UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

ROBERTO DEL CLARO

Direção Material do Processo

SÃO PAULO
2009

ROBERTO DEL CLARO

Direção Material do Processo

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual
Orientador: Prof. Dr. Flávio Luiz Yarshell

SÃO PAULO
2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Roberto Del Claro
Direção Material do Processo

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

À
Glau,
amor da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente ao meu orientador, Prof. Dr. Flávio Luiz Yarshell. Em primeiro lugar, por ter acolhido como orientando um completo estranho no concorridíssimo processo seletivo da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Devo agradecer também pela confiança que demonstrou no meu projeto de pesquisa, dando total liberdade para conduzi-lo, tendo sido um grande incentivador da minha vinda para a Alemanha. Durante a elaboração do trabalho, suas considerações e a sua visita ao Instituto de Direito Processual da Universidade de Colônia foram decisivas. Isso para não falar das inúmeras atividades burocráticas que pronta e gentilmente resolveu no Brasil durante a minha ausência. Iniciei o curso de doutorado com um orientador e concluí o trabalho com um amigo.

Agradeço também ao Prof. Dr. Hanns Prütting, diretor do Instituto de Direito Processual da Universidade de Colônia, por ter atuado como meu co-orientador no período entre novembro de 2006 e janeiro de 2009. Seus imensos conhecimentos do direito, aliados a uma imensa simpatia não usual entre os professores alemães, serão sempre por mim lembrados. No Instituto de Direito Processual, não posso deixar de agradecer à secretária-geral *Frau* Ingrid Gehrmann, por ter antecipadamente resolvido todas as questões envolvidas nessa estada. Agradeço também a todos os *Mitarbeiterin* do Instituto e o faço em nome do doutorando Philip Verenkotte.

Ao Priv.-Doz. Dr. Moritz Brinkmann, LL. M. pela amizade e pela enorme disposição em discutir os temas do trabalho, sugerir leituras e por me auxiliar nas não poucas dificuldades da língua alemã.

Minha ida a Alemanha jamais teria se concretizado sem a decisiva participação do Prof. Dr. Álvaro Perez Ragone. Além disso, sua pronta disposição para discutir as questões do presente trabalho, bem como a leitura crítica que fez de versões preliminares, foram essenciais.

Agradeço também ao Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, meu orientador durante o curso de mestrado na UFPR, pelo incentivo dado para minha transferência para a USP, bem como pela indicação do meu nome junto ao DAAD, por ocasião do processo seletivo das bolsas. Por também terem me recomendado, minha gratidão também é dirigida ao emérito Prof. Dr. Egas Dirceu Moniz de Aragão e ao Prof. Dr. Luiz Edson Fachin. Durante

o processo seletivo, teve participação decisiva o Prof. Dr. José Antônio Peres Gediél, a quem sou eternamente grato.

Aos amigos Guilherme Soares e Guilherme Borges pelas contribuições que foram dando no curso do trabalho. Sem tais considerações certamente muitas das virtudes deste não existiriam. Os vícios da tese são, evidentemente, de minha inteira responsabilidade. A Guilherme Borges agradeço também pela enorme ajuda no enfrentamento dos textos em latim.

Também agradeço a Eduardo Talamini, Elton Venturi, Manoel de Souza Mendes Jr., Sérgio Cruz Arenhart, aos colegas das disciplinas da pós-graduação no Largo de São Francisco no ano de 2006 e a muitos outros que, em maior ou menor grau, colaboraram com a presente tese.

Aos professores que participaram da minha banca de qualificação, Prof. Dr. Virgílio Afonso da Silva e Prof. Dr. Carlos Alberto de Salles, agradeço pelas inúmeras e preciosas considerações que em muito contribuíram com o presente trabalho.

Não posso deixar de agradecer ao Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD), por ter dado todo o suporte financeiro e burocrático que possibilitaram a minha estada na Alemanha.

Agradeço muito aos meus pais, José Claudio e Nilcéa, pelo amor e pelo imenso trabalho que tiveram suprimindo minhas necessidades tanto no Brasil quanto na Alemanha.

Por fim, agradeço à minha esposa Glaucy, pelo amor e pelo companheirismo que a fizeram largar todos os seus planos e sonhos no Brasil em prol dos meus projetos pessoais.

Köln, den 25. Januar 2009.

Man muß seiner Fahne treu bleiben, auch wenn das Schiff sinkt; und kann in die Tiefe nur die Hoffnung mitnehmen, daß das Ideal der Freiheit unzerstörbar ist und daß es, je tiefer es gesunken, um so leidenschaftlicher wieder aufleben wird.^α

Hans Kelsen

^α KELSEN, Hans. *Verteidigung der Demokratie*, **Verteidigung der Demokratie**, org. M. Jestaedt e O. Lepsius. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 237. Tradução livre do original: “É preciso ser fiel à sua bandeira mesmo quando o navio vai a pique e, nas profundezas, a única esperança que se possa manter consigo é que o ideal da liberdade é indestrutível, e que quanto mais fundo esse ideal tiver afundado, tanto mais violentamente ele voltará à tona.”

RESUMO

DEL CLARO, Roberto. **Direção Material do Processo**. 2009. 271 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

O juiz tem um dever de direção material do processo que consiste em respeitar os direitos processuais das partes e fomentar o seu exercício. A direção material do processo exige real possibilidade de argumentação das partes sobre todas as alegações de fato e sobre todos os pontos de vista jurídicas contidos na decisão. Existe uma proibição de decisões surpresa. É possível afirmar a presença desse dever judicial no Brasil a partir de duas perspectivas diferentes. Em primeiro lugar, a partir da conexão entre o dever de direção material do processo, uma teoria forte dos direitos processuais e uma concepção liberal de justiça processual. Em segundo lugar, a partir de uma perspectiva comparativa. O processo civil alemão apresenta-se como modelo de um sistema que atende aos requisitos teóricos acima mencionados, além de contar expressamente em seu Código de Processo Civil com a direção material do processo (§ 139, ZPO) e com um remédio contra a violação de direitos processuais (§ 321a, ZPO). Embora o Código de Processo Civil brasileiro não contenha tal dever de forma expressa, a interpretação dos direitos processuais fundamentais contidos na Constituição, aliada à visão teórica desenvolvida, impõe a conclusão da existência do dever de direção material do processo. A direção material do processo só é alcançável a partir de uma concepção de liberalismo político processual capaz de legitimamente conjugar o necessário ativismo processual do juiz com a necessidade de tratar as partes com dignidade.

Palavras-Chave: Processo Civil. Direitos. Justiça Processual. Liberalismo. Processo Civil Alemão. Direção Material.

ABSTRACT

DEL CLARO, Roberto. **Procedural Duty to Give Hints and Feedback**. 2009. 271 p. Thesis (Doctoral) – Law School, University of São Paulo, 2009.

The judge has a duty to give hints and feedback during the process. These consist in respecting as well as promoting the procedural rights of the parties. The duty to give hints and feedback demands real chance of argumentation, regarding all issues of fact and law contained in the decision. There is a valid prohibition against surprise decisions. It is possible to defend the duty to give hints and feedback in Brazil from two different perspectives. First, from the connection between the duty to give hints and feedback, a strong theory of procedural rights and a liberal conception of procedural justice. Second, through a comparative perspective. The German civil procedure presents itself as a model of a system that fulfills the theoretical requisites above mentioned. It also contains in the Code of Civil Procedure the duty to give hints and feedback (§ 139, ZPO) and a remedy against the violation of procedural rights (§ 321a, ZPO). In despite of the absence of such a duty in the Brazilian Code of Civil Procedure, the interpretation of the fundamental procedural rights of the Constitution, associated with the above mentioned theoretical framework, imposes the conclusion of the validity of the duty to give hints and feedback. The duty to give hints and feedback can only be reached through a specific conception of procedural political liberalism capable of legitimate the necessary judicial activism with the need to treat the parties with dignity.

Keywords: Civil Procedure. Rights. Procedural Justice. Liberalism. German Civil Procedure. Duty to Give Hints and Feedback.

ZUSAMMENFASSUNG

DEL CLARO, Roberto. **Materielle Prozessleitung**. 2009. 271 Seiten. These (Dissertation) – Rechtswissenschaftliche Fakultät – Universität zu São Paulo, 2009.

Die materielle Prozessleitung ist eine richterliche Pflicht. In Erfüllung dieser Pflicht muss der Richter die prozessualen Rechten der Parteien respektieren und fördern. Es ist notwendig, dass die Parteien eine reale Möglichkeit der Auseinandersetzung über Tatsachen und Rechtsgesichtspunkte haben. Aus der materiellen Prozessleitung ergibt sich insofern ein Verbot von Überraschungsentscheidungen. In Brasilien können für die Existenz einer richterlichen Befugnis oder Pflicht zur materiellen Prozessleitung zwei verschiedene Gesichtspunkte angeführt werden. Zuerst durch die Verknüpfung der richterlichen Aufgabe, Hinweispflichten zu geben, mit einer starken Theorie von Verfahrensrechten als Ausfluss eines liberalen Verständnis von Verfahrensgerechtigkeit. Zweitens durch eine vergleichende Perspektive. Das deutsche Zivilprozessrecht stellt sich als Modell eines Systems dar, das diese Erfordernisse erfüllt. Es enthält auch in der ZPO die Aufgabe, den Prozess materiell zu leiten (§ 139, ZPO) und gewährt Rechtsbehelfe gegen die Verletzung der Verfahrensrechte (§ 321a, ZPO). Die brasilianische ZPO kennt keine ausdrückliche Pflicht zur materiellen Prozessleitung. Allerdings kann man diese richterliche Hinweispflicht aus prozessualen Grundrechten, in Verbindung mit dem oben erwähnten theoretischen Rahmen ableiten. Die materielle Prozessleitung kann nur durch einen prozessualen politischen Liberalismus erreicht werden, der die notwendige richterliche Einmischung mit der Würde der Parteien in Einklang setzen kann.

Stichworte: Zivilprozessrecht. Rechte. Verfahrensgerechtigkeit. Liberalismus. Deutsches Zivilprozessrecht. Materielle Prozessleitung.

SUMÁRIO

PARTE I – Direitos Processuais, Justiça Processual

1.	Introdução	14
1.1	A Tese	25
2.	Direitos e Método	36
2.1	Jurisprudência Analítica e Direitos	44
3.	Direitos e Direitos Processuais	58
3.1	A Tese de Chiovenda e suas Fragilidades	68
3.2	Relação Jurídica Processual	74
4.	Justiça, Processo e Instrumentalidade	86
4.1	Instrumentalismo Exacerbado do Processo	95
4.2	Conclusões Parciais	105
5.	Justiça, Processo e Autotutela	108
5.1	Processo Civil Publicista	112
5.2	A Oscilação do Pêndulo	115
5.3	Kant e Neukantianismus	120
5.4	Conclusões Parciais	130
6.	Utilitarismo e Direitos Processuais	132
6.1	Restrição de Direitos Processuais	137

PARTE II – Direção Material do Processo

7.	Comparação de Tradições Jurídicas	144
7.1	A Proposta de Damaška	152
7.2	Conclusões Parciais	130

8.	Direito Processual Civil Alemão	160
8.1	Objetivos do Processo	165
8.2	Direção Material do Processo	175
8.3	Neutralidade e Igualdade de Armas	181
8.4	Proteção de Direito Processuais	184
8.5	Conclusões Parciais	190
9.	Direito Processual Civil Brasileiro	194
9.1	Autoritarismo e Liberalismo Processual	198
9.2	O Mito da Transição	203
9.3	Disciplina Constitucional do Processo Atual	208
9.4	Fins do Processo	213
9.5	Conclusões	217
10.	Estudo de Casos	220
10.1	Prescrição e Proibição de Surpresa	222
10.2	Efeito Devolutivo da Apelação	225
10.3	Efeitos Infringentes em Embargos Declaratórios	228
10.4	Inversão do Ônus da Prova	230
10.5	Conclusões Parciais	233
11.	Conclusões	234
	Referências Bibliográficas	242

NOTA INTRODUTÓRIA

Esta dissertação foi integralmente – da primeira até a última página – escrita durante o período em que estive como pesquisador visitante no Instituto de Direito Processual da Universidade de Colônia, com bolsa do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD), no período entre novembro de 2007 e janeiro de 2009.

A imersão no ambiente acadêmico alemão certamente facilitou e muito a pesquisa de autores estrangeiros, como ficará claro da leitura do texto. Por outro lado, a quase que completa impossibilidade material de acesso aos autores brasileiros provocou a ocorrência de uma grave injustiça, que consiste na impossibilidade de citar o valoroso trabalho de inúmeros e brilhantes processualistas brasileiros que foram lidos nos anos anteriores a essa estada e cujas posições certamente se refletem no texto. Tal injustiça será sanada numa posterior versão desse trabalho.

Praticamente todos os textos foram consultados em sua língua original e a tradução é minha, mesmo nos casos em que existem traduções para outros idiomas, inclusive para o português. A única exceção é o livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de autoria de Robert Alexy, no qual me utilizei da excelente tradução de Virgílio Afonso da Silva, publicada em 2008. Também fiz minhas próprias traduções dos artigos do ZPO, mas não posso deixar de registrar o agradecimento ao imenso trabalho de Álvaro Perez-Ragone e de Juan Carlos Ortiz Pradillo, que traduziram integralmente o Código de Processo Civil alemão para o espanhol em 2006, publicado pela Konrad Adenauer Stiftung.

Todas as traduções feitas no trabalho são livres e, portanto, uma interpretação, mas tentando manter o sentido original. Procurei me guiar nas palavras de Dr. Samuel Johnson, quando afirmou que traduzir é “interpretar em outra língua; é mudar em outra língua mantendo o sentido” (JOHNSON, Samuel. **A Dictionary of the English Language** 4.^a ed. London: J. F. et. alli., 1785, vol. II, ‘to translate’). Dr. Johnson cita uma fala de Sir John Falstaff em *The Merry Wives of Windsor*, de Shakespeare, para expressar seu entendimento sobre uma tradução: “I can construe the action of her familiar style; and the hardest voice of her behaviour, to be Englished rightly, is, ‘I am Sir John Falstaff’s’. *Pist.* – He hath studied her well, and *translated* her well, out of honesty into English”. Tentei me guiar por elas. Por ser uma tradução livre, peço escusas pela lastimável qualidade das traduções dos textos poéticos de Goethe, Schiller e Donne, que por minha exclusiva culpa perderam por completo seu alto valor estético.

A fim de facilitar a busca desses textos, todos os artigos publicados em periódicos americanos foram citados de acordo com o padrão lá vigente, em descon sideração das regras de elaboração de teses da USP.

Os acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça citados encontram-se na íntegra na internet: www.stf.jus.br e www.stj.gov.br.

1. INTRODUÇÃO

Das ist der Weisheit letzter Schluß:
Nur der verdient sich Freiheit wie das Leben,
Der täglich sie erobern muß!
Faust¹

Beim Schiffbruch hilft der Einzelne sich leiter...
Ein jeder zählt nur sicher auf sich selbst...
Der Starke ist am mächtigsten allein...
Wilhelm Tell

O período entre o fim do século XVIII e o início do século XIX corresponde à idade de ouro do liberalismo na Alemanha. Nas letras, cravaram seus nomes no rol da imortalidade poetas liberais como Johann Wolfgang von Goethe e o autor dos últimos versos acima, Friedrich Schiller. A personagem que os recitou foi o herói Wilhelm Tell,² para quem: “o náufrago se arranja melhor sozinho”; “cada um só pode certamente contar consigo mesmo”; “o forte é mais poderoso quando está só”.³ O liberalismo de Wilhelm Tell corresponde a uma visão extremada, libertária, quase caricatural. Porém, mesmo que de forma indireta, ela deixa transparecer o apreço de Schiller pela vida em sociedade e pelos valores democráticos.⁴ Isso ocorre, dentre outros versos, naquele em que Tell afirma:

¹ GOETHE, Johann Wolfgang von. *Faust - Der Tragödie - Zweiter Teil*, **Goethe's Sämmtliche Werke**. Stuttgart: J.G. Cotta, 1851, vol. XII, p. 289-290. Tradução livre do original: “Essa é a conclusão última da sabedoria: Só merece para si a liberdade, bem como a vida, aquele que diariamente precisa conquistá-las!”

² Acerca do herói suíço, explica Max Frisch que: “Tell se emancipa da menoridade medieval. Na qualidade de indivíduo (personalidade), que não consulta nem o *Kaiser* e nem o Papa, Tell alcança a distintiva responsabilidade pessoal do homem” (FRISCH, Max. **Wilhelm Tell für die Schule**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004, p. 94). Tradução livre do original: “Tell emanziptiert sich aus der mittelalterlichen Unmündigkeit, Tell als das Individuum (Persönlichkeit), das weder Kaiser noch Papst befragt, sondern die Selbstverantwortlichkeit des Menschen erringt.” No caso da versão de Schiller, é digno de nota que foi o próprio Goethe quem sugeriu a ele escrever sobre a lenda suíça de Wilhelm Tell, em carta datada de 14 de outubro de 1797 (SCHILLER, Friedrich; GOETHE, Johann Wolfgang von. **Briefwechsel zwischen Schiller und Goethe in den Jahren 1794 bis 1805**, 2.^a ed. Stuttgart: J.G. Cotta, 1856, vol. I, p. 390-391). Schiller respondeu, em 30 de outubro do mesmo ano, afirmando que “a idéia de Wilhelm Tell é muito feliz” (die Idee von dem Wilhelm Tell ist sehr glücklich) (p. 316).

³ SCHILLER, Friedrich. **Wilhelm Tell**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, versos 433, 435, 437.

⁴ Wilhelm Tell pregava a liberdade, mas não tinha nenhuma mensagem política para transmitir. Segundo *Madame* de Staël, “selvagem e independente como as corças das montanhas, ele [Tell] vive livre, mas não se indaga sobre o direito pelo qual é livre” (STAËL, Anne-Louise-Germaine de. **De L'Allemagne**, 2.^a ed. Paris:

“o homem destemido pensa em si próprio em último lugar”.⁵ Tal passagem deve ser entendida como um genuíno ato de coragem, e não como uma renúncia do indivíduo em prol da comunidade. Isso porque nós, os indivíduos, amamos o individual. Quanto ao geral – a comunidade –, já afirmava Goethe, “nós o utilizamos, mas nós não o amamos”.⁶ Na linha da melhor tradição liberal, Schiller entendia que quanto mais liberdade goza o indivíduo, melhor a sociedade na qual ele vive. Não se trata de liberdade absoluta, já que esta pode ser legitimamente restringida pelo Estado. O grande problema consistiria e consiste na elaboração dos princípios a partir dos quais tal restrição seria implementada.⁷

Profundamente influenciado pela teoria moral de Kant,⁸ acreditava Schiller numa sociedade na qual o indivíduo tinha muitos tipos de liberdade. Também é claramente perceptível em sua obra a diferença bastante utilizada pela filosofia política atual entre a moral e a ética, *i.e.*, entre o modo como devemos tratar os outros e o modo como devemos conduzir nossas próprias vidas (satisfação de fins permitidos).⁹ Sem escolha, sem liberdade, tal distinção torna-se obscura; praticamente inexistente. Para Schiller, a liberdade é algo inerente ao próprio homem e, mais do que isso, é um presente divino:

O que as mãos constroem, podem as mãos derrubar.
Mas a casa da liberdade, esta nos foi erigida por Deus.¹⁰

Ao lado de Goethe e Schiller, mas já no campo da filosofia política em um sentido mais estrito, releva-se o nome de Friedrich Wilhelm Christian Carl Ferdinand von

Chez H. Nicolle, 1814, tomo II, p. 122). Tradução livre do original: “sauvage et indépendant comme les chevreuils des montagnes, Il vivoit libre, mais il ne s’occupoit point du droit qu’il avoit de l’être.”

⁵ Ibid., verso 136. Tradução livre do original: “Der brave Mann denkt an sich selbst zuletzt”.

⁶ GOETHE, Johann Wolfgang von. Bedeutung des Individuellen, **Goethe’s Sämmtliche Werke**. Stuttgart: J.G. Cotta, 1851, vol. XXI, p. 343. Tradução livre do original: “Jeder ist selbst nur ein Individuum, und kann sich auch eigentlich nur fürs Individuelle interessieren. Das Allgemeine findet sich von selbst, bringt sich auf, erhält sich, vermehrt sich. *Wir benutzen’s, aber wir lieben es nicht.*”

⁷ SCHILLER, Friedrich. Erklärung über die Freyheit, **Schillers Werke – Nationalausgabe**. Weimar: Hermann Böhlau, 1963, vol. XXI, p. 96.

⁸ Cf. SCHLEGEL, Friedrich. **Geschichte der alten und neuen Literatur**. Berlin: M. Simion, 1841, p. 463-469.

⁹ Para um detalhamento recente dessa distinção entre a moral e a ética: FORST, Rainer. **Das Recht auf Rechtfertigung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007, p. 100-126.

¹⁰ SCHILLER, Friedrich. **Wilhelm Tell**... op. cit., verso 387. Tradução livre do original: “Was Hände bauten, können Hände stürzen. Das Haus der Freiheit hat uns Gott gegründet.”

Humboldt,¹¹ ou, simplesmente Wilhelm von Humboldt; figura cujo nome é indissociável da história da Alemanha.¹²

Entre 1791 e 1792, o jovem Wilhelm von Humboldt (1767-1835) escreveu um dos mais essenciais trabalhos de toda a tradição liberal. Esse livro recebeu o título “Idéias para uma Tentativa de Precisar os Limites da Ação do Estado”, ou, como ficou conhecido, “Os Limites da Ação do Estado”.¹³ O trabalho só veio a público em 1851, como obra póstuma, pelas mãos de seu não menos famoso irmão, Alexander von Humboldt.

A obra não teve uma recepção imediata na Alemanha,¹⁴ pois o liberalismo levava aí uma *vida desgraçada*, para usar a expressão de Merquior,¹⁵ tendo sido posto de lado em um ambiente cada vez mais contaminado pelo historicismo – que conduz ao totalitarismo político –, inspirado em Hegel e Marx.¹⁶ A par da tímida recepção do texto pelos teutônicos, já em 1854 foi lançada em Londres uma tradução do livro para o inglês, cuja seguinte passagem merece transcrição:

O grande princípio condutor, para o qual convergem diretamente todos os argumentos expostos nessas páginas, é a absoluta e essencial importância do desenvolvimento humano em sua mais rica diversidade.¹⁷

¹¹ Era pública e notória a grande amizade entre os liberais Goethe, Schiller e Humboldt. Nas cartas trocadas entre Goethe e Schiller, quase sempre existiam referências às atividades de Humboldt: *unser Freund* (nosso amigo). SCHILLER, Friedrich; GOETHE, Johann Wolfgang von. **Briefwechsel...** op. cit., 432 p.

¹² Ainda hoje a mais utilizada biografia de Humboldt é a de Haym: HAYM, Rudolf. **Wilhelm von Humboldt – Lebensbild und Charakteristik**. Berlin: Rudolf Gaertner, 1856, 641 p.

¹³ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen**. Breslau: Eduard Trewendt, 1851, 189 p. Em que pese o substantivo *Wirksamkeit* não ter no substantivo ‘ação’ a sua melhor tradução para o português, é com esse sentido de tradução que o livro ficou mundialmente conhecido. Atualmente, Humboldt tem sido mais valorizado por seus estudos de maturidade acerca de uma teoria da linguagem. Sobre o tema, ver, especialmente: HABERMAS, Jürgen. *Hermeneutische und analytische Philosophie. Zwei komplementäre Spielarten der linguistischen Wende*, **Wahrheit und Rechtfertigung – Philosophische Aufsätze**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 63-98.

¹⁴ Cf. HAYEK, Friedrich August von. **Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 95-96 e; MISES, Ludwig. **Liberalismus**. Jena: Gustav Fischer, 1927, p. 170-171.

¹⁵ “a wretched life” (MERQUIOR, José Guilherme. **Liberalism Old & New**. Boston: Twayne Publishers, 1991, p. 50).

¹⁶ Cf. POPPER, Karl. **The Open Society and Its Enemies – Hegel and Marx**. Oxon: Routledge Classics, 2003, vol. II, p. 447.

¹⁷ Tradução livre do original: “The grand, leading principle, towards which every argument unfolded in these pages directly converges, is the absolute and essential importance of human development in its richest diversity”.

Esse trecho da primeira tradução inglesa do livro tornou-se a epígrafe – e o pensamento de Humboldt o fio condutor – do mais influente e discutido tratado já escrito acerca da liberdade, de autoria de John Stuart Mill.¹⁸ A epígrafe reflete bem o ideário sobre a liberdade em Mill, que não é propriamente original, senão uma tentativa de fundir o racionalismo com o romantismo, na esteira da filosofia de Goethe e Humboldt.¹⁹

O liberalismo de Humboldt não enxerga o indivíduo isolado da sociedade. Ao contrário, Humboldt entendia que somente através da coordenação dos indivíduos em sociedade é que se podia falar em verdadeira liberdade. Em tempos mais recentes e já do outro lado do Atlântico, tal idéia foi em sua inteireza recepcionada por John Rawls, na sua visão acerca da justiça e do liberalismo político.²⁰

Não se pretende aqui comparar os liberalismos de Humboldt, Mill e Rawls. As referências têm como único intuito destacar que a força das idéias contidas no livro de Wilhelm von Humboldt não foram menosprezadas por Mill, não foram menosprezadas por Rawls e não devem ser por nós.

Mas que tem a ver o prezar ou o menosprezar o livro de Humboldt com o processo civil brasileiro? A resposta só pode ser uma: tudo. Uma das questões – talvez a questão – mais absolutas do direito processual é aquela que diz respeito à relação entre o juiz e as partes.²¹ A questão acerca da atividade judicial toca em quase todos os pontos do direito processual e da teoria processual.²² Milhares de páginas já foram escritas sobre o tema, mas a discussão acerca do correto balanceamento entre a ação e a inércia judicial está longe de atingir um consenso. Diga-se a propósito que talvez esse consenso nunca seja

¹⁸ MILL, John Stuart. **On Liberty**. London: Parker, 1859, 207 p.

¹⁹ Cf. BERLIN, Isaiah. **Liberty**, ed. H. Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 244.

²⁰ Cf. RAWLS, John. **A Theory of Justice**, edição original. Cambridge: Belknap Press, 2005, p. 523-524; a mesma idéia é repetida por Rawls em: **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993, p. 320-321.

²¹ PRÜTTING, Hanns. Die Materielle Prozessleitung, **Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag**, org. C. Heinrich. München: C.H. Beck, 2004, p. 397.

²² STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung im Zivilprozeß**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1982, p. 2.

atingido, já que cada época, cada sociedade e cada sistema processual precisam por si só decidir quais parâmetros são a elas melhor adaptados.²³

Humboldt dedicou um capítulo inteiro do “Limites da Ação do Estado” ao direito processual.²⁴ Lá, ele aborda com simplicidade e profundidade a questão da relação entre o juiz e as partes. O alerta nele contido é relevante e atual. As constantes reformas do Código de Processo Civil brasileiro rumam, indiscutivelmente, para um maior ativismo processual e material dos juízes. Não há qualquer indício, porém, de que tal rumo está sendo seguido em busca de uma justiça processual.²⁵ Parece, muito mais, que um Estado paternalista²⁶ e com raízes autoritárias como o Estado brasileiro,²⁷ está a “tratar os cidadãos como se fossem crianças”,²⁸ que não têm condição de decidir se irão ou não exercer os seus direitos. E isso tem acontecido tanto com direitos materiais como com direitos processuais.

Para Humboldt, a principal função do processo – e do Estado como um todo – é garantir a segurança dos cidadãos, com um mínimo possível de interferência em suas vidas

²³ Como destacado por William Brennan Junior, “o devido processo exige dos juízes mais do que proficiência em análise lógica. Ele requer que sejamos sensíveis ao balanceamento entre razão e paixão que marcam uma dada época, e os modos pelos quais tal balanceamento deixa suas marcas nas trocas diárias entre o governo e os cidadãos. A fim de fazê-lo, devemos nos voltar a nossas próprias experiências enquanto habitantes dessa época e ao nosso próprio senso acerca da estrutura ímpar da vida social” (BRENNAN JR., William J. Reason, Passion and the Progress of Law, 10 *Cardozo Law Review* 3, 16 (1988-1989). Tradução livre do original: “the due process clause demands of judges more than proficiency in logical analysis. It requires that we be sensitive to the balance of reason and passion that mark a given age, and the ways in which that balance leaves its mark on the everyday exchanges between government and citizen. To do so, we must draw on our own experience as inhabitants of that age, and our own sense of the uneven fabric of social life.”

²⁴ Capítulo XII: Sorgfalt des Staats für die Sicherheit durch rechtliche Entscheidung der Streitigkeiten der Bürger, *ibid.*, p. 132-137. Uma tradução completa desse capítulo para o português, de minha autoria, aparecerá na Revista de Processo.

²⁵ A justiça processual é o tema discutido nos capítulos 4, 5 e 6.

²⁶ Para Kant, um Estado que age como um pai (*imperium paternale; väterliche Regierung*), e impede os cidadãos de decidir autonomamente, “é o maior despotismo imaginável” (*ist der größte denkbare Despotismus*) (KANT, Immanuel. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, AA:VIII:290-291). Kant rejeita o paternalismo estatal como um todo. O paternalismo que aqui se rejeita é o *hard paternalism*, na distinção proposta por Joel Feinberg (FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press, 1989, p. 3-26).

²⁷ Sobre o autoritarismo do Estado brasileiro, veja-se, especialmente, o clássico de Raymundo Faoro: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001, 913 p.; também a partir de uma visão weberiana acerca do patrimonialismo brasileiro: SCHWARTZMAN, Simon. *As Bases do Autoritarismo Brasileiro*, 3.^a ed. São Paulo: Campus, 1992, 177 p.

²⁸ KANT, Immanuel. Die Metaphysik der Sitten, AA:VI:317. Tradução livre do original: “Bürger als Kinder zu behandeln”.

e suas relações.²⁹ “O Estado existe em razão do ser humano, não o ser humano em razão do Estado. A instituição do Estado não é em si um fim, mas somente um meio para o autodesenvolvimento do ser humano.”³⁰ Somente nesse Estado mínimo e com segurança é que os cidadãos encontrariam a liberdade para se inter-relacionarem. Estado mínimo, segurança, liberdade e inter-relações seriam condições para o autodesenvolvimento (*Bildung*) do indivíduo, conceito que permeia toda a produção filosófica de Humboldt.³¹ Para ele, “[o] verdadeiro objetivo do ser humano – não aquele de mutável tendência, mas aquele prescrito pela eterna e imutável razão – é o mais alto e proporcional autodesenvolvimento de suas forças como um todo. Para esse autodesenvolvimento é a liberdade a primeira e essencial condição.”³²

Quando trata da relação entre o juiz e as partes, Humboldt destaca que a “segurança dos cidadãos na sociedade se assenta fundamentalmente na transferência para o Estado de toda a vindicação privada dos direitos.”³³ Ele parte da noção da transferência da responsabilidade pela integridade jurídica dos indivíduos para o Estado (representação política da coletividade), transferência esta que se dá exatamente no momento em que se

²⁹ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch...** op. cit., p. 132.

³⁰ HAYM, Rudolf. **Wilhelm von Humboldt...** op. cit., p. 53. Tradução livre do original: “Der Staat ist des Menschen wegen, nicht der Mensch des Staates wegen. Die Staatseinrichtung ist an sich nicht Zweck, sondern nur Mittel zur Bildung des Menschen.”

³¹ “»desenvolve a ti próprio« é para ele [Humboldt] a primeira lei da verdadeira moral” (CASSIRER, Ernst. **Freiheit und Form – Studien zur Deutschen Geistesgeschichte**, 2.^a ed. Berlin: Bruno Cassirer, 1919, p. 515). Tradução livre do original: “»Bilde sich selbst« lautet für ihn das erste Gesetz der wahren Moral.” Como ressaltado por José Guilherme Merquior: “Educando a liberdade e libertando de modo a educar – essa era a idéia da *Bildung*, contribuição goethiana de Humboldt para a filosofia moral. O ideal da *Bildung* foi imensamente importante na história do liberalismo” (MERQUIOR, José Guilherme. **Liberalism...** op. cit., p. 12). Tradução livre do original: “Educating freedom, and freeing in order to educate – this was the idea of *Bildung*, Humboldt’s Goethean contribution to moral philosophy. The *Bildung* ideal was terribly important in the history of liberalism”.

³² HUMBOLDT, Wilhelm von. Wie weit darf sich die Sorgfalt des Staats um das Wohl seiner Bürger erstrecken? **Wilhelm von Humboldt’s gesammelte Werke**. Berlin: G. Reimer, 1841, vol. 2, p. 242. Tradução livre do original: “Der wahre Zweck des Menschen, nicht der, welchen die wechselnde Neigung, sondern welchen die ewig unveränderliche Vernunft ihm verschreibt – ist die höchste und proportionirlichste Bildung seiner Kräfte zu einem Ganzen. Zu dieser Bildung ist Freiheit die erste, und unerlässliche Bedingung.” Artigo originalmente publicado em 1792, no volume 5 da *Thalia*, revista dirigida por Schiller.

³³ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen**. Breslau: Eduard Trewendt, 1851, p. 132. Tradução livre do original: “Dasjenige, worauf die Sicherheit der Bürger in der Gesellschaft vorzüglich beruht, ist die Uebertragung aller eigenmächtigen Verfolgung des Rechts an den Staat.”

passa de um estado de natureza para um estado civil, com forte influência das teorias políticas de Thomas Hobbes, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf e, como se verá, de Justius Henning Boehmer.³⁴ Dessa transferência, conclui, como parece tão óbvio atualmente, que o Estado assume um “dever de proporcionar aos cidadãos aquilo que eles próprios não têm mais permissão de obter.” O juiz deve “decidir de que lado o direito se encontra e proteger aquele que o possui.”³⁵

O que parece altamente original em Humboldt é a junção de todo o pensamento político que o precedeu com os ideais liberais – especialmente os de Kant e Schiller –, resultando numa antecipação do fio condutor de toda a tradição processual civil alemã em defesa do processo dispositivo. Humboldt se posiciona claramente em seu favor: *ne procedat iudex ex officio; wo kein Kläger, da kein Richter*.³⁶ Dois seriam os princípios básico de toda a lei processual, sendo o primeiro deles o seguinte:

Conseqüentemente, o primeiro princípio de toda lei processual deveria necessariamente ser: nunca buscar a verdade absoluta e em si, mas, neste respeito, somente e sempre buscar a verdade na medida postulada pela parte que está especialmente autorizada a buscá-la.³⁷

A afirmação de que não se deve buscar a verdade absoluta está ligada ao papel que deveria ser desempenhado pelo juiz no processo. Trata-se de uma função meramente substitutiva e, portanto, limitada à vontade daquele a quem se substitui. Segundo Humboldt, “o Estado simplesmente se apresenta no lugar dos cidadãos, sem qualquer interesse próprio.”³⁸ Ele explica que:

³⁴ A discussão dessas idéias será feita no capítulo 5.

³⁵ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch...** op. cit., p. 133. Tradução livre do original: “Aus dieser Uebertragung entspringt aber auch für diesen die Pflicht, den Bürgern nunmehr zu leisten, was sie selbst sich nicht mehr verschaffen dürfen, und folglich das Recht, wenn es unter ihnen streitig ist, zu entscheiden, und en, auf dessen Seite es sich findet, in dem Besitze desselben zu schützen.”

³⁶ Sobre a recepção de tais idéias pela influente escola de Gönner e Grolman, no início do século XIX, veja-se o capítulo 5.1.

³⁷ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch...** op. cit., p. 134. Tradução livre do original: “Der erste Grundsatz jeder Prozessordnung müsste daher nothwendig der sein, niemals die Wahrheit na sich und schlechterdings, sondern nur immer insofern aufzusuchen, als diejenige Parthei es fordert, welche deren Aufsuchung überhaupt zu verlangen berechtigt ist.”

³⁸ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch...** op. cit., p. 133. Tradução livre do original: “Hiebei tritt der Staat allein, und ohne alles eigne Interesse in die Stelle der Bürger.”

a segurança [fim do Estado] será aqui então realmente violada somente quando aquele que sofre uma injustiça – ou que supõe sofrer – não quer suportá-la pacientemente. Mas ela não é violada, porém, quando simplesmente o cidadão ou consente na violação ou tem motivos para não querer perseguir seu direito. E mesmo quando alguém, por ignorância ou indolência, negligentemente descuidou dos próprios direitos, não tem o Estado permissão de, por si só, aí se imiscuir. Ele já terá cumprido suficientemente com os seus deveres quando não der causa a essas situações de injustiça, através de leis não suficientemente conhecidas, ou através de leis complicadas e obscuras.³⁹

E ele não pára por aí. Vai mais longe e afirma que mesmo nos casos em que a parte tenha recorrido ao juiz em busca de seus direitos, “o Estado não tem nunca permissão de tentar dar um único passo para além do lugar onde foi conduzido pela vontade das partes.” E para prestar a tutela jurisdicional, o juiz “tem permissão de utilizar somente os meios que – também fora da ligação estatal – o particular pode utilizar contra o particular [...] O poder do Estado é aí um terceiro, que não tem permissão de fazer nada além de assegurar a utilização desses meios e de dar suporte à sua eficiência.”⁴⁰

A visão do juiz de Humboldt é a de um juiz que só age por conta própria processualmente falando e que materialmente só responde aos estímulos das partes, que são os verdadeiros atores do processo judicial. Tal visão corresponde adequadamente à visão que até hoje a doutrina dominante e a jurisprudência têm do juiz alemão. Mas os motivos que embasavam a visão de Humboldt e aqueles que embasam a visão atual são distintos.⁴¹ O temor do poder judicial nutrido por Humboldt é justificável, na medida em que, especialmente na Alemanha, haviam caído por terra os sonhos da revolução francesa e

³⁹ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch...** op. cit., p. 133. Tradução livre do original: “Denn die Sicherheit wird hier nur dann wirklich verletzt, wenn derjenige, welcher Unrecht leidet, oder zu leiden vermeint, dies nicht geduldig ertragen will, nicht aber dann, wenn er entweder einwilligt, oder doch Gründe hat, sein Recht nicht verfolgen zu wollen. Ja selbst wenn Unwissenheit oder Trägheit Vernachlässigung des eignen Rechtes veranlasste, dürfte der Staat sich nicht von selbst darin mischen. Er hat seinen Pflichten Genüge geleistet, sobald er nur nicht durch verwickelte, dunkle, oder nicht gehörige bekannt gemachte Gesetze zu dergleichen Irrthümern Gelegenheit giebt.”

⁴⁰ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch...** op. cit., p. 134. Tradução livre do original: “Er darf darin nämlich niemals auch nur einen Schritt weiter zu gehen wagen, als ihn der Wille der Partheien führt. [...] und auf die Anwendung solcher Mittel gerichtet ist, welche, auch ausser der Staatsverbindung, der Mensch gegen den Menschen [...] Die hinzukommende Gewalt des Staats darf nicht mer thun, als nur die Anwendung dieser Mittel sichern, und ihre Wirksamkeit unterstützen.”

⁴¹ Veja-se o capítulo 8.

a realidade era assolada pelo crescente poder e pela iminente e brutal violência do terror jacobino. Tinha início romantismo alemão, do qual participaram Goethe, Humboldt, Schiller, Schlegel e até mesmo Kant.⁴² Ao invés de substituir a imagem do juiz privado, corrupto e elitista do antigo regime pela de um juiz íntegro e imparcial, a única imagem passível de conexão com os juizes do período imediatamente posterior à revolução é a de cabeças rolando. Tal imagem certamente não inspirou no jovem Humboldt confiança na atividade do Estado em geral e do juiz em particular.

Mesmo assim, o juiz de Humboldt estava muito distante da imagem do antigo juiz inglês, esse sim absolutamente estático.⁴³ Para ele, o juiz “encontra-se em uma posição de igualdade entre as duas partes, deve ele evitar que alguma delas, por culpa da outra, seja atrasada ou muito molestada na obtenção de seu intento.”⁴⁴ É por essa razão que ele definiu qual é o segundo princípio de toda a lei processual – tão importante quanto o primeiro:

supervisionar com cuidado o comportamento das partes durante o processo e não permitir que o comportamento delas, ao invés de tornar próximo o objetivo final do processo, acabe por deixá-lo ainda mais distante. Quanto mais acurada e precisa for a observância de ambos os princípios, penso eu, tanto melhor será a lei processual a ser criada.⁴⁵

“Fazer vista grossa a este último princípio – afirma Humboldt – deixa muita margem para a chicana das partes e para a negligência e o egoísmo próprio dos advogados.

