiz também for vocacionada exclusivamente a fins estratégicos, v.g. como a busca da alta produtividade a qualquer custo, não haverá a menor potencialidade de alcance social das decisões.

²¹⁴ No original: “[...] le decisioni siano in gran parte basate su impressioni dirette, incluse sorpresa, emozioni violente, il fascino di una retorica superficiale, e forse persino aspetti teatrali”.

O segundo é característico da busca de uma discussão mais pormenorizada, dividida em várias fases procedimentais, e que “[...] pressupõe a capacidade do aparato estatal de sustentar uma atividade prolongada. Requer que os resultados das atividades esparsas e temporalmente distintas sejam conservadas” (tradução livre)²¹⁵ (DAMAŠKA, 1991, p. 104).

Percebe-se que o legislador, no momento de dimensionar o modelo procedimental para a cognição, precisa verificar a capacidade infra-estrutural de seu aparato estatal, de modo a impedir decisões embasadas em elementos superficiais, como pode ocorrer no primeiro modelo, ou, mesmo, evitar um aumento demasiado do espaço-tempo processual, como pode ocorrer em procedimentos fragmentários.

Verifica-se, ainda, que a adoção da prevalência da oralidade ou da escritura não deve levar em consideração tão-somente uma perspectiva técnica, mas, prevalentemente, a perspectiva constitucional de efetividade normativa (*Rechtsschutzeffectivität*), que, como se verificou, deverá contar com uma aplicação dinâmica do contraditório.

Caso se adotem modelos prevalentemente orais, deve-se assegurar que o debate processual não seja superficial e que a colheita de provas não seja demasiadamente afastada do momento decisório, sob pena de se inviabilizar a manutenção dos elementos argumentativos (provas e manifestações orais) debatidos e de se abrir margem para que ocorra uma decisão lastreada em pré-compreensões do juiz, devido à perda do material cognitivo. Ou seja, o sistema deveria ser capaz de garantir a ausência de espaço-tempo processual demasiado entre a discussão e a decisão, mediante um aparato infra-estrutural adequado, sob pena de completa ineficiência do debate, além da abertura para um decisionismo judicial.

Caso se adotem modelos prevalentemente escritos, deve-se impedir que a redução das argumentações por escrito promova um andamento procedimental extremamente lento a ponto de impedir que o processo termine em tempo razoável.

Ambas as perspectivas quando mal dimensionadas e quando não levem em consideração o aparato estatal no qual se estruturam não poderão se adequar a uma real democratização do processo.

Com base no princípio do contraditório e, por conseqüência, no da efetividade normativa, faz-se necessária a implementação do diálogo incessante entre os sujeitos processuais, de modo a impedir decisões surpresa por parte do juiz e a imposição de argumentos estratégicos e persuasivos de uma parte bem assessorada tecnicamente. Somente

²¹⁵ No original: “[...] pressupone la capacità dell’apparato statale di sostenere un’attività prolungata, e richiede che i risultati delle attività sparse e temporalmente distinte siano conservati”.

argumentos normativos e legítimos deveriam formar a decisão compartilhada – ou seja, que possam ser fundamentados normativamente.

No entanto, a democratização processual mantém em tensão todas as concepções (sociais e liberais) para sua estruturação, fazendo-se mister a busca da instrumentalidade técnica dos procedimentos, que vai assegurar espaços técnicos para manifestação e influência em uma dimensão espaço-temporal adequada.

Nesse aspecto, verifica-se que, no âmbito da cognição, o discurso processual de direito comparado mostra, na atualidade, uma mudança clara de enfoque.

Sabe-se que todos os sistemas processuais modernos, sejam de *common law* ou de *civil law*, dimensionaram suas fases ou procedimentos cognitivos em estruturas bifásicas em que, numa primeira fase técnica, ocorre a preparação do debate (v. g. audiência preliminar, com a fixação de pontos controvertidos, e preparação escrita do tema da prova) e, numa segunda fase, a discussão endoprocessual de todos os argumentos relevantes (v. g. audiência de instrução e julgamento) - (TARUFFO, 2002 a, p. 77 et. seq).

Tal estruturação fora delineada desde o final do século XIX nos sistemas de *common law* (modelo *pre trial/trial*) e nos sistemas *civil law* pelas reformas austro-germânicas (TARUFFO, 2002a, p. 77 et. seq). No entanto, duas novidades se apresentam na atualidade nesses sistemas de direito comparado.

A preocupação recorrente e mais importante no passado com a fase de produção de provas (segunda fase procedimental), de modo a garantir o direito constitucional a prova (WALTER, 1998, p. 40), vem sendo deslocada paulatinamente para a primeira fase, na qual ocorre a **preparação** do debate e da produção das provas, uma vez que se percebeu que a depuração quase completa das questões objeto do processo permite um diálogo profícuo, seja em procedimentos marcadamente escritos, seja em procedimentos marcadamente orais, além de impedir que a decisão seja fruto solitário do pensamento judicial.

Instituem-se procedimentos mais vocacionados a garantir efetivamente a influência e consideração dos argumentos de todos para a formação dos provimentos.

Como expressa Civinini, a delimitação, seleção e discussão na fase preparatória de todas as matérias de fato e direito (inclusive as oficiosas) que possam ser relevantes para a decisão não contituem uma mera tendência na direção da colaboração entre os sujeitos processuais, mas é um importante instrumento de realização do contraditório, eis que:

O poder-dever de indicar às partes as questões de direito e de fato conhecíveis de ofício se põe (e deveria exercitar-se) em relação de continuidade com outras importantes atividades oficiosas, quais sejam: o interrogatório livre das partes, a

tentativa de conciliação e o requerimento e esclarecimento aos defensores, atividades todas direcionadas a realizar a colaboração entre juiz e partes na exata individuação do *thema decidendum* e do *thema probandum*, que são decorrências, em geral, dos poderes oficiosos de condução do processo (tradução livre)²¹⁶ (CIVININI, 1999, p. 6).

Essa indicação constituiria uma legítima explicação do poder-dever de direção do processo, de atuação do contraditório e do princípio da igualdade (CIVININI, 1999, p. 8).

Além disso, quando a preparação é realizada de modo metódico e bem delineada conduz à redução do tempo processual, uma vez que reduz a possibilidade e necessidade de utilização de recursos pelas partes, com o debate mais aprofundado das questões relevantes (como se vislumbrou no sistema alemão após o modelo de Stuttgart - BENDER; STRECKER, 1978, v. I, p. 554), garantindo, ainda, uma chave para a realização de acordos legítimos, e não impostos (TARUFFO, 2002a, p. 80), na hipótese de as partes perceberem ser estes mais interessantes tecnicamente, após a delimitação de todos os aspectos fático-jurídicos relevantes (nesta primeira fase), do que a futura decisão.

A não delimitação das matérias relevantes – e aqui se pontuam as questões de fato, em sistemas de preclusão como o brasileiro – pode conduzir a uma discussão e à produção de provas em instrução iníqua, lastreada sobre aspectos absolutamente inúteis e mantendo nas sombras fatos relevantes. Tudo em razão da inadequada preparação da causa.

Desse modo, a cognição bifásica que assegure uma fase preparatória adequada poderia servir de modelo para um procedimento que atendesse aos anseios participativos da democratização processual se essa primeira fase fosse utilizada como *locus* de fomento do debate por todos os sujeitos processuais, sem qualquer pressuposição de protagonismo (das partes ou do juiz), mediante a depuração de todos os elementos fáticos e jurídicos colocados pelas partes, advogados, promotores e juízes.

Tal fase poderia ser realizada mediante a prévia troca de petições (um arrazoado para cada parte) e a fixação de uma audiência preliminar de debate e de discussão obrigatória de todos pontos controvertidos, de fato e de direito, de modo que todos os sujeitos processuais estariam prontos (se desejassem estar) e saberiam todos os argumentos relevantes a serem discutidos na segunda fase, quando ocorreria a segunda audiência de colheita de provas e de discussão dos pontos principais.

²¹⁶ No original: “[...] il potere–dovere di indicare alle parti le questioni di diritto e di fatto rilevabili d’ufficio si pone (e dovrebbe esercitarsi) in relazione di continuità con altre importanti attività ufficiose, quali interrogatorio libero delle parti, il tentativo di conciliazione, la richiesta di chiarimenti ai difensori, attività tutte tese a realizzare la collaborazione tra giudice e parti nell’esatta individuazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* e che sono ascrivibili in generale ai poteri officiosi di conduzione del processo”.