⁴² Sobre o romantismo alemão e o papel dúbio que coube a Kant e Goethe nesse movimento que alterou os rumos da humanidade, veja-se, especialmente: BERLIN, Isaiah. **The Roots of Romanticism**, ed. H. Hardy. Princeton: Princeton University Press, 2001, 171 p.

⁴³ “A fim de ser verdadeiramente imparcial, ao juiz [inglês] só é confiada a observância das regras do jogo mediante decisão acerca das provas produzidas e a declaração do resultado. A produção da prova em si fica ao encargo das partes” (RADBRUCH, Gustav. **Der Geist des Englischen Rechts**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1956, p. 16). Tradução livre do original: “Als ein wahrhaft Unparteilicher ist der Richter nur mit der Wahrung der Kampfregeln bei der Beweisaufnahme und der Feststellung des Kampfergebnisses im Urteil betraut, die Beweisaufnahme selbst liegt den Parteien ob.” Ver também, dentre inúmeros outros: STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung**... op. cit., p. 9-10.

⁴⁴ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch**... op. cit., p. 134. Tradução livre do original: “Da der Richter bei der Ausmittlung des streitigen Rechts gleichsam zwischen beiden Theilen steht, so ist es seine Pflicht zu verhindern, dass keiner derselben durch die Schuld des andern in der Erreichung seiner Absicht entweder ganz gestört, oder doch hingehalten werde”.

⁴⁵ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch**... op. cit., p. 134. Tradução livre do original: “während des Prozesses, unter specieller Aufsicht zu haben, und zu verhindern, dass es, statt sich dem gemeinschaftlichen Endzweck zu nähern, sich vielmehr davon entfernte. Die höchste und genaueste Befolgung jedes dieser beiden Grundsätze würde, dünkt mich, die beste Prozessordnung hervorbringen.”

Com isto tornam-se os processos complicados, longos e custosos.”⁴⁶ Deste modo, o juiz deve agir processualmente para garantir que as partes obtenham aquilo que elas pretendem obter mediante o processo judicial. Isso está longe de ser uma posição passiva. É muito mais do que um juiz típico da tradição da *common law* jamais sonhou ser.⁴⁷ O juiz dirige o processo a fim de garantir os direitos processuais das partes e evitar que o seu comportamento ponha em risco o resultado do processo. Entretanto, Humboldt volta a alertar que o primeiro princípio de toda a lei processual continua valendo e deve ser respeitado, já que a “não observância, por sua vez, do primeiro princípio de toda lei processual, tornaria o processo inquisitivo. O juiz obteria um poder demasiadamente grande e se imiscuiria nas mais mezinhas situações da vida privada do cidadão.”⁴⁸

Encerra Wilhelm von Humboldt sua tese acerca da relação entre o juiz e as partes com as seguintes conclusões:

Respeito simultâneo à segurança e à liberdade parece, portanto, conduzir aos seguintes princípios: [...] Um dos mais elevados deveres do Estado é a investigação e a resolução das disputas dos cidadãos. O mesmo se encontra aí, portanto, no lugar das partes, e o verdadeiro objetivo de sua intervenção consiste somente nisso: por um lado, protegê-las de demandas injustas; pelo outro, dar justa ênfase somente àqueles aspectos que os cidadãos por si sós não poderiam obter, senão de um modo que perturbasse a ordem pública. O Estado deve, portanto, por ocasião da investigação das disputas jurídicas, seguir a vontade das partes, até o limite em que elas tenham fundamento no direito. O Estado deve, também, impedir que uma parte se utilize de meios ilícitos contra a outra.⁴⁹

⁴⁶ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch...** op. cit., p. 134-135. Tradução livre do original: “Denn übersieht man den letzteren, so ist der Chikane der Partheien, und der Nachlässigkeit und eigensüchtigen Absichten der Sachwalter zuviel Spielraum gelassen; so werden die Prozesse verwickelt, langwierig, kostspielig”.

⁴⁷ Sobre as tradições da *common law* e da *civil law*, veja-se o capítulo 7.

⁴⁸ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch...** op. cit., p. 135. Tradução livre do original: “Entfernt man sich hingegen von dem ersteren Grundsatz, so wird das Verfahren inquisitorisch, der Richter erhält eine zu grosse Gewalt, und mischt sich in die geringsten Privatangelegenheiten der Bürger.”

⁴⁹ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch...** op. cit., p. 137. Tradução livre do original: “Gehörige Rücksicht auf Sicherheit und Freiheit zugleich, scheint daher auf folgende Grundsätze zu führen: [...] Eine vorzüglichsten Pflichten des Staats ist die Untersuchung und Entscheidung der rechtlichen Streitigkeiten der Bürger. Derselbe tritt dabei an die Stelle der Partheien, um der eigentliche Zweck seiner Dazwischenkunft besteht allein darin, auf der einen Seite gegen ungerechte Forderungen zu beschützen, auf der anderen gerechten denjenigen Nachdruck zu geben, welchen sie von den Bürgern selbst nur auf eine die öffentliche Ruhe störende Weise erhalten könnten. Er muss daher während der Untersuchung des streitigen Rechts dem Willen der Partheien, insofern derselbe nur in dem Rechte gegründet ist, folgen, aber jede, siche widerrechtlicher Mittel gegen die andere zu bedienen, verhindern.”

A proposta de Humboldt é que o juiz atue firmemente em defesa da segurança e, especialmente, em defesa da liberdade das partes. O juiz deve buscar por iniciativa própria a justiça processual e entregar às partes aquilo que elas mesmas entendem ser materialmente justo.

Em sentido contrário ao proposto por Humboldt, o senso comum teórico dos juristas parece revelar que estão debaixo do feitiço de Platão.⁵⁰ Trabalha-se com uma falsa premissa, a partir da qual os juízes, quais guardiões platônicos,⁵¹ teriam como dever perseguir, mediante o processo judicial, uma concepção particular de justiça material, independentemente daquela defendida pelas partes. Isso quando a situação não é ainda mais grave e o juiz passa a perseguir no processo judicial uma concepção particular e subjetiva de justiça, abandonando por completo a idéia de uma justiça baseada no direito e na moralidade política. O juiz é alçado à condição de herói maior da república, em detrimento de todo o processo político legislativo e de administração governamental. O processo deixa de ser um instrumento à disposição das partes para se tornar um instrumento judicial de obtenção de justiça.

Essas duas visões do processo – a de Humboldt e aquela quase que inconscientemente defendida no Brasil – não podem ser mais diversas e merecem reflexão. Não existem respostas prontas e, nesse caso, como em quase todos os outros, respostas fáceis resultam em problemas ainda mais complexos.

⁵⁰ Sobre o feitiço de Platão: POPPER, Karl. **The Open Society and Its Enemies – The Spell of Plato**. Oxon: Routledge Classics, 2003, vol. I, p. 35-178.

⁵¹ “Para mim seria extremamente aborrecido ser governado por um bando de Guardiões Platônicos”. A famosa expressão é de Learned Hand: HAND, Learned. **The Bill of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1958, p. 73. Tradução livre do original: “For myself it would be most irksome to be ruled by a bevy of Platonic Guardians”.

1.1 A TESE

Foi Jeremy Bentham quem afirmou que: “as verdades da ciência do direito crescem entre espinhos; não estão esperando para serem apanhadas, como se fossem flores, por crianças que brincam. Trabalho. A inevitável sina da humanidade não é em nenhum lugar mais inevitável do que aqui.”⁵² Essa é uma tese de defesa do liberalismo político processual, que se exterioriza de forma clara nas diversas concepções acerca da relação que se estabelece entre o juiz e as partes, uma relação que certamente cresce entre espinhos. Até aonde deve o juiz ser processualmente ativo para que o processo atinja seus escopos é uma questão que não comporta uma resposta simplista e que exige uma elaboração teórica compatível com sua complexidade. A discussão de tal relação será feita, num primeiro momento, a partir da sedimentação no plano teórico e, num segundo, numa perspectiva comparativa que colocará de um lado o direito processual civil alemão e do outro o brasileiro. Antes de se imiscuir em tão espinhosa tarefa, é absolutamente necessário deixar claros alguns pontos de partida.

Desde logo, a fim de que se compreendam os objetivos do presente trabalho, é importante explicitar tanto o que ele pretende ser como o que ele não pretende, a se começar por esse último. Não se pretende, em hipótese alguma, a construção de uma teoria da decisão judicial. Não se esboçará qualquer projeto sobre o modo como o juiz deve julgar. Não se perquirirá acerca do raciocínio judicial e em que condições o resultado de tal raciocínio pode ser ou não considerado materialmente justo. Na mesma linha, não tem o trabalho como objetivo debater aquilo que se tem denominado função criativa do juiz. Não será objeto de preocupação a interpretação dos textos normativos em geral e nem a análise

⁵² BENTHAM, Jeremy. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, **The Works of Jeremy Bentham**, ed. J. Bowring. New York: Russel & Russel, 1962, vol. I, p. v. Tradução livre do original: “[the truths of the science of law] grow among thorns; and are not to be puckled, like daises, by infants as they run. Labor, the inevitable lot of humanity, is in no tract more inevitable than here”.

dos chamados cânones interpretativos.⁵³ O trabalho não é uma defesa do ativismo processual do juiz em busca da justiça material. Entende-se que não há correlação direta entre o aumento da atividade judicial em sentido amplo e o aumento da justiça material da decisão. Os objetivos pretendidos são terrivelmente mais modestos.

O presente trabalho é uma defesa da justiça processual. Uma defesa do ativismo processual em busca da justiça processual. É um estudo acerca da complexa relação entre o juiz e as partes no processo civil. É, sobretudo, uma defesa dos direitos processuais. É a defesa de uma visão que exige do juiz a direção material do processo. A direção do processo que se defende que o juiz faça é material no sentido de que vai além das meras formalidades; não se restringe à correta observância da legislação processual. O juiz deve atuar processualmente de modo que o processo respeite do modo mais amplo possível os direitos processuais das partes, que é o único modo de se obter uma decisão processualmente justa.

Como é sabido, no processo civil brasileiro, a estruturação do procedimento é feita conjuntamente pelo juiz e pelas partes. Tal atividade coordenada se pauta pelo princípio dispositivo e pelo princípio da instrução por iniciativa das partes.⁵⁴ As partes têm sob seu controle, de modo quase absoluto, o início e o fim do processo. Têm também quase que exclusivamente sob seu controle a delimitação do objeto do processo: a alegação de fatos, a prova da ocorrência de tais fatos, bem com a argumentação acerca das questões jurídicas relevantes para a decisão.

⁵³ A não ser, como sói óbvio, no que se refere aos textos normativos objeto do trabalho.

⁵⁴ Sobre a diferença entre o princípio dispositivo e princípio da instrução por iniciativa das partes no direito alemão, veja-se o capítulo 8.1. **Acordo Semântico:** o substantivo ‘princípio’ será utilizado, em todo o trabalho, no sentido tradicional e repleto da ingenuidade que sempre acompanhou o trato das máximas processuais. O substantivo só não é excluído do trabalho porque quase todos os processualistas se utilizam dele. Não há aqui qualquer intenção em se inserir ou se aproveitar dos resultados da controvérsia que ocupa boa parte dos teóricos do direito da atualidade e que diz respeito à possibilidade de se construir uma teoria dos direitos com base em princípios. Essa controvérsia vem da década de 80 do século passado e gira em torno do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. Sobre o tema, ver a atualizada posição de Virgílio Afonso da Silva: SILVA, Virgílio Afonso da. *Prinzipientheorie, Abwägungskompetenzen und Gewaltenteilung, Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, coord. J.R. Sieckmann. Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 215-230.

O intuito é demonstrar que o juiz brasileiro tem, no processo civil, um dever de conduzir materialmente o processo. A condução material do processo significa o dever judicial de intervir no curso do processo, de modo a ouvir e levar em conta os argumentos das partes sobre todas as questões de fato e de direito que forem relevantes para o julgamento. Em outras palavras, a condução material do processo é a realização dos direitos processuais em toda a sua plenitude, com a vedação da surpresa em decisões judiciais e como forma de maximizar as chances de obtenção de uma decisão materialmente justa. Para atingir esse objetivo, o juiz não pode ser passivo, mas ao contrário, deve agir materialmente a fim de evitar que tais direitos sejam violados. A inércia judicial é tão violadora de tais direitos quanto o desrespeito ostensivo. Talvez o aspecto mais importante a ser considerado seja compreender que tal ativismo não implica num desrespeito à vontade das partes e seus procuradores. Ao contrário, ele é deve ser o elemento representativo de tal respeito. O juiz deve não somente respeitar os direitos processuais das partes, mas fazer com que sejam respeitados. Deve também incentivar a máxima exploração de tais direitos pelas partes.

O problema da violação de direitos processuais e da própria concepção de justiça processual pode ser ilustrado das seguintes maneiras.

As mais corriqueiras atividades do dia-a-dia envolvem complexos processos de tomada de decisão. Uma mãe que procura mediar uma discussão entre seus filhos tem o dever de ouvir a ambos antes de decidir o que fazer, sob pena de tomar uma decisão injusta.⁵⁵ Afirmar que se essa mãe ouvir unicamente a um de seus filhos sua decisão será certamente injusta aparenta ser uma resposta apressada e que não leva em conta a situação em sua totalidade. Mas essa é uma falsa aparência, pois é exatamente assim que se dá.

⁵⁵ Thomas Grey insere a discussão entre filhos, decidida pelos pais, entre as questões morais não jurídicas que exigem que sejam levadas em conta noções de *procedural fairness*. Cf. GREY, Thomas C. *Procedural Fairness and Substantive Rights, Due Process – Nomos XVIII*, coord. J.R. Pennock, J.W. Chapman. New York: New York University Press, 1977, p. 183.

Suponha-se que o relato de somente um dos filhos seja feito de forma honesta e de boa-fé, dando a ela amplo material para decidir quem estava certo e quem estava errado. Mesmo assim, decidir ouvindo apenas um dos envolvidos torna a decisão injusta e, numa situação como essa, a intuição materna certamente levaria a mãe a também perguntar ao outro filho como ele viu a situação e qual desfecho lhe parece acertado. Se ambos os filhos tiverem a oportunidade de fornecerem seus melhores argumentos antes da mãe tomar sua decisão, ambos se sentirão reconfortados (mesmo que discordem da decisão) pelo fato de terem participado do processo através do qual ela foi tomada.⁵⁶

Adentrando mais nas áreas na qual o direito impera, pense-se em outra situação hipotética – ainda que fora do campo do processo judicial e ausente um terceiro que desempenhe função judicante. Suponha-se que quatro vizinhos proponham que cada um permita que uma área de seus lotes, situada exatamente na fronteira entre eles, seja utilizada para a construção de uma piscina condominial, onde cada vizinho cede igual parcela de terreno e contribui com a quarta parte do total dos custos de construção e posterior manutenção. A fim de decidirem como será utilizada a piscina, propõem-se os seguintes processos de tomada de decisão e os seguintes resultados obtidos. Caso α : os quatros vizinhos se reúnem e decidem, por três votos contra um, que a piscina deve ser utilizada por todos em igualdade de condições. Caso β : os quatro vizinhos se reúnem e decidem, por três votos contra um, que um deles não poderá, em hipótese alguma, utilizar a piscina. Caso γ : somente três vizinhos se reúnem – proibindo o quarto de participar da reunião – e, unanimemente, decidem que a piscina deve ser utilizada por todos em igualdade de condições.

⁵⁶ Na década de 70 de século passado, uma equipe interdisciplinar, trabalhando sob a direção de John Thibaut e Laurens Walker, montou um experimento psicológico que comprovou que num processo decisório, mesmo diante de decisões cujo resultado parecia injusto, a aceitabilidade das decisões é diretamente proporcional ao grau de participação dos por ela afetados. Veja-se: THIBAUT, John; WALKER, Laurens. **Procedural Justice – A Psychological Analysis**. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 1975, 150 p.

Existe uma tendência praticamente irresistível de se considerar os casos α e β como exemplos de decisão justa e injusta, respectivamente. Somente o caso γ seria capaz de causar desconforto num observador externo. O resultado obtido no caso γ é exatamente o mesmo resultado que foi obtido no caso α , automaticamente tido como justo. Se o resultado do caso α é exatamente o mesmo do caso γ , qual a razão de ser de tal perplexidade? Por que o caso γ também não pode ser automaticamente sentido como justo? A perplexidade causada pelo caso γ é a razão de ser da discussão que se seguirá. Defender-se-á uma visão substantiva dos processos de tomada de decisão, defendendo-se que o processo tem – além de um valor instrumental – um valor em si mesmo. O que diferencia o caso α do caso γ é o que se denominará de justiça processual, em contraposição à justiça material ou justiça do resultado.

Decisões tomadas pela maioria não são legítimas a não ser que se leve em conta de modo real e efetivo as razões da minoria. Dentro de um processo formal de tomada de decisão – onde existe um terceiro que opina sobre a situação de outrem – não são legítimas decisões que ignorem por completo os argumentos de algum dos envolvidos. Isso é verdadeiro nos exemplos acima, mas de forma muito mais geral, é verdadeiro no processo legislativo e é verdadeiro no processo judicial. Tão importante quanto o resultado do processo decisório é o modo como tal decisão é tomada. No âmbito do processo judicial, Fritz Baur, a partir de elementos históricos, demonstra que o leigo se importa mais com um tratamento justo do que com um resultado justo.⁵⁷ Antes de mais nada, importa notar que não se trata de defender uma visão processual ou procedimentalista de justiça, em contraposição a uma posição substancial. Os processos judiciais são e sempre serão casos de justiça processual imperfeita, *i.e.*, os processos judiciais são desenhados a fim de que se

⁵⁷ Cf. BAUR, Fritz. Richteramt und Formalismus im Verfahrensrecht, **Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht**, coord. W. Grunsky, R. Stürner, G. Walter e M. Wolf. Tübingen: Mohr Siebeck, 1983, p. 115-134

possa obter uma decisão justa, mas isso não irá acontecer em todos os casos.⁵⁸ Um processo bem construído – no qual existe uma complexa interação entre direitos, deveres e poderes – maximiza as chances de obtenção da decisão justa.⁵⁹ Tão importante quanto o papel de maximização das chances de se obter uma decisão justa é o fato da justiça processual ser condição absolutamente necessária para a obtenção dessa, como vai se tentar demonstrar.

A idéia por detrás da justiça processual corresponde ao que se denomina de *due process of law*, mas só corresponde à parcela das interpretações que são dadas ao direito contido no inciso LIV do art. 5.º da Constituição da República.⁶⁰ Entretanto, para além de ser uma questão paroquial, as considerações que se seguem são de caráter genérico, aplicáveis a qualquer sistema que se paute pelo princípio do Estado de Direito.

Se filhos e condôminos de uma piscina podem racionalmente demonstrar que o processo decisório foi injusto por ignorar seus pontos de vista, tal demonstração de injustiça seria ainda mais clara dentro de um processo judicial. O que se afirma aqui e se faz de modo muito transparente, é que as razões das partes em conexão com o modo como as decisões que as afetam são tomadas – seu interesse num resultado justo – podem ser vistas como um fundamento para colocar outros numa posição de dever. Tais interesses constituem direitos de natureza eminentemente processual. Esses direitos constituem o fio condutor a partir do qual todas as discussões do presente trabalho irão obrigatoriamente passar.

⁵⁸ Cf. RAWLS, John. **Political Liberalism**... op. cit., p. 170-172. Veja-se também, do mesmo autor: **A Theory of Justice**... op. cit., p. 85-87.

⁵⁹ Permanece o alerta de que não se tentará aqui e nem em qualquer outro lugar do trabalho se esboçar uma teoria da decisão judicial, nem se falará sobre critérios de verificação da justiça do resultado do processo. Analisar-se-á unicamente o processo justo enquanto condição necessária mas insuficiente de obtenção de decisão justa.

⁶⁰ A parcela a que se faz referência é a feição processual dos devido processo. Para uma análise crítica da incorporação e da utilização da feição substantiva do devido processo, veja-se: DEL CLARO, Roberto. Devido Processo Substancial?, **Estudos em Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão**, coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005, p. 192-213.

Os direitos processuais são a pedra do toque a partir de onde se pode medir a correta extensão da atividade judicial em sentido processual. Como já se disse, a análise será centrada no chamado ativismo processual do juiz. É importante que não se confundam os ativismos processual e material. Esse último não será objeto de análise. No Brasil, quando se fala em poderes do juiz e em aumento de tais poderes, quase que imediatamente se fala que o juiz não deve ser somente a ‘boca da lei’. Quem diz isso está defendendo um maior ativismo material dos juízes, que é independente daquele processual.⁶¹ Pense-se no talvez mais radical caso de ativismo judicial de toda a história, o caso *Brown v. Board of Education*, decidido pela Suprema Corte americana na década de 50 do século passado. Apesar de ter sido uma decisão com grande ativismo judicial material, que, resumindo em poucas palavras, virou do avesso a sociedade americana, tal decisão teve como juízes verdadeiras estátuas, que não se moveram um palmo sequer em busca de provas ou de qualquer outro tipo de subsídio fático ou jurídico. Todo o material foi trazido e discutido exclusivamente pelas partes.⁶² O fato de a decisão mais ativa do ponto de vista material ter sido produzida pelos mais estáticos e inativos juízes que se possa imaginar, retrata bem a diferença entre um juiz material daquele processualmente ativo. Aliás, ativismo processual é um fenômeno típico da tradição da *civil law*, enquanto que o ativismo judicial é típico da tradição da *common law*, em que pesem as recentes tendências de convergência e aproximação.⁶³

⁶¹ A confusão entre essas duas visões é bem equacionada por Fritz Baur: BAUR, Fritz. *Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht*, coord. W. Grunsky, R. Stürner, G. Walter e M. Wolf. Tübingen: Mohr Siebeck, 1983, p. 115-134.

⁶² A preparação do cenário do caso por Thurgood Marshall e pela NAACP é meticulosamente descrita por Mark Tushnet em: TUSHNET, Mark. **Making Civil Rights Law - Thurgood Marshall and the Supreme Court (1936-1961)**. Oxford: Oxford University Press, 1996. Ilustrando a questão há também o filme *Separate But Equal*, de 1996, dirigido por George Stevens Jr., com impecável atuação de Sidney Poitier no papel de Thurgood Marshall.

⁶³ Ver, a esse respeito, dentre inúmeros trabalhos: MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition**, 3.^a ed. Stanford: Stanford University Press, 2007; em especial os capítulos VI (p. 34-38) e XVI (112-124). O tema será melhor explorado no capítulo 7 deste trabalho.

Ilustrando a situação de um modo grosseiro, é possível afirmar que os partícipes do processo têm nele os seguintes interesses: o autor quer única e exclusivamente aquilo que pediu e pelas razões que pediu; o réu quer única e exclusivamente que tudo aquilo que o autor pediu lhe seja negado; o juiz quer decidir o processo de um modo duplamente justo: justo por tratar as partes com igual respeito e consideração (justiça processual); justo por oferecer uma decisão correta (justiça material).

Oferecer uma decisão correta e materialmente justa é o grande desafio ao qual já se lançaram as mais brilhantes mentes jurídicas, tendo esse trabalho nada a contribuir com o tema. Se o juiz deve julgar exclusivamente a partir das fontes positivas; se o juiz deve julgar a partir de critérios universais de justiça; se o juiz deve julgar de acordo com a sua própria consciência; se o juiz deve avaliar as fontes e compará-las com a melhor visão disponível acerca da moralidade política, todas essas são importantes e difíceis questões que nem ao menos serão abordadas.

A preocupação do trabalho estará centrada no modo como o juiz deve preparar o terreno a fim de legitimar o exercício de sua autoridade, ao mesmo tempo em que trata as partes com igual respeito e consideração. Assim se está a representar de um modo mais abstrato a idéia de que o juiz deve respeitar os direitos processuais das partes – independentemente de quais sejam eles – a fim de que o resultado do processo – também independentemente de qual seja ele – venha a se justificar. Garantir a justiça processual é um dever do juiz e um *prius* em relação à decisão daquilo que é discutido no processo. É por isso que o juiz tem o dever de agir processualmente a fim de que os direitos processuais das partes sejam respeitados. Esse ativismo processual em busca dessa justiça também processual é o que se denominará de direção material do processo. O juiz toma as rédeas do processo e o conduz de modo a que todos os direitos processuais das partes

sejam respeitados e do modo a que ele se encontre em posição tal, a partir da qual lhe será possível proferir uma decisão autoritativa sobre o objeto do processo.

Não poucos são os problemas teóricos aptos a embasar tal defesa da direção material do processo e também não poucos são os problemas práticas resultantes da opção por tal visão.

O segundo capítulo explicará em que consistem os direitos processuais. Os direitos são o que há de mais precioso na atual linguagem dos juristas, mas estão longe de ser um conceito inato, sobre o qual todos têm a mesma exata compreensão. É necessário discutir acerca do conceito dos direitos, de modo a se compreender de que modo esses devem ser vistos no processo e de que modo eles fundam as inúmeras relações jurídicas processuais. Para o estudo dos direitos e também para o desenrolar do trabalho, é feita uma consciente escolha pelo método analítico e por sua peculiar visão acerca do jurídico.

A partir do momento em que se encontre razoavelmente estabilizada a visão acerca da função e da estrutura dos direitos processuais, é preciso responder à questão de por que é que o respeito a tais direitos corresponde à apregoada visão de uma justiça processual. Essa não é uma questão qualquer e joga o trabalho em direção a enormes e difíceis questões de fundo, inclusive com respeito à própria fundação do direito e da moralidade. A partir da ilustração acima, no exemplo envolvendo a piscina e os condôminos, uma pessoa razoável e inteligente poderia facilmente argumentar que a decisão que exclui a participação de um dos atingidos por ela, mas que ao mesmo tempo lhe é benéfica, é materialmente justa e ponto final. O que importa de verdade, argumentaria, é o resultado do processo decisório e se os envolvidos não foram prejudicados. Se o resultado é justo e não houve prejuízo, de nada podem reclamar. Essa visão é a que aqui se denominará de instrumentalismo exacerbado do processo. Ela defende que o processo não tem um valor e nem um fim em si mesmo. Tudo o que interessa é o resultado justo do processo. Combater

a visão do instrumentalismo exacerbado e conferir-lhe uma resposta à altura é o objeto do terceiro capítulo. O quarto capítulo tem como objetivo demonstrar que a tradicional imagem da proibição da autotutela é incompatível com a idéia de justiça processual e deve ser afastada. Já o quinto capítulo tenta equilibrar uma teoria forte dos direitos processuais com os elementos utilitaristas inerentes aos custos do processo civil.

Uma vez superadas tais difíceis questões teóricas – ao menos assim se quer e espera –, poder-se-ia partir para uma análise do vigente direito processual civil brasileiro e se perquirir em que medida, do ponto de vista da teoria e da prática, ele se enquadra na defendida visão da direção material do processo. Entretanto, pergunta-se, será que algum outro sistema processual oferece possibilidades interessantes de comparação com o que atualmente se passa no processo civil do Brasil? Optou-se por analisar a relação do juiz com as partes no direito processual civil alemão. Essa opção é justificável na medida em que a Alemanha é um país que possui larga tradição no estudo do direito processual e no qual se encontram boa parte das construções dogmáticas desse ramo do direito. Porém, em especial, a Alemanha tem um sistema de processo civil no qual o juiz tem um ativismo processual maior do aquele observado no Brasil. Fez-se a opção por um modelo único e fixo de comparação, mesmo correndo o risco de perder importantes informações e experiências de outros sistemas processuais similares ao brasileiro, tais como o italiano, o francês, o português, o espanhol e mesmo sistemas que partem de premissas distintas, como o sistema americano e o novo sistema processual inglês. As considerações acerca do processo civil alemão encontram-se no capítulo oitavo.

Porém, ainda antes de verificar se existe algum sistema processual apto a tal comparação, é preciso se questionar se a própria comparação entre sistemas processuais serve para alguma coisa. Tal ponto é objeto do sétimo capítulo.

A defesa de uma teoria dos direitos processuais e de uma específica concepção de justiça processual, somada à experiência alemã e a um método de comparação de sistemas, processuais encontrará seu clímax – ou anticlímax, dependendo da rejeição ou aceitação das conclusões lá expendidas – no nono capítulo. Nele será feita a abordagem da questão do ativismo processual na prática brasileira e em que medida essa prática se aproxima ou se afasta do modelo alemão.

Por fim, no décimo capítulo, buscar-se-ão subsídios nas decisões dos tribunais brasileiros, em especial nos tribunais superiores, a fim de se saber se a direção material processo já faz parte do sistema processual civil brasileiro; se existem ao menos germens de tal concepção de ativismo processual; ou se toda a concepção defendida não passa de mera lucubração acadêmica.

2. DIREITOS⁶⁴ E MÉTODO

Often we know things quite well, while scarcely able at all to say ‘from’ what we know them, let alone what there is so very special about them.

J.L. Austin⁶⁵

In der Begriffswelt, die Du hier vor Dir hast, giebt es kein Leben in Eurem Sinne, es ist das Reich der abstrakten Gedanken und Begriffe, die unabhängig von der realen Welt, auf dem Wege der logischen *generatio aequivoca*, sich aus sich selber heraus gebildet haben, und die darum jede Berührung mit der irdischen Welt scheuen.

Rudolf Jhering⁶⁶

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, afirma que os homens são titulares de “certos direitos inalienáveis, dentre eles os direitos à vida, liberdade e à busca da felicidade. A fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus poderes legítimos do consentimento dos governados.”⁶⁷ Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 afirma que “o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e

⁶⁴ Há uma dificuldade lingüística intrínseca ao português e às demais línguas latinas, que consiste na utilização do mesmo substantivo para designar direito em sentido objetivo e subjetivo. **Acordo semântico:** a fim de evitar uma interminável repetição das expressões ‘direito subjetivo’ e ‘direito objetivo’, no presente trabalho, quando se quiser conotar o termo em seu sentido subjetivo, utilizar-se-á o substantivo no plural ‘direitos’, a não ser nos casos em que o próprio texto lhe confira o sentido desejado.

⁶⁵ AUSTIN, John Langshaw. *Other Minds*, **Proceedings of the Aristotelian Society**, Supplementary Volumes, vol. 20, Logic and Reality, 1946, p. 157. Tradução livre: “Muitas vezes nós conhecemos coisas muito bem, embora raramente capazes de dizer “por causa de” é que nós as conhecemos, deixando de lado aquilo que é tão especial acerca delas.”

⁶⁶ JHERING, Rudolf. *Im juristischen Begriffshimmel - Ein Phantasiebild*, **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz**. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1884, p. 253. Tradução livre: “No mundo dos conceitos, que se encontra aqui à sua frente, não existe vida em seu sentido literal. É o império dos pensamentos e conceitos abstratos, independentes do mundo real. Ele se aproxima da lógica *generatio aequivoca*, que se forma a partir de si própria e, desse modo, se abstém de qualquer contato com o mundo terreno.”

⁶⁷ Tradução livre do original: “certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. – That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed”.

invioláveis do homem”.⁶⁸ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral da ONU em 1948, afirma que “[t]odos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, podendo “invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma”.⁶⁹ A idéia seminal de que a função do Estado centra-se na proteção de direitos atravessou gerações e se refletiu no texto do preâmbulo da Constituição da República do Brasil de 1988, que afirma ficar instituído um Estado Democrático de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, dentre inúmeros outros nobres fins.

Não importa, nesse momento, analisar em que sentido a expressão direitos foi utilizada em tão diferentes contextos, tais como o da Revolução Americana de 1776, da Revolução Francesa de 1789,⁷⁰ da instalação e funcionamento da Organização das Nações Unidas no pós-guerra ou da redemocratização do Brasil. O que interessa notar é que, em todos esses documentos históricos, os direitos aparecem em posição proeminente e que algo tão fundamental não pode ser tratado de modo displicente. Segundo Hart, os conceitos jurídicos fundamentais conduzem ao mesmo tipo de reflexão que levou Santo Agostinho a se perguntar: “[o] que é então o tempo? Se ninguém me perguntar, eu sei; se eu desejar explicar o que é a alguém que pergunta, eu não sei”.⁷¹ Afirmar o mesmo com relação aos direitos não é, certamente, uma resposta compatível com o seu grau de importância. Não se pode imaginar que os questionamentos sobre direitos façam parte de um conhecimento *a priori*, no sentido de ser algo tão evidente que não se precise discutir o seu significado e a

⁶⁸ Tradução livre do original: “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme”.

⁶⁹ Tradução oficial do texto para o português, disponível em: <http://www.unhchr.ch/udhr/>.

⁷⁰ Para uma crítica dos direitos naturais contidos na Declaração de Independência dos EUA e na Declaração Universal dos Direitos do Homem a partir do utilitarismo, veja-se: BENTHAM, Jeremy. *Anarchical Fallacies*, **The Works of Jeremy Bentham**, ed. J. Bowring. Edinburgh: Simpkin, Marshall & Co., 1843, vol. II, p. 489-534. Para uma revisão da importância dos papéis normalmente atribuídos à Revolução Francesa em comparação com a Revolução Americana, vide: HIMMELFARB, Gertrude. **The Roads to Modernity – The British, French, and American Enlightenments**. New York: Knopf, 2004, 304 p.

⁷¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, 105 **U. Pa. L. Rev.** 953, 965 (1956-1957). Tradução livre do original: “What then is time? If no one asks me, I know; if I wish to explain it to one that asketh, I know not”.

sua estrutura. Ao contrário, a complexidade dos direitos e a impossibilidade de conhecê-los aprioristicamente é que torna difícil o seu estudo.

As duas epígrafes acima ilustram bem o porquê uma teoria dos direitos é necessária. Na primeira delas, o filósofo inglês John Langshaw Austin⁷² debate a utilização freqüente de termos sobre os quais não se tem uma noção muito clara. É o caso do tempo nos pensamentos de Santo Agostinho e é o caso dos direitos na jurisprudência em geral. A segunda epígrafe traz uma zombaria de Rudolf Jhering em sua última fase, na qual ele renega os pressupostos da jurisprudência dos conceitos e se mostra irritado com a busca incessante por conceitos puros e completamente afastados do mundo real.⁷³ Em seu livro satírico,⁷⁴ ele cria uma fábula sobre a existência de um firmamento para onde iriam os defensores dos conceitos jurídicos após a sua morte. Nesse céu dos conceitos, o pecado consiste em alterá-los simplesmente por causa dos fenômenos do mundo real. Os conceitos deveriam ser puros, abstratos e teóricos. Jhering encerra o texto com uma chamada: de volta à Terra! Direitos não podem fazer parte do céu dos conceitos porque não podem ser utilizados como se sua estrutura e classificação fosse algo puro e abstrato. O papel de uma teoria acerca dos direitos é livrá-los desses vícios.

Além disso, uma teoria dos direitos processuais vai servir como guia para todas as considerações que se seguirão. Essa guia tem como principal função evitar que o trabalho se paute por aquilo que Virgílio Afonso da Silva chama de *sincretismo metodológico*.⁷⁵

⁷² Sobre Austin, veja-se, especialmente: SEARLE, John. J. L. Austin (1911-1960). **A Companion to Analytic Philosophy**, ed. A.P. Martin e E.D. Sosa. Malden: Blackwell, 2001, p. 218-230.

⁷³ Sobre as posições de Jhering e seus desenvolvimentos: BEHRENDT, Okko. Rudolf von Jhering (1818-1892), **Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, p. 229-269; DREIER, Ralf. Jhering als Rechts-theoretiker, **Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit – Festschrift für Werner Krawietz**. Berlin: Duncker und Humblot, 1993, p. 233-245.

⁷⁴ JHERING, Rudolf. **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz**. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1884, 383 p.

⁷⁵ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*, **Interpretação Constitucional**, coord. V. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 135-136.

Essa confusão metodológica impede a correta compreensão dos problemas jurídicos e, conseqüentemente, a sua aplicação prática.⁷⁶

Os direitos processuais fazem parte da linguagem dos juristas tanto quanto os direitos materiais. Dizer que o autor de uma demanda judicial é titular de um direito de ação, que é titular do direito a um juiz imparcial, do direito ao contraditório, do direito à produção de provas ou do direito de recorrer de uma decisão é tão comum que beira à banalidade. Entretanto, qual o significado de ser titular de um direito processual? Que tipo de deveres são correlativos a esses direitos? Independentemente do tipo de construção que se proponha, parece óbvio que as partes do processo são titulares de direitos processuais.

Parte-se da premissa de que é atraente a idéia de uma teoria dos direitos, apesar de muitos pensarem que alguma versão do utilitarismo ou do realismo jurídico responderiam melhor aos problemas cuja solução é buscada.⁷⁷ Mesmo sem discuti-las, é fundamental perceber que nenhuma dessas alternativas é verdadeira ou falsa. Não se trata de descobrir a natureza das coisas, mas sim de se construir uma teoria apta a explicar, da melhor maneira possível, o modo como o direito opera. Alf Ross corretamente explica que se deve de uma vez por todas compreender que:

[n]ossos conceitos não são idéias inatas, reflexões acerca da ‘essência’ das coisas, mas ferramentas desenhadas por nós mesmos para descrever a realidade. A ciência estará realizando a sua função inerente quando pegar os conceitos de nossa linguagem ordinária e clarificá-los e defini-los de tal maneira que eles se tornem instrumentos de pesquisa apropriados.⁷⁸

Mesmo antes de se discutir questões de método ou de qual teoria dos direitos parece mais atraente, convém salientar que a dificuldade em se conceituar, estruturar e classificar algo tão essencial quanto a palavra direito causa grande perplexidade, que, em parte, pode

⁷⁶ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional... p. 136.

⁷⁷ A premissa é tida como aceita, não sendo objeto de discussão a utilidade e pertinência das visões utilitaristas e realistas.

⁷⁸ ROSS, Alf. On the Concepts “State” and “State Organs” in Constitutional Law, **Scandinavian Studies in Law**, vol. 5, p. 113, (1961). Tradução livre do original: “Our concepts are not innate ideas, reflections of the ‘essence’ of things, but tools shaped by ourselves for describing reality. Science is performing a proper function of its own when it takes concepts from our everyday language and clarifies and defines them in such a way that they become suitable instruments of research.”

ser explicada a partir da constatação que os direitos não encontram uma conexão com algo fático; não têm um referente. Em comparação com medidas como o quilograma – que tem na barra de irídio, que repousa há mais de cem anos nas proximidades de Paris, o seu modelo padrão –, não existe nada que possa ser apontado como um tipo para os direitos, a partir do qual se possa dizer o que é e o que não é um direito.⁷⁹ Essa ausência de correspondência dos direitos com o mundo dos fatos é exposta por Hart nos seguintes termos:

Os primeiros esforços para definir termos como ‘pessoa jurídica’, ‘direito’ ou ‘dever’, revelam que eles não têm uma conexão direta com correlativos no mundo dos fatos, da mesma forma que a maioria dos termos ordinários têm e à qual nós apelamos nas nossas definições desses mesmos termos. Não existe nada que simplesmente ‘corresponda’ a esses termos jurídicos e, quando tentamos defini-los, nós descobrimos que as expressões que propomos em nossa definição, especificando tipos de pessoas, coisas, qualidades, eventos e processos, materiais ou psicológicos, nunca são precisamente o equivalente desses termos jurídicos, mesmo que frequentemente conectados a eles de alguma maneira.⁸⁰

Mesmo sem ter um referencial minimamente confiável, isso não impede que todas as pessoas falem sobre direitos. Aliás, uma frase comum é: eu tenho o direito de falar. Assim, apesar de serem extremamente comuns as asserções sobre direitos, em virtude dessa falta de correspondência com o mundo dos fatos, não se pretende que toda e qualquer pessoa saiba exatamente o que quer dizer quando afirma ser titular de um direito. Isso diz

⁷⁹ Sobre a ausência de referibilidade dos direitos, veja-se: BIERLING, Ernst Rudolf. **Juristischen Prinzipienlehre**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1894, vol. I, p. 145; HART, Herbert Lionel Adolphus. *Definition and Theory in Jurisprudence*, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 22-23; ROSS, Alf. Tû-Tû, 70 **Harvard Law Review** 812, 821-822 (1956-1957). Em sentido similar, Dworkin fala da ausência de essência dos sistemas jurídicos e seus institutos: “Sistemas jurídicos não são tipos naturais, como bismuto e centopéias, que têm essências. Eles são tipos sociais: imaginar que o direito (*law*) tem uma essência é tão equivocado quando supor que o casamento ou a comunidade têm uma essência” (DWORKIN, Ronald. Hart and the Concepts of Law, 119 **Harvard Law Review Forum** 98 (2006)). Tradução livre do original: “Legal systems are not natural kinds, like bismuth and centipedes, that have essences. They are social kinds: to suppose that law has an essence is as much a mistake as supposing that marriage or community has an essence.”

⁸⁰ Ibid., p. 23. Tradução livre do original: “The first efforts to define words like ‘corporation’, ‘right’, ou ‘duty’ reveal that these do not have the straightforward connection with counterparts in the world of fact which most ordinary words have and to which we appeal in our definition of ordinary words. There is nothing which simply ‘corresponds’ to these legal words, and when we try to define them we find that the expressions we tender in our definition specifying kinds of persons, things, qualities, events, and processes, material or psychological, are never precisely the equivalent of these legal words, though often connected with them in some way.”

respeito não só aos documentos históricos mencionados acima, mas também às situações mais corriqueiras. As seguintes frases,⁸¹ que podem ser ouvidas tanto no café da esquina quanto no plenário do Supremo Tribunal Federal, ilustram bem o que se quer dizer:

1. Raquel tem o direito de não se casar;
2. Luísa tem o direito de não permanecer casada;
3. André tem o direito de receber o salário em dia;
4. Pedro tem o direito de devolver um produto defeituoso;
5. Gabriel tem o direito de não ter o seu imóvel invadido;
6. Bete tem o direito de manifestar livremente o seu pensamento;
7. Carlos tem o direito de votar;
8. Cristina tem o direito ao nome;
9. Carla tem o direito de ‘abrir’ uma empresa;
10. Felipe tem o direito de receber por serviços prestados;
11. Ana tem o direito de propor uma demanda judicial;
12. João tem o direito de provar sua inocência;
13. Marcelo tem o direito de recorrer da decisão judicial.

Todas as orações acima podem ser consideradas verdadeiras, mas, é intuitivo que elas não tratam do mesmo tipo de direitos. O conjunto dessas frases pode ser analisado e dividido de inúmeras maneiras diferentes. Pode-se dizer que algumas delas tratam de direitos sobre coisas enquanto outras tratam de direitos sobre pessoas. Pode-se dizer que algumas delas exigem um ato positivo – um fazer – enquanto que outras só exigem uma abstenção. Pode-se dizer que algumas tratam de direito materiais e outras de direitos processuais, e assim por diante. Nenhuma classificação pode, por si só, ser considerada verdadeira ou falsa. Classificações só podem ser consideradas úteis ou inúteis. Como bem colocado por Karl Engisch, “na construção de divisões e classificações, são geralmente válidas as palavras de Goethe: ‘o que é útil, é por si só verdadeiro’”.⁸² Por sua vez, também nesse sentido, afirma Virgílio Afonso da Silva que é preciso:

ficar claro [...] que não há que se falar em classificação mais ou menos adequada, ou, o que é pior, em classificação mais ou menos moderna. Classificações ou são coerentes e *metodologicamente* sólidas, ou são

⁸¹ O diacronismo entre frase, sentença e oração é gramaticalmente obsoleto, razão pela qual as expressões serão utilizadas indistintamente no decorrer do texto.

⁸² ENGISCH, Karl. Begriffseinteilung und Klassifikation in der Jurisprudenz, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**, coord. G. Paulus, U. Diederichsen, C.W. Canaris. München: C.H. Beck, 1973, p. 145. Tradução livre do original: „Allgemein gilt für die Vornahme von Divisionen und Klassifikationen das Goethewort: ‘Was fruchtbar ist, allein ist wahr’.“

contraditórias - quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintivos - e, por isso, pouco ou nada úteis.⁸³

Num sentido similar é a posição de Joseph Raz:

não há mal algum em qualquer classificação. Qualquer similaridade e qualquer diferença pode ser a base de uma classificação, e a maioria das classificações não fariam um mal maior do que serem chatas em virtude de sua insignificância.⁸⁴

No direito positivo brasileiro, algumas classificações têm funções didáticas e práticas importantes, como aquela que distingue os direitos reais dos direitos pessoais ou aquela que distingue os direitos absolutos dos direitos relativos. A legislação – especialmente a de direito privado – foi pensada e estruturada levando-se em conta essas classificações. Entretanto, as classificações tradicionais não conseguem explicar algumas questões fundamentais, tais como por que as frases acima, tão similares de um ponto de vista meramente sintático,⁸⁵ escondem diferenças semânticas tão profundas e causam tantas confusões conceituais. A resposta é que a análise de conceitos jurídicos e sua posterior classificação exigem um método. O método a ser utilizado será aquele fornecido pela teoria analítica do direito ou jurisprudência analítica, com forte influência das doutrinas de Jeremy Bentham (1748-1832),⁸⁶ Ernst Rudolf Bierling (1841-1919),⁸⁷ Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918),⁸⁸ Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)⁸⁹ e Robert

⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma Distinção, **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n.º 1, p. 614, (2003).

⁸⁴ RAZ, Joseph. About Morality and the Nature of Law, 48 **American Journal of Jurisprudence** 2 (2003). Tradução livre do original: “there is no harm in any classification. Any similarity and any difference can be the basis of a classification, and most classifications would do no greater harm than being boring because they would be insignificant.”

⁸⁵ Dentre as partes da gramática, segundo Carnap, a sintaxe deve ser entendida como o sistema de regras formais, *i.e.*, sem referência à significação. Ele regula como os símbolos da linguagem podem ser construídos e derivados. Veja-se: CARNAP, Rudolf. On the Character of Philosophic Problems, **Philosophy of Science**, vol. 1, n. 1., p. 9-10, jan., 1934.

⁸⁶ Sobre a originalidade e complexidade da teoria de Bentham, veja-se a coletânea: HART, Herbert Lionel Adolphus. **Essays on Bentham**. Oxford: Oxford University Press, 1982, 250 p.

⁸⁷ As concepções de Bierling foram recentemente revisitadas em profundidade por Andreas Funke: FUNKE, Andreas. **Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, 338 p.

⁸⁸ Sobre a influência da obra de Hohfeld, confira-se, dentre inúmeros trabalhos: WALDRON, Jeremy. Introduction, **Theories of Rights**, coord. J. Waldron. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 1-20; TWINING, William. Have Concepts, Will Travel: Analytical Jurisprudence in a Global Context, **International Journal of Law in Context**, vol. I, n. 1, p. 16-20, 2005.

Alexy (1945-).⁹⁰ O método a ser adotado é útil para os juristas, mas é de pouca valia para aqueles que nunca se preocuparam em pensar sobre os direitos. Como enfatizado por Hart, “uma definição filosófica ou elucidação explanatória é construída não para ensinar o seu uso para aqueles que são dela ignorantes, mas para explicar aspectos que ainda são enigmáticos para aqueles que já dominaram esse uso.”⁹¹

⁸⁹ Sobre Hart, confira-se, em especial, a análise feita por Neil MacCormick (MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**, 2.^a ed. Stanford: Stanford University Press, 2008, 184 p.) e a biografia escrita por Nicola Lacey (LACEY, Nicola. **A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream**. Oxford: Oxford University Press, 2004, 444 p.).

⁹⁰ Sobre a obra de Robert Alexy, confirmam-se os volumes: SIECKMANN, Jan-Reinhard (ed.) **Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2007, 269 p. e; PAVLAKOS, George (ed.). **Law, Rights and Discourse – Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oxford: Hart Publishing, 2007, 378 p.

⁹¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Analytical Jurisprudence...*, op. cit., p. 965. Tradução livre do original: “a philosophical definition or explanatory elucidation is designed not to teach the use to those who are ignorant of it, but to explain features which are still puzzling to those who have mastered this use.”

2.1 JURISPRUDÊNCIA ANALÍTICA E DIREITOS

Os problemas que gravitam ao redor do conceito dos direitos, sua estrutura e classificações⁹² serão abordados a partir da ótica de uma teoria analítica do direito, ou jurisprudência analítica. Essa teoria analítica do direito está para a teoria do direito da mesma forma que a filosofia analítica está para a filosofia geral. Trata-se de um estilo e um modo de aproximação que envolve a utilização de uma ampla gama de técnicas de análise aplicadas às questões de teoria do direito. A jurisprudência analítica é usualmente associada à elucidação de conceitos abstratos e vista como um ramo da análise lingüística.

Como salientado por Austin, “as palavras são nossas ferramentas, e o mínimo que se exige é que usemos ferramentas bem-acabadas: nós devemos saber o que queremos dizer e o que não queremos, e nós precisamos nos preparar contra as armadilhas que a linguagem nos põe no caminho.”⁹³ A linguagem é extremamente importante, mas a análise não pode se resumir a meras questões lingüísticas e muito menos pode se tentar resolver problemas jurídicos somente através da linguagem, sob pena de se tornar uma vítima do *aguiilhão semântico* de que tratou Dworkin.⁹⁴ Da mesma forma, há que se respeitar também o aviso de Thomas Nagel:

[a] Linguagem é em si mesma uma importante questão para a filosofia, e a investigação da linguagem é quase sempre o melhor lugar para se começar uma clarificação dos nossos mais importantes conceitos. [...] Mas a real questão, entretanto, não é a linguagem enquanto prática contingente, mas, em um sentido amplo, a lógica: o sistema de conceitos que torna o raciocínio possível e à qual qualquer linguagem útil para pensar deve estar ajustada.⁹⁵

⁹² A dimensão analítica da proposta tridimensional de Robert Alexy.

⁹³ AUSTIN, John Langshaw. A Plea for Excuses, **Philosophical Papers**. Oxford: Oxford University Press, 1966, p. 129-130. Tradução livre do original: “words are our tools, and, as a minimum, we should use clean tools: we should know what we mean and what we do not, and we must forearm ourselves against the traps that language sets us.”

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 45-86.

⁹⁵ NAGEL, Thomas. **The Last Word**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 37-38. Tradução livre do original: “Language is in itself an important subject matter for philosophy, and the investigation of language is often the best place to begin when clarifying our most important concepts. [...] But the real subject then is not language as a contingent practice but, in a broad sense, logic: the system of concepts that makes thought possible and to which any language usable by thinking beings must conform.” Ver também a devastadora

Assim, apesar da importância da linguagem para a jurisprudência analítica, reduzi-la a ela seria excessivamente restritivo.⁹⁶ Atualmente a jurisprudência analítica tem desenvolvido tópicos como o estudo da forma e da estrutura dos sistemas jurídicos, da definição do direito e da argumentação jurídica.⁹⁷ Segundo Jules Coleman, a jurisprudência analítica tem sido o método mais utilizado para abordar o direito:

O método filosófico da jurisprudência analítica é análise conceitual. (...) A visão padrão é que os falantes competentes compartilham o conceito de direito (*law*), ainda que cada um tenha uma compreensão incompleta dele. Embora nós imaginemos estar usando o mesmo conceito – um conceito que regula nosso uso e que permite que nos comuniquemos significativamente –, na realidade poucos falantes competentes têm teorias sobre o conceito em todas as suas particularidades. Construir tal teoria é a tarefa do teórico do direito. Tal teoria refina e regula nosso uso e visa aprofundar nosso conhecimento. Construir tal teoria começa com o uso ordinário, que reflete um entendimento parcial, mas não para por aí. A jurisprudência analítica também não é meramente uma atividade descritiva que se refere a entendimentos comuns e compartilhados.⁹⁸

A jurisprudência analítica pode ser vista como um estreitamento da filosofia analítica. A partir do Renascimento e, em especial, com Kant e Leibniz, a filosofia teve um período de grande e convergente desenvolvimento, convergência esta quebrada a partir de correntes do neokantismo e pelo pragmatismo. Essa quebra conduziu a filosofia a uma cisão em dois sentidos. O primeiro sentido conduziria a uma filosofia centrada no mundo real e orientada rumo às ciências humanas – fenomenologia, existencialismo e hermenêutica. O segundo sentido conduziria a uma filosofia centrada na lógica, na

crítica de Ernest Gellner: GELLNER, Ernest. **Words and Things: An Examination Of, and an Attack On, Linguistic Philosophy**. Oxon: Routledge, 2005, 360 p.

⁹⁶ Hart afirma que “é uma confusão e na verdade falso afirmar a identidade entre a jurisprudência analítica com o ‘conceitualismo’ ou com uma jurisprudência ‘mecânica’” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *Analytical Jurisprudence...*, op. cit., p. 957. Tradução livre do original: “it is confusion and indeed false to assert the identity of analytical jurisprudence with ‘conceptualism’ or ‘mechanical’ jurisprudence”).

⁹⁷ Cf. TWINING, William. Have Concepts, Will Travel: Analytical Jurisprudence in a Global Context, *International Journal of Law in Context*, vol. I, n. I, p. 10, 2005.

⁹⁸ COLEMAN, Jules. Analytic Jurisprudence, *Encyclopedia of Philosophy*, ed. D.M. Borchert, 2.^a ed. New York: MacMillan Reference Books, vol. 1, p. 168-169. Tradução livre do original: “The philosophical method of jurisprudence is conceptual analysis. (...) The standard view is that competent speakers share the concept of law, though each has an incomplete grasp of it. While we take ourselves to be employing the same concept—a concept that regulates our usage and enables us to communicate meaningfully—in fact few competent speakers have theories of the concept in all its particulars. Constructing such a theory is the task of the jurist. Such a theory refines and regulates our use and aims to deepen our understanding. Constructing such a theory begins with ordinary use, which reflects a partial understanding, but does not end there. Nor is jurisprudence merely a descriptive activity reporting on common or shared understandings.”

matemática e orientada rumo às ciências exatas – uma filosofia analítica. Ambos os sentidos podem ser vistos como uma resposta ao idealismo da metafísica de Hegel.⁹⁹ Ao contrário do primeiro sentido, a filosofia analítica fez uma verdadeira virada em direção à linguagem – *the linguistic turn*. Constitui, em verdade, em uma crítica da linguagem. Conforme ressaltado por Otfried Höffe, “o sentido [da filosofia analítica] é duplamente analítico: metodologicamente, porque ele analisa (disseca) a linguagem, e materialmente, porque ela declara a filosofia como sendo somente analítica, não dando importância à abordagem sintética *a priori* da metafísica.”¹⁰⁰ Como bem destaca Philip Pettit:

Filosofia analítica é filosofia na tradição predominante do iluminismo. Especificamente, é a filosofia entendida na maneira de Hume e Kant, Bentham e Frege, Mill e Russell. O que une os defensores da filosofia analítica juntos é o fato de eles apoiarem, ou ao menos levarem a sério, as hipóteses distintivas do iluminismo. Essas hipóteses são, *grosso modo*, as seguintes:

1. Existe uma realidade independentemente do conhecimento humano e do qual nós humanos fazemos parte.
2. Razão e método, particularmente tais como exemplificados em ciência, nos oferecem a maneira adequada de explorar essa realidade e a nossa relação com ela.
3. Nessa exploração, concepções tradicionais – em particular, concepções tradicionais de avaliação – deveriam ser suspensas e os fatos deveriam poder falar por si próprios.¹⁰¹

É certo que a jurisprudência analítica é um método de abordagem do fenômeno jurídico muito mais presente na tradição do *common law* do que na tradição do *civil law*. Se tal afirmação poderia servir de obstáculo à sua utilização no Brasil há algumas décadas, certamente não pode mais. Especialmente na Alemanha, a partir da década de 60 do século

⁹⁹ Cf. HÖFFE, Otfried. **Kleine Geschichte der Philosophie**. München: Beck, 2001, p. 281.

¹⁰⁰ Ibid., p. 281. Tradução livre do original: “ist die Richtung in einem doppelten Sinn analytisch: methodisch, weil sie die Sprache analysiert (zergliedert), und inhaltlich, weil sie der Philosophie nur analytischen Aussagen und nicht das synthetische Apriori der Metaphysik zutraut.”

¹⁰¹ PETTIT, Philip. **Analytical Philosophy, A Companion to Contemporary Political Philosophy**, ed. R.E. Goodin, P. Pettit, 2.^a ed. Malden: Blackwell Publishing, 2007, vol. 1, p. 5. Tradução livre do original: “Analytical philosophy is philosophy in the mainstream tradition of the Enlightenment. Specifically, it is philosophy pursued in the manner of Hume and Kant, Bentham and Frege, Mill and Russell. What binds analytical figures together is that they endorse, or at least take seriously, the distinctive assumptions of the Enlightenment. These assumptions go, roughly, as follows: 1 There is a reality independent of human knowledge of which we human beings are part. 2 Reason and method, particularly as exemplified in science, offer us the proper way to explore that reality and our relationship to it. 3 In this exploration traditional preconceptions – in particular, traditional evaluative preconceptions – should be suspended and the facts allowed to speak for themselves.”

XX, passados os dias áureos do renascimento do direito natural com fundamento na fórmula de Radbruch, ocorreu uma virada metodológica que conduziria à hermenêutica jurídica e à jurisprudência analítica. Nas palavras de Ralf Dreier, os alemães fizeram um *Reimport* da filosofia analítica.¹⁰² Os desenvolvimentos da jurisprudência analítica na Alemanha influenciaram e influenciam fortemente a obra de Robert Alexy,¹⁰³ cuja construções teóricas serão muito utilizadas no curso do presente trabalho.

A jurisprudência analítica também pode ser dividida em dois sentidos: material e metodológico.¹⁰⁴ Não há qualquer pretensão no presente trabalho de debater ou de trazer à tona os importantes,¹⁰⁵ porém, intermináveis, debates acerca da natureza do direito empreendidos por adeptos do positivismo jurídico, do direito natural ou do interpretativismo, em suas mais diferentes formas.¹⁰⁶ O foco do estudo será o método analítico e suas ferramentas de análise e o seu objeto será o modo como o conceito dos direitos é utilizado e classificado pelos juristas. É importante deixar claro que não se trata de um exercício fútil de conceituação para meros fins classificatórios. Trata-se de uma tentativa de apreensão do conceito em movimento, a fim de melhor explicar o seu papel dentro da teoria do direito e de compreender melhor os fenômenos aos quais ele é referido.

Porém, alguém poderia objetar que uma análise do conceito e da estrutura dos direitos só estaria preocupada com a palavra direito e não com o que ele significa no

¹⁰² DREIER, Ralf. Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie und wieder zurück?, **Die Ordnung der Freiheit – Festschrift für Christian Starck**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 23. Sobre a evolução da filosofia do direito na Alemanha do pós-guerra, veja-se, além do já citado texto de Dreier: DREIER, Ralf. Deutsche Rechtsphilosophie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, **Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers**, ed. R. Alexy. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 215-233 e; KLATT, Matthias. Contemporary Legal Philosophy in Germany, **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, vol. 93, p. 519-539, 2007.

¹⁰³ Especialmente a sua tese de doutoramento (ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Frankfurt: Suhrkamp, 1978) e a sua tese de livre-docência (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1985).

¹⁰⁴ Cf. COLEMAN, Jules. Analytic Jurisprudence, op. cit., p. 168.

¹⁰⁵ A não ser quando a opção por determinado enfoque seja necessária para o argumento defendido no trabalho.

¹⁰⁶ Para uma visão geral das posições, veja-se, dentre inúmeros outros: GREEN, Leslie. General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay, **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 25. n.º 4, p. 565-580 (2005); do mesmo autor, com referências: Legal Positivism, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, disponível na internet: <http://plato.stanford.edu/>.

mundo dos fatos. Tal objeção é enganosa porque distorce a realidade. Hart fornece uma analogia perfeita para explicar porque tal objeção é ilusória. Imagine-se que alguém observa à distância pelo telescópio um navio ancorado em um porto. Alguma outra pessoa pergunta se o observador está interessado no navio ancorado no porto ou na imagem refletida pelo telescópio. No caso aqui em discussão, a pergunta seria: o interesse da análise dos direitos é nos direitos como eles são ou apenas no conceito e estrutura dos direitos? Hart afirma que, se o observador tivesse uma visão analítica adequada, responderia que está interessado em ambos – no navio e na imagem – e que na verdade está buscando alinhar o navio com a sua imagem refletida no telescópio a fim de vê-lo melhor.¹⁰⁷ Explica Hart:

Ao perseguir indagações analíticas nós buscamos aprimorar nossa compreensão sobre o que estamos falando quando usamos nossa linguagem. Não existe classificação de conceitos que possa falhar em aumentar nosso entendimento do mundo no qual nós a aplicamos. A análise ou definição bem-sucedida de termos ou formas de expressão complexos, ou que causam perplexidade, tem certamente alguns dos elementos essenciais da descoberta de fato, porque para elucidar qualquer conceito nós inevitavelmente chamamos a atenção para diferenças e similaridades entre os tipos de fenômenos para os quais nós aplicamos os conceitos e os demais fenômenos.¹⁰⁸

Alcançar um conceito, conhecer a estrutura e classificar os direitos faz parte da tarefa de compreender melhor esses direitos. Não se trata de um exercício abstrato e nem de tentar atingir algo fechado e definitivo. O conceito de direito subjetivo, ou de direitos, que será aqui adotado, bem como qualquer outro conceito jurídico complexo, não pode ser encarado com algo fechado e definitivo. Novas situações e novas necessidades podem colocar em cheque e até mesmo destruir uma análise já empreendida. Se os direitos e seus conceitos são abertos e dinâmicos, poder-se-ia alegar que isso torna fútil qualquer tentativa

¹⁰⁷ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *Analytical Jurisprudence...*, op. cit., p. 967.

¹⁰⁸ Ibid. p. 967. Tradução livre do original: “In pursuing analytical inquiries we seek to sharpen our awareness of what we talk about when we use our language. There is no classification of concepts which can fail to increase our understanding of the world to which we apply them. The successful analysis or definition of complex or perplexing terms or forms of expression have certainly some of the essential elements of the discovery of fact, for in elucidating any concepts we inevitably draw attention to differences and similarities between the type of phenomenon to which we apply the concept and other phenomena.”

de apreensão. Porém, essa não pode ser uma razão para abandonar a análise dos direitos. Como bem colocado por J.L. Austin, “um elétron que gira no sentido contrário, isto é uma descoberta, um prenúncio a ser seguido, e não uma razão para se desistir da física.”¹⁰⁹ Se por um lado, novas descobertas não podem servir de pretexto para se furtar à análise de conceitos jurídicos complexos, por outro lado, uma análise já pronta e acabada também não pode servir de pretexto para que novas descobertas sejam ignoradas.

A doutrina do direito no Brasil e, especialmente a doutrina do direito processual civil, usa e abusa das classificações ditas tradicionais. Se algum fenômeno novo deixa de se encaixar na classificação, normalmente se opta por duas saídas fáceis: ou se distorce o fenômeno para que este caiba na classificação, ou ele é considerado fora do padrão; *sui generis*. Nenhuma das soluções é satisfatória. A distorção do fenômeno ao fim e ao cabo distorce o próprio entendimento e a análise empreendida perde a sua razão de ser. Por outro lado, novas situações não devem automaticamente ser consideradas *sui generis* e colocadas no ‘armário dos conceitos anatômico-patológicos’ de que falava Jhering:

Depois, quando nós tivermos olhado os conceitos, você verá o que acontece com eles, quando eles se submetem à vida. Isso se encontra na galeria dos conceitos, onde você observará os conceitos puros, *i.e.*, conceitos pura e simplesmente auto-sustentáveis e afastados de qualquer relação com a vida. Verá também um exclusivo armário dos conceitos anatômico-patológicos, que contém as deformações e as desarticulações às quais os conceitos foram expostos no mundo real. [...] A vida, como você sabe, tem o mesmo significado que a morte para a verdadeira ciência.¹¹⁰

No céu dos conceitos jurídicos, no qual a prática só existe para atrapalhar a teoria, a realidade que não se encaixa é ignorada, já que atrapalha a verdadeira ciência. É muito

¹⁰⁹ AUSTIN, John Langshaw. A Plea for Excuses, **Philosophical Papers**. Oxford: Oxford University Press, 1966, p. 132. Tradução livre do original: “an electron that rotates the wrong way, that is a discovery, a portent to be followed up, not a reason for chucking physics.” Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century*, op. cit. p. 971.

¹¹⁰ JHERING, Rudolf. Im juristischen Begriffshimmel... op. cit., p. 267. Tradução livre do original: „Du wirst später, wenn dir die Begriffe in Augenschein nehmen, sehen was aus ihnen wird, wenn sie sich dem Leben zu fügen haben. Es befindet sich dort neben der Begriffshalle, in der Du die reinen, d. h. lediglich sich selber lebenden und aller Beziehung zum Leben enthobenen Begriffe erschauen wirst, ein eigenes anatomisch-pathologisches Begriffskabinet, welches die Mißbildungen und Verrenkungen enthält, denen die Begriffe in der wirklichen Welt ausgesetzt gewesen sind. [...] Das Leben, an welches Du denkst, ist gleichbedeutend mit dem Tod der wahren Wissenschaft.“

comum que teses jurídicas falem de conceitos *sui generis* e sua existência comprova que a análise de tal categoria de conceitos ainda não atingiu o patamar adequado, já que a teorização proposta não foi capaz de explicar os fenômenos em sua totalidade. É muito mais fácil colocar tal fenômeno no ‘armário dos conceitos anatômico-patológicos’ do que começar do zero a construção de uma nova teoria. Evitar tais equívocos constitui um dos objetivos fundamentais desse estudo e nessa tarefa também se mostra extremamente útil o instrumental da jurisprudência analítica.

Não bastasse a possibilidade se extrair um sem-número de problemas da análise dos direitos, a origem latina da língua portuguesa acaba por complicar ainda mais o cenário. Nos países da tradição do *civil law*, o substantivo direito não explica, por si só, se está a se falar de direito num senso objetivo ou subjetivo. Na tradição do *common law* – e, obviamente, da língua inglesa –, o substantivo *right* diferencia-se do substantivo *law*. Não se torna pleonástica a afirmação de que Fulano tem um direito (*right*) conferido pelo direito (*law*). Na *civil law*, o mesmo substantivo latino *ius* significa tanto *right* quanto *law*. O mesmo fenômeno que tem lugar no português (direito) acontece também no espanhol (*derecho*), italiano (*diritto*), francês (*droit*) e alemão (*Recht*). Essa dupla função do substantivo *ius* torna necessária uma ‘desambiguação’.¹¹¹ Tal desambiguação teria dois sentidos principais: saber quando se fala em direitos num sentido abstrato ou num sentido concreto e, também, diferenciar direitos legais de direitos de outra natureza (morais, institucionais).

¹¹¹ Sobre o tema, confira-se, dentre outros: POUND, Roscoe. Legal Rights. **International Journal of Ethics**, vol. 26, n. 1, p. 92-116, Oct., 1915; **The Ideal Element in Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 2002. p. 109-139; KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**, 2.^a ed. Wien: Franz Deuticke, 1960, p. 130-131; HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning**. New Haven: Yale University Press, 1919, p. 40; VILLEY, Michel. L’Idée du Droit Subjectif et les Systèmes Juridiques Romains, **Revue Historique de Droit**, Series 4, vol. 24-25, p. 201-228, 1946; HART, Herbert Lionel Adolphus. Are There Any Natural Rights?, **The Philosophical Review**, vol. 64, n. 2, p. 177-178, Apr., 1955; TUCK, Richard. **Natural Rights Theories**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. p. 7-13; NINO, Carlos Santiago. Sobre los Derechos Morales. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 7, p. 311-325, 1990; CAMPBELL, Kenneth. Legal Rights, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Winter 2003 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-rights>. Acesso em: 08 out. 2007.

No próximo capítulo tentar-se-á desenvolver uma teoria dos direitos aplicável aos direitos materiais e também aos direitos processuais. Grande parte das teorias sobre direitos é pensada a partir de direito jurídicos, mas nada impede que também seja aplicada aos direitos morais. A teoria proposta também se aplica a essa importante categoria de direitos, mas sua discussão não será objeto de preocupação. Em que pese a enorme utilidade e complexidade dos direitos morais, elas não farão parte do presente estudo. O objetivo de toda a análise é a compreensão dos direitos processuais que, no Brasil, em parte graças à generosidade do rol de direito fundamentais e em parte graças à enorme legislação processual, é possível afirmar que todos os direito processuais são, ao mesmo tempo, direitos legais. Isso não impede que se afirme e que se reconheça a existência e a importância dos direitos morais. No Brasil e na grande maioria dos países com línguas latinas, a expressão direitos morais parece contraditória e as dúvidas sobre a sua existência provém da mesma fonte que as dúvidas resolvidas a partir da dicotomia direito subjetivo / direito objetivo, *i.e.*, a ausência dos substantivos *right* e *law*. Trata-se, como colocado por Carlos Santiago Nino, de um problema lexicográfico. Em português, “falar de *direito jurídicos* parece redundante e, ao contrário, referir-se a *direitos morais* parece, se não auto-contraditório, ao menos paradoxal.”¹¹² Os problemas e reflexões que se podem extrair do tema dos direitos morais são por si só complexos para dar origem a uma tese, fugindo dos objetivos aqui propostos.¹¹³

¹¹² NINO, Carlos Santiago. Sobre los Derechos Morales, **Doxa**, vol. 7, p. 311-312, (1990). Tradução livre do original: “hablar de *derechos jurídicos* parece redundante y, por el contrario, referirse a *derechos Morales* parece, si no autocontradictorio, por lo menos paradójico.”

¹¹³ Além do excelente texto de Nino, sobre os direitos morais, veja-se: HART, Herbert Lionel Adolphus. Are There Any Natural Rights, **The Philosophical Review**, vol. 64, n.º 2, p. 175-191, (1955); FEINBERG, Joel. The Social Importance of Moral Rights, **Philosophical Perspectives**, vol. 6, p. 175-198, (1992); FEINBERG, Joel. In Defence of Moral Rights, 12 **Oxford Journal of Legal Studies** 149, (1992); RAZ, Joseph. Hart on Moral Rights and Legal Duties, 4 **Oxford Journal of Legal Studies** 123, (1994); FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1980, 442 p.

Deixando de lado o problema dos direitos morais, deve-se esclarecer o problema lingüístico da ambigüidade da palavra direito num sentido objetivo e subjetivo. Kelsen explica o problema:

as linguagens jurídicas alemã e francesa utilizam até mesmo as mesmas palavras – ‘*Recht*’ e ‘*droit*’ – para descreverem [o direito de um determinado sujeito e] o sistema de normas que constitui a ordem jurídica. Para que esses não se tornem idênticos, devem ser diferenciadas as designações como ‘direito subjetivo’, *i.e.*, o direito de um determinado sujeito, das designações da ordem jurídica, *i.e.*, do ‘direito objetivo’. Na linguagem jurídica inglesa sempre se encontra disponível a palavra ‘*right*’, quando se quer denotar o direito de alguém especificamente, em comparação com a ordem jurídica, o direito objetivo, denotado pela palavra ‘*law*’.¹¹⁴

Porém, tal desambiguação faz parte de um projeto mais complexo de definição de uma teoria dos direitos. Tal teoria tem dois requisitos metodológicos principais. O primeiro requisito é a capacidade de tal teoria de acomodar toda a gama de direitos que um indivíduo pode ter, além de responder adequadamente à questão do que são os direitos, de um modo que ilumine toda a tradição dos discursos sobre direitos e que tente conciliar visões por vezes incompatíveis a respeito de que direitos as pessoas têm e por quê.¹¹⁵ O segundo requisito metodológico de uma teoria dos direitos é estar atenta a todos atributos que normalmente são associados ao discurso dos direitos, *i.e.*, explicar porque determinados atributos fazem parte de um conceito dos direitos e porque outros não fazem.¹¹⁶

Tome-se uma das asserções sobre direitos feitas acima, p.ex., ‘11. Ana tem o direito de propor uma demanda judicial’. Quando se busca elucidar o significado do direito de

¹¹⁴ Kelsen, Hans. **Reine Rechtslehre**... op. cit., p. 130-131. Tradução livre do original: “in der deutschen und französischen Rechtssprache – sogar mit demselben Worte bezeichnet wird wie das System von Normen, das die Rechtsordnung bildet: mit dem Worte „Recht“, „droit“. Um mit diesem nicht identifiziert zu werden, muß die Berechtigung als „subjektives“ Recht, das ist also das Recht eines bestimmten Subjektes, von der Rechtsordnung, als dem „objektiven“ Recht, unterscheiden werden. In der englischen Rechtssprache freilich steht das Wort „right“ zur Verfügung, wenn man die Berechtigung, das Recht eines bestimmten Subjektes, zum Unterschied von der Rechtsordnung, dem objektiven Recht, dem „law“, bezeichnen will.”

¹¹⁵ Cf. Harel, Alon. *Theories of Rights*, **Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Golding e Edmundson eds., USA: Blackwell Publishing, 2004, p. 191. Ver também: Raz, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 166.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 191.

propor uma demanda judicial, a maioria dos juristas se pergunta, em primeiro lugar: o que é um direito? Independentemente da resposta que se dê, ela não será satisfatória. Isto porque a pergunta é em si equivocada. Se os direitos não referem – não tem correspondência com algo fático – e são um conceito jurídico superior, incapaz de ser classificado *per genus et differentiam*, é inútil se perguntar o que é um direito. Jhering – talvez inspirado em Bentham¹¹⁷ – escreveu o seguinte sobre esse tipo de aspiração:

Nesse tipo de definições se troca uma cédula de dinheiro por uma moeda de igual valor, e depois disso se encontra tão longe quanto se estava no ponto de partida. O que é um direito? ‘O poder de agir, etc.’ O que é um poder? ‘O direito de agir’ – aí se pega a cédula de volta. Quem quer cambiar, precisa me exhibir o valor em uma outra variedade de moeda. Do mesmo modo, quem quer definir um conceito, precisa fazê-lo a partir de outro tipo de conceitos.¹¹⁸

Se perguntar o que é um direito é, como colocado por Jhering, trocar ‘seis por meia dúzia’, a única saída para compreender um conceito jurídico como o dos direitos é tentar defini-lo e explicá-lo contextualmente.¹¹⁹ Hart evoca Bentham para afirmar que “nunca podemos tomar termos [jurídicos] isoladamente, mas considerar sentenças inteiras nas quais eles desempenham seus papéis característicos. Nós não devemos pegar a *palavra* ‘direito’, mas a sentença ‘você tem um direito’”.¹²⁰ Tal método foi batizado por Jeremy Bentham como *paraphrasis*:

Para explicar as palavras *dever* (*duty*), *direito* (*right*), *poder* (*power*), *título* (*title*) e esses outros termos do mesmo tipo que abundam tão grandemente na ética e na jurisprudência, ou eu estou muito enganado, ou o único método pelo qual qualquer conhecimento pode ser comunicado é aquele que aqui se exemplifica. Uma exposição estruturada a partir desse

¹¹⁷ Sobre a influência da obra de Jeremy Bentham sobre Rudolf Jhering, veja-se: COING, Helmut. Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemein Rechtslehre, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 54, p. 74-76.

¹¹⁸ JHERING, Rudolf. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1865, vol. III, p. 507-508. Tradução livre do original: xxxx. Tradução livro do original: “Bei solchen Definitionen wechselt man einen Silberthaler gegen einen Papierthaler, mas ist ebenso weit wie vorher. Was ist Recht? „Befugniß zu handeln u.s.w.” Was ist Befugniß? “Recht zu handeln” – da gibt man den Papierthaler wieder zurück. Wer wechseln will, muß mir den Werth in einer andern Münzsorte darstellen, wer definieren will, den Begriff in anderen Begriffen.”

¹¹⁹ Essa foi a saída encontrada por Hart. Sobre essa opção, veja-se: BIRMINGHAM, Robert. Hart’s Definition and Theory in Jurisprudence Again, 16 *Connecticut Law Review* 775-801, (1983-1984).

¹²⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. Definition and Theory... op. cit., p. 26. Tradução livre do original: “we must never take these [legal] words alone, but consider whole sentences in which they play their characteristic role. We must take not the word ‘right’ but the sentence ‘You have the right’”.

método eu denominaria *paraphrasis*. [...] Uma palavra pode ser dita que foi explicada por *paraphrasis* quando não a *palavra* isolada é traduzida em outras *palavras*, mas alguma *sentença* inteira, na qual a palavra é uma parte, é traduzida em outra *sentença*; cujas palavras dessa última sejam representativas de idéias que sejam mais *simples*, ou que sejam de modo imediato, convertíveis em outras mais simples do que as utilizadas na sentença original. [...] Esse, em resumo, é o único método no qual qualquer termo abstrato pode, no longo prazo, ser explicado para algum fim instrutivo; isso é, em termos planejados para criar *imagens*, seja de *substâncias* observadas, seja de *emoções*; – fontes, uma ou outra a partir das quais cada idéia deve ser desenhada, a fim de que seja clara. [...] O tradicional método de definição – o método *per genus et differentiam*, como o chamam os lógicos, não irá, em muitos casos, dar resposta a essa necessidade. Dentre os termos abstratos nós facilmente chegamos àqueles que não têm um *gênero superior*. Uma definição, *per genus et differentiam*, quando aplicada a estes, e isso é manifesto, não pode fazer qualquer avanço: ou ela pára de repente ou irá se voltar para si própria, em uma *circularidade* ou um *refrão*.¹²¹

Posteriormente a Bentham e com aplicações autônomas a outras áreas do conhecimento, verifica-se a utilização de tal método por outros filósofos. Gottlob Frege afirmou o mesmo princípio quando disse que “[s]omente em relação a uma frase as palavras significam algo.”¹²² Em seu *Tractatus logico-philosophicus*, Ludwig Wittgenstein repete o princípio enunciado por Frege, ao dizer que “[s]omente a sentença tem sentido;

¹²¹ BENTHAM, Jeremy. A Fragment on Government, **The Works of Jeremy Bentham**, ed. J. Bowring. New York: Russel & Russel, 1962, vol. 1, p. 293. Tradução livre do original: “For expounding the words *duty*, *right*, *power*, *title*, and those other terms of the same stamp that abound so much in ethics and jurisprudence, either I am much deceived, or the only method by which any instruction can be conveyed, is that which is here exemplified. An exposition framed after this method I would term *paraphrasis*. [...] A word may be said to be expounded by *paraphrasis*, when not that *word* alone is translated into other *words*, but some whole *sentence*, of which it forms a part, is translated into another *sentence*; the words of which latter are expressive of such ideas as are *simple*, or are more immediately resolvable into simple ones than those of the former. Such are those expressive of *substances* and *simple modes*, in respect of such *abstract* terms as are expressive of what Locke has called *mixed modes*. This, in short, is the only method in which any abstract terms can, at the long run, be expounded to any instructive purpose; that is, in terms calculated to raise *images* either of *substances* perceived, or of *emotions*;—sources, one or other of which every idea must be drawn from, to be a clear one. [...] The common method of defining – the method *per genus et differentiam*, as logicians call it, will, in many cases, not at all answer the purpose. Among abstract terms we soon come to such as have no *superior genus*. A definition, *per genus et differentiam*, when applied to these, it is manifest, can make no advance: it must either stop short, or turn back, as it were, upon itself, in a *circulate* or a *repetend*.”

¹²² FREGE, Gottlob. **Die Grundlagen der Arithmetik**. Hamburg: Meiner, 1988, p. 71. Tradução livre do original: “Nur im Zusammenhange eines Satzes bedeuten die Wörter etwas.” Reconhecendo o ineditismo do *insight* de Bentham e sua posterior elaboração por Frege, mas dando um papel central a Russell, veja-se: QUINE, Wilard Van Orman. Russel’s Ontological Development, **The Journal of Philosophy**, vol. 63, n. 21, p. 659, Nov., 1966.

somente em relação à sentença tem um substantivo significado”.¹²³ A utilidade da paráfrase é bem explicada por W.V.O. Quine:

A nova liberdade conferida pela paráfrase é nossa recompensa por reconhecermos que a unidade da comunicação é a sentença e não a palavra. A essência da teoria semântica foi por muito tempo obscurecida pela inegável primazia das palavras. Sendo as sentenças ilimitadas e as palavras limitadas em número, nós necessariamente entendemos a maior parte das sentenças por construção, a partir de palavras antecedentemente familiares. [...] Então podemos dizer que conhecer palavras é precisamente conhecer o significado das sentenças contendo essas palavras.¹²⁴

A importância da paráfrase se torna evidente a partir do momento em que se reconhece que o termo direitos é tão abstrato a ponto de não comportar uma classificação a partir do modelo aristotélico *per genus et differentiam*. Não é possível, como tentam muitos, reduzir os direitos a espécies de poder ou a espécies de dever ou ao que seja. Os direitos são categorias superiores.¹²⁵

Paráfrase, em síntese, “é pegar uma palavra como ‘direito’, ‘dever’ ou ‘Estado’; incorporá-la a uma sentença como ‘você tem um direito’, na qual ela desempenha um papel característico e então tentar encontrar uma *tradução* dela em algo que possamos chamar de expressão factual.”¹²⁶ Assim, quando se analisa uma frase como ‘10. Felipe tem o direito de receber por serviços prestados’, não se está preocupado em saber o que é o direito, mas sim: quem é o titular do direito de receber; que tipo de direito é este; o que é correlativo a este direito (um dever, uma sujeição, uma incapacidade, um não-direito); que tipo de relação se forma entre o titular do direito e o destinatário da correlação e etc. Trata-se de algo palpável e não de uma abstração que acaba por cair numa circularidade. A

¹²³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1963, p. 22. Tradução livre do original: “Nur der Satz hat Sinn; nur im Zusammenhange des Satzes hat ein Name Bedeutung.”