Na excepcional hipótese de surgimento de novos fatos e argumentos jurídicos no curso da segunda audiência, deveria ser garantida a discussão em contraditório com sua implementação plena.

Com a ampla suscitação das dúvidas, normas, fatos, súmulas e entendimentos jurisprudenciais potencialmente aplicáveis na espécie (sem nenhuma utilização estratégica pelo juiz da coação neoliberal de pré-julgamento, que poderia gerar acordos prejudiciais às partes mais débeis ou, mesmo, inexequíveis), ocorreria uma preparação do *thema probandum* e da discussão, reduzindo a quase zero a potencialidade de decisões de surpresa.

Ademais, caso se conheçam todas as possibilidades discursivas de fundamentação do caso, ocorreria uma tendência ao **acordo estruturado**, que não decorre nem da coação e nem mesmo da impossibilidade de satisfação rápida da pretensão (que faz com que um economicamente débil, às vezes, renuncie a grande parte de seus direitos para recebê-los prontamente), mas, sim, da manifestação da autonomia das partes.

O acordo estruturado seria formado no âmbito da autonomia privada das partes, que verificaria dentro das potencialidades de provimento futuro, se seria conveniente e tecnicamente defensável o abreviamento mediante a auto-composição.

O modelo defendido em pouco difere dos modelos legais da Alemanha, da Inglaterra e, mesmo, do Código de Processo Civil brasileiro, no qual se garante uma fase preparatória mediante a audiência preliminar do seu art. 331. No entanto, ela não é obrigatória (desde a Lei 10.444/02)²¹⁷ e, infelizmente, é vista tão-somente como *locus* de tentativa de conciliação e de saneamento pró-forma, sem que seja levada a sério sua função principal: a preparatória.

Os pontos controvertidos, quando, excepcionalmente, são fixados, limitam-se à percepção da controvérsia fática, eis que a normatividade aplicável fica ilhada na mente do decisor até a futura decisão (que será, muitas vezes, de *terza via* interpretativa, ou seja, de surpresa). E, mais, a fixação ocorre pelo juízo solitário do magistrado, de maneira que nem mesmo se cogita da participação das partes e advogados nesse momento.

Aplica-se, desse modo, no Brasil, o adágio *Iura novit curia*, como se a aplicação do direito devesse ficar sob a responsabilidade única do magistrado, cabendo as partes (como meras colaboradoras) subsidiá-lo com os fatos.

²¹⁷ Como informa Theodoro Júnior: “Por outro lado, medidas que sabidamente poderiam contribuir para expurgar atos e provas desnecessários, como a audiência preliminar (art. 331, § 3º, do CPC) são reformadas para

No entanto, tal percepção não se mostra adequada quando se faz uma análise mais adequada. Ganuzas, ao fazer correlação do adágio com o princípio do contraditório, afirma que:

[...] o *iura novit curia* se manifesta no processo como uma presunção de conhecimento do direito pelo juiz, que desempenha, ao menos, duas funções principais: sintetiza os poderes do juiz e expressa uma regra processual de repartição da atividade probatória (a dos fatos corresponderia às partes e a do direito – quando fosse precisa – ao órgão jurisdicional) [...] Entretanto, quando o órgão judicial exerce os poderes que lhe confere o princípio *iura novit curia* e altera a qualificação jurídica realizada pelas partes ou a acusação e/ou as normas consideradas aplicáveis por aquelas, o princípio do contraditório se converte num limite para o juiz. Sua intervenção não implica, entretanto, um recorte da capacidade do órgão jurisdicional para dar aos fatos que considere provados a qualificação jurídica que estime adequada e, em consequência, para decidir as normas jurídicas que são aplicáveis ao litígio. **Porém, impõe-se ao juiz a obrigação de motivar a rejeição da seleção normativa ou da qualificação jurídica efetuada pelas partes e de lhes outorgar a possibilidade de alegar o que estimem conveniente se o órgão jurisdicional formula uma terceira opinião modificando a expressada por aquelas em relação com o direito aplicável** (destacamos) (tradução livre)²¹⁸ (GANUZAS, 2000, p. 25-36, *passim*).

Na Itália, Cavallini afirma que o adágio sofre limitações pela aplicação do contraditório como garantia de discussão preventiva (CAVALLINI, 2003, p. 128-129) ao impor ao juiz “um comportamento idôneo a colocar as partes na condição de debater preventivamente sobre a norma por aplicar” (tradução livre)²¹⁹ (CAVALLINI, 2003, p. 130).

Baur lembra que o adágio deve ser reinterpretado, de modo que:

1) A dicção *iuria novit curia* não significa que a obrigação das partes enunciarem seus argumentos e o ônus material da prova estão sempre excluídos, no que diz respeito às normas jurídicas aplicáveis, tendo em vista um litígio. 2) A dicção *iuria novit curia* não significa que o Tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito, desconhecendo ou desprezando as conclusões das partes tendo em vista as

pior, porque de expediente obrigatório acabou por se transformar em mera faculdade dos juízes, graças à infeliz alteração provocada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002”. (THEODORO JÚNIOR, 2006b, p. 51)

²¹⁸ No original: “[...] el iura novit curia se manifiesta en el proceso como una presunción de conocimiento del Derecho aplicable por parte del Juez, que desempeña al menos dos funciones principales: sintetiza los poderes del Juez y expresa una regla procesal de reparto de la actividad probatoria (la de los hechos correspondería a las partes y la del Derecho – cuando sea precisa – al órgano jurisdicional). [...] Sin embargo, cuando el órgano judicial ejerce los poderes que le confiere el principio *iura novit curia* y altera la calificación jurídica realizada por las partes o la acusación y/o las normas consideradas aplicables por aquéllas, el principio de contradicción se convierte en un límite para el Juez. Su intervención no conlleva, sin embargo, un recorte de capacidad del órgano jurisdicional para dar a los hechos que considere probados la calificación jurídica que estime adecuada y, en consecuencia, para decidir las normas jurídicas que son aplicables al litigio. Pero sí impone al Juez la obligación de motivar el rechazo de la selección normativa o de la calificación jurídica efectuada por las partes y de otorgales la posibilidad de alegar lo que estimen conveniente si el órgano jurisdicional formula una ‘tercera opinión’ modificando la expresada por aquéllas en la relación con el Derecho aplicable”.

²¹⁹ No original: “[...] un comportamento idoneo a porre le parti nella condizione di poter interloquire preventivamente sulla norma da applicare”.

normas jurídicas invocadas pelos litigantes. 3) A dicção *iuria novit curia* não significa que pertence, ao Tribunal, o direito de fazer abstração da lei, em função de referência feita aos princípios da equidade, menos apropriados à solução do litígio. (BAUR, 1976, p 177).

Não se admite, desse modo, como já se deixou pontuado, que a aplicação normativa fique ilhada na mente do julgador até o momento do provimento. Mas o problema não se circunscreve à intervenção judicial, eis que boa parte dos advogados não possui a real noção técnica desta fase e se lhes for proposta uma participação na fixação dos pontos controvertidos de fato e direito, acreditarão que esta se trataria de um inaceitável pré-julgamento.

Obviamente que o fomento ao debate, inerente a essa fase, não poderá nunca ser desnaturado como elemento estratégico por parte do juiz para a obtenção de um acordo e aumento de sua produtividade. O fomento do debate por parte do juiz buscará a ampliação e problematização das questões a se decidir mediante a suscitação de dúvidas (v. g. aplica-se ou não a súmula X do Tribunal Y na espécie), e não por meio de ameaças de pré-julgamentos.

Como demonstra Cavallone, causaria enorme frustração ao advogado a idéia de continuar a debater perante um juiz que de qualquer modo já houvesse manifestado a própria opinião sobre o mérito da causa ou, mesmo, depois de seu cliente ter sido constrangido a aderir a uma conciliação, sob pena de ter uma decisão desfavorável (CAVALLONE, 2005, p. 42-45, *passim*).

No entanto, vislumbra-se que o problema das concepções vigentes no Brasil não se mostram propriamente de índole legal, mas, sim, interpretativa.

Se um contraditório dinâmico como garantia de influência fosse assegurado, com base em uma lógica policêntrica e participativa; se os sujeitos processuais soubessem manejar as técnicas processuais de modo responsável e interdependente; se se acabasse com a busca tão-somente do protagonismo judicial, da alta produtividade decisória e da rapidez procedimental a qualquer preço; se se parasse de enxergar o processo como um instrumento técnico a serviço do juiz que se constitui em entrave formal para o cidadão-cliente de serviços, a democratização processual se imporá nos discursos de aplicação normativa.