¹²⁴ QUINE, W.V.O. *Russel’s Ontological...* op. cit., p. 659. Tradução livre do original: “The new freedom that paraphrasis confers is our reward for recognizing that the unit of communication is the sentence and not the word. This point of semantical theory was long obscured by the undeniable primacy, in one respect, of words. Sentences being limitless in number and words limited, we necessarily understand most sentences by construction from antecedently familiar words. [...] Then we can say that knowing words is knowing how to work out the meanings of sentences containing them.”

¹²⁵ Cf. Hart.... Raz....

¹²⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Definition and Theory...* op. cit., p. 34.

ferramenta analítica da *paraphrasis*, bem como outras desenvolvidas pelos juristas analíticos, serão utilizadas na busca e explicação de uma teoria dos direitos processuais.

Um dos tópicos que sempre gerou e continuará a gerar discussões no âmbito da filosofia prática é o que diz respeito à natureza dos direitos, cuja importância no âmbito da moralidade e da teoria política não pode ser desconsiderada.¹²⁷ Dois perigos cercam a busca por uma definição dos direitos. O primeiro seria cunhar uma definição de direitos partindo da premissa que eles não são importantes. O segundo perigo seria o de considerar tudo aquilo que tem um valor como sendo um direito. Um modo de se evitar cair nesse erro é não tentar explicar o que é um direito a partir do uso ordinário da palavra, mas sim a partir do uso do termo feito pelos autores do direito, política e moral, que primam pelo propriedade linguística. Uma definição filosófica dos direitos deve “tentar capturar o modo no qual o termo é usado nos escritos e nos discursos legais, políticos e morais.”¹²⁸ Uma definição de direitos tentará explicar adequadamente o funcionamento dos discursos políticos e morais, nos quais sempre existem visões incompatíveis sobre quais são os direitos existentes e por que eles existem.

¹²⁷ Cf. RAZ, Joseph. On the Nature of Rights, **Mind**, New Series, Vol. 93, N. 370, p. 194, Apr., 1984.

¹²⁸ Ibid., p. 195. Tradução livre do original: “attempt to capture the way the term is used in legal, political and moral writing and discourse”.

3. DIREITOS E DIREITOS PROCESSUAIS

To say that a person has a right is to say that an interest of his is sufficient ground for holding another to be subject to a duty, i.e. a duty to take some action which will serve that interest, or a duty the very existence of which serves such interest.

Joseph Raz¹²⁹

Procedural rights are entitlements a person has to such procedures as are necessary to give effect to the standards of fair treatment and, therefore, to the rights to which they give rise.

D.J. Galligan¹³⁰

É possível abordar a problemática dos direitos de formas distintas. Independentemente da resposta que se dê, é certo que ela resposta não deve ser confinada a um único ramo do estudo do direito. Em grande parte, o fracasso das teses que buscam a construção de sistemas processuais a partir de linguagens e categorias próprias se deve ao fato de que nenhuma de tais teorias conseguiu demonstrar a imprescindibilidade de tal abordagem para a compreensão do processo.¹³¹ O direito processual não necessita de uma

¹²⁹ RAZ, Joseph. Legal Rights, 4 *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 5, (1984). Tradução livre do original: “Dizer que uma pessoa tem um direito é dizer que um interesse seu é razão suficiente para sustentar que uma outra pessoa está sujeita a um dever, i.e., um dever de tomar alguma ação que vai servir aquele interesse, ou um dever cuja própria existência sirva àquele interesse.”

¹³⁰ GALLIGAN, Denis J. *Due Process*... op. cit., p. 100. Tradução livre do original: “Direitos processuais são posições jurídicas que uma pessoa tem aos procedimentos que são necessários para tornar reais os padrões de tratamento equitativo e, por conseguinte, aos direitos que esses dão origem.”

¹³¹ Sem dúvida a maior tentativa nesse sentido foi feita por James Goldschmidt: GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens*. Berlin: Springer, 1925, 602 p. Rolf Stürner afirma ser muito nebuloso o possível ganho de uma sistematização do processo a partir de categorias distintas das do direito material. Cf. STÜRNER, Rolf. *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozess*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, p. 73. Como bem colocado por Calamandrei, a sistematização de Goldschmidt, apesar de brilhante, era desnecessária: “Goldschmidt se propõe a explicar a ciência processual civil em bases teóricas profundamente diversas daquelas até então aceitas como conquista definitiva pela grande maioria dos estudiosos alemães” (CALAMANDREI, Piero. *Il Processo Come Situazione Giuridica, Opere Giuridiche*, ed. M. Cappelletti. Napoli: Morano, 1965, vol. I, p. 177). Tradução livre do original: “[Goldschmidt] si propone di porre la scienza processuale civile su basi teoriche profondamente diverse da quella finora accettate come conquista definitiva dalla gran maggioranza degli studiosi tedeschi.” O mesmo pode ser dito acerca das teorias de Francesco Carnelutti e Elio Fazzalari na

linguagem própria. Não necessita de categorias de uso exclusivo, a fim de se afirmar como objeto de estudo independente. Os problemas que cercam os direitos não são problemas do direito constitucional, civil ou processual, são problemas de teoria do direito.¹³² A abordagem da problemática é, antes de mais nada, uma tentativa de se obter uma definição filosófica de um direito subjetivo, *i.e.*, uma definição que não é uma explicação do significado comum do termo, mas, sim, uma tentativa de se capturar a forma na qual a expressão direito subjetivo é utilizada no discurso jurídico, político e moral.¹³³ É por isso que se estudarão os direitos subjetivos – em especial os processuais – “em uma determinada ordem jurídica e enquanto conceito tecnicamente construído”.¹³⁴

Uma das mais interessantes propostas para o estudo dos direitos foi feita por Robert Alexy, para quem deve haver uma preocupação tridimensional. Os direitos subjetivos teriam de responder a três tipos de questionamentos: normativos, empíricos e analíticos.¹³⁵ Questões normativas poderiam ser divididas em ético-filosóficas e dogmático-jurídicas. As últimas estariam relacionadas com a validade dos direitos dentro de um determinado sistema jurídico e as primeiras seriam independentes de qualquer sistema jurídico.¹³⁶ Exemplo de questão ético-filosófica seria “por que os indivíduos têm direitos e que direitos

Itália. Essa é uma das razões pelas quais a doutrina dos direitos processuais a ser examinada será unicamente a de Giuseppe Chiovenda.

¹³² COING, Helmut. **Zur Geschichte des Privatrechtsystems**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1962, p. 31.

¹³³ RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 165. Conforme explica Joseph Raz, “[uma] bem sucedida definição filosófica de direitos ilumina uma tradição do discurso político e moral, na qual diferentes teorias oferecem visões incompatíveis sobre que direitos existem e por quê” (Ibid., p. 166). Tradução livre do original: “A successful philosophical definition of rights illuminates a tradition of political and moral discourse in which different theories offer incompatible views as to what rights there are and why.”

¹³⁴ COING, Helmut. **Zur Geschichte...** op. cit., p. 31. Tradução livre do original: “das subjektive Recht in einer bestimmten Rechtsordnung und als technisch ausgeformter Begriff.”

¹³⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p. 22-27 e 159 (t.b. 32-38 e 180). Está disponível excelente tradução do trabalho para o português feita por Virgílio Afonso da Silva: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. V. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669 p. As páginas da tradução brasileira serão indicadas entre parênteses, junto à abreviatura t.b.

¹³⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 160 (t.b. p. 180-181).

eles têm.”¹³⁷ Exemplo da questão dogmático-jurídica é saber se uma determinada norma do sistema confere a alguém, em uma determinada situação, um direito subjetivo.¹³⁸ Questões empíricas seriam aquelas ligadas ao “surgimento dos direitos subjetivos, sobre a história do conceito de direito subjetivo e sobre a função social dos direitos subjetivos”.¹³⁹ O presente estudo será centrado nas questões ditas analíticas e, somente quando necessário, abordará alguns aspectos das dimensões normativa e empírica. A dimensão analítica é resumida por Alexy do seguinte modo:

A dimensão analítica diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente. O espectro de tal dimensão estende-se desde a análise de conceitos elementares [...] passando por construções jurídicas [...] até o exame da estrutura do sistema jurídico [...] e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.¹⁴⁰

Porém, uma questão empírica importante diz respeito ao fato de que, ao contrário do que se poderia imaginar, os direitos não têm uma origem remota em alguma das fases de desenvolvimento do direito romano. Enrico Tullio Liebman apontou o cerne do problema quando afirmou que para “os juristas romanos era desconhecido o conceito de direito subjetivo, na forma como foi elaborado em tempos muito mais recentes, esses conheciam, ao invés, a *actio*, que era o meio jurídico de requerer a satisfação das próprias razões.”¹⁴¹ Os direitos são uma criação que remete a dois períodos distintos de desenvolvimento: o do aparecimento da linguagem dos direitos na idade média e o

¹³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** op. cit., p. 181. Tradução do original: “warum Individuen Rechte haben und welche Rechte sie haben” (ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 159).

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 160 (t.b. p. 181).

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** op. cit., p. 183. Tradução do original: “Aussagen über die Entstehung subjektiver Rechte, über die Geschichte des Begriffs des subjektiven Rechts und über die soziale Funktion subjektiver Rechte” (ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 162).

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** op. cit., p. 33-34. Tradução do original: “In der *analytischen* Dimension geht es, kurz gesprochen, um die begriff-systematische Durchdringung des geltenden Rechts. Das Spektrum der Aufgaben reicht von der Analyse der Grundbegriffe [...] über die juristische Konstruktion [...] bis zur Untersuchung der Struktur des Rechtssystems [...] und des grundrechtlichen Begründens” (ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 23).

¹⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, p. 136. Tradução livre do original: “Ai giuristi romani era ignoto il concetto del diritto soggettivo, così come fu elaborato in tempi molto più recenti, essi conoscevano invece l'*actio*, che era il mezzo giuridico per chiedere la soddisfazione delle proprie ragioni. Per dire che a Tizio spettava un diritto, dicevano che gli spettava l'*actio*. [...] Il sistema giuridico dei romani era concepito e si sviluppò in funzione del processo e dei mezzi che esso offriva per la tutela degli interessi dei vari soggetti.”

aparecimento dos textos clássicos sobre direitos, especialmente de Hugo Grotius até John Locke.¹⁴²

Os primeiros e melhores esforços para organizar o pensamento a respeito dos direitos numa perspectiva analítica foram feitos na Inglaterra, na Alemanha e nos Estados Unidos, respectivamente por Jeremy Bentham no início do século XIX, por Ernst Rudolf Bierling no fim do século XIX e por Wesley Newcomb Hohfeld no início do século XX.

Apesar da originalidade e das possibilidades que derivam da teoria dos direitos de Jeremy Bentham, elas acabaram, durante muito tempo, relegadas a um segundo plano, tendo sido plenamente recuperadas somente a partir das intervenções de Hart.¹⁴³ Algumas teorias sobre direitos foram tentadas no século XIX pelos juristas alemães da escola histórica e da pandetística e, posteriormente, pelos juristas alinhados à jurisprudência dos conceitos.¹⁴⁴ É correto afirmar que, na Alemanha, aquele que obteve maior sucesso em tão dificultosa tarefa foi Ernst Rudolf Bierling, cujas obras *Crítica aos Conceitos Jurídicos Fundamentais* e, especialmente, os cinco volumes da *Teoria dos Princípios Jurídicos*, exerceram e ainda exercem influência.¹⁴⁵ Andreas Funke observa que, “[t]alvez se deva ver em Ernst Rudolf Bierling (1841-1919) o primeiro verdadeiro teórico do direito alemão.”¹⁴⁶

A opção por uma determinada teoria acerca dos direitos não pode ser aleatória. Ela tem de refletir, da melhor maneira possível, uma visão ampla de todo o sistema jurídico.

¹⁴² TUCK, Richard. **Natural Rights Theories**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. p. 2.

¹⁴³ Hart acreditava que a análise de Bentham seria mais interessante do que aquela de Hohfeld, mas reconhece a proeminência desta última (HART, Herbert Lionel Adolphus. *Bentham on Legal Rights*, op. cit., p. 162).

¹⁴⁴ Cf. KOCOUREK, Albert. Various Definitions of Jural Relations, 20 **Columbia Law Review** 394, (1920).

¹⁴⁵ BIERLING, Ernst Rudolf. **Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe**. Gotha: Friedrich Andeas Perthes, 1877-1883; **Juristische Prinzipienlehre**. Freiburg: Mohr Siebeck, 1894-1917.

¹⁴⁶ FUNKE, Andreas. **Allgemeine Rechtslehre**... op. cit., p. 24. Tradução livre do original: “Vielleicht sollte man in Ernst Rudolf Bierling (1841-1919) den ersten wahren deutschen Rechtstheoretiker sehen. Denn was bei Autoren wie Savigny oder Puchta immer wieder fachspezifisch rückgebunden wurde, bei Ihering in einer idealistischen Übersteigerung theoretisch-systematisch unterentwickelt blieb, bei Merkel noch dem Bannkreis der historischen Schule nicht entweichen konnte und bei Bergbohm im Programmstudium verharnte: Bierling hat erstmals in voller Breite und Konsequenz eine umfassende, geschlossene strukturelle Allgemeine Rechtslehre entwickelt.”

Tem de ser escolhida a melhor teoria possível, sendo certo, porém, que nenhuma teoria conseguirá abarcar com perfeição todas as nuances possíveis. Opta-se pela versão da teoria dos direitos proposta por Robert Alexy em sua tese de livre-docência *Teoria dos Direitos Fundamentais*.¹⁴⁷ Pode-se afirmar que a teoria de Alexy é uma adaptação e atualização do esquema proposto por Wesley Newcomb Hohfeld no início do século XX, com forte influência das posições defendidas por Jeremy Bentham e Ernst Rudolf Bierling.¹⁴⁸ A abordagem centra-se na análise dos denominados *direito a algo*, já na versão proposta por Alexy.¹⁴⁹

É importante compreender as diferenças estruturais das diferentes posições que usualmente são denominadas de direitos e explicá-las como se fizessem parte de um grande complexo, mesmo correndo o risco de utilizar a palavra direito para posições bastante distintas.¹⁵⁰

Apesar de tolerar certo grau de amorfia, uma teoria analítica dos direitos deve distinguir ao menos três posições jurídicas fundamentais estruturalmente diversas. A primeira delas – e que será alvo de desdobramentos no decorrer do trabalho – é dos direitos a algo (simplesmente *rights* ou *Rechte auf etwas*). A segunda é a dos direitos de liberdade (*liberties* ou *Freiheiten*), e a terceira é a dos direitos potestativos (*powers* ou *Kompetenzen*).¹⁵¹

Segundo Bentham, a maioria dos juristas da *common law* diferenciam três tipos de posições jurídicas subjetivas e separam o discurso dos direitos em sentido estrito do

¹⁴⁷ Op. cit. Versão bastante resumida aparece em: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 232-237.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse, **Ratio Juris**, vol. 5, n.º 2, p. 144, (July 1992).

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 171-194 (t.b. p. 193-217).

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 171 (t.b. p. 192-193).

¹⁵¹ Essas são as posições jurídicas fundamentais propostas por Alexy, que corresponderiam aos *rights to services*, *liberties* e *powers* de Jeremy Bentham e aos *Rechtsanspruch*, *einfachem rechtlichen Dürfen* e *rechtlichem Können* de Bierling. Cf. ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft...** op. cit., p. 235.

discurso dos poderes e das liberdades.¹⁵² No Brasil, seria difícil afirmar que direitos potestativos e direitos de liberdade não podem ser considerados direitos e devem ser vistos como posições autônomas e diversas. A maioria das frases sobre direitos acima indicam posições de poder e de liberdade e são típicas do discurso sobre direitos brasileiro. Tome-se como exemplo o direito de arrependimento da compra de um produto ou serviço contratado fora do estabelecimento (art. 49 do CDC): ‘4. Pedro tem o direito de devolver um produto defeituoso’. Afirmar que aí não há nenhum direito subjetivo, mas sim um poder, é contrariar a linguagem jurídica brasileira e exigir demais de qualquer teoria dos direitos. Sustentar tal posição radical levaria, nas palavras de Alexy, a “polêmicas estéreis sobre o que pode ser designado corretamente como ‘direito (subjetivo)’”.¹⁵³ É fato que a mesma palavra, na linguagem ordinária pode significar mais de uma coisa (p.ex. o substantivo banco). É o que se extrai da seguinte passagem do *Tractatus logico-philosophicus* de Wittgenstein:

Na linguagem coloquial é bastante freqüente que a mesma palavra tenha diferentes modos e maneiras de significação – e assim pertença a diferentes símbolos –, ou que duas palavras, que tenham diferentes modos e maneiras de significação, sejam superficialmente empregadas do mesmo modo em uma sentença.¹⁵⁴

Deste modo, a linguagem dos direitos no Brasil irá acomodar três tipos de posições assim denominadas: direitos a algo; direitos potestativos;¹⁵⁵ direitos de liberdade. Todas

¹⁵² Conferir, especialmente: HART, Herbert Lionel Adolphus. *Bentham on Legal Rights*, **Essays on Bentham**...o op. cit., p. 162-193; RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 165-192 e; ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 164-171 (t.b. p. 185-193).

¹⁵³ Ibid., p. 170. Tradução do original: “fruchtloser Streit darüber entsteht, was zu Recht als »(subjektives) Recht« bezeichnet wird” (ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 23).

¹⁵⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1963, p. 24. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** op. cit., p. 192-193. Tradução do original: In der Umgangssprache kommt es ungemein häufig, daß dasselbe Wort auf verschiedene Art und Weise bezeichnet – also verschiedenen Symbolen angehört –, oder, daß zwei Wörter, die auf verschiedene Art und Weise bezeichnen, äußerlich in der gleichen Weise im Satze angewandt werden.

¹⁵⁵ Bentham ofereceu uma solução singular a fim de incluir os direitos potestativos (*powers*) dentro da categoria dos direitos a algo (*rights*). Ele afirmou que “onde quer que se possa falar de uma pessoa como tendo um poder, você também pode falar dela como tendo um direito a esse poder” (BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1906, p. 224). Tradução livre do original: “wherever you may speak of a person as having a power, you may also speak of him as having a right to such power”.

essas posições devem, segundo Alexy, ser estudados analiticamente em uma estrutura de três níveis, cuja base seria composta pela diferenciação entre: “(I) os fundamentos para os direitos subjetivos, (2) os direitos subjetivos como posições e relações jurídicas e (3) a exigibilidade dos direitos individuais.”¹⁵⁶ Ao final da análise dos direitos subjetivos, Alexy ressalta que a maioria dos direitos, em especial os direitos fundamentais, devem ser vistos não como uma única posição (direitos a algo, potestativos ou liberdades), mas sim como um feixe de posições jurídicas.¹⁵⁷

Os fundamentos para os direitos subjetivos dão origem a diferentes análises. Os fundamentos são representados na clássica separação entre teorias do interesse e teorias da vontade.¹⁵⁸ As disputas entre as teorias do interesse e da vontade se observam no confronto entre as posições de Jeremy Bentham e John Austin na Inglaterra e entre as posições de Rudolf Jhering e Bernhard Windscheid na Alemanha no século XIX.¹⁵⁹ Algumas teorias partem da premissa que ter um direito é exatamente igual a ser beneficiário de um dever de outrem. Essa falsa premissa decorre de uma insistência em se considerar que todos os direitos seriam direitos a algo e direitos passivos, *i.e.*, que todos os direitos são ou podem ser formulados como direitos de receber algo ou de obter permissão para fazer algo. Fica descartada a existência de direitos ativos, *i.e.*, direitos de fazer algo por si próprio. Tais idéias tornam uma teoria dos direitos completamente descartável, já que todos os direitos podem ser reunidos em complexos de deveres, que por sua vez se explicam a partir de princípios morais de grau superior, eliminando a necessidade da justificação proporcionada pelos direitos. O equívoco dessas idéias pode ser demonstrado a partir da explicação que ter um direito é muito mais do que ser o beneficiário de um dever. É preciso explicar como

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft...** op. cit., p. 233. Tradução livre do original: „(I) den Gründen für individuelle Rechte, (2) den individuellen Rechten als rechtlichen Positionen und Relationen und (3) der Durchsetzbarkeit individueller Rechte.“

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 224 (t.b. p. 249).

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 164 (t.b. p. 186).

¹⁵⁹ Neste sentido: ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 164 (t.b. p. 186). Para Alexy, os debates entre as duas correntes seriam resultado de uma falta de compreensão da tridimensionalidade dos direitos. Porém, a continuidade até hoje do debate não permite inferir a validade dessa colocação.

o dever pode ser imposto e como o titular do dever deve se comportar em relação ao titular do direito. Além disso, certos tipos de direito não têm como correlativo um dever. Teorias meramente passivas dos direitos tornam desnecessários precisamente os dois mais importantes aspectos de uma teoria dos direitos: a vontade do titular do direito e o interesse do titular protegido por esse direito.¹⁶⁰

Alexy ressalta a importância entre se distinguir entre norma e posição. Uma norma universal teria uma estrutura semelhante a do art. 5.º, inciso XXXIII da Constituição da República: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular...”. Uma norma individual decorrente dessa norma teria a seguinte estrutura: X tem o direito subjetivo contra o Estado de obter informações de seu interesse particular. Essa norma individual indica que X se encontra em uma posição jurídica subjetiva que consiste exatamente em X ter contra o Estado o direito de obter informações de seu interesse particular.¹⁶¹ Tal diferença entre norma individual e posição jurídica subjetiva não é supérflua e frases do tipo “.... tem contra um direito a” serão a base para as reflexões que se seguem.¹⁶² A mais importante contribuição analítica dos direitos encontra-se precisamente em se analisar e classificar tais posições jurídicas subjetivas a partir de tudo aquilo que geralmente se denomina por direitos.¹⁶³ Nas palavras de Alexy: “A mais importante contribuição analítica da discussão sobre os direitos subjetivos consiste na análise e na classificação daquelas posições jurídicas subjetivas que, leiga ou tecnicamente, são chamadas de ‘direitos’.”¹⁶⁴

Muitos direitos são, ao mesmo tempo, direitos a algo, direito de liberdade e direitos potestativos. O grande exemplo disso é o direito de propriedade. Daí porque se falar não

¹⁶⁰ TUCK, Richard. **Natural Rights**... op. cit., p. 1-2.

¹⁶¹ Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der**... op. cit., p. 163 (t.b. p. 184-185).

¹⁶² Ibid. p. 163 (t.b. p. 184-185).

¹⁶³ Ibid. p. 168 (t.b. p. 190).

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos**... op. cit., p. 190. Tradução do original: “Der bedeutendste analytische Ertrag der Diskussion über subjektive Rechte besteht in Analysen und Klassifikationen derjenigen Rechtspositionen, die umgangs- und fachsprachlich als »Rechte« bezeichnet werden” (ALEXY, Robert. **Theorie der**... op. cit., p. 168).

necessariamente em um direito subjetivo ligado a uma única posição, mas falar em direito enquanto um feixe de posições jurídicas subjetivas.

No ponto que mais nos interessa, que é o dos direitos a algo, Alexy explica a sua estrutura da seguinte maneira:

A forma mais geral de um enunciado sobre um direito a algo é a seguinte:

(1) *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*

Esse enunciado deixa claro que o direito a algo pode ser compreendido como uma relação triádica, cujo primeiro elemento é o *portador* ou o titular do direito (*a*), o segundo elemento é o *destinatário* do direito (*b*) e o terceiro elemento é o *objeto* do direito (*G*). Essa relação triádica deve ser representada por *R*. A forma mais comum de um enunciado sobre um direito a algo pode, então, ser expressa da seguinte maneira:

(2) *RabG*¹⁶⁵

Também na tradição da *common law* os direitos a algo são expressos, normalmente, em uma relação triádica, tendo como elementos o titular do direito, o titular do dever e o conteúdo do direito. Defender-se-á no curso do presente trabalho que a importância dos direitos a algo está no interesse por eles protegido. Sem pretensões de negação de concepções concorrentes, trata-se de uma defesa da teoria do interesse, mais especificamente na versão proposta por Joseph Raz, que propõe a seguinte definição de direitos a algo:

Definição: ‘*x* tem um direito’ se e somente se *x* pode ter direitos e, se tudo acontecer conforme o esperado, um aspecto do bem-estar de *x* (seu interesse) for uma razão suficiente para que se considere que outra(s) pessoa(s) está(ão) debaixo de um dever.¹⁶⁶

Direitos são fundamentos para deveres em outros. Colocando tal questão no âmbito do processo civil, pode-se dizer que: **o autor ou o réu tem um direito processual a algo se e somente se o autor ou o réu podem ter direitos e se o bem-estar das partes (seus**

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** op. cit., p. 193-194. Tradução do original: “Die allgemeinste Form eines Satzes über ein Recht auf etwas lautet: (1) *a* hat gegenüber *b* ein Recht auf *G*. Dieser Satz macht deutlich, daß das Recht auf etwas als eine dreistellige Relation aufgefaßt werden kann, deren erstes Glied der Träger oder Inhaber des Rechts (*a*), deren zweites Glied der Adressat des Rechts (*b*) und deren drittes Glied der Gegenstand oder das Objekt des Rechts (*G*) ist. Diese dreistellige Relation soll durch »R« ausgedrückt werden. Die allgemeinste Form eines Satzes über ein Recht auf etwas kann damit folgendermaßen wiedergegeben werden: (2) *RabG*” (ALEXY, Robert. **Theorie der...** op. cit., p. 171-172).

¹⁶⁶ Ibid., p. 195. Tradução livre do original: “*Definition:* ‘*x* has a right’ if and only if *x* can have rights, and other things being equal, an aspect of *x*’s well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty.”

interesses) forem uma razão suficiente para se considere que o juiz está debaixo de um dever. O direito processual a algo também compartilha da forma *RabG*, *i.e.*, forma-se uma relação jurídica entre o autor e o juiz, que tem como objeto uma pretensão processual.

Uma concepção clara dos que sejam direitos processuais a algo é essencial. Tal concepção funcionará como ferramenta analítica, com a qual se analisará a coerência e a funcionalidade do sistema processual.

Dentro dum esquema geral dos direitos, os direitos processuais podem ser vistos como direitos a algo: direitos de proteção e direitos a procedimentos. No presente estudo será dada ênfase aos aspectos estruturais desses direitos, deixando de lado importantes aspectos substanciais, como quais direitos processuais as pessoas têm e como tais direitos as protegem.¹⁶⁷ Essa dimensão é importante porque, como ressaltam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

O direito de acesso à justiça [leia-se: os direitos processuais], atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Uma análise dos direitos à proteção encontra-se em ALEXY, Robert. *Theorie der...* op. cit., p. 410-453 (t.b. p. 450-470).

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, 6.^a ed. São Paulo: RT, 2007, p. 33

3.1 A TESE DE CHIOVENDA E SUAS FRAGILIDADES

Um ponto a se ressaltar é ser no mínimo estranho, se não contraditório, que a doutrina do direito processual civil brasileiro se volte para a teoria dos direitos fundamentais e ao mesmo tempo não tenha desenvolvido nenhum conceito para os direitos e não busque fundamento em nenhuma teoria acerca dos direitos. Em parte tal estranheza pode ser explicada pelo fato de ser lugar comum a idéia que ser titular de um direito é o mesmo que ser o beneficiário de um dever de outrem e que todas as proposições que envolvam direito podem ser melhor explicadas a partir de proposições envolvendo deveres. Tais idéias remontam a Samuel Pufendorf e a Jeremy Bentham.¹⁶⁹ Trata-se, porém, de uma concepção reducionista e que não consegue explicar, nem ao menos de forma parcial, a linguagem dos direitos. A ausência de aprofundamento analítico das questões processuais, especialmente esta dos direitos processuais, parece ser um inconveniente da exacerbação da visão da efetividade do processo, que se tornou dominante nos últimos trinta anos.

A elaboração de uma teoria sobre os direitos nunca esteve na agenda da doutrina processual civil brasileira. Porém, é possível afirmar, com grande probabilidade de acerto, que a idéia sobre direitos mais aceita na prática judiciária civil brasileira é aquela proposta por Giuseppe Chiovenda.¹⁷⁰ Não se pode dizer que Chiovenda tenha desenvolvido ele próprio uma teoria sobre os direitos. Como ressaltou Michelle Taruffo, por ocasião das comemorações dos cem anos da célebre exposição sobre o direito de ação:

¹⁶⁹ Cf. TUCK, Richard. **Natural Rights Theories**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. p. 1.

¹⁷⁰ Chiovenda elaborou sua teoria sobre direitos em diversos escritos, desde o final do século XIX até a década de 30 do século passado. Já se observam os primeiros esboços no vocábulo *Azione*, publicado no *Dizionario Pratico del Diritto Privato* em 1901. A teoria só seria consolidada na célebre *prolusione* proferida em Bolonha em 1903 e pormenorizadamente explicada na sua obra de maturidade, as *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, cuja primeira edição foi publicada em 1933. Confira-se em: CHIOVENDA, Giuseppe. *Azione*, **Dizionario Pratico del Diritto Privato**. Milano: Vallardi, 1901; *L'Azione nel Sistema dei Diritti*, **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Bologna: Zanichelli, 1904; **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Jovene, 1933, vol. I. Os dois primeiros trabalhos encontram-se publicados nos atuais **Saggi di Diritto Processuale Civile** (Milano: Giuffrè, 1993), nos volumes terceiro e primeiro, respectivamente. As *Istituzioni* receberam tradução para o português por J. Guimarães Menegale e notas por Enrico Tullio Liebman (**Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. I).

Chiovenda não elabora nenhum sistema geral ou substancial dos direitos e nem mesmo analisa esse sistema. Ele simplesmente faz referência à classificação dos direitos materiais que foi herdada da tradição pandetística e pós-pandetística, a fim de encontrar dentro dessa classificação um compartimento apropriado para o direito de ação.¹⁷¹

Independentemente dessa constatação, o que interessa é que Chiovenda sabia do que falava quando falava dos direitos e deixou claro quais eram as suas premissas.¹⁷² Que a teoria de Chiovenda é influente no Brasil não se pode duvidar, tendo em vista o amplo amparo doutrinário e jurisprudencial que recebeu. Enrico Tullio Liebman, o mais influente processualista ‘brasileiro’,¹⁷³ por toda a sua trajetória utilizou a elaboração teórica de seu antigo mestre, refinando-a em alguns pontos, porém, sem alterar-lhe a estrutura.¹⁷⁴ O mesmo pode ser dito daqueles que à época se reuniram em torno de Liebman – formando a importante Escola Processual de São Paulo. O domínio da classificação chiovendiana extrapola os limites do direito processual para conquistar e manter seu espaço no direito material (civil, trabalhista, tributário), daí a sua maior virtude. Expressão maior desse domínio é a categoria do direito potestativo (*diritto potestativo*), parte integrante da cultura jurídica do Brasil. O termo direito potestativo foi cunhado por Chiovenda e se encontra com facilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de

¹⁷¹ TARUFFO, Michelle. Considerazioni sulla Teoria Chiovendiana dell’Azione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Anno LVII, n. 4, p. 1144, Dicembre 2003. Tradução livre do original: “Chiovenda non elabora nessun sistema generale o sostanziale dei diritti, e neppure descrive o analizza questo sistema. Egli semplicemente fa riferimento alla classificazione dei diritti sostanziali che veniva ereditata dalla tradizione pandettistica e post-pandettistica, per trovare entro quella classificazione una casella appropriata per il diritto di azione.”

¹⁷² As influências de Ernst Zitelmann e Ernst Rudolf Bierling são especialmente salientes nas formulações de Chiovenda sobre os direitos, conforme se vê nas notas à conferência de Bologna: CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi** (1993)... op. cit. p. 30-99.

¹⁷³ Como ressaltado por Cândido Rangel Dinamarco, “[a] intensa e tão fecunda participação do mestre Liebman na vida do processo civil brasileiro, associada ao estímulo a estudar o processo a partir de suas grandes balizas principiológicas, sistemáticas e conceituais, coloca-o na posição, amplamente reconhecida entre nós, de *Pai* do nosso pensamento jurídico-processual e fonte obrigatória de pesquisa para todos os que militam na Justiça e se interessam por essa área do saber jurídico” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a Cultura Processual Brasileira, **Revista de Processo**, n.º 119, p. 284, (2005).

¹⁷⁴ Diz-se membro de tal Escola aqueles que aceitam as raízes e pilares das teorias de Liebman, tendo no máximo, contra elas, divergências pontuais. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a Cultura... op. cit. p. 284.

Justiça, muitas vezes com expressa referência ao seu idealizador.¹⁷⁵ Não raro se utiliza da construção para distinguir os institutos da prescrição da decadência, quer na vigência do Código Civil de 1916, quer na do de 2002.¹⁷⁶ Daí porque as discussões sobre os direitos e os direitos processuais serão abordadas a partir da construção de Chiovenda – que abrange direitos materiais e processuais. Importa saber em que medida a classificação chiovendiana dos direitos é fundada e em que medida ela contribui – positiva ou negativamente – para o pensamento jurídico brasileiro.

Antes de mais nada, como parece óbvio, necessário se faz resumir a posição de Chiovenda. Conforme elaborada nas *Istituzioni*, a figura central da construção chiovendiana sobre os direitos é o bem. Para ele, todos os direitos ligam-se obrigatoriamente a um bem. O bem pode ser o gozo de uma coisa (absoluto ou limitado), a atividade alheia, um não fazer alheio e a modificação de um estado jurídico:

Por *bem* se entende o gozo de uma coisa exterior, e, quando a lei garante o gozo absoluto de uma coisa, impondo a todos o respeito ao nosso gozo, surge em nós um direito fundamental, a *propriedade*. Mas bem pode ser da mesma forma o gozo limitado de uma coisa (usufruto, uso, habitação), ou a possibilidade de exercer determinada atividade relativamente a uma coisa alheia, para o melhor gozo de nossa própria coisa (*ius agendi, utendi, aquam ducendi*). *Bem* pode ser a atividade alheia, quando imposta pela lei como meio de obter uma utilidade (obrigação de fazer e de dar); e ainda o *não fazer* alheio se apresenta como um bem, quando nos permite o melhor gozo de um bem (*servitus altius non tollendi*; obrigação de não abrir um negócio como o *nosso*, na mesma rua). *Bem*, finalmente, pode ser a modificação do estado jurídico existente, quando se tenha interesse de interromper uma relação jurídica ou de constituir uma nova (anulação ou resolução ou modificação de contratos; anulação de testamentos ou outros atos jurídicos, cessação ou constituição de servidões).¹⁷⁷

Todos esses direitos ligados a bens poderiam ser divididos em duas grandes categorias. Os direitos tendentes a um bem da vida: direitos a uma prestação, e os direitos a

¹⁷⁵ A doutrina portuguesa e, em consequência, a brasileira, especialmente os civilistas, equivocadamente atribuem a expressão ‘direito potestativo’ a Manuel de Andrade (1889-1958), catedrático de direito civil da Universidade de Coimbra. José de Oliveira Ascensão, p.ex., afirma expressamente que ‘direito potestativo’ é um “neologismo sugerido por Manuel de Andrade” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, vol. III, p. 61). Quando Chiovenda cunhou a expressão ‘direito potestativo’, Manuel de Andrade ainda não tinha nem chegado à adolescência.

¹⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a Pretensão e a Prescrição no Sistema do Novo Código Civil Brasileiro, **Revista Trimestral de Direito Civil**, n.º 11, p. 67-78, jul. 2002.

¹⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições...** op. cit. p. 35.

modificação de um estado jurídico: direitos potestativos. Os direitos a uma prestação, por sua vez, subdividiriam-se em: direitos absolutos e relativos; direitos reais e pessoais. No plano processual, Chiovenda é o autor de uma tese bastante peculiar. Para ele, o chamado direito de ação seria um direito potestativo. Tivesse defendido Chiovenda que o direito de ação seria dirigido contra o Estado (juiz), sua teoria seria uma explicação extramamente restrita do fenômeno processual. Porém, essa não é a posição defendida por Chiovenda. Para ele o direito de ação não é dirigido contra o juiz, mas sim contra o réu. Isso explica, em parte, a idéia do direito potestativo, mas cria novas dificuldades. O direito de ação – bem como os demais direitos processuais – seriam exercidos contra o réu, com a intermediação do juiz. Como para ele só existiria esse direito se o autor tivesse razão, o juiz imporá sua decisão ao réu que, em certo sentido estaria sujeito a ela.¹⁷⁸ Seja por uma questão de espaço, de saturação, de importância ou de necessidade, não se discutirá aqui a idéia do direito de ação de Chiovenda, mas sim os reflexos da sua teoria dos direitos, desenvolvida para acomodar tal direito de ação.

Em linhas gerais, é de se concordar com Taruffo, para quem a teoria dos direitos de Chiovenda sofre de uma *debolezza* insanável.¹⁷⁹ A nosso ver, tais fraquezas podem ser divididas em históricas e metodológicas. Segundo ele, a teoria é por demais generalista e não encontra qualquer amparo no ordenamento jurídico italiano da época. Chiovenda simplesmente pegou uma classificação já pronta – herdada da escola história e da pandetística alemã – e inseriu o direito de ação em uma de suas *caselle*.

Do ponto de vista histórico, é de se salientar que, apesar de ter defendido a versão mais lapidada de sua tese sobre os direitos já na década de 1930, Chiovenda ignorou estudos sérios de historiadores do direito que sustentavam que os romanos não tinham e

¹⁷⁸ Uma síntese dos pontos fortes e fracos de tal concepção pode ser lida no número especial da *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* em homenagem à Chiovenda: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Anno LVII, n. 4, p. 1147, Dicembre 2003.

¹⁷⁹ TARUFFO, Michelle. Considerazioni sulla Teoria Chiovendiana dell'Azione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Anno LVII, n. 4, p. 1139-1147, Dicembre 2003.

não trabalhavam com um conceito de direito subjetivo. Em 1910, Andreas von Tuhr afirmou expressamente que o conceito central da ciência do direito é o conceito de direito subjetivo. Ao mesmo tempo, afirmou que “os juristas romanos não se interessaram pelo problema”¹⁸⁰ do conceito de direito subjetivo. Tal observação não foi feita somente por von Tuhr, como também por Roscoe Pound (“direitos (*rights*) são institutos da maturidade do direito (*law*). Nós obtemos pouca ajuda nesse ponto a partir dos textos clássicos”)¹⁸¹; por Helmut Coing; por Michel Villey¹⁸²; por Richard Tuck (“nunca estará suficientemente estabelecido que os romanos clássicos possuíam o conceito de direito (*right*); e a evidência da teoria deles sugere que eles não o possuíam”)¹⁸³ e por Liebman.

Este é o primeiro grande ponto que distancia a presente construção de direito subjetivo – e, portanto, a de direito subjetivo processual – da tese defendida por Chiovenda. Para Chiovenda, os atuais direitos subjetivos nada mais seriam do que a *actio* do direito clássico romano. De seus escritos se depreende que, para ele, se tratam de termos intercambiáveis.¹⁸⁴ O problema da análise por ele oferecida não era nem tanto de análise dos textos históricos. Era um problema muito mais grave; um problema de método. Sobre o estudo do direito romano, escreveu Chiovenda que “a idéia romana é a alma e a vida do processo civil moderno” e que “a história do processo junto aos *popoli civili* modernos se resumem em um lento retorno à idéia romana”.¹⁸⁵ E ele afirma que não se trata de um

¹⁸⁰ VON TUHR, Andreas. **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**. Leipzig: Duncker und Humboldt, 1957, p. 53. Tradução livre do original: “Die römischen Juristen haben sich für das Problem nicht interessiert.” Cf. COING, Helmut. **Zur Geschichte...** op. cit., p. 32.

¹⁸¹ POUND, Roscoe. Legal Rights. **International Journal of Ethics**, vol. 26, n. 1, p. 103, Oct., 1915. Tradução livre do original: “rights are institutions of the maturity of law. We get little help here from the classical texts”.

¹⁸² VILLEY, Michel. L’Idée du Droit Subjectif et les Systèmes Juridiques Romains, **Revue Historique de Droit**, Series 4, vol. 24-25, p. 201-228, 1946. Em resposta à série de artigos escritos por Villey, escreveu uma resposta contundente e elaborou uma proposta interessante – porém, inconclusiva e insubsistente – Giovanni Pugliese. Veja-se: PUGLIESE, Giovanni. ‘Res Corporales’, ‘Res Incorporales’ e il Problema del Diritto Soggettivo. **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**. Napoli: Jovene, 1954, vol. III, 223-260.

¹⁸³ TUCK, Richard. **Natural Rights Theories**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. p. 13. Tradução livre do original: “it is never going to be sufficient to establish that the classical Romans possessed the concept of a right; and the evidence of their theory suggests that they did not.”

¹⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições...** op. cit. p. 37.

¹⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi...** op. cit., vol. III, p. 125.

simples lirismo ou de um entusiasmo momentâneo. Chiovenda realmente acreditava que a civilização atingiu seu ápice na Roma antiga e que tudo o que veio depois, especificamente em matéria de direito processual, foi deformação e obscurecimento. Porém, lentamente estaria se retornando às boas e civilizadas raízes romanas.

Afirma-se que Chiovenda era um homem do seu tempo. Não era. Sua doutrina processual já estava metodologicamente ultrapassada quando proferiu a conferência sobre a ação em 1903; no mínimo um século de defasagem.¹⁸⁶ É possível dizer que Chiovenda não compreendeu a visão filosófica do projeto da escola histórica de Savigny e nem os debates filosóficos a partir dela.¹⁸⁷ Essas debilidades históricas e metodológicas tornam a noção de direitos em Chiovenda – que se inseriu fortemente no direito brasileiro – extremamente superficial e incapaz de servir como ponto de partida para uma abordagem analítica dos direitos processuais. A única parte que se utilizará das idéias de Chiovenda sobre os direitos será lexicográfica, tendo em vista ser fato consolidado a nomenclatura dos direitos como poderes ou competências a partir dele, como direitos potestativos.

¹⁸⁶ Cf. TARUFFO, Michelle. Considerazioni... op. cit., p.

¹⁸⁷ Sobre o tema, veja-se, especialmente: WIEACKER, Franz. **Privatrechtsgesichte der Neuzeit: Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung**, 2.^a ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.

3.2 RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Recapitulando, direitos são fundamentos para deveres em outros. Colocando tal questão no âmbito do processo civil, pode-se dizer que: **o autor ou o réu tem um direito processual a algo se e somente se o autor ou o réu podem ter direitos e se o bem-estar das partes (seus interesses) forem uma razão suficiente para que se considere que o juiz está debaixo de um dever. O direito processual a algo também compartilha da forma *RabG*, i.e., forma-se uma relação jurídica entre o autor e o juiz, que tem como objeto uma pretensão processual.**

A compreensão dos direito processuais nesses termos leva quase que naturalmente a questionamentos sobre a estrutura da chamada relação jurídica processual. Para Bülow, “[a relação jurídica processual] é uma relação de ligação jurídica recíproca entre os sujeitos nela envolvidos: ambas as partes e o tribunal.”¹⁸⁸ A partir de tal definição básica, muitas diferentes construções foram defendidas. Porém, trata-se de uma discussão centenária e de posições muito bem definidas. Não há muito mais o que se discutir. Como alerta Pontes de Miranda, “[a] discussão, quanto ao processo ser, ou somente fundar, relação jurídica processual, perdeu o seu interesse, depois que se mostrou ser ‘falsa questão’”.¹⁸⁹ Emblemáticos são os estudos de Oskar Bülow¹⁹⁰ e Adolf Wach,¹⁹¹ Joseph Kohler¹⁹² e Konrad Hellwig¹⁹³ na Alemanha,¹⁹⁴ de Giuseppe Chiovenda,¹⁹⁵ e Enrico Tullio

¹⁸⁸ BÜLOW, Oskar von. Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts, *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess*, Band XXVII, p. 224, (1900). Tradução livre do original: “[das Prozessrechtsverhältniss ist ein Verhältniss wechselseitiger rechtlicher Gebundtheit zwischen den an ihm theilnehmenden Subjekten, den beiden Parteien und dem Prozessgerichte.”

¹⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, vol. I, p. XXV.

¹⁹⁰ BÜLOW, Oskar von. *Die Lehre von den Processeinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Giesen: Roth, 1868, 320 p.; BÜLOW, Oskar von. Die neue Prozessrechtswissenschaft... op. cit., 201-261.

¹⁹¹ WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker und Humblot, 1885, vol. I, p. 34-39. Da mesma forma que Bülow, Wach também defende uma relação jurídica triangular.

¹⁹² KOHLER, Josef. *Das Prozeß als Rechtsverhältnis*. Mannheim: Bensheimer, 1888, 152 p. Kohler defende que a relação jurídica processual seria exclusivamente entre o autor e o réu.

¹⁹³ HELLWIG, Konrad. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts*. Leipzig: Deichert, 1903, vol. II. A posição de Hellwig, no sentido de que a relação jurídica processual é angular, é adotada por Pontes de Miranda e também nesse trabalho.

Liebman¹⁹⁶ na Itália e, por que não, o pouco conhecido estudo de Albert Kocourek nos EUA.¹⁹⁷ Dificilmente algo que se diga aqui fará aquele que se filia a alguma dessas posições mudar sua opinião. Chegou-se a um ponto de saturação, a partir do qual a discussão parece não conduzir mais a lugar algum. As diferentes posições seriam reflexos de pré-concepções sobre a estrutura e a função do processo judicial, e não propriamente dissensos a respeito da relação processual. Gerhard Lüke, após cotejar a doutrina das últimas décadas e a ausência de discussão recente, conclui ser de grande valia colocar os estudos da relação jurídica processual novamente na pauta de preocupações doutrinárias.¹⁹⁸

Genericamente, uma relação jurídica pode ser compreendida como uma relação de três termos entre duas pessoas e que tem como objeto uma atividade,¹⁹⁹ descrita por Hohfeld, endossada por Tony Honoré, John Finnis e Robert Alexy.²⁰⁰ “Toda relação

¹⁹⁴ Segundo Gerhard Lüke, atualmente ninguém na Alemanha defende a posição de Hellwig, poucos defendem a de Kohler e a doutrina majoritária aceita a posição de Bülow e Wach. Cf. LÜKE, Gerhard. *Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis*, **ZZP**, 108, p. 434, (1995).

¹⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *L'Azione nel Sistema dei Diritti*, **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993, vol. I, p. 11. Chiovenda tem a mesma posição que seu mestre Adolf Wach.

¹⁹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale*, **Problemi del Processo Civile**. Napoli: Morano, 1962.

¹⁹⁷ Albert Kocourek (1875-1952) foi professor na prestigiada Northwestern University e, ao lado de Roscoe Pound, um profundo conhecedor do direito alemão. Veja-se: KOCOUREK, Albert. *Various Definitions of Jural Relations*, 20 **Columbia Law Review** 394, (1920). Para Kocourek, as relações jurídicas somente se podem dar entre duas pessoas (autor, juiz; réu), o que constitui a aplicação para o processo da teoria da relação jurídica de Hohfeld. Tal posição também é acolhida no presente trabalho.

¹⁹⁸ LÜKE, Gerhard. *Betrachtungen...* op. cit., p. 453. No Brasil, existe uma tendência minoritária que afirma ser equivocado pensar o processo como relação jurídica. A estes críticos remete-se a uma singela e poderosa afirmação de Gustav Radbruch: “não é possível se imaginar uma ordem jurídica que não se deixe compreender em relações jurídicas, em direitos e deveres” (RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie**, coord. R. Dreier e S.L. Paulson, 2.^a ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 39). Tradução livre do original: “keine Rechtsordnung ist denkbar, die sich nicht in Rechtsverhältnisse, in Rechte und Pflichten auflösen ließe.” No mesmo sentido, José Maria Tesheiner: “[q]ue o conceito de relação jurídica advenha do direito material não tem importância. Pelo contrário, precisamos buscar conceitos comuns, para que o processo não se desligue dos demais ramos do Direito e se possa construir uma teoria geral do Direito. A relação jurídica processual não é senão uma relação interpessoal regulada pelo Direito. Para negá-la, é preciso que se afirme que o processo não é uma relação entre pessoas, ou que ele não é regulado pelo Direito, impondo-se, pois, uma opção entre duas afirmações igualmente falsas.” TESHEINER, José Maria. Sobre as críticas ao conceito de relação jurídica, disponível em www.tex.pro.br, consulta em 06.05.2008. Não é preciso buscar muito para encontrar na jurisprudência dos Tribunais a incondicional aceitação da relação jurídica processual, o que torna ainda mais complicada a sua negação. Veja-se, por exemplo, a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça: “A relação jurídica processual só se constitui e validamente se desenvolve com a citação. Por conseguinte, a pessoa indicada como ré somente será parte no processo depois de regularmente citada.” (AgRg no REsp 987.201/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08.04.2008, DJ 17.04.2008 p. 1).

¹⁹⁹ Cf. FINNIS, John. *Some Professorial Falacies About Rights*, 4 **Adelaide Law Review** 377, (1971-1972).

²⁰⁰ ALEXY, Robert. *Theorie...* op. cit., p. 188.

jurídica consiste na relação entre uma pessoa e uma outra pessoa”, como há muito anotou Savigny.²⁰¹ Partindo da idéia que a relação jurídica se dá entre pessoas, é melhor restringi-la, e afirmar que a relação jurídica é melhor descrita como tendo lugar sempre entre duas pessoas e somente duas pessoas. Alguns chegam a afirmar ele se dá entre duas pessoas e nunca entre mais do que duas pessoas.²⁰² Quando trata das relações lógicas em geral, Henri Poincaré afirma categoricamente que “uma relação é incompreensível sem dois termos”, destacando que os termos “são dois e somente dois.”²⁰³ Não se está aqui defendendo a impossibilidade lógica de se construir uma teoria das relações jurídicas entre mais de dois sujeitos. O problema é que tal teoria seria de tal modo complexa²⁰⁴ que se tornaria completamente incompreensível para a maioria absoluta dos operadores do direito, senão para a maioria esmagadora da humanidade.

A dificuldade da lógica matemática aumenta exponencialmente quando são inseridos novos elementos numa relação. Todos sabem que: $x^2=x.x$, e que: $y^2=y.y$. Uma pessoa com pouca vivência matemática poderia, a partir daí, perfeitamente concluir que, então: $(x + y)^2= x^2 + y^2$. Tal resposta, como se sabe, é falsa. O algoritmo verdadeiro é: $(x + y)^2=x^2 + 2xy + y^2$. O aumento na complexidade é grande. Daí se vê que não haveria utilidade prática na construção de uma teoria da relação jurídica entre três sujeitos. Ela seria de tal modo complexa que não serviria para absolutamente nada.

²⁰¹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen Römischen Rechts**. Berlin: Deit und Comp, 1840, vol. II, p. 1. Tradução livre do original: “Jedes Rechtsverhältniß besteht in der Beziehung einer Person zu einer andern Person.”

²⁰² Cf. KOCOUREK, Albert. **Jural Relations**, 2.^a ed. Indianapolis: Bob-Merrill, p. 54. Aceitam, mais ou menos ostensivamente essa posição: SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen Römischen Rechts**. Berlin: Deit und Comp, 1840, vol. I, p. 333; HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental...** op. cit., p.; FINNIS, John. Some Professorial... op. cit., p. 377; HONORÉ, Tony. Rights of Exclusion and Immunities against Divesting, 34 **Tulane Law Review** 443, 462-464, (1959-1960); PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários...** op. cit., p. XXVII.

²⁰³ POINCARÉ, Henri. **Science et Méthode**. Paris: Flammarion, 1909, p. 314. Tradução livre do original: “Une relation est incompréhensible sans deux termes; il est impossible d’avoir l’intuition de la relation, sans avoir en meme temps celle de ses deux termes, et sans remarquer qu’ils sont deux, car pour que la relation concevable, il faut qu’ils soient deux et deux seulement.” Segundo Bertrand Russell, tal posição não pode mais ser aceita, já estando assentado que relações com mais de dois termos são possíveis. Cf. RUSSELL, Bertrand. **The Principles of Mathematics**. New York: W.W. Norton, 1903, p. 95.

²⁰⁴ Cf. RUSSEL, Bertrand. *ibid.*, p. 95.

Os processualistas, por sua vez, partem de uma visão quase milenar, atribuída a Bartolus de Saxoferrato, para quem *judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*.²⁰⁵ Daí porque automaticamente pressupõe a existência de uma relação trilateral, sem nem ao menos se perguntarem sobre as possibilidades lógica e teóricas para a existência de uma relação jurídica trilateral. Em verdade, a idéia da relação jurídica entre três sujeitos, apesar de não ser teoricamente sustentável,²⁰⁶ é uma construção didática importante, pois ajuda a entender o funcionamento do processo.²⁰⁷ Analogicamente, tal construção didática teria a mesma função de se imaginar os direitos absolutos como sendo uma relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa. Como fez questão de ressaltar Kant em sua *Teoria do Direito*:

por isso que, falando literal e estritamente, não existe um direito (direto) em uma coisa. O que é chamado de direito em uma coisa é somente o direito que alguém tem contra a pessoa que está de posse da coisa em comum com os demais (em uma condição civil). [...] Portanto, é absurdo pensar na obrigação de uma pessoa para com uma coisa e vice-versa, apesar de ser permitido, se necessário, tornar essa relação jurídica perceptível por retratá-la e expressá-la desse modo.²⁰⁸

Como explica o próprio Kant, se uma pessoa estivesse sozinha no mundo, ele não teria nenhum direito real sobre as coisas do mundo, porque o direito só existe para regular as relações entre pessoas, e não entre pessoas e coisas.²⁰⁹ Da mesma opinião é Bierling.²¹⁰

²⁰⁵ É exemplo típico a posição de Chiovenda: “El proceso civil contiene una relación jurídica. Es la idea inherente ya al *judicium* romano: y a la definición que de él daban nuestros procesalistas medievales: *Judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principio de Derecho Procesal Civil**, trad. J.C. Santoló. Madrid: Reus, 1932, tomo I, p. 109).

²⁰⁶ Ao menos partindo-se das premissas expostas no trabalho.

²⁰⁷ Como colocado por Kocourek, “é conveniente considerar relações jurídicas complexas como unidades, mas quando chegar o momento de análise acurada dessas relações, é necessário representá-las em sua forma original” (KOCOUREK, Albert. **Jural Relations**... op. cit., p. 57). Tradução livre do original: “it is convenient to consider complex legal relations as units, but when occasion arises for accurate analysis of these relations it is necessary to state them in their ultimate forms.”

²⁰⁸ KANT, Immanuel. **Die Metaphisik der Sitten**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, p. 371-372. Tradução livre do original: “Es gibt also, eigentlich und buchstäblich verstanden, auch kein (direktes) Recht in einer Sache, sondern nur dasjenige wird so genannt, was jemanden gegen eine Person zukommt, die mit allen anderen (im bürgerlichen Zustande) im gemeinsamen Besitz ist. [...] Es ist also ungereimt, sich Verbindlichkeit einer Person gegen Sachen und umgekehrt zu denken, wenn es gleich allenfalls erlaubt werden mag, das rechtliche Verhältnis durch ein solches Bild zu versinnlichen, und sich so auszudrücken.” Neste sentido: ALEXY, Robert. **Theorie**... op. cit., p. 172-173.

²⁰⁹ Cf., *Ibid.*, p. 371.

²¹⁰ BIERLING, Ernst Rudolf. **Juristischen Prinzipienlehre**... op. cit., p. 188.

Kelsen reconhece a importância didática de se representar os direitos absolutos como sendo direito sobre alguma coisa, mas afirma que:

porque o direito como ordem social regula o comportamento dos indivíduos nas suas relações diretas ou indiretas com outros indivíduos, a propriedade também, só pode consistir em uma certa relação jurídica entre um indivíduo e outros indivíduos, *i.e.*, o dever desses indivíduos de não impedir, bem como não restringir, a disposição de alguém sobre uma determinada coisa.²¹¹

Propõe-se que a relação jurídica processual pode ser melhor compreendida se pensada como um conjunto de relação que ligam o autor ao juiz e o réu ao juiz.²¹² Autor e réu possuem direitos que são fundamentos para deveres no juiz. Esse modo de ver as relações jurídicas no processo não admite que ela possa ter três sujeitos, porque uma relação jurídica ocorre entre duas pessoas e somente entre duas pessoas. A angularidade da relação jurídica processual é uma ilusão de ótica que ocorre pela justaposição das relações entre o autor e o juiz e o juiz e o réu.²¹³ Somente assim é que se pode perceber a angularidade e complexidade da relação jurídica processual e, assim, explicar a idéia do *actus trium personarum*.

A visão de relação jurídica processual que resulta de todo o percurso coincide quase que integralmente com a visão defendida no Brasil por Pontes de Miranda, quando afirma que a “relação jurídica processual é entre autor e Estado; costuma completar-se, pela

²¹¹ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**... op. cit., p. 135-136. Tradução livre do original: “Da das Recht als Gesellschaftsordnung das Verhalten von Menschen in ihrer – unmittelbaren oder mittelbaren – Beziehung zu anderen Menschen regelt, kann auch das Eigentum rechtlich nur einem bestimmten Verhältnis eines Menschen zu anderen Menschen bestehen, nämlich in deren Pflicht, jenen in seiner Verfügung über eine bestimmte Sache nicht zu hindern und diese Verfügung auch sonstwie nicht zu beeinträchtigen.” As posições de Kant e Kelsen são conhecidas como visão personalista dos direitos absolutos. Tal visão é absolutamente minoritária entre os civilistas no Brasil. Porém, as críticas feitas a tal visão são simplistas e totalmente inconvincentes. Bernhard Windscheid foi o principal defensor dessa visão. Ela afirmava que “frequentemente a relação jurídica é descrita como sendo uma relação entre pessoa e pessoa. Propriedade e posse são relações jurídicas, mas não entre pessoa e pessoa, e sim entre pessoa e coisa” (WINDSCHEID, Bernhard. **Lehrbuch des Pandektenrechts**. Düsseldorf: Julius Budeus, 1868, Band I, p. 82). Tradução livre do original: “wird vielfach das Rechtsverhältnis einseitig als Verhältnis zwischen Person und Person bezeichnet. Eigentum und Besitz sind Rechtsverhältnisse, aber nicht zwischen Person und Person, sondern zwischen Person und Sache.” Para um exemplo próximo e majoritário no Brasil dessa defesa da visão majoritária dos direitos absolutos como direito a uma coisa, veja-se: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, vol. III, p. 25-28.

²¹² Se existem dentro do processo relações entre as partes, eles são periféricas e não influem no esquema proposto.

²¹³ E para quem defende a relação triangular, também entre o autor e o réu.

angulação (autor, Estado; Estado, réu)”.²¹⁴ Importante salientar que Pontes de Miranda afirma expressamente ser a relação jurídica processual bilateral: autor, Estado; Estado, réu.²¹⁵ A mecânica da relação jurídica é por ele explicada do seguinte modo:

O despacho, na petição, estabeleceu a relação jurídica processual ‘autor → Juiz’, a citação, a relação jurídica processual ‘Juiz → réu’. As duas linhas do ângulo soldam-se [...]. De tal relação jurídica se irradiam direitos e deveres do autor em frente ao Estado e direitos e deveres do réu em frente ao Estado (direito a que o Estado prossiga no processo, segundo a lei, a que não quebre o princípio de igual tratamento das partes; dever de cooperação que é o de colimar rápido e justo desenvolvimento do processo; direito à ciência dos prazos e dos atos processuais; direito à veracidade e dever de veracidade (Princípio do dever de veracidade). [...] O juiz tem os deveres pré-processuais e os deveres nascidos do estabelecimento e permanência da relação jurídica processual. São exemplos do primeiro: o não poder recusar a recepção das petições, ainda que para as indeferir inicialmente, ou para as considerar, por despacho, ineptas; e o de observar as regras jurídicas de competência judicial. São exemplos do segundo: o de velar pela terminação rápida dos processos; o de esclarecer as partes; o de envia-los todos os esforços para que possa ser justa a decisão. [...] O que hoje está assente é que os deveres do réu são perante o Estado, como os do autor. [...] Só o juiz tem deveres processuais e só perante ele têm deveres processuais as partes.²¹⁶

O que se extrai de Pontes de Miranda e que coincide em muito com a visão aqui defendida são os seguintes pontos: i) relação jurídica processual bilateral: autor, juiz; juiz, réu; ii) direito e deveres do réu unicamente frente ao Estado; iv) deveres do juiz processuais e pré-processuais. Quanto a estes pontos não há qualquer discordância, mas, o que parece faltar a análise de Pontes de Miranda é a visão analítica que aqui se propõe. Ele trata toda a mecânica processual como se fosse baseado unicamente em direito subjetivos *stricto sensu* que têm unicamente um dever como correlativo. Tal posição é unanimidade entre os processualistas que aceitam a relação jurídica processual. Como se lê em Wach: “o conteúdo da relação jurídica processual são direitos e deveres de natureza processual.”²¹⁷ O que de fato se percebe é que muitos dos exemplos dados por ele não se encaixam nesse

²¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código...** op. cit., p. XXVI.

²¹⁵ Ibid., p. XXVII.

²¹⁶ Ibid. p. XXIX.

²¹⁷ WACH, Adolf. **Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts**. Leipzig: Duncker und Humblot, 1885, vol. I, p. 34. Tradução livre do original: “Der Inhalt des prozessualischen Rechtsverhältnisses sind Rechte und Pflichten prozessualer Natur.”

binômio. Em alguns casos fala ele de direitos *stricto sensu*, quando na verdade se refere a direitos potestativos, que não têm como correlativo um dever, mas sim uma sujeição. A relação jurídica processual, como qualquer outra relação jurídica, só ocorre entre duas pessoas e nunca entre mais de duas.

A mecânica do processo civil pode ser explicada pelo movimento de direitos a algo sendo exigidos pelo autor. Tal exigência coloca o juiz numa posição de dever. Igualmente, o réu também tem direitos a algo que podem ser exigidos, colocando o juiz numa posição de dever.²¹⁸ Tomem-se as seguintes frases:

- i) o autor tem direitos processuais a algo que, quando exigidos, colocam o juiz numa posição de dever;
- ii) o réu tem direito processuais a algo que, quando exigidos, colocam o juiz numa posição de dever;
- iii) o juiz é o destinatário de deveres, cujas fontes são os direitos a algo das partes e a lei;²¹⁹
- iv) o juiz tem direitos potestativos inerentes à sua função;²²⁰
- v) as partes têm certos privilégios;
- vi) as partes são destinatárias de deveres decorrentes da lei.²²¹

As frases ‘i’ e ‘ii’ são os exemplos típicos de direitos processuais e incluem os chamados direitos de ação e de defesa; o direito à prova; o direito de recorrer e etc. Nestes casos o juiz torna-se destinatário de um dever e, por obrigação funcional, deve cumprir

²¹⁸ Essa relação entre direitos e deveres de natureza processual já havia sido descrita por Bülow há mais de cem anos, em seu escrito mais maduro acerca da relação jurídica processual.

²¹⁹ Existem deveres não relacionais, o que significa dizer que existem deveres que não tem qualquer correlação com direitos a algo. Exemplo disso é o dever constitucional de prestar o serviço militar, o dever processual de expor os fatos em juízo conforme a verdade ou o dever judicial de obstar a simulação no processo. Tais deveres não relacionais são denominados por Bentham de *self-regarding duties*: “Para cada direito subjetivo que o direito confere a um indivíduo, quer seja esse indivíduo uma só pessoa, uma classe subordinada de indivíduos, ou o público, ele, por meio disso, impõe num outro indivíduo um *dever* ou *obrigação*. Mas podem existir leis que comandam ou proíbem atos, isto é, impõem deveres, sem qualquer outra razão a não ser o benefício do agente: essas não geram direitos. Desse modo, deveres podem ser *extra-regarding* ou *self-regarding*. Os *extra-regarding* têm direitos que correspondem a eles, os *self-regarding* não têm nenhum” (BENTHAM, Jeremy. **An Introduction...** op. cit., p. 224-225). Tradução livre do original: “For every right which the law confers on one party, whether that party be an individual, a subordinate class of individuals, or the public, it thereby imposes on some other party a *duty* or *obligation*. But there may be laws which command or prohibit acts, that is, impose duties, without any other view than the benefit of the agent: these generate no rights: duties, therefore, may be either *extra-regarding* or *self-regarding*: extra-regarding have rights to correspond to them: self-regarding, none.

²²⁰ Os atos dos juiz normalmente alteram a situação jurídica das partes, que estão em estado de sujeição.

²²¹ Tratam-se, também, de deveres *self-regarding* não relacionais. As frases não fornecem um esquema que tenha pretensão de completude, mas sim de ser um esboço daquilo que ordinariamente e de mais importante acontece no processo. Determinadas situações não se encaixam nesse esquema. Pense-se, p.ex., na desistência de um recurso já interposto. A parte que desiste do recurso pode afetar o direito de recorrer adesivamente da outra, podendo-se falar aí em um direito potestativo processual.

com esse dever.²²² Como visto acima, os direitos a algo têm uma estrutura *RabG*.²²³ Forma-se uma relação jurídica (*R*) entre o autor (*a*) e o juiz (*b*) e que tem com objeto um direito processual (*G*), p.ex., o autor tem o direito de produzir uma determinada prova testemunhal. Se o autor realmente tiver tal direito de produzir a prova testemunhal, então o juiz se encontrará numa posição de dever (iii), devendo tomar as providências necessárias para que a prova testemunhal seja produzida, como, p.ex., mandar intimá-las, marcar audiência para ouvi-las, inquiri-las, lavrar termo com o depoimento, etc. O exercício do direito à prova é dividido, de acordo com categorias difundidas e estabilizadas, em quatro fases: requerimento, admissão, produção e valoração. Aproveitando tais categorias, pode-se dizer o seguinte a respeito do direito à prova: o requerimento corresponde ao exercício de um direito a algo; a admissão da prova corresponde ao reconhecimento judicial da existência de tal direito a algo; enquanto a produção da prova corresponde ao cumprimento do dever judicial correlativo a tal direito. A valoração faria parte do direito à prova somente na medida em que a parte tem direito de que tal prova seja levada em conta – ou expressamente desconsiderada – na decisão final do processo. A forma e a correção de tal valoração estaria mais ligada aos direitos de ação e defesa, na perspectiva da obrigatoriedade da fundamentação da decisão, do que propriamente ao direito à prova.

Pense-se também no direito de recorrer. A sentença julgou improcedentes os pedidos formulados pelo autor. As regras processuais indicam que nesse caso é cabível a apelação. Isto significa que um interesse do autor de manifestar seu inconformismo com a decisão está protegido pela lei e é uma razão suficiente para colocar o juiz e o tribunal numa posição de dever. Em outras palavras, as regras processuais reconhecem nesse caso a

²²² É aí que entra a confusão feita por Chiovenda, que achava que o juiz não tinha a liberdade de cumprir o dever. Para ele, o juiz estava sujeito ao direito da parte, daí porque o direito de ação era potestativo e não um direito a algo.

²²³ Essa frase torna claro que o direito a algo pode ser compreendido como uma relação trilateral, cujo primeiro elemento é o *titular* (*Träger*) ou detentor do direito (*a*); cujo segundo elemento é o *destinatário* (*Adressat*) do direito (*b*); e cujo terceiro elemento é o *objeto* (*Gegenstand*) do direito (*O*). Essa relação trilateral pode ser expressa por »*R*«. A forma mais comum de uma frase sobre um direito a algo pode então ser expressa da seguinte maneira: *RabG*.

existência de um direito de recorrer – expressão inclusive consagrada no art. 502 do CPC. O direito de recorrer dá origem à seguinte posição jurídica subjetiva: o autor tem contra o juiz um direito de recorrer da sentença. Esse direito de recorrer também é um direito a algo com uma estrutura *RabG*. Forma-se uma relação jurídica (*R*) entre o autor (*a*) e o juiz (*b*) e que tem com objeto o direito de recorrer (*O*). Se o autor interpõe a apelação e respeita os pressupostos legais extrínsecos e intrínsecos atinentes à existência e ao exercício desse direito, o autor coloca o juiz numa posição de dever de remeter os autos ao tribunal e, ao mesmo tempo, coloca o tribunal numa posição de conhecer e de julgar o recurso para dar-lhe ou não provimento. A interposição do recurso pelo autor é uma situação prevista na lei como dando origem a um dever judicial de intimação do réu. Tendo sido intimado, o réu tem um direito de contra-arrazoar o recurso interposto pelo autor. Da mesma forma que o direito de recorrer, o direito de contra-arrazoar também é um direito a algo com pressupostos extrínsecos e intrínsecos que, se preenchidos, colocarão juiz e tribunal numa posição de dever.

Contra a tese de que provar e recorrer são direitos processuais, poder-se-ia argumentar que se tratam somente de garantias e de ônus das partes que, acaso não cumpridos, trariam um resultado desfavorável ((im)procedência dos pedidos ou preclusão e coisa julgada). A partir da visão dos direitos processuais aqui defendidas, a idéia do ônus processual passa a ser uma tese secundária; meramente de apoio. Haveria aí uma clara confusão entre ter um direito e exercer tal direito. A escolha (liberdade) do titular do direito dito disponível em exercê-lo ou não é inerente ao próprio direito, mas não faz parte da sua estrutura analítica. Se o direito protege um determinado interesse, a liberdade de ter esse direito protegido ou recomposto é consequência da existência do direito e não essência da sua definição.²²⁴ Desse modo, qualquer das partes tem uma escolha entre

²²⁴ Cf. MACCORMICK, Neil. Rights in Legislation, **Law, Morality, and Society: Essays in Honor of H.L.A. Hart**, ed. P.M.S. Hacker e J. Raz. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 207-208.

exercer seus direitos processuais ou não, bem como aceitar as consequências daí decorrentes. O resultado de uma conduta não invalida e nem ratifica a existência de direitos materiais ou processuais.

É importante deixar claro que os direitos processuais, assim como a maioria dos direitos, devem ser considerados como feixes de posições jurídicas. Quando a parte propõe a demanda, recorre ou exerce o direito à prova, ela não está somente exigindo algo do juiz. Ela está, ao mesmo tempo, alterando a situação jurídica do juiz, que nada pode fazer a não ser se sujeitar. Assim, temos ao mesmo tempo um direito a algo e um direito potestativo. Proferida a sentença, nada mais haveria para o juiz discutir no processo. O juiz tem o dever de permanecer inerte. Se a parte recorre, ele passa de sua condição de inércia para uma condição de dever de agir, contra a qual nada pode opor, *i.e.*, uma situação de sujeição.

As partes têm determinados privilégios no processo, como colocado na frase ‘v’. Pense-se no privilégio de, no depoimento pessoal, não depor sobre fatos criminosos que lhe forem imputados (art. 347 do CPC). Dentro do esquema proposto, um privilégio é, na qualificação de Hohfeld, “a negação de um dever”: “quando se diz que um determinado privilégio é a mera negação de um *dever*, o que se quer dizer é que, é claro, um dever tem um conteúdo ou teor precisamente *oposto* ao do privilégio em questão”.²²⁵ Comparando enunciados extraídos da lógica deôntica, Alexy demonstra que um privilégio tem exatamente a mesma estrutura e significado que uma permissão para não se fazer algo.²²⁶

²²⁵ HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental Legal...** op. cit., p. 39. Tradução livre do original: ‘when it is said that a given privilege is the mere negation of a *duty*, what is meant, of course, is a duty having a content or tenor precisely *opposite* to that of the privilege in question.’

²²⁶ ALEXY, Robert. **Theorie...** op. cit., p. 190. Alexy afirma “que a negação de um mandamento de fazer algo é equivalente à *permissão* de não fazer algo.” Tradução livre do original: “daß die Negation eines Gebotes, etwas zu tun, mit der *Erlaubnis*, es nicht zu tun, äquivalent ist.” Antecipando a moderna lógica deôntica em quase 150 anos, Bentham afirmou que “toda manifestação da vontade do legislador ou é uma *proibição*, um comando, ou as suas respectivas negações; *i.e.*, uma permissão, e a declaração de vontade que é feita pelo legislador quando em qualquer situação ele deixa um ato sem comando” (BENTHAM, Jeremy. **An Introduction...** op. cit., p. 224. Tradução livre do original: “every manifestation [of the legislator’s will] is either a *prohibition*, a command, or their respective negations; viz. a permission, and the declaration which the legislator makes of his will when on any occasion he leaves an act uncommanded”).

Um privilégio processual é, assim, ao mesmo tempo, o opositivo de um dever, o correlativo à ausência de um direito e o equivalente a uma permissão de não fazer.²²⁷

A partir dessas considerações gerais e abstratas é que serão feitas as análises de todos os temas processuais propostos nesse trabalho.

²²⁷ Acerca da existência de um privilégio relacional, e não apenas o exercício de uma liberdade: KOCOUREK, Albert. **Jural...** op. cit., p. 121-123.

4. JUSTIÇA, PROCESSO E INSTRUMENTALIDADE

Wenn der Richter die Parteien zwar gewähren läßt, aber nicht mitspielt, indem er am Ende so entscheidet, wie er es nach geltendem Recht für richtig halt, so behandelt er die Parteien als Personen, die nicht verstanden haben, was eine Gerichtsverhandlung ist, und die deshalb nicht wirklich an ihr teilnehmen können.

Robert Alexy²²⁸

We need to remind ourselves that if this congruence [between the arbiter's view of issues and that of the parties] is utterly absent – if the grounds of the decision fall completely outside the framework of the argument, making all that was discussed or proved at the hearing irrelevant – then the adjudicative process has become a sham, for the parties' participation in the decision has lost all meaning.

Lon L. Fuller²²⁹

A ciência do direito processual nasceu a partir de uma tentativa de distinção entre processo e resultado. Na conhecida obra de Bülow acerca das exceções processuais, ele claramente distinguiu dois níveis de julgamento: a prova do preenchimento dos pressupostos processuais; o procedimento processual em si.²³⁰ A cisão das questões que se apresentam em um processo judicial em processuais e materiais se tornou tão evidente que praticamente não se fala mais sobre a sua origem e importância. Foi Oskar Bülow (1837-

²²⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*, 2.^a ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 435. Tradução livre do original: “Quando o juiz deixa as partes fazerem o que quiserem, mas não participa do jogo, ao mesmo tempo em que ao final julga de acordo com o que considera correto do ponto de vista do direito vigente, ele trata as partes como pessoas que não entenderam o que é um processo judicial e que, por isso, não podem realmente participar dele.”

²²⁹ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication, 92 *Harvard Law Review* 353, 388 (1978-1979). Tradução livre do original: “Nós precisamos nos lembrar que se essa congruência [entre a visão do árbitro acerca das questões e aquela das partes] for absolutamente ausente – se os fundamentos da decisão recaírem completamente fora da estrutura da argumentação, fazendo com que tudo o que foi discutido ou provado no processo torne-se irrelevante – então o processo decisório tornou-se uma fraude, porque a participação das partes na decisão perdeu completamente o significado.”

²³⁰ BRAUN, Johann. Einleitung des Herausgebers, *Gesetz und Richteramt*, Oskar Bülow, ed. J. Braun. Berlin: BWV, 2003, p. VI.

1907)²³¹ quem a tornou clara, ao diferenciar as exceções contra a admissão do processo²³² e as exceções contra a fundamentação das pretensões materiais exigidas no processo.²³³ A doutrina em geral menciona Oskar Bülow como o pai da moderna processualística, mas poucos dão importância àquilo que ele escreveu e, o que é ainda pior, poucos compreendem as razões que o levaram a desenvolver tal distinção.²³⁴ Na recuperação do pensamento de Bülow tem tido papel preponderante Johann Braun, professor na Universidade Passau. Além de estudar a fundo o pensamento de Bülow, Johann Braun tem feito um importante trabalho de editoração e republicação dos seus escritos mais relevantes. Em 2003, republicou um dos mais importantes textos da teoria do direito alemão do século XIX, intitulado *Lei e Função Judicial*, tendo escrito alentada introdução.²³⁵ Nesse mesmo ano, trouxe à luz um inédito manual de direito processual civil de autoria de Oskar Bülow. O volume foi composto a partir de precisas anotações deixadas por seus alunos na disciplina de processo civil na Universidade de Gießen, no semestre de inverno de 1868/1869. Tem-se, assim, pela primeira vez, uma visão abrangente da doutrina processual de Bülow.²³⁶

Na introdução ao *Processo Civil Comum Alemão* de Bülow, Johann Braun afirma que: “[a] divisão teórica binária do processo em questões de admissibilidade e fundamento tornou-se de tal modo uma obviedade que não é mais possível compreender como era possível desconhecer tal distinção.”²³⁷ O objetivo das considerações que se seguem é tentar

²³¹ BÜLOW, Oskar. **Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen**. Gießen: E. Roth, 1868, 320 p. Ver também o debate com Adolf Wach publicado em: BÜLOW, Oskar. *Klage und Urteil - Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß*, **Zeitschrift für Deutschen Civilprozess**, vol. XXXI, p. 191-270, (1903).

²³² As chamadas *Einreden gegen die Zulässigkeit des Prozesses*.

²³³ As chamadas *Einreden gegen die Begründtheit des geltend gemachten Anspruchs*.

²³⁴ Sobre os problemas da concepção de relação jurídica processual em Bülow, bem como uma exposição atualizada do tema, veja-se, dentre outros: LÜKE, Gerhard. *Betrachtungen zum Prozessrechtsverhältnis*, **ZZP** 108 (1995), 427 ff.

²³⁵ BÜLOW, Oskar. **Gesetz und Richteramt**... op. cit.

²³⁶ Acompanha o texto outra alentada introdução de Braun (BÜLOW, Oskar. **Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht**, ed. J. Braun. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, 280 p.).

²³⁷ BRAUN, Johann. *Einleitung des Herausgebers*, **Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht**, Oskar Bülow. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 4. Tradução livre do original: “Die gedankliche Zweiteilung des Prozesses

explicar qual a correlação existente entre as questões processuais e as questões materiais. Ainda mais especificamente, o objetivo é tentar correlacionar os direitos materiais com os direitos processuais e explicar como a proteção de cada uma dessas categorias influi na justiça do processo judicial. Isso será feita através de uma clarificação e tentativa de desmistificação de duas conhecidas imagens: instrumentalidade do processo e proibição da autotutela. A proibição da autotutela e a instrumentalidade do processo parecem ser as duas idéias fundantes e que permeiam tudo que se diz e escreve acerca do processo civil no Brasil. Porém, o que se percebe é que tais idéias não são discutidas a partir de um panorama teórico mais amplo. Essas idéias são pura e simplesmente aceitas, como se fossem dados da natureza das coisas.

Na discussão desses problemas e sua conexão com a justiça processual, vão ter um papel preponderante os direitos processuais, já que não é possível construir uma teoria acerca da justiça do processo sem uma teoria dos direitos processuais e vice-versa, conforme explica Robert Alexy:

Existe uma relação interna entre a teoria dos direitos e a teoria da argumentação jurídica. Não se pode ter uma teoria dos direitos adequada sem se ter uma teoria da argumentação jurídica e, uma teoria da argumentação jurídica adequada pressupõe uma teoria dos direitos.²³⁸

Inicialmente é preciso explicitar que não se pretende trabalhar com uma cisão prévia e absoluta entre direito material e direito processual. Ocorre que a complexidade dos sistemas jurídicos nos Estados modernos fez surgir não só a figura do jurista, como também exigiu a fragmentação do estudo do direito em diversos ramos, onde classificações e conceitos organizativos são introduzidos a fim de se coletar elementos comuns nas inúmeras situações criadas pelo direito. Não existem fronteiras fixas entre esses diversos

in eine Zulässigkeits- und eine Begründheitsprüfung ist so sehr zu einer Selbstverständlichkeit geworden, daß man sich kaum noch vorstellen kann, wie man diesen Unterschied jemals verkennen konnte.”

²³⁸ ALEXY, Robert. Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse, **Ratio Juris**, vol. 5, n.º 2, p. 143, (July, 1992). Tradução livre do original: “there is an internal relation between the theory of rights and the theory of legal reasoning. You cannot have an adequate theory of rights without having a theory of legal reasoning, and an adequate theory of legal reasoning presupposes a theory of rights.”

ramos do direito e muito menos entre esses ramos e a filosofia do direito – pode-se até mesmo dizer que a existência desses ramos se deve a necessidades expositivas e de ensino.²³⁹ Muitas vezes, as divisões artificiais em ramos parecem desviar a atenção de questões importantes, tornando-se mais um empecilho do que uma ferramenta de compreensão dos problemas. Uma tentativa de cisão absoluta entre os planos material e o processual certamente resultaria nesse vício.