7.5.1 A questão dos Juizados Especiais

Mesmo esquemas procedimentais cunhados pela socialização tardia do movimento de acesso à Justiça, como os Juizados Especiais Cíveis, poderiam se adaptar à perspectiva democrática.

Bastaria uma renovação da importância da defesa técnica, fruto do direito constitucional ao advogado (art. 133, CRFB), da defesa (art. 5º, inc. LIV, CRFB/88) e do contraditório (COMOGLIO, 1988, p. 4, 14, *passim*), e da implementação de uma fase preparatória segundo uma visão policêntrica e participativa.

O Juizado de *Small Claims* (corporificados nos Juizados Especiais, no Brasil) visa mitigar um dos principais problemas sociais da alta modernidade, qual seja, a exclusão social em todas as suas acepções.

No entanto, quando não se assegura uma defesa técnica ao cidadão, este é visto tão-somente como cliente de serviços. E, caso não seja subsidiado de auxílio técnico, não saberá nem mesmo elaborar o seu pedido e poderá ter seu direito inviabilizado.

A técnica processual, por mais simplificada que seja, somente pode ser utilizada adequadamente por profissionais com formação adequada,²²⁰ não por leigos.

A idéia de uma simplificação procedimental, fruto de uma lei processual mais perfeita e menos complexa, capaz de permitir a um leigo (cidadão auto-suficiente) de defender a si próprio é buscada sem êxito desde as tentativas de reforma do processo lusitano do início do século XIX. Hespanha informa que àquela época alguns diziam sonhar “[...] com uma era em que feitos os codigos com o methodo, e perfeição que he de esperar, quaisquer cidadãos poderão saber direito, sem que para isso seja necessário fazer um curso academico” (HESPANHA, 1993, p. 405).

²²⁰ Como já se informou em outra oportunidade: “E, nesse quadro, enorme importância ganha a garantia processual do cidadão do *direito a um defensor* ou do *direito a uma defesa técnica* lastreados nos arts. 5º, inc. LV e 133 da CRFB/88. Os preceitos constitucionais, com o objetivo de garantir uma correção do desenvolvimento processual, pressupõe “[...] a presença de sujeitos capazes de esclarecer com consciência e conhecimento de causa no emaranhado de questões que a realidade processual impõe assistência; nem sempre a pessoa diretamente interessada é suficientemente provida de conhecimento das leis e de experiência no campo processual; sem contar que uma conduta processual consciente pode encontrar obstáculo na mesma componente emocional, que frequentemente caracteriza a participação pessoal no processo” (CHIAVARIO, 1984, p. 135-136). Essa atividade processual é, sem dúvida, atribuída no Direito brasileiro ao advogado, de forma que todo cidadão deve possuir a faculdade (garantia) de se valer de uma defesa técnica, mediante a escolha de um advogado privado ou mesmo mediante o subsídio de um advogado público (defensor público). Obviamente que a garantia impõe ao ordenamento jurídico e ao Estado a obrigação de garantir um defensor (defesa técnica) às partes, e não a obrigação da parte de possuir um defensor, pois esta última visão impediria uma enorme quantidade de pessoas (economicamente débeis) de se aproximarem do sistema de “prestação jurisdicional”. Do mesmo modo, a aludida garantia processual constitucional impõe um exercício efetivo de defesa técnica, porque a simples existência de um advogado representando e assistindo a parte não permite a visualização eficaz de seu papel defensivo. Assim, o exercício de uma defesa técnica pelos advogados consiste em garantia do cidadão, exigindo desses profissionais uma atualização constante e, mesmo, um reforço de seu papel institucional de modo a subsidiar ao leigo uma defesa plena, que produzirá um reforço da sua própria cidadania” (NUNES, 2006b, p. 109-110).

Como explicitou Baur ao realizar uma conferência, em junho de 1979, na Universidade de Salamanca:

[...] é muito escassa a significação que se outorga à intervenção obrigatória do advogado. O dever das partes de servir-se do advogado não só persegue que perante o juiz se encontrem duas partes iguais no uso da linguagem jurídica ou que se proteja os Tribunais de processos sem perspectivas ou mal preparados no aspecto fático e no jurídico e, senão que também e sobretudo se igualem as deficiências de formação de conhecimentos jurídicos [...]. Deseja-se assegurar às partes idêntica posição de partida, a mesma faculdade de exercício de seus direitos processuais. E, apesar de, segundo o exposto, ser muito importante a função do advogado no processo, ocorre, entretanto, que, precisamente nos processos que possuem maior importância para as camadas inferiores da sociedade, perante os Tribunais de primeira instância, não estão incluídos no princípio da advocacia obrigatória, com o possível desequilíbrio das partes perante o julgamento (tradução livre)²²¹ (BAUR, 1980, p. 16-17).

Desse modo, a intervenção técnica de um profissional qualificado é extremamente importante durante todo o procedimento uma vez que as partes deveriam conseguir exercer uma “competência de atuação” (*Handlungskompetenz*) (WASSERMANN, 1978, p. 140).

Wassermann informa que essa competência de atuação se corporifica na capacidade da parte antecipar as estratégias da outra e se posicionar diante das argumentações e determinações judiciais. Tal questão deveria ser enfrentada de modo adequado nos procedimentos vocacionados aos economicamente débeis. (WASSERMANN, 1978, p. 140)

Desse modo, a ausência de necessidade de defesa técnica, sob o argumento socializante de busca da inclusão, gera uma nefasta exclusão do cidadão que, no quadro atual de aumento de complexidade normativa, não consegue, na imensa esmagadora de vezes, sem o auxílio de um técnico defender solitariamente os seus direitos.

No entanto, essa incompetência de atuação do cidadão não permitiria o exercício de um papel de engenheiro ou médico social pelo juiz atuando conforme seu bom senso e sem vínculo com a lei (BAUR, 1980, p. 22), sob pena de reduzir o cidadão a mero cliente e esvaziar por completo a isonomia que o modelo constitucional assegura.

²²¹ No original: “[...] es muy escasa la significación que se otorga a la intervención obligatoria de abogado. El deber de las partes de servirse de abogado no sólo persigue que ante el juez se encuentren dos partes iguales en cuanto al uso del lenguaje jurídico o que se proteja a los tribunales de procesos sin perspectivas o mal preparados en el aspecto fáctico y en el jurídico, sino que también y sobre todo se igualem las deficiencias de formación de conocimientos jurídicos [...]. Se quiere asegurar a las partes idénticas posición de salida, la misma facultad para el ejercicio de sus derechos procesales. Y aunque según lo expuesto es muy importante la función del abogado en el proceso, ocurre sin embargo que precisamente los procesos que tienen mayor importancia para las capas inferiores de la sociedad, ante los tribunales de primera instancia, no están incluidos en el principio de advocacia obligatoria, con el posible resultado del desequilibrio de las partes ante este juzgado”.

Perceba-se, entretanto, que o direito constitucional ao advogado assegura um direito, e não um óbice, de modo que nos Juizados de *Small Claims*, existentes em todo o mundo, há a possibilidade de o cidadão propor seus procedimentos sem a necessidade de um advogado. No entanto, uma vez procurando estes, recebe amplo respaldo técnico de figuras assemelhadas aos defensores públicos²²² (e não de servidores ou estagiários), da propositura até o final.

Ademais, o nível de conhecimento dos direitos pelos cidadãos em outros países não pode ser comparado ao do Brasil, que, infelizmente, é baixíssimo.

A atuação dinâmica do *direito ao advogado* somado a delimitação de uma fase metódica de preparação permitiriam um fomento ao debate e de participação.

Extinguir-se-iam a degeneração socializadora (mengeriana) de o juiz tornar-se o advogado da parte hipossuficiente e a degeneração gravíssima, decorrente da ausência de balizamentos, de o magistrado auxiliar o hipersuficiente, esmagando o economicamente débil, como alguns defendem ocorrer na prática (FERRÃO, RIBEIRO, 2006, p. 10) por alguns partidários (mesmo desconhecendo sê-lo) do neoliberalismo processual.

Ocorreria, desse modo, um resgate da importância da estrutura processual como formadora dos provimentos.

7.5.2 Por um processo democrático

O processo lastreado por um modelo constitucional (ANDOLINA, VIGNERA, 1991) constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático.

Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas sim aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, celeridade, direito ao recurso, fundamentação racional das decisões, juízo natural e inafastabilidade do controle judicial.

Todos esses princípios serão aplicados em perspectiva democrática se garantirem uma adequada fruição de direitos fundamentais em visão normativa, além de uma ampla participação e problematização, na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos relevantes para os interessados.

²²² A Defensoria Pública não pode ser chamada tão-somente para ajudar a impor um acordo as partes, como, muitas vezes, ocorre em nosso País.

É impensável, na alta modernidade que seja defensável um protagonismo das partes ou do juiz uma vez que este acaba conduzindo a um comportamento belicoso entre as profissões jurídicas, que aguça o conflito (WASSERMANN, 1978, p. 133), além de obscurecer a necessária interdependência existente entre elas.

Não se pode, igualmente, permitir que o movimento pelo ativismo judicial gere os mesmos frutos nefastos ocorridos nos sistemas de socialismo processual, no qual o aumento demasiado do papel do juiz conduziu à apatia e à atecnia das partes.

Do mesmo modo que ocorrera nesses sistemas, faz-se necessária, na atualidade, reforçar e investir na responsabilidade e formação da advocacia como forma de se garantir um sistema policêntrico e vinculado a uma participação cidadã.

O sistema brasileiro de processo dimensionaria adequadamente seu viés democrático, no qual todas as esferas de exercício do poder encontrariam um controle compartilhado, uma blindagem de mão dupla, em um espaço de problematização incessante, que impediria o subjetivismo e o autoritarismo judicial, de um lado, e a má fé e a procrastinação por parte do advogado, do outro.

Resgatar a importância do espaço público processual, no qual todos os interessados possam participar do aprimoramento do sistema jurídico, pode representar a tentativa de redescoberta da importância dessa estrutura normativa contra a indiferença e a apatia (coletiva) política, na qual os cidadãos (clientes não participantes) estão imersos, estas geradas pelo argumento dos “manipuladores olímpicos do poder” e pelos seus discursos tecnológicos de máxima eficácia prática e de diminuta repercussão social (cidadã).

Como afirma Cattoni de Oliveira,

O Direito deve fundar-se tão-somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa “vontade geral” republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 142)

A necessidade da procedimentalidade fiscalizadora e participativa poderá, finalmente, impedir que, sob o argumento ideológico de aplicação de valores compartilhados, imponha-se a vontade privatista dos manipuladores que, mascarados pelo papel de agente político, impõem seus próprios interesses.

No pêndulo pró-juiz, de um lado, e pró-parte e advogado, do outro, a participação e o policentrismo buscam o dimensionamento e o equilíbrio de concepções liberais e sociais em face das nuances de aplicação normativa, de modo que a assunção de responsabilidade por

todos os agentes processuais e a mudança de sua mentalidade no exercício das respectivas funções poderão representar um verdadeiro horizonte para a almejada democratização processual.

8 CONCLUSÃO

As considerações aqui expendidas nesta tese constituem uma tentativa de demonstrar os perigos das perspectivas do liberalismo, da socialização e do neoliberalismo processual,²²³ buscando-se o delineamento de uma perspectiva de democratização processual.

O liberalismo processual (cf. 2.4), ao constituir-se sobre o protagonismo das partes, torna o juiz mero expectador de seu debate e o processo, um instrumento privado de resolução de conflitos, com dimensionamento espaço-temporal dependente da racionalidade estratégica das partes, fato que juntamente com a cegueira social típica do Liberalismo inviabilizam sua aplicação em viés democrático.

A socialização processual (cf. Capítulo 3) construída sobre o pilar do protagonismo judicial e da relação jurídico-processual, com conseqüente solipsismo metódico, faz crer que os magistrados possuiriam um privilégio cognitivo em relação aos demais sujeitos processuais, que lhes permitiria interpretações imperscrutáveis, mediante uma postura *attitudinal*, estratégica, ou pseudonormativa, (cf. 6.3) eis que faz crer a alguns desses agentes políticos que existiria uma possibilidade de decisões que proviriam de sua magnanimidade e sensibilidade (cf. 6.4).

Tal linha, ao defender, no âmbito da hermenêutica constitucional, um comunitarismo-teleológico, que enxerga a Constituição como ordem concreta de valores, (cf. 5.4.1) garante ao juiz uma imunização de suas decisões lastreadas em valores, (cf. 6) que não se adapta a uma perspectiva democrática de direito.

Com a implementação máxima desta aplicação socializadora, seria gerado um quadro de apatia e atecnia dos advogados e partes, que passariam a não exercer sua responsabilidade endoprocessual, como demonstraram os sistemas de socialismo processual do Leste Europeu pós-Segunda Guerra (cf. 4.2).

Ademais, delimita-se, por parcela da doutrina aqui criticada, a defesa de um *sadio protagonismo*, (cf. 6.2) que permitiria uma engenharia social compensadora das desigualdades entre as partes, que encontra suas raízes históricas, desde a conversão da *ordine isonomico* para uma *ordine assimmetico* (cf. 2.2.2), e reforçadas pelo discurso socializador de Menger, Klein (cf. 3.1) e Bülow (cf. 3.3).

²²³ Que se mostraram imperiosas de serem realizadas sob pena de se recair naquele silêncio odioso dos *omissos*, noticiado por ROUANET (2006, p. 80), que permitiu, por exemplo, a consolidação de regimes totalitários.

Esta concepção processual também se mostra excludente eis que permite estratégias (táticas) de inclusão pelo juiz (políticas de compensação cf. 3.1 e 5.1) que possibilitam a geração de exclusão uma vez que encaram os participantes como cidadãos infantilizados, carentes de salvação (permitindo a não preocupação com sua formação técnica e com sua responsabilidade), pela superioridade de um magistrado (generalista – cf. 4.2.2.2), que podem esfacelar de tal modo o debate e o espaço público processual ao garantir a imposição de um único discurso jurídico válido, o percebido e preferido pelo juiz.

No Brasil, devido à ausência de formação, preparação dos profissionais, infra-estrutura e, mesmo, vontade política, foi sendo delineado um modelo neoliberal de processo (cf. 5.2.1).

Essa perspectiva, constituída, de modo sub-reptício, pelo discurso do Banco Mundial e pela política de mercado brasileira, vai introduzindo no discurso processual a busca a qualquer preço da obtenção de procedimentos extremamente rápidos, mesmo que tal visão impeça a aplicação de princípios processuais constitucionais com sua força normativa (dinâmica ou em sentido forte).

Cria-se mesmo uma sensação em todos de que o espaço-tempo processual é um mal que deve ser estirpado mediante a máxima produtividade, rapidez procedimental, sumarização cognitiva extrema e julgamento em massa de feitos, mediante técnicas que reduzem a cognição e o espaço público de problematização endoprocessual (cf. 5.2.2).

O Direito, nessa perspectiva, não deve ser aplicado em cada caso concreto, mas, sim, em larga escala, mesmo em demandas singulares, em face da técnica *das idênticas controvérsias*, importando tão-somente a produtividade (cf. 5.2.2.1).

O juiz, ao invés de exercer sua função em perspectiva performativa, vocacionada ao entendimento, passa a agir de modo estratégico, tentando se livrar do máximo de casos com a maior rapidez procedimental, independentemente de qualquer concepção social de bem viver.

Faz crer mesmo que *conciliar é legal* em qualquer situação, mesmo que tal técnica (conciliação) não se apresente adequada e nem recomendável, por ser ineficaz e inexequível para o jurisdicionado, na fase preparatória do procedimento cognitivo (cf. 5.2.2.2).

Ademais, inexistente qualquer preocupação nesse sistema neoliberal com a aludida fase preparatória do procedimento, que permitiria, tecnicamente, a preparação do debate e a produção de provas, além de auxiliar no exercício do contraditório dinâmico com o fomento ao debate (cf. 7.5).

Enfim, as degenerações de tais perspectivas teórico-paradigmáticas esvaziam o papel de garantia que o processo e seus princípios constitutivos (em dimensão forte ou dinâmica) representam, como seria necessário em um sistema realmente democrático.

É inegável a importância do mercado na alta modernidade, mas esta importância não pode permitir um discurso positivista e totalitário deste, fruto da “síndrome de privatização da cidadania”, que passe a formatar as estruturas normativas e as instituições garantidoras de direitos fundamentais, como vem sendo feito com o processo brasileiro, visto como obstáculo (cf. **5.2.1**).

O resgate do papel técnico e institucional do processo constitui uma das principais bases da democratização processual (cf. **7.2** e **7.3**).

No entanto, a estruturação adequada de um modelo democrático de processo passa pela necessária compreensão participativa deste, de modo a subsidiar equilíbrio e o reforço do papel de todos os sujeitos processuais.

O reforço do papel dos juízes em um modelo social e das partes e advogados no modelo liberal não atendem mais aos anseios de um pluralismo e relativismo das sociedades da alta modernidade, nos quais se assenta o paradigma do Estado Democrático de Direito.

A perspectiva democrática somente se implementará mediante a percepção do policentrismo processual, que exige que cada ator envolvido no processo desempenhe suas funções de modo técnico, racional e responsável (cf. Capítulo 7).

No entanto, somente será possível tal implementação mediante a construção de procedimentos forjados de acordo com os princípios constitucionais em sua acepção dinâmica, e não tão-somente de acordo com anseios de eficácia e funcionais, como ocorre em nosso sistema processual, na atualidade.

A busca de eficácia que a instrumentalidade técnica do processo cobra não pode obscurecer o papel normativo dele exigido, capaz de subsidiar uma participação legítima e constante de todos os sujeitos processuais, sem a mínima conotação hierárquica.

Não existe entre os sujeitos processuais (técnicos processuais) submissão, mas, sim, interdependência, fazendo-se inaceitável o esquema da relação jurídico-processual que impõe submissão das partes ao juiz, como já disseram dezenas de processualistas, entre estes, mais recentemente, Fazzalari, na Itália, e Gonçalves, no Brasil, e outros seguindo seus ensinamentos, mesmo sem confessá-lo (cf. **7.2**).

O juiz não pode mais constranger, subjugar e submeter as partes, advogados e órgãos de execução do Ministério Público no âmbito da discussão e do debate endoprocessual, com base em suas pré-compreensões, uma vez que não há submissão destes a sua figura.

Ao magistrado cumpre, na alta modernidade, o papel democrático de garantidor dos direitos fundamentais, não podendo ser omissivo à realidade social e devendo assumir sua função institucional decisória, num sistema de regras e princípios, embasado no debate endoprocessual, no espaço público processual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam na formação dos provimentos.

Tal perspectiva não importa num esvaziamento do papel do magistrado, mas, sim em sua redefinição.

Não há mais possibilidade do juiz democrático se portar como *expert* iluminado de uma concepção privilegiada de bem viver (engenheiro social), que lhe garantiria uma postura ativista (muitas vezes subjetivista ou autoritária) incontrolável e desgarrada do marco procedimental do Estado Constitucional vigente.

A submissão e o constrangimento ao cumprimento são determinadas pelos provimentos e pelas normas, nunca pelo exercício totalitário da função jurisdicional, e tal não se trata de mero jogo de palavras.

Ademais, o juiz democrático não pode pautar sua atuação com objetivos estratégicos, mas sim performativos, buscando o entendimento e não uma eficácia numérica (produtividade) no exercício de sua função.

Se, por exemplo, durante a cognição e no momento da tentativa de conciliação, sob os influxos das perspectivas neoliberais e, por consequência, estratégicas, o magistrado constrange ao acordo tão-somente para diminuir o número de seus procedimentos, sem vislumbrar a possível ineficácia ou inadequação deste, haverá nítida quebra do modelo constitucional de processo.

O processo e seu feixe de princípios processuais constitucionais estruturadores constituem direitos que garantem o fomento ao debate e provimentos constitucionalmente adequados em uma perspectiva policêntrica e participativa. Tal não significa somente que o procedimento acabe rapidamente.

O fetiche pela rapidez procedimental não pode dimensionar e legitimar qualquer uso solitário e/ou autoritário da função estatal.

Sabe-se que a processualística possui uma obsessão pela rapidez procedimental, como comprova o exemplo alemão, no qual, apesar de a média de duração de um procedimento cognitivo em primeiro grau ser de três a seis meses (nunca superior a um ano), na última década, ainda existe um constante sentimento de duração excessiva.

No entanto, diversamente do Brasil, outros países não se limitam apenas à busca da aludida rapidez, mas mantêm como obrigatória a necessidade de cumprimento dos outros princípios do modelo constitucional de processo.

A celeridade, devidamente interpretada na busca da correção normativa do sistema, é um importantíssimo princípio, mas que jamais poderá ser considerado hierarquicamente superior aos demais, conduzindo, mesmo, à supressão e inaplicação destes.

Perceba-se que celeridade não se consubstancia tão-somente na rapidez procedimental (cf. 5.1).

Nosso sistema jurídico e processual não é, e nunca foi, um sistema neoliberal no plano normativo (constitucional), de modo que os argumentos estratégicos vocacionados à rapidez e à produtividade a todo custo (e anti-social) devem ser combatidos incessantemente.

Também há de se perceber que toda a principiologia constitucional é dimensionada para se alcançar a correção normativa, (cf. 7.4.2) de modo que somente na perspectiva procedimental de Estado Democrático de Direito tal se torna possível.

Os princípios assegurariam durante o processo o exercício da autonomia pública e privada a todos os participantes do processo, sem prevalência do participante imparcial ou daqueles parciais. Isso porque no espaço público processual somente os argumentos normativos poderão obter assentimento e servir de fundamentação das decisões.

Para tanto, o sistema processual não trabalha mais com um único centro, com um único protagonista. Em verdade, far-se-á necessária a percepção do policentrismo processual e da necessária comparticipação entre todos os sujeitos processuais.

A assunção da interdependência garantirá novos horizontes para o debate no espaço público processual, que buscará a aplicação do direito não a partir de pré-compreensões de qualquer sujeito, mas, sim, ocorrerá uma aplicação da normatividade a partir do processo e dos argumentos normativos (mesmo que decorrentes de pré-compreensões) nele apresentados.

Mesmo na hipótese de implementação da conciliação, esta deverá garantir um acordo estruturado, fruto do fluxo discursivo e da autonomia privada das partes, e não de imposições funcionais (de eficácia) (cf. 7.5).

A base normativa dessa perspectiva encontra-se nos princípios da democracia e do contraditório, que vão garantir o exercício do discurso, da ótica da consideração entre os sujeitos processuais, da influência dos argumentos normativos e da não surpresa (cf. 7.4.2).

Como se viu, o contraditório de princípio fundante do sistema processual de contornos jus-naturalistas ou éticos foi sendo reduzido durante a história a uma mera sucessão formal de direitos e obrigações, nos moldes dimensionados pela teoria da relação jurídico processual e

pela transição de uma ordem isonômica a uma ordem assimétrica, na qual o juiz assumiria uma supremacia (cf. 2.2.2).

No entanto, na ótica democrática, o contraditório vem reassumir o seu papel de fomentador e garantidor da comparticipação e do debate, ao ser encarado em perspectiva normativa.

Seria, assim, resgatado o seu papel fundamental no dimensionamento processual, de forma a assegurar a influência dos argumentos suscitados por todos os sujeitos processuais e que nas decisões não poderiam aparecer fundamentos que não tivessem sido submetidos ao espaço público processual.

Para o seu dimensionamento técnico na cognição, far-se-ia necessária a percepção de uma estrutura bifásica, na qual, num primeiro estágio (fase preparatória), seriam filtrados todos os argumentos fáticos e jurídicos a serem discutidos amplamente no segundo estágio (fase de discussão). E, mesmo, far-se-ia um real saneamento, que impediria que atividades procedimentais iníquas fossem desencadeadas.

A preparação metódica asseguraria um diálogo genuíno entre os sujeitos processuais e garantiria que todas as decisões seriam fruto deste debate, e não de concepções não problematizáveis, encontradas de modo solitário pelo juiz, situação que impõe a necessidade cada vez mais comum da utilização de recursos (cf. 7.5).

Não se percebe, no entanto, que à medida que se mitigam os princípios constitucionais processuais, geram-se efeitos deletérios à própria tônica de eficácia que os arautos do sistema defendem, uma vez que na busca de maior funcionalidade o sistema processual acaba por tornar-se cada vez mais complexo.

A sede reformista (pontual) conduz à situação de que os “operadores” **generalistas** se mostrem, com o passar do tempo, cada vez menos preparados para dimensionar a avalanche de alterações técnicas.