Existem, porém, vantagens em se tentar uma separação didática entre os planos processual e material. Para impedir uma violação ou vindicar um direito material já violado é necessário exercitar direitos de natureza processual. Tanto o direito material quanto o direito processual são baseados em direitos, o que *prima facie* pode gerar dúvidas e uma sensação de duplicação e ambigüidade. Essa ambigüidade do substantivo latino *ius* só foi corretamente percebida no século XVI por Hugo Donellus (Hugues Doneau), em seus *Commentarii de Iure Civili*, conforme resume Peter Stein, em longa, porém, rica citação:

Donellus explorou a ambigüidade aplicável à palavra ‘*ius*’, que pode tanto significar o direito objetivo aplicável a uma situação particular quanto o direito subjetivo de que goza um indivíduo. Para Donellus, se o objetivo do direito civil é a atribuição a cada indivíduo desse *suum ius*, seu direito subjetivo numa situação particular, então o próprio direito civil deve ser uma sistema de direitos subjetivos. Qual é, então, a relação de tais direitos com os meios processuais para a sua efetivação? Todo o *ius* tem uma *actio*? O problema era que Justiniano descreveu uma ação como sendo ela própria um *ius*, um direito de apresentar uma demanda judicial. Donellus demonstrou que o indivíduo goza de dois tipos de direito, o direito subjetivo original e o direito de demandar, a *facultas agendi*, que eventualmente leva ao processo, *iudicium*. Desse modo Donellus colocou os fundamentos da distinção entre direito substantivo, consistente nos direitos subjetivos dos indivíduos, e direito processual, os meios de efetivar esses direitos.²⁴⁰

²³⁹ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. Problems of the Philosophy of Law, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 88-89.

²⁴⁰ STEIN, Peter. Justinian’s Compilation: Classical Legacy and Legal Source, 8 **Tulane European & Civil Law Forum** 1, 13, (1993). Tradução livre do original: “Donellus exploited the applicable ambiguity of the word ‘*ius*’, which can mean both the objective law applying in a particular situation and also the subjective right which an individual enjoys. For Donellus, if the aim of the civil law is the attribution to each individual of this *suum ius*, his right in a particular situation, then the civil law itself must be a system of subjective rights. What, then, is the relationship of such rights to the procedural means of enforcing them? Does every *ius* have an *actio*? The problem was that Justinian described an action as itself a *ius*, a right to bring legal proceedings. Donellus demonstrated that the individual enjoyed two kinds of rights, the original subjective right and the right to sue, the *facultas agendi*, which led eventually to proceedings, *iudicium*. In this way

De acordo com a visão que se defende, existem direitos subjetivos *stricto sensu* quando um interesse serve como fundamento para colocar outrem numa posição de dever. Aceitando a divisão proposta por Donellus entre os planos processual e material, é possível afirmar tanto a existência de direitos materiais como de direitos processuais. Quanto aos primeiros, qualquer sistema jurídico que se queira como tal, obrigatoriamente, deve conter regras que digam respeito às condições básicas da vida social. Qualquer sistema jurídico necessita de regras de direito material (ou substancial). Como afirma H.L.A. Hart:

não é somente verdade que o sistema jurídico de qualquer Estado moderno e qualquer sistema jurídico estável contiveram regras restringindo o uso da violência, protegendo certas formas de propriedade e fazendo cumprir certos tipos de contrato; é também certo que sem as proteções e vantagens proporcionadas por essas regras, as pessoas seriam gravemente impedidas de perseguir quaisquer objetivos. Regras jurídicas estabelecendo essas coisas são, por essa razão, básicas, no sentido de que sem elas outras regras jurídicas seriam sem sentido ou, pelo menos, operariam somente espasmodicamente ou de modo ineficiente.²⁴¹

A necessidade que qualquer sistema jurídico tem de conter regras de direito material pode ser explicada, de um modo simplista, pelo fato de que as pessoas são ao mesmo tempo vulneráveis a formas de violência e tentadas a utilizar estas mesmas formas umas contra as outras. Entra em cena o princípio básico da economia acerca da escassez de bens e os *trade-offs* que as pessoas estão dispostas a enfrentar para obtê-los.²⁴² A cooperação mútua absolutamente necessária para o desenvolvimento social não tem como existir sem regras claras nas quais as pessoas possam vincular as suas condutas futuras.

Donellus laid the foundations for the modern distinction between the substantive law, consisting of the individual's subjective rights, and civil procedure, the means of enforcing these rights." A controvérsia entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther era similar, mas se deu em outras bases, já que consistia basicamente em uma defesa da *pretensão* (*Anspruch*) elaborada por Windscheid. A utilidade da idéia de pretensão será brevemente discutida no capítulo 9. É importante ressaltar que a visão de direitos de Donellus não corresponde àquela defendida no capítulo 2 e tem como objetivo exclusivo ilustrar o surgimento da distinção direito/processo.

²⁴¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. Problems..., op. cit., p. 112. Tradução livre do original: "it is not only true that the legal system of any modern state and any legal system which has succeeded in enduring have contained rules restricting the use of violence, protecting certain forms of property, and enforcing certain forms of contract; it is also clear that without the protections and advantages that such rules supply, people would be grossly hampered in the pursuit of any aims. Legal rules providing for these things are therefore basic in the sense that without them other legal rules would be pointless or at least would operate only fitfully or inefficiently".

²⁴² Veja-se, a esse respeito: MANKIW, N. Gregory. **Principles of Economics**, 4.^a ed. United States: South-Western College Pub, 2006, p. 3-15.

Poder-se-ia sustentar que as pessoas espontaneamente já não iriam matar, roubar ou descumprir promessas e que essas questões poderiam ser resolvidas mediante o sistema normativo da moral, sem auxílio de um sistema jurídico. Porém, parece certo que somente a moral e suas sanções não tem condições de abarcar todas as situações reguladas pelo direito – muitas delas fora de qualquer consideração moral, p.ex., regras de trânsito que dizem que o veículo deve ser conduzido pelo lado direito da via – e nem são capazes de distinguir e definir um homicídio doloso e culposo, quais propriedades são protegidas ou como os contratos devem ser cumpridos.²⁴³ O direito material como um todo, na síntese de Flávio Luiz Yarshell, é aquele relacionado com “as diferentes situações da vida.”²⁴⁴ Em suma, em que pesem alguns argumentos em contrário, parece haver um consenso quase geral sobre a necessidade de regras claras e positivadas de direito material.

Essas regras de direito material devem ser compatíveis com regras de direito processual. Num sentido bastante amplo, essas regras processuais têm como fim evitar que as regras materiais sejam objeto de injustiça ou miséria.²⁴⁵ Essas regras processuais num sentido geral estão ligados à noção de Estado de Direito, especialmente no que se refere à generalidade, clareza e publicidade das leis. Também devem ser levados em consideração os procedimentos legislativos constitucionais. Conforme explica Hart, o respeito ao Estado de Direito, por um lado, “maximiza a probabilidade que a conduta requerida pelo direito seja cumprida”, ao mesmo tempo em que “concede aos indivíduos,

²⁴³ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *Problems...*, op. cit., p. 113-114. A imagem por detrás desse pensamento é a da existência de dois planos autônomos: moral e direito. Tais planos se relacionariam de modo complexo e isso é fonte de intermináveis controvérsias. Dworkin propõe uma outra imagem, na qual o direito está imerso na moral. Ver, especialmente, o primeiro capítulo de: DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 1-23. Tal visão não é objeto de discussão nesse trabalho.

²⁴⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 25.

²⁴⁵ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *Problems...*, op. cit., p. 114. As regras processuais seriam regras secundárias na classificação proposta por Hart: HART, Lionel Adolphus. **The Concept of Law**, 2.^a ed, ed. P. Bulloch e J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 79-99.

cuja liberdade é limitada pelo direito, certas informações e garantias que os ajudam a planejar suas vidas dentro da estrutura coercitiva do direito”.²⁴⁶

Isso não impede a afirmação de que o processo tem, por si só, um valor intrínseco.²⁴⁷ Não é possível afirmar quem tem a primazia, se o direito material ou o processual, ambos concorrem igualmente para a justiça da decisão em um sentido amplo. Constituiria um grande equívoco pensar que o direito material é a baliza do direito processual, no sentido que pouco importa esse último se o primeiro foi respeitado. Esse modo de pensar ignora a tese de que qualquer resultado obtido a partir de um processo não equitativo (injusto) não pode ser tido como materialmente justo.²⁴⁸

Regras de direito processual, num sentido estrito, aplicado ao processo civil, são regras que garantem a possibilidade real de participar e influenciar a autoridade judicial antes que qualquer decisão seja tomada. Tal participação se dá mediante argumentações fáticas e jurídicas, que obrigatoriamente devem ser levadas em conta pelos tribunais, bem como os procedimentos necessários à colheita dos fatos do mundo sensível para dentro do discurso jurídico processual. É nesse sentido que os direitos processuais são direitos de participação; são fundamentos para deveres dirigidos ao Estado. Como ressalta Robert Alexy:

Se o tribunal quer decidir de modo correto, ele deve ouvir todos os argumentos, o que é nada mais do que o antigo *auditur et altera pars*. E se a correção da decisão estiver sujeita a controle, a corte precisa

²⁴⁶ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. Problems..., op. cit., p. 114-115. Tradução livre do original: “On the one hand, they maximize the probability that the conduct required by the law will be forthcoming, and on the other hand, they provide individuals whose freedom is limited by the law with certain information and assurances that assist them in planning their lives within the coercive framework of the law”.

²⁴⁷ Essa teoria é majoritariamente defendida na tradição do *common law*. Ver: TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**, 2.^a ed. Mineola: Foundation Press, 1988, p. 666; MASHAW, Jerry. Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory, 61 **B.U.L. Rev.** 885 (1981); SAPHIRE, Richard. Specifying Due Process Values: Toward a More Responsive Approach to Procedural Protection, **U. Pa. L. Rev.** 127 (1978); MICHELMAN, Frank, Formal and Associational Aims in Procedural Due Process, **Nomos**, vol. XVIII, p. 126; GALLIGAN, Dennis J. **Due Process and Fair Procedures**. Oxford: Clarendon Press, 1996; SUMMERS, Robert. Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for ‘Process Values’”, 1 **Cornell L. Rev.** 60 (1974).

²⁴⁸ Nesse sentido, dentre outros: TARUFFO, Michele. Idee per una Teoria della Decisione Giusta, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LI, n.º 2, p. 321, (Giugno / 1997).

justificar o seu julgamento perante os participantes, perante o público jurídico e perante o público em geral.²⁴⁹

A interação entre direito material e processo é, portanto, muito mais complexa do que uma mera relação de instrumentalidade. Como ressaltado por Hans Kelsen:

o antagonismo entre forma e substância ou forma e conteúdo é apenas um antagonismo relativo. Uma coisa pode ao mesmo tempo parecer, de um ponto de vista como sendo forma, e de outro como substância ou conteúdo. Não existe, particularmente, nenhum princípio objetivo que constitua a diferença entre o valor de uma coisa e valor da outra. Em alguns aspectos a forma e em outros o conteúdo ou substância será de maior importância.²⁵⁰

Além da justiça do resultado, é possível se falar na justiça do processo. Tal diferença é acentuada por John Rawls, em termos bem mais amplos que o aqui pretendido:

eu tomo a distinção entre justiça processual e substantiva como sendo, respectivamente, a distinção entre a justiça (ou *fairness*) de um processo e a justiça (ou *fairness*) do seu resultado.²⁵¹

Um liberalismo político processual se assenta nessa divisão entre a justiça do processo em si mesma, distinta da justiça do resultado, como ressaltado por Stuart Hampshire:

O principal valor processual é a justiça e a *fairness* em um processo dispositivo, seja no parlamento ou nos tribunais; e a justiça e injustiça nos processos usados para solucionar um conflito pode ser distinguida da avaliação da solução final alcançada como em si mesma justa ou injusta.²⁵²

²⁴⁹ ALEXYS, Robert. The Special Case Thesis, **Ratio Juris**, vol. 12, n.º 4, p. 377, (1999). Tradução livre do original: “If the court wants to decide correctly, it has to hear all the arguments, which is nothing other than the old *auditor et altera pars*, and if the correctness of its decision shall be subjected to control, the court must justify its judgement before the participants and the general and the legal public.”

²⁵⁰ KELSEN, Hans. Foundations of Democracy, **Ethics**, vol. LXVI, n.º I, parte II, p. 5, (October, 1955). Tradução livre do original: “the antagonism of form and substance or form and content is only a relative one, that one and the same thing may appear from one point of view as form and from another as substance or content. There is, in particular, no objective principle that constitutes a difference between the value of the one and that of the other. In some respects the form, in others the content or substance, may be of greater importance.”

²⁵¹ RAWLS, John. Political Liberalism: Reply to Habermas, **The Journal of Philosophy**, vol. 92, n.º 3 (mar., 1995), p. 170. Tradução livre do original: “I take the distinction between procedural and substantive justice to be, respectively, the distinction between the justice (or fairness) of a procedure and the justice (or fairness) of its outcome.”

²⁵² HAMPSHIRE, Stuart. Liberalism: The New Twist, **New York Review of Books**, vol. 40, n.º 14, p. 46, (Aug. 12, 1993). Tradução livre do original: “The principal procedural value is justice and fairness in an adversarial process, whether in parliament or in the courts; and justice and injustice in the procedures used in settling a conflict can be distinguished from the evaluation of the settlement finally reached as itself just or unjust.” Para uma discussão da posição de Hampshire e de Rawls, veja-se: COHEN, Joshua. Pluralism and Proceduralism, 69 **Chicago-Kent Law Review** 589, (1993-1994).

Desse modo, e essa é uma importante constatação, a justiça processual pode ser vista de forma autônoma da justiça do resultado. Entretanto, a justiça processual sempre estará conectada a uma noção de justiça material (ou justiça do resultado), porque os processos de tomada de decisão nunca poderão ser vistos como entidades absolutamente autônomas. Sempre haverá um papel para a instrumentalidade e esse papel tem de ser levado em consideração. É nesse sentido que a justiça processual, apesar de poder ser analisada autonomamente, deve preparar o terreno para uma decisão materialmente justa, ao mesmo tempo em que faz parte indissociável dessa última.

Não se nega a importante função do processo como instrumento. O que se repudia veementemente é o instrumentalismo exacerbado do processo.

4.1 INSTRUMENTALISMO EXACERBADO DO PROCESSO

Uma das mais importantes funções do processo é servir de marco que diferencia a *rule by law* da *rule by fiat*.²⁵³ A idéia de que existem normas – leis, precedentes, moralidade política, etc. – conduz quase que automaticamente à idéia de que um processo judicial de resolução de conflitos serve de instrumento de declaração e efetivação de tais normas. Porém, existe uma visão distorcida desse fenômeno, que aqui se denomina de *instrumentalismo exacerbado do processo*.²⁵⁴ Como colocado por Gerald Postema, para Bentham, “o objeto ou propósito do direito processual é servir aos fins do direito material. Isso, diz Bentham, ‘não é somente um uso do [direito processual], mas o seu único uso’”.²⁵⁵

O *instrumentalismo exacerbado do processo* afirma que tudo o que importa num processo judicial é a obtenção de um resultado justo do ponto de vista material. Não teria qualquer relevância o processo de tomada da decisão, mas somente a decisão em si mesma. Essa perspectiva está intimamente ligada a uma visão ativista de Estado e a uma jurisdição que tem por escopo a implementação de políticas e não a defesa de direitos.²⁵⁶ Esses aspectos são destacados por Mirjan Damaška:

²⁵³ “É significativo que a maior parte das disposições da Carta de Direitos sejam processuais, pois é o processo que marca muito a diferença entre o Estado de Direito e o Estado Autoritário.” A frase é do *Justice Douglas*, ao decidir o caso *Winsconsin v. Constantineau* (400 U.S. 433, 436 (1971)). Tradução livre do original: “It is significant that most of the provisions of the Bill of Rights are procedural, for it is procedure that marks much of the difference between rule by law and rule by fiat.” Foi em parte citada por: CAPPELLETTI, Mauro. *Trends of ‘Procedural Justice’ in Contemporary Europe*, **Rechtsstaat und Menschenwürde: Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag**, coord. A. Kaufmann, W. Maihofer, E.J. Mestmäcker, H.F. Zacher. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1988, p. 64.

²⁵⁴ Tal visão é atribuível, em parte, à teoria utilitarista do processo desenvolvida por Jeremy Bentham. Cf. MASHAW, Jerry L. *Administrative Due Process...* op. cit., p. 895; POSTEMA, Gerald. *The Principle of Utility and the Law of Procedure: Bentham’s Theory of Adjudication*, 11 **Ga. L. Rev.** 1393, 1402, (1976-1977).

²⁵⁵ POSTEMA, Gerald. *The Principle of Utility...* op. cit., p. 1396. Tradução livre do original: “The object of purpose of procedural law is to serve the ends of substantive law. This, says Bentham, ‘is not only a use of [procedural law], but the only use for it.’”

²⁵⁶ As diferentes imbricações entre o tipo de Estado e os diferentes escopos do processo judicial são abordados no capítulo 7.

No processo judicial do Estado reativo, decisões são justificadas mais em termos da equidade dos procedimentos empregados do que em termos da precisão dos resultados obtidos. Em contraste, regras processuais e regulamentos em um Estado ativista ocupam uma posição muito menos importante e independente. O processo é basicamente o servo do direito material. Se o propósito do processo judicial é a realização de políticas estatais em casos contingentes, então decisões são legitimadas primariamente em termos do correto resultado que elas incorporam.²⁵⁷

Nesses dois tipos ideais de Estado, um dá mais ênfase aos resultados obtidos pelo processo judicial e outro dá mais ênfase aos meios de obtenção de tais resultados. Mesmo que nenhum Estado real se apresente exatamente como tais tipos ideais,²⁵⁸ é importante tê-los em mente a fim de que se possa ter uma visão mais ampla do que aquela permitida pela visão do instrumentalismo exacerbado. É importante, desde logo, salientar que a visão do instrumentalismo exacerbado é completamente incompatível com um Estado de Direito constitucional, ainda mais se a constituição contém direitos fundamentais de natureza processual como a cláusula do devido processo.²⁵⁹

Certo é que algum tipo de processo é absolutamente necessário para o sucesso das instituições jurídicas em particular e do próprio direito em geral. Essa afirmação é suficiente para se perceber que o processo judicial tem, evidentemente, uma função instrumental. A instrumentalidade do processo constitui, portanto, aspecto essencial do estudo do direito processual. O que não se pode admitir é a visão do instrumentalismo exacerbado, segundo a qual o processo não tem nenhum valor em si mesmo, servindo única e exclusivamente de instrumento de realização do direito material. Se o processo não

²⁵⁷ DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice and State Authority – A Comparative Approach to the Legal Process**. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 148. Tradução livre do original: “In the legal process of the reactive state, decisions are justified more in terms of the fairness of procedures employed than the accuracy of results obtained. In contrast, procedural rules and regulation in an activist state occupy a much less important and independent position: procedure is basically a handmaiden of substantive law. If the purpose of the legal process is to realize state policy in contingent cases, decisions are legitimated primarily in terms of the correct outcome they embody.” Damaška trabalha com esses conceitos como se fossem tipos ideais weberianos, que não encontram um equivalente no mundo real.

²⁵⁸ Sobre tipos ideais weberianos, ver a breve nota no capítulo 7.

²⁵⁹ Sobre o papel dos direitos fundamentais processuais nas constituições alemã e brasileira, vide, respectivamente, os capítulos 8 e 9.

tem qualquer valor em si próprio e o que importa é que o resultado seja justo, então um fim justo justifica todo e qualquer meio empregado para a obtenção de tal resultado.

O instrumentalismo exacerbado do processo é uma defesa do consqüencialismo no âmbito do processo judicial. Um processo judicial no qual as partes são torturadas em busca da verdade material é justificável, basta que o resultado seja justo do ponto de vista do direito material. Ainda de modo mais simples: torturar as partes toma tempo e gasta dinheiro, basta jogar dados ou girar uma roleta para se obter uma decisão. Uma outra alternativa seria recorrer às ordálias do antigo processo germânico.²⁶⁰

Todas essas formas de decisão seriam legítimas e justificáveis, desde que a justiça material fosse feita. O processo estaria cumprindo adequadamente o seu papel instrumental, a serviço de uma decisão rápida, econômica e justa do ponto de vista material. É evidente que ninguém em sã consciência defenderia uma posição como essa, mas ela é a única posição que se pode extrair da afirmação de que o processo não tem qualquer valor em si próprio.

Como bem lembrado por Álvaro Perez Ragone, uma visão puramente instrumental do direito processual conduz a um questionamento de se o papel do juiz é encarnar o Robin Hood ou realmente legitimar sua atuação perante as partes:

O conhecido Robin Hood roubava dos ricos para dar aos pobres. Esta era sua ‘forma’ de atuar contra o rei que criava impostos arbitrariamente. Poder-se-ia muito bem sustentar que o resultado era materialmente justo, recebiam aqueles que não tinham daqueles que estavam realmente obrigados e podiam pagar seus tributos. Acontece que ‘formal-procedimentalmente’ não atuava empregando as vias e mecanismos com os quais seguramente contava esse reino.²⁶¹

²⁶⁰ Sobre as ordálias no processo germânico: EICHHORN, Karl Friedrich. **Deutsch Staats- und Rechtsgeschichte**, 5.^a ed. Göttingen: Bandenhoeck und Ruprecht, 1843, vol. I., p. 415-418.

²⁶¹ RAGONE, Álvaro Perez. Contornos de la Justicia Procesal (Procedural Fairness), **Revista de Direito Processual Civil**, vol. 36, p. 373, (abril/junho, 2006). Tradução livre do original: “El conocido Robin Hood robaba de los ricos para dar a los pobres. Esta era su ‘forma’ de actuar contra el rey que creaba impuestos arbitrariamente. Podría muy bien sostenerse que el resultado era materialmente justo, recibían los que no tenían de los que sí estaban realmente obligados y podían cumplir tributariamente. Sucede que ‘formal-procedimentalmente’ no actuaba empleando las vías y mecanismos con los que seguramente contaba ese reino.” A posição de Pérez Ragone, entretanto, é distinta daquela aqui defendida. Para ele, a justiça processual não é independente da justiça material, mas apenas o reflexo da justiça na norma processual (p. 384). No mesmo sentido aqui defendido: PRÜTTING, Hanns. *Verfahrensgerechtigkeit – Ein Diskurs über*

A idéia de que o processo tem um valor em si mesmo e que por isso levanta questões de *fairness* é a antítese da visão do instrumentalismo exacerbado. Porém, é preciso estar atento ao que é realmente defesa de um *instrumentalismo exacerbado* (tipo ideal) e o que não passa de um *slogan* em defesa de uma posição que está muito distante desse modo de pensar. Mesmo autores que indubitavelmente não defendem o instrumentalismo exacerbado já escreveram, em algum momento, que o processo não tem um valor em si próprio.²⁶²

É compreensível que tais processualistas tenham transformado a instrumentalidade do processo em *slogan* máximo de suas posições, embora, em verdade, não defendessem uma posição instrumentalista. O que parece ter ocorrido é uma tentativa de superação de um modelo que via no processo não um elemento de legitimação, mas sim um elemento impeditivo de tomada da decisão, onde cada formalidade deveria ser cumprida a fim de que ela pudesse ser proferida.²⁶³ É o repúdio a esse modelo formalista que parece ter inspirado tais autores a afirmar retoricamente uma posição oposta – mesmo que não verdadeiramente defendida. A instrumentalidade veio como tentativa de livrar o processo de uma fase autonomista, como colocado por Carlos Alberto de Salles.²⁶⁴

Desde que corretamente contextualizada, é perfeitamente compreensível a defesa da tese da instrumentalidade, em repúdio a um modelo formalista de justiça civil, como feito

materiale und prozedurale Gerechtigkeit, **Die Macht des Geistes – Festschrift für Hartmut Schioldermair**, coord. D. Dörr et alii. Heidelberg: C.F. Müller, 2001, p. 456.

²⁶² Para os alemães, o pai da instrumentalidade foi James Goldschmidt, em sua muito citada e pouco lida obra **Der Prozess als Rechtslage - Eine Kritik des prozessualen Denkens**. Berlin: J. Springer, 1925, 602 p. Cf. BRUNS, Rudolf. James Goldschmidt (17.12.1874 – 18.6.1940) – Ein Gedankenblatt, **ZZP**, vol. 88, n.º 2, p. 123, (April, 1975). Porém, pouco antes dele, Friedrich Stein já havia manifestado tal idéia. Cf. PRÜTTING, Hanns. Verfahrensgerechtigkeit... op. cit., p. 425. Na Itália, dentre inúmeros outros: CHIOVENDA, Giuseppe. Del Sistema negli Studi del Processo Civile, **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993, vol. I, p. 227-240 e; CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e Ideologie**. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 5. No Brasil, é paradigmática a posição de Cândido Rangel Dinamarco: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 5.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 341 p.

²⁶³ Os diferentes papéis do formalismo no processo civil brasileiro são explicados em: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**, 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 328 p.

²⁶⁴ “Sob essa ótica autonomista o direito processual não era determinado nem pelo direito material, nem pelas autoridades responsáveis pela sua aplicação, nem pela ordem constitucional. Determinava-se a si próprio por *auto-referência*, baseado em sua autopoositividade” (SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: RT, 1998, p. 32).

com brilhantismo por Cândido Rangel Dinamarco em ‘A Instrumentalidade do Processo’ – indubitavelmente, o mais importante trabalho de processo civil publicado na década de 80 do século XX.

Esclarecido esse ponto, volta-se a fazer carga contra o instrumentalismo exacerbado, por afirmar veementemente que o processo tem um valor em si próprio e que a sua negativa deve ser definitivamente rejeitada, como bem coloca Hanns Prütting:

Esse é o parcialmente considerado pensamento do princípio da utilização do direito processual civil de modo amigável ao direito material: o direito processual teria somente funções auxiliares e, portanto, só tem unicamente significado os critérios e pontos de vista valorativos do direito material. Esse pensamento, exposto dessa forma, deve ser definitivamente rejeitado. Em verdade, os valores intrínsecos do direito processual civil também devem ser levados em consideração.²⁶⁵

O problema maior da visão do processo como mero instrumento, sem qualquer valor em si próprio, é um problema de relativismo. Da mesma forma que afirmar que os fins justificam os meios causa um relativismo moral, afirmar que o processo só tem valor enquanto instrumento permite que ele seja extremamente relativizado, às vezes ignorado. Tudo o que conta é a eficiência do instrumento, cedendo os demais valores diante desse valor supremo. A jurisprudência tem produzido decisões que desconsideram por completo os direitos processuais das partes a partir de uma incoerente e insuficiente justificação na instrumentalidade do processo.

É preciso reconhecer que a instrumentalidade do processo é apenas uma das múltiplas facetas do processo judicial. Esse processo só será considerado verdadeiramente justo – aqui num sentido amplo – se e somente se concorrerem três critérios: “a) correção de escolha e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; b) explicitação correta dos fatos relevantes do caso; c) emprego de um procedimento válido e justo para a decisão.”

²⁶⁵ PRÜTTING, Hanns. Einleitung, **Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grosskommentar**, fund. B. Wieczorek, coord. R.A. Schütze, 3.^a ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1994, p. 34. Tradução livre do original: “So ist der teilweise erwogene Gedanke [der Grundsatz der materiellrechtsfreundlichen Anwendung des Zivilprozeßrechts], das Prozeßrecht habe nur dienende Funktion und deshalb sein allein die Kriterien und Wertungsgesichtspunkte des materiellen Rechts von Bedeutung, in dieser Form eindeutig abzulehnen. Vielmehr sind auch die eigenständigen Wertungen des Zivilprozeßrechts zu beachten.”

Ao desenvolver o tema, explica Michele Taruffo que, “nenhum dos três critérios indicados pode absorver os outros dois ou pode apresentar-se como único e exclusivo parâmetro de justiça da decisão. Ao contrário, se pode afirmar que uma decisão é justa em um sentido próprio somente se ela for justa a partir de todos os três critérios.”²⁶⁶ A visão do instrumentalismo exacerbado ignora a justiça do próprio processo e por isso ela é, mesmo em abstrato, incapaz de fazer o processo gerar decisões justas.

Reunindo esses três critérios, a expressão tutela jurisdicional é capaz de abarcar todos esses aspectos da justiça processual. Se essa tutela jurisdicional pretende ser justa, ela deve ser justa quanto aos seus resultados e também quanto aos seus meios. É essa a posição de Flávio Luiz Yarshell:

‘tutela jurisdicional’ é locução apta a designar não apenas o *resultado* do processo, mas igualmente os *meios* predispostos para a obtenção desse resultado. Nessa medida, portanto, o exercício da jurisdição, por meio do processo, é forma de tutela para autor e para réu.²⁶⁷

Em qualquer processo judicial cível, o juiz tem o dever de ouvir e levar em conta os argumentos das partes, seja em matéria de fato, seja em matéria de direito. Caso o juiz entenda *prima facie* que um determinado fato ou perspectiva de direito tem de ser abordada no julgamento do mérito, ele terá obrigatoriamente de ouvir as partes, sob pena de violar seus direitos processuais e, com isso, proferir uma decisão processualmente injusta e que carece da legitimidade necessária que justifica a autoridade da função estatal jurisdicional.

Se a posição que aqui se defenderá é contrária ao instrumentalismo exacerbado e favorável à existência de valores processuais, necessário se faz atentar para pelo menos três

²⁶⁶ TARUFFO, Michele. Idee per una Teoria della Decisione Giusta, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LI, n.º 2, p. 319, 321, (Giugno / 1997). Tradução livre do original: “I tre criteri ai quali si allude sono i seguenti: a) correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione. [...] nessuno dei tre criteri ora indicati possa assorbire gli altri due, o possa comunque presentarsi come unico ed esclusivo parametro di giustizia della decisione. Al contrario, si può affermare che una decisione è giusta in senso proprio solo se è giusta sulla base di tutti e tre i criteri.”

²⁶⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**... op. cit., p. 189. Carlos Alberto de Salles afirma, num sentido similar, a necessidade de adequação entre meios é fins. Cf. SALLES, Carlos Alberto de. **Execução Judicial em Matéria Ambiental**. São Paulo: RT, 1998, p. 35-42.

pontos. Em primeiro lugar, que a relação entre processo e resultado é bem mais complexa do que a imagem do instrumento sugere.²⁶⁸ Em segundo lugar, que o processo serve a outros valores que independem do resultado obtido e, em terceiro lugar, que o processo judicial levanta questões de *fairness*.²⁶⁹ Para melhor compreender essa questão, é preciso analisar o processo como se ele fosse composto por camadas. O objetivo de tal secção não é abandonar um dos níveis, mas, ao contrário, tentar compreender melhor o todo a partir da análise de seus componentes.²⁷⁰

Numa primeira e mais superficial camada, é possível afirmar que o processo se constituiu por uma série de passos em direção a uma decisão. Nesse sentido, as decisões obtidas são propositadas. Isso significa dizer que o objetivo do processo é servir aos propósitos da decisão. Assim, se um dos objetivos das decisões judiciais é a pacificação social, o processo terá atingido seu objetivo se e somente se a decisão gerar a pacificação social. Esse modo de pensar pode analogicamente ser comparado ao de um químico que analisa as inúmeras reações para verificar se o resultado é compatível com aquele anteriormente esperado. Essa primeira camada corresponde, como parece evidente, à instrumentalidade do processo. Mesmo nesse nível, a complexidade da observação já se torna perceptível, porque a figura do instrumento coloca a questão acerca do propósito ou finalidade do instrumento.²⁷¹ Quais objetivos devem ser atingidos constitui umas das mais instigantes questões não só do direito processual, mas de toda a teoria do direito.²⁷²

Já para além da camada instrumental, é preciso reconhecer que as decisões tomadas em um processo são feitas não somente levando em consideração os objetivos pretendidos, mas dentro de um contexto de valores. Ao processo estão ligadas questões de igual respeito

²⁶⁸ Cf. Kelsen, Hans. *Foundations...* op. cit., citado acima.

²⁶⁹ Cf. GALLIGAN, Dennis J. **Due Process and Fair Procedures**. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 5.

²⁷⁰ Cf. GALLIGAN, Dennis J. **Due Process...**, op. cit., p. 5-8.

²⁷¹ Cf. GALLIGAN, Dennis J. **Due Process...**, op. cit., p. 5-6.

²⁷² Sobre o tema, especialmente: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade...** op. cit., p. 149-158.

e consideração. Não é possível compreender a estrutura procedimental sem que se reconheça a existência de valores processuais. Há mais envolvido do que apenas a obtenção de resultados justos.²⁷³ Basta pensar no direito ao contraditório, ou de modo mais concreto, por exemplo, nos privilégios das partes de não depor sobre fatos torpes ou criminosos que lhe forem imputados (art. 347, I, CPC). Não tivesse o processo qualquer valor em si mesmo, tais questões seriam de todo irrelevantes.

Uma terceira camada acrescenta às outras duas as questões ligadas à equidade (*fairness*) do processo. *Fairness* é um termo de difícil tradução, como já havia notado Gustav Radbruch:

»Fair« é um palavra que não se deixa traduzir em alemão. O dicionário dá uma porção de denotações: de »bom« e »gracioso« por »decente« e »valeroso« até »justo« e »barato«. Não é possível resolver essa palavra a partir dessas inúmeras denotações, porque ela se funde nelas, ela não denota nem uma e nem outras. Todas as suas denotações vibram conjuntamente, em maior ou menor grau, em todas as utilizações da palavra. Assim é que »fair« passa a ser uma palavra estrangeira incorporada na língua alemã, cujos significados multifacetados se ligam a uma unidade multifacetada. Tornou-se especialmente comum a sua utilização especialmente no esporte: no sentido do »fair play«.²⁷⁴

Enfatizando a ligação de *fairness* com uma concepção procedimental de justiça, Dr. Samuel Johnson, em seu famoso *Dictionary of the English Language*, afirma que *fair* é um substantivo que denota honestidade e *just dealing*, i.e., um modo justo de *proceder*.²⁷⁵ Lembra, ainda, a expressão *fair and square*, que também dá essa idéia de jogo ou divisão

²⁷³ Cf. GALLIGAN, Dennis J. *Due Process...*, op. cit., p. 6-7.

²⁷⁴ RADBRUCH, Gustav. *Der Geist des englischen Rechts...* op. cit., p. 15. Tradução livre do original: "»Fair« ist ein Wort, das sich ins Deutsch nicht übersetzen läßt. Das Wörterbuch gibt eine Fülle von Bedeutungen: von »schön« und »anmutig« über »anständig« und »ritterlich« bis zu »gerecht« und »billig«. Man kann das Wort auch nicht in diese verschiedenen Bedeutungen auflösen, vielmehr verschmelzen sie in ihm, es bedeutet nicht bald das Eine bald das Andere, alle seine Bedeutungen schwingen bei jedem Gebrauch des Wortes gleichzeitig mehr oder minder mit. Schon beginnt aber »fair« ein in die deutsche Sprache aufgenommenes Fremdwort zu werden, dessen vielfältige Bedeutungen auch für uns zu vielfältig nuancierter Einheit zu verbinden. Es ist uns insbesondere in seiner Anwendung auf den Sport geläufig geworden: im Sinne des »fair play«."

²⁷⁵ JOHNSON, Samuel. *A Dictionary of the English Language* 4.^a ed. London: J. F. et. alli., 1785, vol. I, 'fair'. No original: "Fair. n.f. (...) 2. Honesty; just dealing."

honestos e justos.²⁷⁶ O ideal do *fair play* denota bem a idéia de que não é só importante vencer (resultado), mas vencer de modo justo e honesto (valor do processo). Em português, a tradução mais aproximada de *fairness* parece ser equidade.²⁷⁷ Entretanto, da mesma forma que Radbruch afirmou há mais de 50 anos com relação à língua alemã, parece correto afirmar que *fair* e *fairness* são termos que já se incorporaram ou, quando menos, deveriam ser incorporados ao léxico português, por ausência de uma tradução adequada.

Questões de *fairness* estão ligadas à justiça do próprio resultado; à justiça do resultado em relação ao processo e ainda à justiça do processo independentemente do resultado.²⁷⁸ Em suma, a secção do processo em camadas auxilia a compreender o todo, de acordo com D.J. Galligan, no seguinte sentido:

decisões judiciais e processos associados a essas decisões são propositados no sentido de que estão dirigidos a fins e políticas. Os fins e as políticas são estabelecidos pelo sistema jurídico e estão usualmente conectados a importantes valores dentro da comunidade. O primeiro e principal interesse de processos é garantir que tais valores sejam respeitados na tomada de decisões. Ao redor desses dois objetivos processuais são desenvolvidas as noções de equidade e de direitos. Questões de direito e equidade surgem quando as decisões são acerca de como a pessoa deve ser tratada. Um sentido de equidade consiste em atingir os objetivos exigidos pelo direito. Um segundo sentido da equidade está conectado aos outros valores e é satisfeito quando eles são respeitados.²⁷⁹

Portanto, um processo que se pretenda processualmente justo deve dar atenção ao resultado, ao resultado em relação ao processo e ao próprio processo independentemente do resultado. Essa complexa interação somente é possível por intermédio de uma

²⁷⁶ Ibid. É interessante notar como *fair* e *fairness* são termos que se incorporaram recentemente à língua alemã. Os verbetes não constam do famoso dicionário dos irmãos Jacob e Wilhelm Grimm. Cf. GRIMM, Jacob; GRIMM, Wilhelm. **Deutsches Wörterbuch**. Leipzig: S. Hirzel, 1862, vol. III, p. 1267.

²⁷⁷ Foi essa, p.ex, a opção dos tradutores de Rawls – *justice as fairness* – para as línguas latinas.

²⁷⁸ Cf. GALLIGAN, Dennis J. **Due Process...**, op. cit., p. 7.

²⁷⁹ GALLIGAN, Dennis J. **Due Process...**, op. cit., p. 7-8. Tradução livre do original: “legal decisions and processes associated with those decisions are purposive in the sense that they are directed to ends and goals. The ends and goals are set by the legal system, and are usually linked to important values within the community. The first and primary concern of procedures is to lead to those ends and goals. However, decisions and processes are also influenced and constrained by other values, which may be linked to ends and goals or be separate from them. The second concern of procedures is to ensure that such values are respected in decision-making. Around these two procedural objectives, notions of fairness and rights are developed. Issues of fairness and rights arise when decisions are about how a person is to be treated. One sense of fairness consists in achieving the outcomes required by law. A second sense of fairness is linked to those other values and is satisfied when they are respected.”

concepção forte de direitos processuais.²⁸⁰ Eles são o único elemento capaz de dar ordem ao discurso processual e atingir os três objetivos simultaneamente. Quando o juiz respeita e faz respeitar os direitos processuais ele maximiza as chances de um resultado justo, ele explica às partes e ao público em geral a relação entre o processo e o seu resultado e, especialmente, dando um valor próprio ao processo de tomada de decisão, trata as partes com igual respeito e consideração, o que torna digna sua participação no processo, independentemente do resultado.

Um processo que atenda aos requisitos mínimos de equidade é um processo no qual existe a real possibilidade de participação das partes. Não basta uma possibilidade fingida de participação, pois isso seria uma farsa, como bem destacou Lon Fuller.²⁸¹ Está em jogo, aqui, uma questão de dignidade do processo e de respeito ao valor do processo em si mesmo.

²⁸⁰ Conforme foram desenvolvidos no capítulo 3.

²⁸¹ Ver a epígrafe deste capítulo.

4.2 CONCLUSÕES PARCIAIS

A defesa da justiça processual é dependente de uma teoria dos direitos processuais. Esses direitos criam uma estrutura ímpar que obstaculiza a visão do instrumentalismo exacerbado. Quando o juiz se encontra em uma posição de dever correlativa aos direitos das partes, já se está automaticamente trabalhando dentro da racionalidade da justiça processual e fora da racionalidade do instrumentalismo exacerbado. O juiz que protege e faz proteger os direitos processuais das partes está tentando justificar, perante as partes e o público em geral, o uso do poder estatal que lhe foi conferido. Ao mesmo tempo, ele está tratando as partes com igual respeito e consideração, segundo noções básicas de *fairness*. O juiz que protege e faz proteger os direitos processuais das partes não as trata como instrumento.

Uma teoria dos direitos processuais é uma resposta adequada ao instrumentalismo exacerbado, na medida em que impõe limites ao pensamento utilitarista aplicado aos processos judicial. Não basta que o resultado seja justo, é preciso que os meios de obtenção de tal resultado também o sejam. O respeito aos direitos processuais são parte integrante e necessária do resultado justo do processo e aí reside a sua maior virtude. Ao invés de serem visto como meras formalidades que impedem a efetividade do processo, os direitos processuais passam a ser elemento constitutivo da noção de justiça através do judiciário. Essa visão amparada nos direito processuais tira o sistema da anarquia gerada por um instrumentalismo exacerbado, ao mesmo tempo em que não devolve esse mesmo sistema para o formalismo impeditivo da prestação jurisdicional efetiva.

Os direitos processuais fornecem a amarração necessária para se compreender de que modo se pode diferenciar a justiça do processo da justiça do resultado e também para explicar de que modo a primeira é condição necessária para a obtenção da segunda. O juiz

que dá valor ao processo de tomada de decisão trata as partes com dignidade e nunca as surpreende por fundamentar suas decisões em alegações de fato ou pontos de vista jurídicos nunca discutidos por elas.