As reformas realizadas sob um rótulo de “acesso à Justiça”, que buscariam uma simplificação procedimental, mostram-se pouco compreensíveis, eis que o sistema processual vai requisitando, com o passar do tempo, uma atividade cada vez mais técnica dos “operadores”, devido ao aumento de complexidade (cf. 4.2.2.2).²²⁴

Tal aumento de complexidade, conjugado com o desencantamento com a política, com os espaços públicos (inclusive processuais) e com um comportamento apático dos cidadãos, meros consumidores, favorece o dimensionamento de um neoliberalismo processual, que

²²⁴ Recorde-se, somente a título exemplificativo, das inúmeras reformas ocorridas nos sistemas recursal e executório, que vêm suscitando questões de altíssima indagação e inúmeras linhas teóricas de aplicação.

passa a contar com a atecnia dos advogados para a obtenção da rapidez procedimental, fato que poderia conduzir os mais céticos a uma não percepção de horizonte para a aqui defendida democratização do processo.

No entanto, não se defende a democratização como um ideal a ser perseguido, mas, sim percebe-se que tal perspectiva é fruto da manutenção tensional das perspectivas liberais e sociais no espaço público (legislativo e jurisdicional) que leva a sério a normatividade Constitucional, tentando afastar as degenerações apontadas ao longo deste trabalho, que impeçam uma visão forte do conjunto de princípios processuais constitucionais constantes do modelo constitucional de processo.

Também não se pode mais crer que a simples reforma legislativa (cf. **5.2.2**) desacompanhada da mudança das práticas institucionais (e processuais) possa permitir horizontes para a democratização processual, uma vez que a aludida mudança é mais importante que qualquer alteração de texto.

O resgate do papel da participação no espaço público processual de todos os envolvidos (cidadãos ativos), na perspectiva policêntrica e participativa, permitirá o redimensionamento constitucional da atividade processual e do processo, de modo a guindá-lo a seu real papel de garantidor de um debate público e dos direitos fundamentais, de estrutura dialógica de formação de provimentos constitucionalmente adequados.

Não se pode, na alta modernidade, reduzir o processo a um obstáculo a ser suplantado pela atividade magnânima do juiz ou de qualquer outro agente político, uma vez que somente o resgate da importância da intersubjetividade e da interdependência criada por ele poderá salvar uma cidadania tão desgastada, tão pouco responsável e tão carente de salvadores, como a brasileira.

A busca da eficiência mediante a sobrecarga de um juiz generalista (cf. **4.2.2.2**), canal dos valores da sociedade, é totalmente nefasta tanto no plano da legitimidade, quanto no plano funcional, por ser contra-produtiva, uma vez que oferta um ambiente hostil para esses profissionais, que passam a sofrer pressões em todos os campos.

Mas, devido a percepção do aumento da complexidade, deve-se investir numa formação continuada e conjunta de todos os sujeitos processuais (não só do juiz) com o fim de prepará-los para o exercício responsável de suas funções além de reduzir as condutas belicosas existentes entre as categorias profissionais, tão deletérias à implementação democrática do direito.

Desse modo, espera-se que o presente trabalho possa contribuir para o delineamento de um **processualismo constitucional democrático** em bases participativas e policêntricas, que defenda o processualismo normativo (constitucionalmente adequado) e procura dimensionar o hiato entre teoria constitucional e práticas sociais a partir de uma aplicação dinâmica dos direitos fundamentais, sem olvidar da técnica processual.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

AROCA, Juan Montero. **I principi politici del nuovo processo civile spagnolo**. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2002.

BACHA, Edmar Lisboa, ARIDA, Persio, RESENDE, Andre Lara. **Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil**. Rio de Janeiro: IEPE, 2004.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. As políticas neoliberais e a crise da América do Sul. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Cidade, n. 2, p. 135-144, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 25, p. 5-18, set./out. 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Síntese, v. 34, p. 6-16, mar./abr. 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. **Virtualjus**, Belo Horizonte, v. 1, p. 01-29, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O paradigma do Estado democrático de direito e as teorias do processo. **Revista Eletronica da Faculdade Mineira de Direito – Virtualjus**, Belo Horizonte, a. 3, v. 1, 2004.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional. **In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). O Brasil que queremos – reflexões sobre o Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Ed. Puc-Minas, 2006. v. 1, p. 227-238.

BAUR, Fritz. Der Anspruch auf Rechtliches Gehör. **Archiv für Civilistische Praxis**, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr, n. 153, p. 393-411, 1954.

BAUR, Fritz. **Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß**. Berlin: Walter de Gruiter & co., 1966.

BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee: rilievi attuali sulla conferenza di Franz Klein dal medesimo titolo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, p. 253-271, 1972.

BAUR, Fritz. Transformações do processo civil em nosso tempo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, Forense, n. 7, p. 57-68, 3º trim. 1976.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção “iuria novit curia”. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 3, p. 169-177, jul./set. 1976.

BAUR, Fritz. **La socialización del proceso**. Salamanca: Publicaciones del departamento de derecho procesal de la Universidad de Salamanca, 1980.

BENDER, Rolf, STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Access to justice – a world survey**, Milano: Giuffrè, 1978. v. I, livro II, p. 527-577.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**. Milano, Giuffrè, p. 118-145, 1952.

BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de occidente**. México: Fondo de cultura económica, 2001.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., AgRAI 360.265, Rel. Celso de Mello, **Diário da Justiça**, Brasília, set. 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, ERESP 319.997-SC, Rel. Peçanha Martins, j. 14/08/2002, **Diário da Justiça**, Brasília, p. 216, abr. 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MS 24.268/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/10/2003, **Diário da Justiça**, Brasília, set. 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 374.981/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28/03/2005, **Diário da Justiça**, Brasília, p. 82, abr. 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 405321/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02/03/2005, **Diário da Justiça**, Brasília, p. 27, abr. 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª T, RE-AgR 491923/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19/09/2006, **Diário da Justiça**, Brasília, p. 49, out. 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 201.819-8, Rel. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005, **Diário da Justiça**, Brasília, p. 33, out. 2006.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. As reformas do código de processo civil e o processo constitucional. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Org.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 217-251.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Fundamentos do Estado democrático de direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, n. 13 e 14, v. 7, p. 150-163, 2004.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 30, v. 128, p. 164-174, 2005.

BÜLOW, Oskar. Gesetz und Richteramt. **Juristische Zeitgeschichte**. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v.10.

BÜLOW, Oskar. **Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2005.

CADIET, Loïc. **Droit judiciaire privé**. Paris: Litec, 2000.

CALAMANDREI, Piero. **Sul progetto preliminari Solmi**. Studi sul processo civile. Padova: CEDAM, 1939. v. IV.

CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. **In: CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Ejea, 1962. t. III, p. 259-294.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Síntese, p. 30-35, set./out. 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n.7, Porto Alegre, Síntese, p. 5-14, set./out. 2000.

CAMBI, Eduardo. **Julgamento prima facie (Imediato) pela técnica do artigo 285-A do CPC**. Disponível em: <www.abdpc.org.br/artigos/artigo1033.htm>. Acesso em: 20 jan. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1974a. v. I e II.

CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la europa occidental y oriental). **In: CAPPELLETTI, Mauro. Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: Ejea, 1974b. p. 33-90.

CAPPELLETTI, Mauro. Ideologias en el derecho procesal. **In: CAPPELLETTI, Mauro. Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: Ejea, 1974c. p. 3-32.

CAPPELLETTI, Mauro **et al. The Florence access-to-justice project**. Milão: Giuffrè, 1978a. v. I a IV.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. General report. **In: CAPPELLETTI, Mauro et al. The Florence access-to-justice project**. Milano: Giuffrè, 1978b. v. I, p. 1-124.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

CAPONI, Remo. Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel Processo Civile tedesco dopo la riforma del 2001. le prove nel processo civile. **Atti del XXV Convegno Nazionale**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 265-301.

CAPPONI, Bruno. **Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.i**. Mastella sulle “disposizioni per la razionalizzazione e l’accelerazione del processo civile”. Disponível em: <http://www.judicium.it/news_file/news_glo.html>. Acesso em: 25 set. 2007.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica de processo. **Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento**. Milano: Giuffrè, 1951, v. II, p. 693-772.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, UFPR, n. 23, p. 115-126, nov. 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick. Prefácio. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves, PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. XI-XVI.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Evolución de la doctrina procesal. In: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. México: UNAM, 1974. t. II, p. 293-331.