O instrumentalismo exacerbado do processo é pernicioso porque conduziria, ao fim e ao cabo, a uma instrumentalização das partes e, conseqüentemente, uma violação de sua dignidade. Não se trata de uma alegação de violação da dignidade da pessoa humano como mero argumento retórico ou abstração sem valor. Instrumentalizar as partes é violar a sua dignidade por tratá-las como meio e não como fim. Trata-se, em suma, de uma violação evidente à versão do imperativo categórico kantiano denominada de fórmula de humanidade:

Aja de modo que você trata a humanidade, seja na sua própria pessoa, seja na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como um fim e nunca meramente como um meio.²⁸²

²⁸² KANT, Immanuel. **Grundlegung**... op. cit., p. 429. Tradução livre do original: “Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.” Sobre a melhor interpretação dessa versão do imperativo categórico, ver, especialmente: RAWLS, John. **Lectures on the History of Moral Philosophy**, ed. B. Herman. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 181-199; HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**, 7.^a ed. München: C.H. Beck, 2007, 185-200.

5. JUSTIÇA, PROCESSO E AUTOTUTELA

Civitatibus constitutis, iudicia eo magis necessaria fuere, quia sine his nee vigor legum subsistere, nee pax reipubl. interna inter cives conservari potuit. [...] iudiciis introductis, cessat illa naturalis in statu naturali obtinens libertas, per vim et propria auctoritate omnia agendi, imo quod tunc licitum erat, iam in crimen incidit omnino puniendum.

Justus Henning Boehmer²⁸³

Der Act, wodurch sich das Volk selbst zu einem Staat constituirt [...] ist der ursprüngliche Contract, nach welchem alle (*omnes et singuli*) im Volk ihre äußere Freiheit aufgeben, um sie als Glieder eines gemeinen Wesens, d. i. des Volks als Staat betrachtet (*universi*), sofort wieder aufzunehmen.

Immanuel Kant²⁸⁴

A imagem da instrumentalidade do processo se coloca como dogma a partir do qual se estuda o direito processual civil. Mas ela não é o único dogma que persiste em guiar os processualistas. Outro lugar comum do pensamento processual está centrado numa idéia básica, que pode ser reconstruída da seguinte maneira:

uma vez que o Estado proibiu a autotutela; uma vez que o Estado proibiu a justiça de mão-própria, é dever desse mesmo Estado proteger os direitos dos cidadãos. Um dos modos de efetivar tal proteção dos direitos é mediante a atividade jurisdicional que se desenvolve no processo judicial.²⁸⁵

²⁸³ BOEHMER, Justus Henning. **Introductio in Ius Publicum Universale**. Frankfurt am Main: Trattnerianie, 1758, p. 486-487. Tradução livre do original: “As decisões judiciais, a este ponto, foram mais necessárias que as leis às cidades, porque sem elas não pôde subsistir a força das leis, nem pôde conservar entre os cidadãos a paz interna da República. A introdução das decisões judiciais pela força e pela própria autoridade do agir de todos, finda aquela intrínseca liberdade que há no ‘estado de natureza’, pelo fato de que, no fundo, o que era lícito no passado agora já incide em crime punido por todos.”

²⁸⁴ KANT, AA:VI:315. Tradução livre do original: “O ato a partir do qual as pessoas se constituem em um Estado [...] é o contrato original, no qual todos (*omnes et singuli*) enquanto povo desistem de sua liberdade exterior – de modo a se considerarem membros de uma comunidade politicamente organizada, *i.e.*, do povo considerado como Estado (*universi*) – para imediatamente recebê-la de volta.”

²⁸⁵ Como colocado por Jhering: “com autotutela e vingança, esse forma selvagem de justiça [...] de acordo com a nossa percepção atual, esse início não passa do caos que antecede o Estado” (JHERING, Rudolf. **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**, 2.^a ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1866, vol. I, p. 118). Tradução livre do original: “Mit Selbsthilfe und Rache, dieser Art der wilden Gerechtigkeit [...] [n]ach unserer heutigen Auffassung aber ist dieser Anfang nichts als das vorstaatliche Chaos.”

Essa idéia tem uma aparência tão natural que não é contestada e nem ao menos alguém se interessa por ela. Mas nem sempre foi assim. Como ressaltado por Johann Braun, “[a]s questões que se colocavam no início da moderna ciência do direito processual civil foram relegadas a um museu de antiguidades jurídicas, das quais os atuais juristas, em regra, nem ao menos tomam conhecimento.”²⁸⁶ Como se pode notar dos textos selecionados na epígrafe, existe uma nítida diferença entre as concepções de contrato social expostas.

A primeira delas, parte da teoria de Justus Henning Boehmer, data dos primeiros anos do século XVIII e tem um forte elemento autoritário, decorrente das teorias de Grotius, Hobbes e Pufendorf. Não há espaço para a autonomia da vontade do cidadão. O contrato social se firma por razões inexoráveis e definitivas. Após a instituição do estado civil, o cidadão se transforma em escravo do Estado, só gozando dos direitos que esse *Leviathan* lhe permitir gozar.

A segunda teoria, de Kant, trata os cidadãos que supostamente assinaram o contrato social como indivíduos autônomos e responsáveis por seus atos. Os direitos e a liberdade não são simplesmente cedidos para o Estado. Ocorre uma troca. O cidadão cede sua liberdade e seus direitos, para imediatamente recebê-los de volta. Como ressalta Kant, “não se pode dizer: o Estado, as pessoas no Estado sacrificaram uma parte suas liberdades exteriores originais por um objetivo.”²⁸⁷

Não se trata aqui de concordar com Grotius, Hobbes, Pufendorf ou com Kant. O importante é perceber que em um determinado momento histórico algo mudou no modo como se percebia a relação entre o Estado e os seus súditos. Mais importante que isso é

²⁸⁶ BRAUN, Johann. Einleitung des Herausgebers, **Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht**, Oskar Bülow, ed. Johann Braun. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 1. Tradução livre do original: “Die Fragen, die am Anfang der modernen Zivilprozeßwissenschaft standen, sind dabei, in ein Museum für rechtswissenschaftliche Altertümer verbannt zu werden, von der aktuelle Wissenschaftsbetrieb in der Regel kein Notiz mehr nimmt.”

²⁸⁷ KANT, AA:VI:315-316. Tradução livre do original: “man kann nicht sagen: der Staat, der Mensch im Staate habe einen Theil seiner angeborenen äußeren Freiheit einem Zwecke aufgeopfert.”

perceber que tal mudança se iniciou com Kant. Passou a importar menos a questão de quem é o soberano e como ele adquiriu autoridade e passou a importar mais de que modo tal autoridade é exercitada. Ernest Gellner explica a questão:

Grosso modo, legitimidade é soberania recolhida em tranqüilidade. No período clássico da filosofia política, se falava de soberania, imaginando quem era o soberano de direito, e o que o tornava de direito, em sua própria sociedade. Hoje, uma boa proporção das discussões relativas à correta e própria ordenação da sociedade, da ocupação justificada das posições de poder, tem lugar entre os homens que vivem em sociedade relativamente estáveis.²⁸⁸

A proibição da autotutela é uma imagem que domina o pensamento processual, apesar de ser, como se tentará demonstrar, um lobo em pele de ovelha.

Na maioria dos casos, é difícil descobrir em que momento uma idéia passa a ser tida como ponto de partida, *i.e.*, o momento no qual ela passa a ser pressuposta, no sentido de ser aceita independentemente de qualquer discussão. Excepcionalmente, no caso dessa idéia central do pensamento processual civil, parece ser possível identificar o exato momento no qual a proibição da autotutela passa do plano da filosofia política para o plano do direito processual. Na identificação desse momento é levado em conta um critério subjetivo, mas de certo modo objetivável. Trata-se da idéia de iniciar a busca a partir de pensadores que, mesmo vivendo em um contexto histórico diferente do atual, ainda conseguem falar diretamente à atual geração, sem a necessidade de traduções. A partir desse critério, ficam excluídos os pensadores do período clássico (gregos e romanos) e também os autores medievais. Suas concepções de mundo não permitem que falem diretamente a essa geração. Ficam excluídos os pensadores da *età degli dei*, sendo objeto

²⁸⁸ GELLNER, Ernest. **Legitimation of Belief**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 24. Tradução livre do original: “Roughly speaking, legitimacy is sovereignty recollected in tranquillity. In the classical period of political philosophy, men spoke of sovereignty, wondering who was the rightful ruler, and what made him rightful, in their own society. Today, a good proportion of the discussions concerning the right and proper ordering of society, of the justified occupancy of positions of power, takes place amongst men who live in relatively stable societies.”

de análise somente os pensadores da parte final da *età degli eroi* e aqueles da *età degli uomini*, para usar a divisão e a terminologia propostos por Giambattista Vico.²⁸⁹

Traça-se, assim, uma linha divisória temporal – arbitrária e contestável – que se inicia não antes do século XV de Nicollò Machiavelli. Inicia-se, porém, especialmente a partir do século XVII, com Thomas Hobbes.²⁹⁰ Somente a partir daí é que se pode falar em Estado na moderna acepção do termo e somente a partir daí é que se pode compreender a problemática envolvendo a questão da proibição da autotutela que, não se coloca em dúvida, é uma questão bem mais antiga.²⁹¹ Sobre essa opção metodológica, afirma Isaiah Berlin que existe uma dificuldade muito maior em se comentar as idéias de autores antigos do que de autores mais recentes. Pare ele, os autores de séculos mais distantes exigem uma forma de tradução muito complicada, sendo preferível discorrer sobre as idéias daqueles que “falam uma língua que ainda nos é diretamente familiar”, porque os demais “estão separados de nós pela história e nós não podemos lê-los facilmente ou com familiaridade. Eles precisam de algum tipo de tradução.”²⁹²

²⁸⁹ VICO, Giambattista. **Principi di Scienza Nuova**, 3.^a ed. Milano: Fortunato Perelli, 1862, p. 32. Sobre esse *ricorso* da história em Vico, veja-se: CROCE, Benedetto. **La Filosofia di Giambattista Vico**. Bari: Laterza, 1922, p. 127-138.

²⁹⁰ Sobre o corte temporal que caracterizaria o início da filosofia moral moderna, em alguns pontos similar à linha temporal utilizada nesse trabalho, veja-se: RAWLS, John. **Lectures on the History of Moral Philosophy**, ed. B. Herman. Cambridge: Harvard University Press, p. 1-8.

²⁹¹ Arwed Blomeyer afirma que a origem da proibição da autotutela encontra-se pela primeira vez no *Decretum Divi Mercii* do imperador Marco Aurélio (BLOMEYER, Arwed. **ZivilprozeßBrecht – Erkenntnisverfahren**, 2.^a ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 1). Sobre a proibição da autotutela e seu significado no direito romano, inclusive quanto ao caráter mágico do *ius*, veja-se: BEHRENDTS, Okko. *Ius und ius civile. Untersuchungen zur Herkunft des ius-Begriffs im römischen Zivilrecht*, **Symptotica Franz Wieacker**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1970, p. 25-26).

²⁹² BERLIN, Isaiah. **Freedom and Its Betrayal – Six Enemies of Human Liberty**, ed. H. Hardy. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 2. Tradução livre do original: “speak a language which is still directly familiar to us” [...] “are divided from us by history, we cannot read them altogether easily or with familiarity, they need a kind of translation.” A dificuldade de acesso às idéias dos autores que precisam de tradução está intimamente ligada à aceitação metodológica de estudo da história proposta pelo ‘escola de Cambridge’ (Peter Laslett, J.G.A. Pocock, Quentin Skinner). Sobre o tema, ver a coletânea de artigos de Skinner: SKINNER, Quentin. **Visions of Politics – Regarding Method**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 209 p. Ver também: TUCK, Richard. *History, A Companion to Contemporary Political Philosophy*, ed. R.E. Goodin, P. Pettit, 2.^a ed. Malden: Blackwell Publishing, 2007, vol. 1, p. 77-83.

5.1 PROCESSO CIVIL PUBLICISTA

Dentro desse contexto histórico reduzido, a idéia da proibição da autotutela pode ser precisamente identificada. Em 1710, um renomado professor de direito canônico da Universidade de Halle, chamado Justus Henning Boehmer, escreveu uma monografia intitulada *Introductio in ius publicum universale*.²⁹³ Segundo Franz Wieacker, Boehmer contribuiu para o ramo histórico-organicista do jusracionalismo, tendo sido um professor sereno e abnegado.²⁹⁴ A teoria do Estado de Boehmer é uma resposta à legalidade seca de Hobbes, para quem *auctoritas, non veritas facit legem*. Ele tenta superar a legalidade hobbesiana através de uma teoria da legitimidade pela aceitação das leis.²⁹⁵ É no livro de Boehmer, mais especificamente no capítulo intitulado *De iure imperantium circa iudicia*, que pela primeira vez alguém se utilizou conscientemente de uma noção moderna de Estado para chegar à conclusão de que esse mesmo Estado tem o dever de prestar tutela jurisdicional, em substituição à proibição da autotutela.²⁹⁶

Em todas essas primeiras teorias contratualistas, inclusive na de Boehmer, é curioso perceber que a passagem de um estado de natureza para estado civil não se faz, se não com a cessão total dos direitos dos cidadãos para o soberano.²⁹⁷ A teoria contratualista de

²⁹³ BOEHMER, Justus Henning. **Introductio in ius publicum universale ex genuinis iuris naturae principiis deductum, et in usum iuris publici particularis quarumcumque rempublicarum adornatum**. Halle: Halae Magd., 1710, 695 p.

²⁹⁴ WIEACKER, Franz. **Privatrechtsgesichte der Neuzeit: Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung**, 2.^a ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 220. Vide também: LANDAU, P. Justus Henning Böhmer, **Juristen – Ein biographisches Lexikon**, coord. M. Stolleis. München: C.H. Beck, 2001, p. 93.

²⁹⁵ Sobre tema, especificamente: LINK, Christoph. **Herrschaftsordnung und Bürgerliche Freiheit – Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre**. Wien: Hermann Böhlaus, 1979, p. 42-43.

²⁹⁶ Esse foi o resultado da pesquisa histórica desenvolvida por Knut Wolfgang Nörr: NÖRR, Knut Wolfgang. **Naturrecht und Zivilprozeß – Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, p. 8. Como já salientado, é certo que tal idéia já havia sido formulada no passado. Porém, também é certo que essa idéia não foi formulada a partir dos pressupostos oferecidos pelas teorias do Estado moderno.

²⁹⁷ Para Hobbes, o único direito natural mantido pelo cidadão é o de sua própria integridade física. Todos os demais direitos são cedidos ao soberano em troca de segurança: “todo homem deveria dizer a todo homem, eu autorizo e renuncio ao meu direito de governar a mim mesmo, em benefício desse homem, ou dessa assembléia de homens” (HOBBS, Thomas. **Leviathan**, ed. original de 1651, ed. A.R. Waller. Cambridge:

Grotius é muito similar àquela de Hobbes,²⁹⁸ que explica, no *Leviathan*, que a liberdade dos cidadãos depende das leis e que, quanto mais leis existirem, menor a esfera de liberdade.²⁹⁹ Já na teoria contratualista de Samuel Pufendorf, a proibição da autotutela e sua substituição pela autoridade estatal guardam uma relação de causa e efeito, já que, para ele, *in statu naturali judex non datur*.³⁰⁰ “A seu modo”, afirmou Bobbio, “Samuel Pufendorf é um hobbesiano”.³⁰¹

Em todas essas teorias, o espaço de liberdade do cidadão fica absolutamente restrito. Após a cessão, cabe ao soberano fazer a redistribuição das liberdades e dos direitos. O resultado é que, a partir dessas premissas, as decisões do soberano são sempre corretas e justas, não havendo qualquer razão para se reclamar delas. No plano processual, isso significa que o Estado vai prestar tutela jurisdicional, mas como ele a prestará é uma questão que não diz respeito às partes. Além disso, o resultado do processo será sempre justo. Num tal cenário, falar em direitos processuais é quase um *nonsense*. Se o cidadão cedeu todos os seus direitos para o soberano e se todas as decisões do soberano são justas, é quase que um imperativo lógico a inexistência de direitos processuais. Caberia às partes apenas se posicionar diante do soberano e aguardar o resultado do processo.

Segundo Knut Wolfgang Nörr, a história do processo civil moderno é uma história complicada e pouco explorada. Desde o século XVIII, o pêndulo do direito processual civil

Cambridge University Press, 1904, p. 118. Tradução livre do original: “every man should say to every man, I Authorise and give up my Right of Governing my selfe, to this Man, or to this Assembly of men”. Sobre o tema, veja-se, sobretudo: SKINNER, Quentin. Hobbes and the purely artificial person of the state, **Visions of Politics - Hobbes and Civil Science**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, vol. III, p. 177-208.

²⁹⁸ Essa afirmação é expressa por Richard Tuck, com base em Rousseau: TUCK, Richard. Introduction, **The Rights of War and Peace**, H. Grotius, ed. R. Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, p. XVI. Ver, também: KORSGAARD, Christine M. **The Sources of Normativity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 27.

²⁹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviathan*... op. cit., p. 155.

³⁰⁰ PUFENDORF, Samuel. **De Jure Naturae et Gentium**. Oxford: Clarendon Press, 1934, p. 562. Como ressalta Pufendorf: “entre aqueles que vivem na liberdade da natureza, não existe nenhum juiz que, em virtude de sua autoridade, possa definir ou compor as lides que surgem” (PUFENDORF, Samuel. **De Jure Naturae**... op. cit., p. 562). Tradução livre do original: “qui in naturali libertate vivunt, judex non datur, qui lites exortas pro imperio definiat et componat.”

³⁰¹ BOBBIO, Norberto. **Autobiografia**, ed. A. Papuzzi, 2.^a ed. Roma: Laterza, 2004, p. 144. Tradução livre do original: “Samuel von Pufendorf, che è a modo suo un hobbesiano.”

tem se movimentado entre dois extremos: uma concepção publicista e uma concepção privatista de processo. É por tal razão que ele afirmou que a doutrina de Boehmer acerca do dever de Estado de prestação jurisdicional em contrapartida a uma cessão completa de direitos representa o ápice da doutrina publicista do processo.³⁰² Com Boehmer e a imagem da proibição da autotutela surge a primeira concepção publicista da história moderna do direito processual. O ponto mais importante a ser salientado na visão de Boehmer é que o pêndulo da autoridade judicial chega à sua altura máxima. Em uma teoria como essa, não há espaço para os direitos processuais.

³⁰² Cf. NÖRR, Knut Wolfgang. **Naturrecht**... op. cit. 48.

5.2 A OSCILAÇÃO DO PÊNDULO

Wilhelm von Humboldt tinha uma visão do direito processual bastante diversa daquela exposta por Boehmer.³⁰³ É curioso notar, entretanto, como era e é persistente e sedutora a imagem da proibição da autotutela. Mesmo não fazendo coro com o publicismo exagerado de Boehmer, a proibição da autotutela este presente em Humboldt para explicar a necessidade do direito processual:

A segurança dos cidadãos na sociedade se assenta fundamentalmente na transferência para o Estado de toda a vindicação privada dos direitos. Desta transferência nasce também para o Estado o dever de proporcionar aos cidadãos aquilo que eles próprios não têm mais permissão de obter. Deve, portanto, quando existem disputas entre os cidadãos, decidir de que lado o direito se encontra e proteger aquele que o possui.³⁰⁴

É por aí que se percebe que a idéia da proibição da autotutela tornou-se lugar comum, mas, mesmo assim, isso não faz com que ela se transforme em uma idéia inata. Podem, perfeitamente, ser construídos argumentos e mesmo teorias contrárias a qualquer cessão de direito – e liberdades – para quem quer que seja, especialmente para o Estado, que pode vir a se tornar um opressor de seus próprios súditos. Fosse inata a idéia da proibição da autotutela e da cessão de todos os direitos para o Estado, não existiriam inúmeras teorias que tentam explicar o modo pelo qual se dá essa cessão; o modo pelo qual a autoridade do Estado é constituída, bem como o modo pelo qual o Estado pode utilizar legitimamente e com justiça tal autoridade. Afinal, a pergunta principal que se faz o cidadão diante do Estado é: porque devo obedecer um outro indivíduo ou grupo de indivíduos?³⁰⁵ Ou ainda, porque devo ceder todos os meus direitos a alguém?

³⁰³ Ver a posição de Wilhelm von Humboldt conforme exposta no capítulo 1.

³⁰⁴ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch...** op. cit., p. 133. Tradução livre do original: “Dasjenige, worauf die Sicherheit der Bürger in der Gesellschaft vorzüglich beruht, ist die Uebertragung aller eigenmächtigen Verfolgung des Rechts an den Staat. Aus dieser Uebertragung entspringt aber auch für diesen die Pflicht, den Bürgern nunmehr zu leisten, was sie selbst sich nicht mehr verschaffen dürfen, und folglich das Recht, wenn es unter ihnen streitig ist, zu entscheiden, und den, auf dessen Seite es sich findet, in dem Besitze desselben zu schützen.”

³⁰⁵ BERLIN, Isaiah. **Freedom and Its Betrayal...** op. cit., p. 1.

Pouco tempo depois de Humboldt ter escrito sua obra prima da filosofia política e já no início do século XIX, a proibição da autotutela se repete na obra do processualista Nikolaus Taddhäus Gönner:

Proibição da autotutela. Em questões privadas, ninguém tem permissão de vindicar seu verdadeiro ou suposto direito mediante violência privada.³⁰⁶

Da mesma forma que Humboldt, Gönner também não compartilhava da visão exageradamente publicista de Boehmer. Mas esse é um tempo bastante diverso daquele. Já não se está mais no início, mas sim nos fins do século XVIII e início do século XIX. É o tempo da famosa escola processual de Gönner e Grolman.³⁰⁷ É nesse instante que o pêndulo processual começa a oscilar em sentido a uma posição privatista do processo, a partir da incorporação das teorias liberais de Kant relacionadas à autonomia e ao construtivismo ético.³⁰⁸

O direito processual experimentou, nessa escola, um período de grande evolução. Foi num trabalho de Karl Grolman em que pela primeira vez foram classificadas e conceituadas as máximas do processo civil.³⁰⁹ É com Grolmann e Gönner que pela primeira vez se fala em processo dispositivo e em processo com instrução por iniciativa das partes. Desde então esta tem sido a base tradicional na qual se funda a tradição do processo civil alemão. É notória a diferença entre as posições de Boehmer em contraposição às de Gönner e Grolman. Estes últimos trabalham com uma visão de processo amparada na tradição liberal de Kant. Isso fica muito claro uma passagem do manual de processo civil de Gönner:

³⁰⁶ GÖNNER, Nikolaus Thaddäus von. **Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen**. Erlangen: Johann Jacob Palm, 1815, Band I, p. 4. Tradução livre do original: “Verbot der Selbsthülfe. Niemand darf in Privatrechtssachen sein wahres oder vermeintliches Recht durch Privatgewalt geltend machen.”

³⁰⁷ Cf. NÖRR, Knut Wolfgang. **Naturrecht**... op. cit. 41-46.

³⁰⁸ Cf. NÖRR, Knut Wolfgang. **Naturrecht**... op. cit. 47.

³⁰⁹ GROLMAN, Karl Ludwig Wilhelm von. **Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten**. Giessen: Heyer, 1800, p. 97-148.

o objetivo final de um processo judicial é que cada um seja protegido nos seus direitos garantidos pelo estado mediante o auxílio judicial.³¹⁰

Como se vê, a idéia aqui não é mais centrada no juiz e no Estado, mas sim no indivíduo. Se ele quiser, ele irá procurar o Estado em busca de seus direitos. Trata-se de uma escolha que só o indivíduo pode fazer. O processo deixa de ser visto como dever do Estado em virtude da proibição da autotutela e passa a ser visto com uma luta pelo ‘meu’ e o ‘teu’. Sobre esse momento, é significativa a explicação de Nörr:

[a]gora, na esteira da teoria do direito de Kant, a ênfase do pensamento processual civil se transfere em direção ao direito privado. A compreensão deixa de ser dominada pelo pensamento da substituição da autotutela permitida no estado de natureza por um processo regido pelo Estado. Ao contrário, como pano de fundo está o *objeto* do litígio judicial, a proteção do ‘meu e teu’. Essa mudança é, dentre os processualistas, uma conquista de Grolman. O que agora se encontra no campo de visão é a proteção dos direitos privados das partes.³¹¹

Como se vê, a imagem da proibição a autotutela é nociva porque joga o processo excessivamente para o lado publicista. Os direitos das partes e as próprias partes não estão no centro do campo de visão. São meros coadjuvantes nessa importante função estatal.

O perigo que surge com a recepção kantiana nas teorias de Grolman e Gönner é a excessiva privatização do processo, que se intensificou com o positivismo jurídico da escola história de Savigny, onde o processo passou a ser visto como nada além “da mera continuação de relações jurídicas privadas através de outros meios.”³¹² Esse ideário é adotado por Savigny – que certamente não era um liberal – e pelo seu pupilo que mais se

³¹⁰ GÖNNER, Nikolaus Thaddäus von. **Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses**. Erlangen: Johann Jacob Palm, 1801, vol. I, p. 91. Tradução livre do original: “der Endzweck eines jeden gerichtlichen Verfahrens ist, daß jeder den seinen ihm vom Staate garantierten Rechten durch die richterliche Hülfe geschützt werde.” O mesmo aparece em Grolman: GROLMAN, Karl Ludwig Wilhelm von. **Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten**. Giessen: Heyer, 1800, p. 98.

³¹¹ NÖRR, Knut Wolfgang. **Naturrecht...** op. cit. 48. Tradução livre do original: “Jetzt, im Kielwasser der Rechtslehre Kants, verlagert sich der Schwerpunkt zivilprozessualen Denkens nach dem Privatrecht hin. Das Verständnis wird nicht mehr von dem Gedanken beherrscht, die naturrechtlich erlaubte Selbsthilfe durch den staatlich geregelten Prozeß abzulösen. Sondern in den Vordergrund rückt der *Gegenstand* des Rechtsstreits, der Schutz des ‘Mein und Dein’. Dieser Wandel ist, unter den Prozessualisten, vorab ein Verdienst Grolmans. Im Blickpunkt steht nun die Sicherung der Privatrechte der Parteien.”

³¹² Cf. NÖRR, Knut Wolfgang. **Naturrecht...** op. cit. 48. Tradução livre do original: “die bloße Fortsetzung des Privatrechtsverhältnisses mit anderen Mitteln.”

destacou nos estudos processuais, Bethmann-Hollweg.³¹³ É nesse momento que o pêndulo processual oscila perigosamente para uma visão privatista.

O processo civil alemão vai encontrar um interessante ponto de equilíbrio entre as tendências publicistas e privatistas por ocasião da codificação do processo civil (1877) e, em especial, na obra do liberal Adolf Wach.³¹⁴

Importa, nesse momento, perceber que, com o surgimento do direito processual civil como ramo de estudo autônomo da ‘ciência do direito’ dos fins do século XIX, em particular as posições de Bülow e Wach, houve um esforço de se conceituar e de se elaborar uma visão do processo ancorada na existência de direitos processuais. A imagem da proibição da autotutela estava lá, mas funcionava muito mais como ornamento do que como fundamento. Foi isso que permitiu o florescimento dos ideais kantianos no processo, refletidos nos direitos processuais, a partir dos desenvolvimentos da escola de Gönner e Grolman.

Aqueles que inconscientemente adotam o ponto de partida da ‘proibição da autotutela’, do mesmo modo, inconscientemente acabam por referendar uma visão de Estado compatível com aquela sugerida por Grotius, Pufendorf e, especialmente, por Hobbes. Fundar o processo civil a partir da proibição da autotutela conduz a uma visão exclusivamente pública de processo. Essa concepção não abre espaço para a existência de direitos processuais e impede, conseqüentemente, o questionamento acerca da justiça processual. Ela é o terreno perfeito onde cresce a visão do instrumentalismo exacerbado do processo. A parte cedeu todos os direitos que tinha em seu *status naturalis* para o Estado. Recebeu de volta somente aquilo que o Estado entendia necessário na forma de direitos legais, com a peculiaridade de não poder discutir a forma como esses direitos são

³¹³ NÖRR, Knut Wolfgang. **Naturrecht**... op. cit. 49.

³¹⁴ Ver a discussão acerca dos objetivos do processo civil alemão no capítulo 8.1. Mesmo assim, ainda em Wach e, como regra, até hoje, ainda aparece a poderosa imagem da proibição da autotutela (WACH, Adolf. **Handbuch des deutschen Civilprozessrechts**. Berlin: Duncker & Humblot, 1885, vol. I, p. 4).

reivindicados, porque, em Hobbes, o soberano nunca erra e suas leis e decisões judiciais são sempre são justas.³¹⁵

Uma teoria cem por cento publicista não comporta a discussão acerca da dignidade do processo. Um processo amparado por uma teoria contratualista na qual não há diálogo entre os contratantes não tem como fundar um processo que tenha qualquer valor moral. Um processo sem valor moral não pode vir a ser considerado um discurso judicial.³¹⁶

Se não é possível explicar um processo que atenda à dignidade das partes e que respeite os direitos processuais a partir da imagem da proibição da autotutela e a partir do processo exageradamente publicista que dela decorre, é preciso pensar em alternativas.

³¹⁵ Cf. HÖFFE, Otfried. **Politische Gerechtigkeit – Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat**, 4.^a ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003, p. 130-138; ver, também: BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition**, trad. D. Gobetti. Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 56-60.

³¹⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Grundgesetz und Diskurstheorie, Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie**, coord. W. Brugger. Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 343-344.

5.3 KANT E NEUKANTIANISMUS

É certo que as visões de Estado defendidas por Grotius, Hobbes e Pufendorf – que se encontram nas raízes mais profundas do direito processual civil brasileiro – não podem ser tidas como teorias que atendam, mesmo em tese, os atuais critérios de justiça política e social.³¹⁷ Se tais teorias não atendem a critérios de justiça, não é possível utilizá-las como fundamento da teoria do processo. É preciso substituir tais bases por outras que permitam fundar uma concepção de justiça processual. O esforço deve ser dirigido no sentido de se transplantar o edifício processual para as novas bases, com um mínimo de adequação da estrutura já conhecida. Isso significa um esforço de preservação das estruturas formais do processo. Seria desastroso perceber que tudo aquilo que se construiu na doutrina processual não pode ser aproveitado numa nova base teórica. Trata-se apenas de uma questão alinhamento dessa nova base com as estruturas já existentes, a partir de reformas pontuais do edifício processual.

Ao invés de se trabalhar com a visão autoritária de Estado que se liga à imagem da proibição da autotutela, é preferível buscar um substituto compatível com o ideal de um Estado Democrático de Direito. A teoria de Kant, como recepcionado pela processualística alemã, parece ser uma forte candidata.

Outras duas alternativas promissoras a assumir esse papel são as teorias da ‘ética do discurso’ desenvolvida por Jürgen Habermas e o ‘liberalismo político’ desenvolvido por John Rawls.³¹⁸ As vias não apresentam uma incompatibilidade entre si, mas a estratégia de Habermas é mais ampla e pretensiosa que a de Rawls. O debate entre os dois filósofos é,

³¹⁷ Cf. HÖFFE, Otfried. **Politische Gerechtigkeit**... op. cit., p. 41-138.

³¹⁸ O debate entre os dois autores fornece um panorama geral de ambas as teorias: HABERMAS, Jürgen. Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism, **The Journal of Philosophy**, vol. 92, n.º 3, p. 109-131, (mar., 1995); RAWLS, John. Political Liberalism: Reply to Habermas, **The Journal of Philosophy**, vol. 92, n.º 3, p. 132-180, (mar., 1995). Sobre o debate: FORST, Rainer. **Das Recht auf Rechtfertigung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007, p. 127-186.

como classificado pelo próprio Habermas, uma discussão em família.³¹⁹ Ambos possuem dispositivos analíticos de representação com funções similares: a situação ideal de discurso de Habermas e a posição original de Rawls.³²⁰

Um fato extremamente importante é a raiz comum a partir da qual as duas teorias de desenvolvem: o construtivismo ético de Immanuel Kant.³²¹ As teorias de Habermas e Rawls são derivações do construtivismo de Kant e contém os três elementos da concepção kantiana de normatividade: um conceito normativo de pessoa autônoma; um procedimento de justificação autônomo que, ao final, conduz à produção de normas. Esse construtivismo se expressa em um procedimento de justificação autônomo, “enquanto princípio da argumentação ou princípio do discurso da razão comunicativa na ética do discurso” de Habermas, e como “princípio da razão prática de pessoas razoáveis e racionais de Rawls”.³²²

A tese da autonomia da moral constitui o núcleo central do construtivismo de Kant.³²³ A fim de compreender as teorias de Habermas e Rawls é preciso ao menos tocar a superfície do abissal pensamento de Kant. O objetivo aqui não é discutir nenhuma dessas teorias, até porque completamente ausente a capacidade para enfrentar tal tarefa. De modo muito mais simples, o objetivo é demonstrar que existem alternativas ao publicismo exagerado decorrente da idéia da proibição da autotutela e da cessão absoluta de direitos ao soberano. Adequar uma abstrata concepção de sociedade ao direito processual é uma tarefa que ultrapassa, em todos os níveis, as pretensões desse trabalho.

³¹⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism, **The Journal of Philosophy**, vol. 92, n.º 3, p. 109, (mar., 1995).

³²⁰ Cf. RAWLS, John. Political Liberalism: Reply to Habermas... op. cit., p. 138. Esses dois dispositivos são, na verdade, bastante semelhantes. Cf. MICHELMAN, Frank. Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law, **Cambridge Companion to Rawls**... op. cit., p. 398.

³²¹ Sobre o tema, especialmente: RAWLS, John. Kantian Constructivism in Moral Theory, **The Journal of Philosophy**, vol. 77, n.º 9, p. 515-572, (Sep., 1980).

³²² FORST, Rainer. **Das Recht auf Rechtfertigung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007, p. 80. Tradução livre do original: “Das Rechtfertigungsverfahren selbst ist dabei nicht konstruiert, sondern *rekonstruiert*: als Argumentations- bzw. Diskursprinzip der kommunikativen Vernunft in der Diskursethik, als Prinzip der praktischen Vernunft vernünftiger und rationaler Personen bei Rawls”.

³²³ Cf. FORST, Rainer. **Das Recht**... op. cit., p. 81.

5.3.1 Kant

Toda a filosofia de Immanuel Kant (1724-1804) pode ser dividida como a busca de respostas para três questões fundamentais: “1. O que posso saber? 2. O que devo fazer? 3. O que posso esperar?”³²⁴ ao lado da questão: “O que é o indivíduo?”³²⁵ As questões morais estariam centradas na resposta à segunda pergunta. Foi na *Fundamentação da Metafísica da Moral* (1785) e na *Crítica da Razão Prática* (1788) que Kant tentou dar uma resposta racional à pergunta ‘o que devo fazer’, ao mesmo tempo rejeitando tanto o empirismo quanto o ceticismo ético. Um dos objetivos de Kant, ao responder à pergunta sobre o que devo fazer, é deixar claro que existe um âmbito de leis aplicáveis à nossa conduta. Ele pretende provar que a moral existe.³²⁶ O objetivo da *Grundlegung* é, segundo o próprio Kant:

Os presentes Fundamentos são nada mais do que a busca e o estabelecimento do supremo princípio da moralidade, o que constitui um assunto a ser visto por si só e de modo apartado de toda outra investigação moral.³²⁷

Kant elabora um complexo sistema de verificação da racionalidade e moralidade das decisões tomadas pelos indivíduos com relação aos demais indivíduos. Esse

³²⁴ Os verbos *können*, *sollen* e *dürfen* são apenas parcialmente traduzíveis como poder, dever e esperar. Na pergunta 1, *können* é usado no sentido normal de possibilidade. Na pergunta 2, *sollen* é usado no sentido de uma consulta, como quem pergunta: será que *devo* ir ao médico? Na pergunta 3, *dürfen* é usado no sentido de poder ter uma esperança. Na quarta pergunta, *der Mensch* também tem um sentido mais amplo que o de indivíduo, podendo inclusive significar humanidade.

³²⁵ HÖFFE, Otfried. **Kleine Geschichte der Philosophie**. München: C.H. Beck, 2001, p. 190. Tradução livre do original: “1. Was kann ich wissen? 2. Was soll ich tun? 3. Was darf ich hoffen? Und zusammen beantworteten sie eine vierte Frage: Was ist der Mensch?” No original: “Alles Interesse meiner Vernunft (das speculative sowohl, als das praktische) vereinigt sich in folgenden drei Fragen: 1. Was kann ich wissen? 2. Was soll ich thun? Was darf ich hoffen?” (KANT, AA:III:522)

³²⁶ Cf. KORSGAARD, Christine M. Introduction, **Groundwork of the Metaphysics of Morals**, I. Kant. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. x.

³²⁷ KANT, AA:IV:392. Tradução livre do original: “Gegenwärtige Grundlegung ist aber nichts mehr, als die Aufsuchung und Festsetzung des obersten Principis der Moralität, welche allein ein in seiner Absicht ganzes und von aller anderen sittlichen Untersuchung abzusonderndes Geschäft ausmacht.” Cf. KORSGAARD, Christine M. Introduction... op. cit., p. x.

construtivismo está centrado no imperativo categórico³²⁸ e no processo a partir do qual tal imperativo é aplicado aos indivíduos.³²⁹ Só se pode testar uma ação a partir do imperativo categórico como um experimento de pensamento, imaginando aquela ação como lei universal num mundo onde o ator faça parte. Essa interação entre o imperativo categórico e seus processos aplicativos é essencial para compreender o construtivismo de Kant:

[u]ma característica essencial do construtivismo moral de Kant é que os imperativos categóricos específicos que dão conteúdo aos deveres de justiça e virtude são vistos como especificados por um procedimento de construção (o procedimento do imperativo categórico), cuja forma e estrutura espelham tanto os nossos dois poderes da razão prática quanto nosso status de pessoas morais livres e iguais.³³⁰

Da mesma forma que seus antecessores, Kant também busca explicar a autoridade do Estado a partir de um contrato social. A vantagem da teoria contratualista de Kant é reconhecer nos indivíduos uma autonomia da vontade e uma consciência no ato de celebração desse contrato (*contractus originarius; pactum sociale*). É importante ressaltar, entretanto, que para Kant o contrato social não é e nem poderia ser um fato histórico.³³¹ Ao invés disso, Kant afirma que o contrato social é meramente uma idéia,³³² uma idéia da

³²⁸ Imperativos hipotéticos dizem que se alguém quer algo, tem de querer algo mais. Imperativos categóricos não têm condições e são sintéticos e a priori. Cf. KORSGAARD, Christine M. Introduction... op. cit., p. xviii e xvi.

³²⁹ Cf. RAWLS, John. **Lectures on the History of Moral...** op. cit., p. 162.

³³⁰ RAWLS, John. **Lectures on the History of Moral...** op. cit. p. 237. Tradução livre do original: "An essential feature of Kant's moral constructivism is that the particular categorical imperatives that give the content of the duties of justice and of virtue are viewed as specified by a procedure of construction (the CI-procedure), the form and structure of which mirror both of our two powers of practical reason as well as our status as free and equal moral persons." Kant entende o seguinte por "razão prática: isso é, que nossos julgamentos éticos podem ser explicados em termos de critérios racionais aplicáveis diretamente a condutas ou a deliberações" (KORSGAARD, Christine M. Skepticism about Practical Reason, **The Journal of Philosophy**, vol. 83, n.º 1., p. 5, (Jan., 1986)). Tradução livre do original: "practical reason: that is, that our ethical judgments can be explained in terms of rational standards that apply directly to conduct or to deliberation."

³³¹ Sobre o contrato social em Kant, veja-se: RAWLS, John. **Lectures on the History of Moral Philosophy**, Cambridge: Harvard University Press, p. 363-365 e; CASSIRER, Ernst. **Kants Leben und Lehre**. Berlin: Bruno Cassirer, 1921, p. 398-400 e; GUYER, Paul. **Kant**. London: Routledge, 2006, p. 279-284.