CASTRO TAVARES, Quintino. Multiculturalismo. LOIS, Cecilia Caballero (Org.). **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo**. São Paulo: Landy, 2005, p. 89-124.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 189-225.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; CARVALHO NETTO, Menelick. Prefácio. In: CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhman e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005a, p. XIII a XXIV.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro**: Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. 12 set. 2005b. Disponível em: <<http://ww.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto862.rtf>>. Acesso em: 02 fev. 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALLINI, Cesare. **Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo**. Milano: Jovene, 2003.

CAVALLONE, Bruno. Un "frivolo amor proprio" precognizione e imparzialità del giudice civile. **Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Tarzia**. Milano, Giuffrè, v. I, p. 19-45, 2005.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhman e Habermas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CHAUÍ, Marilena. Intelectual engajado: uma figura em extinção? **In**: NOVAES, Adauto (Org.). **O silêncio dos intelectuais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e 'formalismo delle garanzie'. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, p. 570-584, 1987.

CHIARLONI, Sergio. La sentenza "della terza via" in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie? **Giurisprudenza italiana**. UTET, p. 1363-1365, 2002.

CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**. Milano: Giuffrè, 1984. v. II.

CHIOVENDA, Giuseppe. Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la comisión de posguerra. **In**: CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ejea, 1949. v. II, p. 219-346.

CIPRIANI, Franco. Autoritarismo e garantismo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, p. 24-61, 1994.

CIPRIANI, Franco. Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, p. 967-1004, 1995.

CIPRIANI, Franco. Il processo civile tra efficienza e garanzie. **Rivista di Diritto e Procedura Civile**, Bolonha, Giuffrè, 2002a, p. 1243-1261.

CIPRIANI, Franco. Prefazione. **In**: MONTERO AROCA, Juan. **I principi politici del nuovo processo civile spagnolo**. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2002b. p. 5-19.

CIVININI, Maria Juliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio. **Il Foro Italiano**, Roma, Il foro italiano, parte V, v. CXXII, p. 3-10, 1999.

COLETÂNEA DE ESTUDOS DE JURISTAS. **Processo oral**. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova: CEDAM, 1970.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: Contraddittorio (Principio del). **Enciclopedia giuridica**. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, 1988. v. XXV, p. 1-21.

COMOGLIO, Luigi Paolo. et al. **Lezioni sul processo civile**. Bologna: Il Mulino, 1998a.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e "giusto processo" (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998b.

CORDEIRO LEAL, André. **Processo e jurisdição no Estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade Mineira de direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, Universidade de Lisboa, v. LXXVIII, p. 687-697, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Direito penal e reforma processual. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Coimbra editora, p. 385-391, 2006.

COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. **Revista Forense**, v. 74, p. 21-29, jan. 1939.

COUTURE, Eduardo J. Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano. Tercera conferencia. **In: COUTURE, Eduardo J. Estudios del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ejea, 1948. t. I, p. 326-342.

CRIFÒ, Carla. La riforma del Processo Civile in Inghilterra. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, p. 511-528, 2000.

DAMAŠKA, Mirjan R. **I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo**. Bologna: Il Mulino, 1991.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1968. p. 217-231.

DENTI, Vittorio. **Processo civile e giustizia sociale**. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.

DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Il profilo storico. **In: DENTI, Vittorio. La giustizia civile**. Bolonha: Il Mulino, 2004. p. 13-43.

DENTI, Vittorio; SILVESTRI, Elisabeta. Il profilo comparatistico. **In: DENTI, Vittorio. La giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 45-70.

DEQUEKER, Thibaut. **Le nouveau visage de la procedure civile**, a la suite du decret du 28 decembre 2005. Franche-Comté: Universite de Franche-Comté, 2006.

DIÁRIO da República. I serie-A 2006, Lisboa, n. 111, p. 4069-4074, 08 jun. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DONZELLI, Romolo. La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di case management giudiziale. **In: LANFRANCHI, Lucio; CARRATA, Antonio. Davanti al giudice: studi sul processo societario**. Torino: Giappichelli, 2005. p. 515-591.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. São Paulo: Globo, 1998. v. 2.

FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, n. 3, p. 861-880, 1958.

FAZZALARI, Elio. Voce: Procedimento e processo (teoria generale). **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1986. p. 819-835.

FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Giuffrè, n. 1, p. 1-11, 1989.

FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: Dall'azione al processo (1864-1994). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, p. 911-925, 1994.

FAZZALARI, Elio. **Conoscenza e valori**. Torino: Giappichelli, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica e garantismo**. México: Fontamara, 2004.

FERRÃO, Brisa Lopez de Mello, RIBEIRO, Ivan César. Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca? **Berkeley program in law & economics: Latin American and Caribbean law and economics association**. California: Berkeley press, 2006.

FERRAZ DE ARRUDA, Augusto Francisco Mota. Formação e recrutamento de juízes. **In: ALMEIDA, José Mauricio Pinto de. LEARDINI, Márcia (Coord.). Recrutamento e formação de magistrados no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 29-58.

FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, p. 780-795, 1988.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Jose Lebre. Em torno da revisão do Direito Processual Civil. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, p. 5-18, 1995.

GANUZAS, Ezquiaga. **"Iura novit curia" e aplicación judicial del derecho**. Valladolid: LEx Nova, 2000.

- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). **Enciclopedia del diritto**. Milano: Guffrè, 1988.
- GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Labor, 1936.
- GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Caoluste Gulbenkian, 1985.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 214-232.
- GRUNSKY, Wolfgang. Il cosiddetto “modello di Stoccarda” e l’accelerazione del processo civile tedesco. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, Cedam, a. 26, n. 3, p. 354-369, 1971.
- GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 63, p. 105-118, jul. 2002.
- GURVIC, M. A. GHERZON, S. L. Le “norme fondamentali” del diritto processuale civile dell’URSS e delle repubbliche dell’unione **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Giuffrè, p. 1624-1633, 1963.
- HABSCHEID, Walther J. As bases do direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 11, p. 117-145, jul./set. 1978.
- HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. Reply to simposium participants, Benjamin N. Cardozo school of law. **Cardozo law Review**, p. 1477-1557, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. **Verdad y justificación**. Madrid: Trotta, 2002.
- HENKE, Albert. Prime osservazioni sulla riformadel diritto porcessuale austriaco. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Giuffrè, n. 3, p. 816-827, 2003.
- HESPANHA, Antonio. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- HESS, Burkhard. **Territorial jurisdiction**. Strasbourg: commission for the efficiency of justice (CEPEJ), 2003.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. New York: Dover, 1991.
- IAI, Ivano. La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte Europea sino al 31 ottobre1998. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, p. 549-569, 1999.

ITÁLIA, Corte de Cassação, Seção I, 21 de novembro de 2001 n. 14637, Pres. Criscuolo, Província de Pesaro e Urbino. **In:** Giustizia civile. **Rivista Mensile di Giurisprudenza**, v. LII, t. II, parte I, p. 1611-1612, 2002.

ITÁLIA, Corte de Cassação, **sentença n. 15.705 de 27/07/2005**, Segunda seção civil, Roma, Disponível em: <www.cortedicassazione.it>. Acesso em: 06 fev. 2006.

ITÁLIA, Corte de Cassação, **sentença n. 21108 de 31/12/2005**, Terceira seção civil, presidente P. Vittoria, Relator Preden, Item 2.1. da fundamentação, Roma, Jun. 2005. Disponível em: <www.cortedicassazione.it>. Acesso em: 10 fev. 2006.

JODLOWSKI, Jerzy, Gli orientamenti della riforma della procedura civile polacca. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, p. 474-495, 1988.

JUDGEMENT at Nuremberg (Julgamento em Nuremberg). **Direção:** Stamley Kramer. Produção: Roxlom Films Inc. Interpretes: Spencer Tracy, Burt Lancaster, Richard Widmark, Marlene Dietrich, Maximilian Schell, Judy Garland, Motgomery Clift. 1961, 187 min.

KLEIN, Franz. **Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

KUBINSZKY, Luiz. O novo código de processo civil húngaro, lei III de 1952 e algumas reflexões suas sobre o antigo código de processo civil húngaro, lei I, de 1911. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 7, p. 119-130, jul./dez. 1977.

LANFRANCHI, Lucio; CARRATA, Antonio (Org.). **Davanti al giudice**: studi sul processo societario. Torino: Giappichelli, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Livraria Editora e distribuidora Ltda, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo** – primeiros estudos. São Paulo: Editora Síntese – IOB Thomson, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEBRE DE FREITAS, Jose. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais a luz do código revisto. Coimbra: Coimbra editora, 1996.

LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. LOIS, Cecilia Caballero (Org.) **Justiça e democracia**: entre o universalismo e o comunitarismo. São Paulo: Landy, 2005. p. 197-230.

LEYRET, Henry. **Las sentencias del buen juez Magnaud**. Reunidas e comentadas. Bogota: Temis, 1976.

LEOPOLDO E SILVA, Franklin. Política como moralidade. **In:** MORAES, Adauto (Org.). **O esquecimento da política**. São Paulo: Agir, 2007. p.127-137.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, p. 551-565, 1960.

LUISO, Francesco P. Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: uma sentença revolucionária? Giustizia civile. **Rivista Mensile di Giurisprudenza**, v. LII, t. II, parte I, p. 1611-1615, 2002.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua nova**, n.57, p. 113-134, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. t. II.

MARTINS, Pedro Baptista. A defesa do anteprojeto de código de processo civil. In: **Processo oral**. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 225-238.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MENGER, Anton. **L'État socialiste**. Paris: Société nouvelle de librairie et d'édition, 1904.

MENGER, Anton. **El derecho civil e los pobres**. Atalaya: Buenos Ayres, 1947.

MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Buenos Aires: Ediar, 1948.

MONTERO AROCA, Juan. **I principi politici del nuovo processo civile spagnolo**. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane. 2002.

MONTERO AROCA, Juan. Il processo civile “sociale” come strumento di giustizia autoritaria. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, p. 553-579, abr./jun. 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 25, p. 5-18, set./out. 2003.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium editora, 2006.

NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, p. 722-750, 1988.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

NUNES, Dierle José Coelho. Honorários de sucumbência na nova fase de cumprimento de sentença estruturada pela Lei nº 11.232/05. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 140, p. 107-114, out. 2006b.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, IUPERJ, n. 03, v. 48, p. 559-587, jul./set. 2005.

OLIVIERI, Giuseppe. La “ragionevole durata” del processo di cognizione (qualche considerazione sull’art.111, 2° comma, Cost.). **Il foro italiano**, Parte V, Roma, p. 251-268, 2000,

PACHECO, Jose da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**: desde as origens até o advento do novo milênio. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PARÁIBA, Tribunal Regional do Trabalho 13º Região, **Processo n. 01718. 2007.027.13. 00-6**, Juíza de 1º Grau Adriana Sette da Rocha Raposo, jun. 2007, Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/61414,1,>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

PASSANANTE, Luca. La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, p. 1356-1353-1370, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PICARDI, Nicola. Voce: Processo civile (diritto moderno). **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1987, p.101-117.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Milano, Cedam, n. 3, p. 673, jul./set. 1988.

PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars” le matrici storico-culturali del contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, p. 7-22, 2003.

PICARDI, Nicola. La vocazione de nostro tempo per la iurisdizione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, p. 41-71, 2004.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milano: Giuffrè, 2006.

PICARDI, Nicola. **La giurisdizione all’alba del terzo millennio**. Milano: Giuffrè, 2007.

PICARDI, Nicola; LANTIERI, Rossela Lavinia; LOPARDI, Ubaldo. Il processo civile in Russia da Pietro il grande ad oggi. **In: PICARDI, Nicola; MARTINO, Roberto. Codice di procedura civile della federazione Russa 2003**. Bari: Cacucci editore, 2007. p. 1-66.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Editora Sumaré, 2000.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Recurso n. 10361/01, Rel. Conselheiro Ferreira Ramos, j. 15/10/2002, Data do acórdão: 15/10/2002, Lisboa, Disponível em: <www.stj.pt>. Acesso em: 23 fev. 2006.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, **Recurso de Revista n. 8802/02**, Rel. Conselheiro Araújo Barros, j. 13.01.2005, Data do acórdão: 13/01/2005, Lisboa, Disponível em: <www.stj.pt>. Acesso em: 23 fev. 2006.

- POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2007.
- PROTO PISANI, Andrea. Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato. **II Foro Italiano**, Parte V, Roma, p. 73-87, 2000a.
- PROTO PISANI, Andrea. Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile. **II Foro Italiano**, Parte V, Roma, p. 244-245, 2000b.
- RIBEIRO, Sergio. As políticas neoliberais e a degradação da democracia: a subordinação do poder político ao poder econômico. **Fragmentos de Cultura**, Goiânia, UCG, p. 125-134, nov. 2003.
- ROSENBERG, Leo. **Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht**. Munique-Berlim: Beck, 1956.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru: EDIPRO, 2000.
- ROUANET, Sergio Paulo. A crise dos universais. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O silêncio dos intelectuais**. São Paulo: Companhia das letras, 2006. p. 69-84.
- SADEK, Maria Teresa. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, p. 79-101, 2004.
- SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa *et al.* **A geografia da justiça** – para um novo mapa judiciário. Coimbra: Observatório permanente da justiça portuguesa – Universidade de Coimbra, 2006a.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. **O recrutamento e a formação de magistrados**: análise comparada de sistema em países da União Européia. Coimbra: Observatório permanente da justiça portuguesa – Universidade de Coimbra, 2006b.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez editora, 2007.
- SCHMITT, Carl. **Legalidad y legitimidad**. Madrid: Aguilar, 1971.
- SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Bosch, 1950.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projecto”. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, 1995. p. 353-416.
- SOUSA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. Lisboa: LEx, 1997a.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 86, p. 174-184, abr./jun. 1997b.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 17, p. 138-149, jan./mar. 1980.

STRECK, Lenio Luiz. **Crise de paradigmas**: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. 05 jan. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40803,1>>. Acesso em: 01 nov. 2007.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Mais) um passo atrás no direito brasileiro. Quem vai cuidar do guarda da esquina?. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 959, 17 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7987>>. Acesso em: 03 jul. 2006.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. 19 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 01 nov. 2007.

TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi**. Bologna: Il Mulino, 1980.

TARUFFO, Michele. Il processo civile di *civil law* e di *common law*: aspetti fondamentali. **Sui confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002a.

TARUFFO, Michele. Dimensioni transculturali della giurizia civile. **Sui confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002b.

TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. **Sui confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino. 2002c.

TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. **Problemi del processo di cognizione**. Padova: CEDAM, 1989.

TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 79, p. 51-63, jul./set. 1995.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University press, 1995.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. **In**: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexão sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: PUCMINAS, 2006. v. 1, p. 585-626.

TESHEINER, José Maria Rosa *et al.* **Nova sistemática processual civil**. Caxias do Sul: Plenum. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo e cidadania. **Direito e processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1997. v. 5. p. 45-68.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006a.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Thompson IOB, v. 40, p. 25-53, mar./abr. 2006b.

TROCKER, Nicolo. Il secondo congresso internazionale dei processualisti dei paese socialisti. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1972, p. 128-133.

TROCKER, Nicolo. **Processo civile e costituzione**. Problemi de diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

TROCKER, Nicolo. I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, p. 35-95, 1988.

TROCKER, Nicolo. Il nuovo art. 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista di Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, p. 381-410, 2001.

VALDÉS, Ernesto Garzón. **Derecho y filosofía**. Barcelona: Editorial Alfa, 1985.

VELLANI, Carlo. La collaborazione tra il giudice e le parti nel processo del lavoro. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, p. 979-1054, 2001.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**: o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VIEIRA, Jose Marcos R.. Teoria geral da efetividade do processo. **Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 1, v. 1, p. 90-107, 1998.

VOLKMAR, Erich. La nuova legge tedesca sul processo civile del 27 ottobre 1933 e la importanza dal lato della politica legislativa. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova, CEDAM, p. 273-288, 1934.

WALTER, Gehrard. Cinquanta anni di studi sul processo civile in Germania: dal costruttivismo all’apertura internazionale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, p. 36-52, 1998.

WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, n. 3, p. 733-749, jul./set. 2001.

WALTER, Gehrard. The german civil procedure reform act 2002: much ado about nothing? **Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Tarzia**. Milano: Giuffrè, 2005. v. I.

WASSERMANN, Rudolf. **Der soziale Zivilprozeß**: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978.

WOOLF, Harry. Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales – June 1995. Capitulo 5 e 6 In: **Access to justice**. London. Disponível em: <<http://www.dca.gov.uk/civil/interim/woolf.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

WOOLF, Harry. Final report to the Lord chancellor on the civil justice system in England and Wales – July 1996. Capítulo 1 e 2. **In: Access to justice**. London. Disponível em: <<http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. Notas sobre a justiça da Alemanha. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 86-138, jul./set. 1982.