³³² "O ato a partir do qual as pessoas se constituem em um Estado, em verdade, somente a idéia desse ato" (KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*, AA:VI:315). Tradução livre do original: "Der Act, wodurch sich das Volk selbst zu einem Staat constituirt, eigentlich aber nur die Idee desselben".

razão.³³³ A teoria política de Kant pode ser resumida, segundo Paul Guyer, do seguinte modo:

A idéia central da teoria política e jurídica de Kant é que nós devemos não somente definir os direitos e obrigações que nós temos uns para com os outros em virtude de um princípio universal de direito, mas também instituir um sistema para a realização coercitiva desses direitos – um Estado – e definir os direitos e as obrigações que seus cidadãos e agentes públicos devem ter de modo a realizar os direitos e obrigações do primeiro tipo.³³⁴

5.3.2 Habermas

Jürgen Habermas³³⁵ (1929-) é um filósofo com múltiplos interesses; uma raposa, para utilizar a classificação proposta por Isaiah Berlin.³³⁶ O tema central que parece permear toda a produção de Habermas é a teoria democrática. Talvez seja essa a razão pela qual abandonou, de uma só vez, o fracassado projeto da Escola de Frankfurt e o marxismo como marco teórico:

Os desenvolvimentos ulteriores da ‘ética do discurso’ parecem confirmar o gradual retorno de Habermas para algo próximo ao liberalismo de Kant (Habermas, 1993; Baynes, 1995; Warren, 1995; Dryzek, 2004). Sua teoria discursiva da democracia proporciona uma reformulação sutil e cheia de nuances das bases normativas da democracia liberal (Habermas, 1996). [...] É muito difícil negar que ele [Habermas] se afastou de suas inspirações originais no marxismo e na Escola de Frankfurt.³³⁷

³³³ “não é de modo algum um fato [...] mas sim é uma mera idéia da razão” (KANT, Immanuel. *Über den Gemeinspruch...* op. cit., p. 297). Tradução livre do original: “ist keinesweges als ein Factum ... [s]ondern es ist eine bloße Idee der Vernunft.”

³³⁴ GUYER, Paul. **Kant**... op. cit., p. 265. Tradução livre do original: “The central Idea of Kant’s legal and political philosophy is thus that we must not only define the rights and obligations that we have to one another in virtue of the universal principle of right, but must also institute a system for the coercive enforcement of these rights – a state – and define the rights and obligations that its citizens and officeholders must have in order for it to enforce the first sort of rights and obligations.”

³³⁵ Sobre Habermas, ver, especialmente: MÜLLER-DOOHM, Stefan. **Jürgen Habermas**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, 157 p.; **The Cambridge Companion to Habermas**, ed. S.K. White. Cambridge: Cambridge University Press, 368 p. e; BOHMAN, James; REHG, William. Jürgen Habermas, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2008 Edition), ed. E.N. Yalta. <http://plato.stanford.edu/entries/habermas/>, acesso em 03 de janeiro de 2009.

³³⁶ Raposas e Porcos-Espinho são as duas classes nas quais Berlin dividiu os intelectuais. Essa é a interpretação dada a uma frase atribuída à Archilocus: “Uma raposa sabe muita coisas, mas um porco-espinho sabe uma grande coisa”. Ver: BERLIN, Isaiah. *The Hedgehog and the Fox*, **Russian Thinkers**, 2.^a ed., ed. H. Hardy e A. Kelly. London: Penguin Books, 2008, p. 24-27.

³³⁷ WEST, David. *Continental Philosophy*, **A Companion to Contemporary Political Philosophy**, ed. R.E. Goodin, P. Pettit, 2.^a ed. Malden: Blackwell Publishing, 2007, vol. 1, p. 49. Tradução livre do original: “The further development of ‘discourse ethics’ tends to confirm Habermas’s gradual return to something close to

Na fase de sua vida que mais dedicou à teoria política, especialmente com a publicação de *Faticidade e Validade*,³³⁸ Habermas desenvolveu a sua teoria acerca da ética do discurso, aproveitando suas incursões anteriores na teoria democrática e na filosofia da linguagem. Ele considera os discursos como sendo ‘processos argumentativos’³³⁹ e explica em que consiste essa ética do discurso e no que ela se diferencia do construtivismo ético kantiano:

A ética do discurso substitui o imperativo categórico kantiano por um processo de argumentação moral. Seus principais postulados: *somente podem pretender ser válidas as normas que podem contar com o consentimento de todos os envolvidos, em seus papéis como participantes de um discurso prático*. Embora de certo modo preserve o imperativo categórico, a ética do discurso o reduz proporcionalmente a um princípio de universalização. Em discursos práticos, esse princípio de universalização tem o papel de uma regra de argumentação. Ele estipula: *para uma norma ser válida, as conseqüência e efeitos colaterais de sua observância geral para a satisfação dos interesses particulares de cada pessoa devem ser aceitos livremente por todos*. Finalmente, uma ética é denominada ‘universalística’ quando ela alega que um princípio moral, longe de refletir as intuições de uma cultura ou época particular, é válido universalmente.³⁴⁰

São por essas razões que a ética do discurso de Habermas pode ser vista como uma reconstrução da idéia kantiana da razão prática, mas acoplada e desenvolvida em termos de

liberalism in Kantian guise (Habermas, 1993; Baynes, 1995; Warren, 1995; Dryzek, 2004). His discourse theory of democracy provides a subtle and nuanced reformulation of the normative basis of liberal democracy (Habermas, 1996). [...] But it is hard to deny that he has moved away from his originally Marxist and Frankfurt School inspiration (cf. White, 1988; Outhwaite, 1994).” No mesmo sentido: DREIER, Ralf. Diskurstheorie und Rechtsphilosophie. Bemerkungen zu Jürgen Habermas’ Faktizität und Geltung, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, vol. 48, n.º 1, p. 90, (Jan./März, 1994).

³³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, 666 p.

³³⁹ Cf. HÖFFE, Otfried. Between Facts and Norms by Jürgen Habermas (Review), *Mind*, New Series, vol. 109, n.º 435, p. 612, (Jul., 2000).

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. Morality and Ethical Life: Does Hegel’s Critique of Kant Apply to Discourse Ethics?, 83 *Nw. U. L. Rev.* 38, 40 (1988-1989). Tradução livre do original: “Discourse ethics replaces Kantian categorical imperative by a procedure of moral argumentation. Its principle postulates: *Only those norms may claim to be valid that could meet with the consent of all concerned, in their role as participants in a practical discourse*. While retaining the categorical imperative after a fashion, discourse ethics scales it down to a principle of universalization. In practical discourses, this principle of universalization plays the part of a rule of argumentation. It postulates: *For a norm to be valid, the consequences and side-effects of its general observances for the satisfaction of each person’s particular interests must be freely accepted by all*. Finally, an ethics is termed ‘universalistic’ when it alleges that a moral principle, far from reflecting the intuitions of a particular culture or epoch, is valid universally.”

uma razão comunicativa.³⁴¹ A ética do discurso de Habermas é sem dúvida um avanço sobre o construtivismo ético de Kant. Ao invés de ser um ‘monólogo’ como o procedimento do imperativo categórico, a ética do discurso propõe um ‘diálogo’, um processo comunicativo no qual os prós e os contras de cada argumento serão levados em consideração. Há uma alteração de perspectiva. Passa-se daquilo que ‘cada um’ pode concordar para aquilo que ‘todos’ podem concordar.³⁴²

A ética do discurso de Habermas é uma colossal incursão no campo da teoria democrática e, sem dúvida, a idéia de autonomia moral dos sujeitos joga aí um papel fundamental. Essa autonomia se reflete inclusive em questões processuais. Não é por acaso que Habermas incluiu o princípio da proteção jurisdicional dos direitos como componente indissociável de sua noção de Estado de Direito.³⁴³

5.3.3 Rawls

John Rawls (1921-1992) foi o mais importante filósofo-político do século XX e é o autor da mais moderna tese de toda a tradição liberal iniciada por Locke e Kant.³⁴⁴ A tese desenvolvida em *Uma Teoria da Justiça*³⁴⁵ e mais detalhadamente explicitada em *Liberalismo Político*,³⁴⁶ é a mais importante contribuição já feita ao liberalismo e incorpora uma forte tendência igualitária, ausente em contribuições anteriores.³⁴⁷ Com já dito, a controvérsia entre Rawls e Habermas é uma disputa ‘familiar’. É importante notar

³⁴¹ Cf. MCCARTHY, Thomas. Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue, *Ethics*, vol. 105, n.º 1, p. 45-46, (Oct., 1994).

³⁴² Cf. MCCARTHY, Thomas. Kantian Constructivism... op. cit., p. 46.

³⁴³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität*... op. cit., p. 215.

³⁴⁴ Para uma visão geral das teorias de Rawls, veja-se: (ed.) FREEMAN, Samuel. **Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 585 p.

³⁴⁵ RAWLS, John. **A Theory of Justice**, edição original. Cambridge: Belknap Press, 2005, 607 p.

³⁴⁶ RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993, 525 p.

³⁴⁷³⁴⁷ Sobre as diferentes formulações do liberalismo político, do antigo ao novo: MERQUIOR, José Guilherme. **Liberalism Old & New**. Boston: Twayne Publishers, 1991, 180 p. Ver também a resenha da edição brasileira do livro, escrita por Celso Lafer: LAFER, Celso. Liberalismo – Antigo e Moderno, José Guilherme Merquior, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.º 17.

que Habermas concorda com a visão de Rawls e acha que os resultados por ele obtidos são corretos.³⁴⁸

Os objetivos do liberalismo político são sintetizados por Rawls da seguinte maneira:

o liberalismo político tenta responder à questão: como é possível que exista uma sociedade justa e estável, cujos cidadãos, livres e iguais, estão divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e por vezes incomensuráveis?³⁴⁹

O construtivismo kantiano se baseia nas diferentes formulações e procedimentos do imperativo categórico. De um modo similar, Rawls utiliza a sua conhecida tese da posição original para criar um mecanismo de justificação dos dois princípios de justiça – que tentam compatibilizar a liberdade com ingredientes igualitários. O construtivismo kantiano em Rawls é bem mais restrito que a versão original de Kant. Ela se atém somente ao político e não se ampara em nada para além do político. Ela não é a consequência de nenhuma doutrina teoria abrangente acerca da religião, da metafísica ou da moral. Ela é uma concepção que se apresenta solta (*free-standing*).³⁵⁰

Segundo Frank Michelman, “Rawls adota o que podemos chamar de um constitucional contratualista de justificação política.”³⁵¹ Esse modelo de contratualismo constitucional é a resposta dada por Rawls “à questão da possibilidade de governo legítimo em sociedades modernas e pluralistas.”³⁵² Rawls se preocupa tanto com a questão da legitimidade como com a questão da estabilidade das democracias, mediante um princípio

³⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Reconciliation Through...* op. cit., p. 110.

³⁴⁹ RAWLS, John. **Political Liberalism**... op. cit., p. 133. Tradução livre do original: “political liberalism tries to answer the question: how is it possible that there can be a stable a just society whose free and equal citizens are deeply divided by conflicting and even incommensurable religious, philosophical and moral doctrines?”

³⁵⁰ RAWLS, John. *Political Liberalism: Reply to Habermas...* op. cit., p. 133-134.

³⁵¹ MICHELMAN, Frank. *Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law*, **Cambridge Companion to Rawls**... op. cit., p. 395. Tradução livre do original: “Rawls thus adopts what we may call a constitutional contractarian mode of political justification.”

³⁵² *Ibid.*, p. 397. Tradução livre do original: “a kind of constitutional contractarianism is Rawls’s response to the question of the possibility of legitimate government in modern, plural societies.”

da legitimidade liberal,³⁵³ e mediante um consenso sobreposto.³⁵⁴ Sua teoria tem ainda como característica marcantes a prioridade do justo sobre as diversas concepções éticas – o que lhe permite a defesa de um pluralismo com relação aos valores,³⁵⁵ bem com a idéia do uso da razão pública, que se caracteriza, segundo Dworkin, por “definir que tipos de argumentos são permitidos para agentes públicos numa comunidade política liberal.”³⁵⁶

No contratualismo do liberalismo político de Rawls, o cidadão é dotado de direitos fundamentais, que podem ser exigidos dentro de um ambiente de grande autonomia. Ele vai além do construtivismo ético de Kant, na medida em que propõem um liberalismo igualitário. Pela linha teórica que se vem seguindo desde o início do trabalho, há uma natural tendência a se preferir o liberalismo político de Rawls à ética do discurso de Habermas. A principal razão para essa opção é o menor comprometimento decorrente dela, já que a teoria de Rawls limita-se ao político e é bem menos pretensiosa que a de Habermas.³⁵⁷ A teoria de Rawls é mais modesta. O liberalismo político consiste em uma concepção política da justiça e não de todas as facetas da vida humana.³⁵⁸

Resumidamente, pode-se dizer que liberalismo político de Rawls afirma que a função do Estado é garantir a segurança dos cidadãos, ao mesmo tempo em que garante uma equânime distribuição de liberdades e recursos econômicos que serão utilizados pelos próprios cidadãos a fim de que possam concretizar seus projetos pessoais de vida.

Independentemente da escolha que se faça, um fato chama a atenção. Kant parece ser uma figura inescapável nessa geração, já que praticamente toda a jurisprudência e a filosofia política giram ao seu redor: de Kelsen a Radbruch, de Hart a Dworkin, de Rawls a

³⁵³ RAWLS, John. **Political Liberalism**... op. cit., p. 137.

³⁵⁴ Ibid., p. 133-134.

³⁵⁵ Ibid., p. 173-211.

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. Rawls and the Law, 72 **Fordham Law Review** 1387, 1397, (2003-2004). Tradução livre do original: “defining the kinds of arguments that are permissible for officials in a politically liberal community.”

³⁵⁷ Cf. HÖFFE, Otfried. Between Facts... op. cit., p. 613.

³⁵⁸ RAWLS, John. The Priority of Right and Ideas of the Good, **Philosophy and Public Affairs**, vol. 17, n.º 4, p. 253, (Autumn, 1988).

Habermas. Desse modo, parece perfeitamente adequado que se mantenham as bases kantianas da teoria do processo, seja mediante a ‘ética do discurso’ de Habermas, seja mediante o ‘liberalismo político’ de Rawls, seja mediante alguma outra corrente do *Neukantianismus*.

Como demonstrado, o construtivismo ético de Kant encontra-se na base da teoria do processo alemão desde a escola de Gönner e Grolman. A razão para se referir, de modo breve e incompleto às teorias de Habermas e Rawls é demonstrar que o construtivismo ético de Kant não é uma teoria pertencente ao passado, sendo capaz de crescimento. As três teorias construtivistas deixam em aberto as questões éticas, *i.e.*, aquelas que, “em seu sentido clássico, são compreendidas como teorias acerca da vida correta.”³⁵⁹ Com isso, seria possível construir um conceito de parte enquanto pessoa autônoma e livre para decidir seu futuro num processo judicial.

³⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, p. 14. Tradução livre do original: “»Ethik«, wenn wir diese im klassischen Sinne als eine Lehre vom richtigen Leben verstehen.”

5.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

O que foi dito acerca de tão complexas questões de filosofia política não deve ser entendido como uma tentativa de discussão de tais temas e nem mesmo como demonstração da superioridade de uma teoria sobre outra. O que se quis demonstrar é que sem dúvida existem teorias modernas e compatíveis com o Estado de Direito e com a democracia, sendo inútil e reducionista se fundar a teoria do processo numa versão simplificada do contrato social em Hobbes – a imagem da proibição da autotutela. Há uma predileção pelo liberalismo político de Rawls, o que não significa que seja perfeitamente possível negar a imagem da proibição da autotutela por qualquer outra proposta de fundação de um Estado de Direito democrático.

Supondo a existência de um imaginário pêndulo processual que vai do público ao privado, é possível tecer as seguintes considerações. Ao contrário do que se imagina, a análise histórica realizada por Knut Wolfgang Nörr demonstrou que, dentro do pensamento político-processual moderno, o pêndulo não inicia a sua trajetória pendendo para o privatismo e lentamente evolui para um processo publicista. Ele demonstrou que com a obra de Justus Henning Boehmer, o processo inicia a sua trajetória na era moderna no ápice do publicismo. Esse caráter público do processo se revela na poderosa e influente imagem da proibição da autotutela.

Ao menos no ambiente processual alemão, essa imagem da proibição da autotutela acaba se mantendo como mero adorno; como meio simplista de explicação da autoridade estatal. Na base da teoria processual, a partir da escola de Karl Grolman e Nikolaus Gönner, encontra-se uma teoria de forte cunho liberal e centrada na autonomia dos indivíduos em sociedade, inclusive e especialmente enquanto partes de um processo judicial.

Essa temática é importante porque uma teoria exageradamente publicista do processo, fundada na proibição da autotutela, impede que se discuta a justiça do processo de tomada de decisões. É somente num ambiente em que as partes tenham autonomia e sejam titulares de direitos processuais que tal discussão pode surgir. É por isso que se propõe, de modo bastante sintético e simplista, que se faça um *aggiornamento* da imagem que sempre esteve na base do pensamento processual alemão. Isso implicaria numa evolução da base do construtivismo ético de Kant para uma teoria mais moderna, tal como o liberalismo político de John Rawls.

Uma preocupação básica de um liberalismo político processual é atingir a justiça processual através da proteção e fomento dos direitos processuais.

6. UTILITARISMO E DIREITOS PROCESSUAIS

Plainly, no one has a right to the most accurate possible procedures for adjudicating his or her claims in civil law.³⁶⁰

Ronald Dworkin

Procedures are not only practical matters, but also raise issues of principle. They require resources where resources are limited, and they involve competition amongst competing ends and values.

D.J. Galligan³⁶¹

Se é possível dizer que a linguagem dos direitos é hoje dominante, também é correto afirmar que nem sempre foi assim. O ponto de partida dessa discussão pressupõe a adoção de um princípio humanístico, isto é, que “a explicação e a justificação da bondade ou maldade de qualquer coisa deriva, no fim das contas, de sua contribuição – real ou possível – para a vida humana e sua qualidade”.³⁶² Nas décadas de 60 e 70 do século passado ocorreu uma forte transição na filosofia governamental (o ponto de encontro da filosofia moral, política e do direito). Uma fé antiga, amplamente aceita, afirmava que alguma forma de utilitarismo seria capaz de capturar toda a essência da moralidade.³⁶³ De acordo com a versão clássica do utilitarismo, proposta por Jeremy Bentham:

por princípio da utilidade se entende o princípio que aprova ou reprovava qualquer tipo de ação, de acordo com a tendência que essa ação aparentemente tem em aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão: ou, o que é o mesmo em outras palavras, para promover ou opor a felicidade. Eu digo isso para todo o tipo de ação e, portanto, não somente para toda a ação de uma indivíduo particular, mas de toda a medida de governo.³⁶⁴

³⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 92. Tradução livre do original: “Obviamente, ninguém tem um direito aos processos mais exatos de obtenção de decisões judicial em suas causas de natureza civil.”

³⁶¹ GALLIGAN, Denis J. **Due Process...** op. cit., p. 122-123. Tradução livre do original: “Processos não são somente questões práticas, mas também levantam aspectos de princípio. Eles precisam de recursos onde recursos são limitados, e eles envolvem competição entre fins e valores concorrentes.”

³⁶² RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 194. Tradução livre do original: “the explanation and justification of the goodness or badness of anything derives ultimately from its contribution, actual or possible, to human life and its quality.”

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ BENTHAM, Jeremy. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, **The Works of Jeremy Bentham**, ed. J. Bowring. New York: Russel & Russel, 1962, vol. I, p. 1. Tradução livre do original: “By the

A partir da obra de Bentham, o utilitarismo passou a ser o modelo padrão de pensamento na filosofia política e moral. O utilitarismo se impôs sobre a teoria dos direitos, em que pese ambas as teorias terem sido muito bem expostas no *anno mirabilis* de 1776, no qual foi assinada declaração de independência dos EUA e no qual foi lançada por Bentham na obra *Um Fragmento acerca do Governo*.³⁶⁵ Por inúmeras razões que neste momento não são importantes, o pensamento utilitarista não penetra com profundidade nos países da Europa continental, tendo, porém, uma influência muito grande na Inglaterra e EUA. Hart define, em síntese, o sentido do utilitarismo:

o princípio central do utilitarismo [...] pode ser expresso com a doutrina segundo a qual só existe um vício em organizações jurídicas, a saber, que elas falhem em produzir o maior soma de felicidade possível na população abrangida por seus objetivos.³⁶⁶

Isto significa dizer que durante muito tempo a moralidade foi pautada por um axioma fundamental, segundo o qual “é a maior felicidade do maior número que é a medida do certo e do errado.”³⁶⁷ Contraposta a ela, uma nova fé pregava que a verdade se encontrava em encarar a maximização do bem-estar somente como meta, mas que a

principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness. I say of every action whatsoever; and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government.”

³⁶⁵ Cf. HART, Lionel Adolphus. Bentham and the United States of America, 19 **Journal of Law & Economics** 547, (1976).

³⁶⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. Problems of the Philosophy of Law, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 116. Tradução livre do original: “[t]he central principle of utilitarianism [...] may be stated as the doctrine that there is only one vice in legal arrangements, namely, that they fail to produce the greatest possible total of happiness in the population within their scope.” Definição semelhante é oferecida por David Lyons: “a teoria a partir da qual a única base confiável e fundamental para uma avaliação normativa (ou moral) é a promoção do bem-estar humano” (LYONS, David. *Utility and Rights*, **Theories of Rights**, ed. J. Waldron. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 110-111). Tradução livre do original: “the theory that the only sound, fundamental basis for normative (or moral) appraisal is the promotion of human welfare.”

³⁶⁷ BENTHAM, Jeremy. A Fragment on Government, **The Works of Jeremy Bentham**, ed. J. Bowring. New York: Russel & Russel, 1962, vol. I, p. 227. Tradução livre do original: “It is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong.” É importante frisar que a tradição do utilitarismo se estende desde pelo menos Bentham até as mais modernas teorias da análise econômica do direito. Sobre os diferentes tipos de utilitarismo, veja-se: FEINBERG, Joel. The Forms and Limits of Utilitarianism, **The Philosophical Review**, vol. 76, n.º 3., (Jul., 1967), pp. 368-381.

moralidade estaria baseada em direitos.³⁶⁸ É preciso tomar uma posição acerca desse conceito de moralidade capaz de fundar as mais diversas concepções de moralidade.³⁶⁹

Alguns filósofos-políticos têm afirmado que as questões de justiça são baseadas exclusivamente em direitos, ao invés de serem baseadas em outras considerações, como de utilidade social.³⁷⁰ Eles sustentam que a função primária do direito e de todos os aspectos da organização social é constituir um arcabouço que permita o respeito e a proteção dos direitos morais dos cidadãos.³⁷¹ A fim de não comprometer futuras considerações acerca do tema, é mais prudente tomar uma posição mais relativista dessa discussão, como aquela defendida por Joseph Raz, para quem a moralidade e as questões de justiça se fundam em questões de direitos, mas também em questões utilitaristas e políticas.³⁷² A posição adotada é a de que a moralidade se funda não só em direitos, mas também em deveres, metas, virtudes, etc.³⁷³ A opção por essa teoria não diminui em nada a importância dada aos direitos, conforme exposta nos capítulos precedentes.

Teorias sobre direitos podem ser tidas como antagonistas de teorias utilitaristas. Levadas ao extremo, teorias utilitaristas independem da existência de direitos. O exemplo clássico de uma teoria utilitarista levado ao extremo seria a repetição de jogos nos quais homens tentam se defender de leões enquanto são observados por eufórica multidão. A felicidade geral proporcionada pelo espetáculo seria razão suficiente para que aquelas pessoas morressem. Pode-se falar, ainda, na pessoa que está hospitalizada, inconsciente,

³⁶⁸ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. Between Utility and Rights, 79 *Columbia Law Review* 828, (1979); WALDRON, Jeremy. The Role of Rights in Practical Reasoning, *The Journal of Ethics*, vol. 4, p. 117-118, (2000).

³⁶⁹ Sobre a distinção entre conceito e concepção: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 70-72. Segundo Dworkin, “o contraste entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração a partir dos quais a interpretação da prática pode ser estudada” (p. 71). Tradução livre do original: “The contrast between concept and conception is here a contrast between levels of abstraction at which the interpretation of practice can be studied.”

³⁷⁰ Ver, especialmente: DWORKIN, Ronald. *Taking...* op. cit., p. 150-183; MACKIE, John L. Can There be a Right-Based Moral Theory, *Theories of Rights...* op. cit., p. 168-181.

³⁷¹ WALDRON, Jeremy. ‘Nonsense Upon Stilts’: Bentham, Burke, and Marx on the Rights of Man. London: Methuen, 1987, p. 1.

³⁷² Cf. RAZ, Joseph. *The Morality...* op. cit., p. 193-216.

³⁷³ *Ibid.*, p. 193.

mas gozando de perfeita saúde. Se nesse mesmo hospital existissem inúmeros pacientes necessitando urgentemente de transplantes, os médicos poderiam decidir, em prol do bem-estar da maioria, que esse cidadão seria sacrificado no interesse de muitos. O que impede que se pense dessa maneira é exatamente a salvaguarda que uma teoria dos direitos proporciona. Essa salvaguarda serviria com um ‘trunfo’, na linguagem de Ronald Dworkin,³⁷⁴ que impediria que a vontade (ou bem-estar, felicidade, maximização da riqueza, etc.) da maioria sobrepujasse o interesse do titular de um direito.

Hart já havia desmontado completamente os fundamentos de uma análise utilitarista do direito e dos direitos,³⁷⁵ mas a idéia de que os direitos funcionam como trunfo é a construção teórica mais importante a respeito do tema e até hoje não foi adequadamente respondida por nenhuma corrente utilitarista, inclusive pelos seus novos sócios, da escola da análise econômica do direito.³⁷⁶

A teoria da justiça e o liberalismo político de John Rawls são, desde o seu princípio, uma rejeição do utilitarismo. Os direitos individuais seriam capazes de garantir que cada cidadão persiga aquilo que ele considera com a melhor opção de vida, sem que o Estado ou outros possam interferir e suas opções. Argumentos utilitaristas (p.ex., em prol da comunidade) não têm peso quando são feito contra direitos.³⁷⁷

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps, **Theories of Rights**, ed. J. Waldron. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153-167. Habermas mais uma vez defendeu a teoria dos direitos de Dworkin em sua *laudatio* em Bielefeld no ano de 2006. Cf. HABERMAS, Jürgen. Wer kann wen umarmen?, **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, n.º 294, p. 39, (Montag, 18. Dezember 2006).

³⁷⁵ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. Between Utility and Rights, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 198-222.

³⁷⁶ A teoria sobre direitos de Dworkin é exposta em detalhes na obra seminal: **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, 371 p. Para uma análise crítica, veja-se: RAZ, Joseph. Professor Dworkin's Theory of Rights, **Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy**, vol. 1, p. 1-32, (1977). É importante lembrar que Dworkin tem uma concepção bastante complexa e particular acerca do que são direitos. A idéia dos direitos como *trumps* é apenas uma parcela dessa teoria, que se inicia com a defesa de que a moralidade é fundada em direitos. A teoria de Dworkin acerca dos direitos não é utilizada em sua inteireza no presente trabalho. Interessante aqui é a constatação de que mesmo vendo os direitos como *trumps* incompatíveis com cálculos utilitaristas não impede que Dworkin defenda uma posição mais relaxada de sua teoria quando trata dos direitos processuais.

³⁷⁷ RAWLS, John. The Priority of Right and Ideas of the Good, **Philosophy and Public Affairs**, vol. 17, n.º 4, p. 251-276.

É esse caráter deontológico dos direitos que impede que num processo, o réu seja julgado a revelia em nome da efetividade; que o autor tenha sua privacidade devassada em nome da verdade material; ou que as partes não possam recorrer a fim de economizar os recursos do Estado.

Porém, essas mesmas partes de um processo judicial, em exercício da autonomia e liberdade inerente aos seus próprios direitos, podem perfeitamente fazer uma cálculo utilitarista acerca do custo e benefício do exercício de seus direitos processuais. Violado um direito processual, deve o autor recorrer da decisão, com gasto de tempo e dinheiro? Ele pode decidir que isso não vale a pena e que o prosseguimento do processo (benefício) é mais importante do que recorrer para reverter a violação do direito processual (custo).

Parece óbvio que a própria parte pode abrir mão de seus direitos processuais quando um determinado cálculo utilitarista lhe for conveniente. A questão torna-se mais complexa e merece reflexão quando se pensa no legislador ou no juiz interferindo na decisão da parte, para impedir-lhe o exercício de direito processuais em virtude de um cálculo utilitarista.

6.1 RESTRIÇÃO DE DIREITOS PROCESSUAIS

Quando se analisa a questão da justiça processual a partir da ótica de uma teoria dos direitos e se encontra um obstáculo como um cálculo utilitarista que acaba por colocar num segundo plano a própria existência desse tipo de justiça, é preciso refletir acerca do significado de um tratamento equânime. Foi o que fez Denis Galligan:

Tratamento equânime tem diferentes sentidos em diferentes contextos, mas de importante aqui é a idéia de que cada pessoa deve ser tratada de acordo com padrões que governam a vida em sociedade. Esses podem ser referidos como padrões autoritativos. Padrões legais são a maior parte dos padrões autoritativos e, em geral, uma pessoa é tratada de modo equânime se tratada de acordo com os padrões legais.³⁷⁸

O que certamente se extrai dessa passagem é a conclusão de que as regras processuais positivas são, sem dúvida, uma parte importante da noção de justiça processual. É por isso que Galligan afirma que, *em geral*, uma pessoa é tratada com *fairness* se for tratada de acordo com o contido na legislação processual.³⁷⁹

Isso pode significar também que a justiça processual depende, em parte, da conformação dada pelo legislador ao exercício dos direitos processuais. A dificuldade aqui consiste em se saber a partir de quais critérios pode o legislador conformar o procedimento e restringir a área de liberdade das partes no uso de seus próprios direitos.

Uma primeira consideração surge de uma noção absolutamente banal, mas que coloca um obstáculo bastante elevado para qualquer teoria não utilitarista acerca dos direitos. Essa noção banal é a de que implementar direitos custa dinheiro.³⁸⁰ Além de

³⁷⁸ GALLIGAN, Denis J. **Due Process and Fair Procedures**. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. xvi. Tradução livre do original: "Fair treatment has different meanings in different contexts, but of importance here is the idea that each person should be treated in accordance with the standards which govern the life of the society. These may be referred to authoritative standards. Legal standards are a major part of authoritative standards and, in general, a person is treated fairly if treated in accordance with legal standards."

³⁷⁹ É importante ressaltar que isso ocorre *geralmente*. É possível que a própria legislação impeça um tratamento justo, o que autorizaria o juiz a intervir para conformar o procedimento, conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2006, vol. I, p. 89-97.

³⁸⁰ Tal noção foi amplamente desenvolvida em: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. London: W.W. Norton, 2000, 256 p. Para uma discussão de tal posição:

custar dinheiro, custa o tempo e por vezes invade a privacidade daqueles envolvidos no processo judicial. Por ter proposto uma teoria mais aberta para cálculos utilitaristas envolvendo direitos processuais, Joseph Raz colocou em dúvida a força da teoria acerca dos direitos de Dworkin.³⁸¹ Independentemente dessa crítica, segundo Dworkin, as partes num processo civil têm dois direitos:

elas têm direito a processos justificados pela correta atribuição de importância ao dano moral que o processo coloca em risco; e um direito relativo a uma avaliação consistente com esses riscos de danos nos processos à sua disposição em comparação com os processos à disposição de outros em diferentes casos civis.³⁸²

Assim, Dworkin elenca dois direitos básicos que qualquer pessoa tem em um processo civil: um direito relacionado à *fairness* do processo em comparação com o amplitude dos resultados negativos decorrentes; um direito de igualdade em comparação com os direitos de outros em processos com riscos semelhantes ou menores. Tentando trazer essa idéia para um plano menos teórico, é possível dizer que o primeiro direito impediria que, por exemplo, num processo de interdição o réu fosse julgado apenas com base em provas secundárias e que o réu não tenha direito de recorrer da sentença. Já o segundo direito impediria, por exemplo, que o autor de uma ação de reintegração de posse tivesse à sua disposição um procedimento mais complexo e lento do que aquele dispensado ao autor de uma reivindicatória.

GEWIRTH, Alan. Are All Rights Positive?, **Philosophy and Public Affairs**, vol. 30, n.º 3, p. 321-333, (Summer, 2001).

³⁸¹ “Princípio, política, processo (pp. 72-103) aplica a teoria geral das decisões judicial de Dworkin, com sua ênfase em direito individuais, a questões de prova e processos cuja sensibilidade aos custos públicos do processo judicial parece minar a aparente visão de Dworkin de que, em decisões judiciais, os direitos têm precedência sobre questões de política pública, tais como eficiência administrativa” (RAZ, Joseph. Dworkin: A New Link in the Chain, 74 **California Law Review** 1103, (1986)). Tradução livre do original: “Principle, Policy, Procedure (pp. 72-103) applies Dworkin's general theory of adjudication, with its emphasis on individual rights, to issues of evidence and procedure whose sensitivity to the public costs of the judicial process seems to undermine Dworkin's apparent view that in adjudication, rights should take precedence over issues of public policy, such as administrative expedience.”

³⁸² DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 92-93. Tradução livre do original: “They have a right to procedures justified by the correct assignment of importance to the moral harm the procedures risk, and related right to a consistent evaluation of that harm in the procedures afforded them as compared with the procedures afforded others in different civil cases.”

Dworkin conclui afirmando que ninguém tem os direitos processuais que imagina que seriam os melhores, porque inúmeras circunstâncias complicam esse cenário, tendo um papel relevante as circunstâncias descritas pela Suprema Corte americana no caso *Mathews v. Eldridge*.³⁸³

Neste caso, George Eldridge, que originalmente havia sido considerado inválido devido à ansiedade crônica e problemas de coluna, foi informado mediante uma carta que seu status de inválido estava para terminar e que seus benefícios seriam interrompidos. Os procedimentos administrativos da seguridade social previam uma ampla notificação e direito à defesa e ao contraditório antes que a decisão final fosse tomada, mas os benefícios de Eldridge foram cortados antes que a audiência acontecesse. Eldridge contestou judicialmente o fim de seu benefício sem as garantias de um processo devido. A questão posta para julgamento foi a seguinte: a falta de contraditório e oportunidade de defesa anterior ao corte de benefícios de um inválido viola o devido processo legal da 5.^a Emenda? A Corte entendeu que não, por seis votos contra dois, a Suprema Corte entendeu que um corte inicial dos benefícios de Eldridge sem o direito de se manifestar não viola o devido processo. A Corte entendeu que existiam diversas proteções capazes de prevenir erros nas tomadas de decisão que cortavam os benefícios dos inválidos, tornando muito custoso e com poucos resultados úteis as audiências preliminares. Nesse célebre caso, a Suprema Corte reafirmou seu entendimento de que qual processo é o devido somente pode ser estabelecido em cada caso concreto.³⁸⁴

³⁸³ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976). Cf. DWORKIN, Ronald. **A Matter...** op. cit., p. 100-101.

³⁸⁴ Cfr. FARBER, Daniel A.; ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.. **Cases and materials on constitutional law – themes for the constitution's third century**. Saint Paul: West Publishing, 1993, p. 572.

A Suprema Corte desenvolveu um teste de balanceamento³⁸⁵ que envolve uma análise do tipo custo e benefício.³⁸⁶ Na opinião da Corte, escrita pelo *Justice* Powell, ficou assentado o seguinte:

nossas decisões anteriores indicam que a identificação das prescrições específicas do devido processo geralmente requerem a consideração de três distintos fatores: primeiro, o interesse privado que será afetado pela ação estatal; segundo, o risco de uma privação errônea de tal interesse através dos procedimentos utilizados, e o provável valor, se existir, de garantias processuais substitutas ou adicionais; e, finalmente, o interesse do Estado, incluindo a função envolvida e os custos fiscais e administrativos que as exigências processuais adicionais ou substitutas acarretariam. [...] Um fator adicional a ser considerado aqui é a *fairness* e confiabilidade dos processos existentes.³⁸⁷

Essa decisão não deixou de ser criticada em inúmeros aspectos. Tais críticas se iniciam dentro da própria Corte, com o voto dissidente do *Justice* William Brennan Jr.³⁸⁸ e se espalham pela doutrina, sendo representativa a posição de Jerry Mashaw.³⁸⁹ Concordando ou não com os argumentos da decisão, há mais de trinta anos ela serve como baliza de avaliação do devido processo pela Suprema Corte.

Há aí uma similitude entre os critérios propostos pela Suprema Corte e aqueles propostos por Dworkin. Parece que, em suma, o que se está querendo dizer é que “os custos do processo isoladamente considerados não têm um peso determinante”, mas, são, estreme de dúvida, “um fator a ser considerado.”³⁹⁰ Se o custo do processo, *i.e.*, o custo do

³⁸⁵ Cf. FALLON, Richard. Implementing the Constitution, 111 **Harvard Law Review**, 54, 78, (1997-1998).

³⁸⁶ Cf. SUNSTEIN, Cass. Problems with Rules, 83 **California Law Review** 953, 1002, (1995), citando as posições, nesse sentido, de Richard Posner e Jerry Mashaw.

³⁸⁷ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 334-335, 343, (1976). Tradução livre do original: “our prior decisions indicate that identification of the specific dictates of due process generally requires consideration of three distinct factors: first, the private interest that will be affected by the official action; second, the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and the probable value, if any, of additional or substitute procedural safeguards; and, finally, the Government's interest, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedural requirement would entail. [...] An additional factor to be considered here is the fairness and reliability of the existing [...] procedures.”

³⁸⁸ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 349-350, (1976).

³⁸⁹ MASHAW, Jerry. The Supreme Court's Due Process Calculus for Administrative Adjudication in *Mathews v. Eldridge*: Three Factors in Search of a Theory of Value, 44 **The University of Chicago Law Review** 28, (1976).

³⁹⁰ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 348, (1976). Tradução livre do original: “Financial cost alone is not a controlling weight in determining whether due process requires a particular procedural safeguard prior to

exercício de direito processuais é um fator a ser considerado, fica aberta a possibilidade de que não só a parte livremente abrir mão dos seus direitos processuais, mas também que ela seja impedida por outrem de exercer tais direitos, em determinadas situações.

Os direitos processuais não estão totalmente imunes a cálculos utilitaristas. Esses direitos são direitos secundários e o custo inerente ao seu exercício não pode ser desconsiderado.³⁹¹

Em primeiro lugar, parece evidente que somente o legislador e num momento anterior ao próprio processo é que tem autoridade para impedir o exercício de um direito processual em virtude de um custo excessivo. Em hipótese alguma pode o juiz se imiscuir na liberdade da parte acerca do exercício de seus direitos. Ao fazer isso ele estaria violando seus deveres de neutralidade e imparcialidade.

Retornando ao exemplo da piscina dado na introdução do trabalho, pode-se afirmar o seguinte. Se três dos quatro condôminos, mesmo que um deles tenha sido impedido de participar do processo decisório, decidem que todos utilizarão a piscina em igualdade de condições, é difícil acreditar que esse quarto condômino irá reivindicar pura e simplesmente o exercício de seus direitos processuais. A decisão é injusta porque os viola, mas ele provavelmente aceitará o resultado, que considera justo, e ignorará o processo de tomada da decisão. Isso não significa que ele não tenha interesse na justiça processual e só pense na justiça do resultado. O que acontece é que essa pessoa, agindo em favor de seus próprios interesses, fará um cálculo utilitarista e provavelmente chegará à conclusão de que não vale a pena discutir o processo de tomada de decisão se o resultado lhe foi favorável. Perceba-se que se trata de uma escolha pessoal do interessado tanto na justiça do processo quanto na justiça do resultado, autonomamente consideradas.

some administrative decision. But the Government's interest, and hence that of the public, in conserving scarce fiscal and administrative resources is a factor that must be weighed."

³⁹¹ Uma estrutura como essa é proposta por Denis Galligan: GALLIGAN, Denis J. **Due Process...** op. cit., p. 122-127.

A adoção de um critério finalístico para a verificação de interesse subjetivo não significa, em hipótese alguma, a adoção da idéia de que não há nulidade sem prejuízo. O que se está defendendo é que também os direitos subjetivos processuais devem ser vindicados em caso de violação e que a parte pode, por ser senhora de seus direitos, abrir mão deles.

Transpor esse tipo de raciocínio para o processo judicial não é tarefa fácil, mas o legislador pode impedir a parte de exercer direitos processuais, sempre que isso não lhe traga um prejuízo no resultado final do processo e sempre que isso não viole a dignidade das partes.

Isso fica claro, por exemplo, quando o legislador impede o exercício do direito à prova testemunhal quando a alegação já tiver sido provada por documento ou por confissão da parte (art. 400, CPC). A parte pode ter um interesse em ouvir a testemunha, mas esse interesse não irá colocar o juiz numa posição de dever porque ouvir uma testemunha que não agregará informações substanciais ao processo não é considerado um exercício legítimo de tal direito processual.

Um outro caso no qual a questão sempre é decidida com base em um cálculo utilidade está ligado à impugnabilidade mediante recurso de decisão que beneficia a parte, mas, da qual ela discorda nos fundamentos. O Código veda expressamente que parte que se sagrou ‘vencedora’ possa recorrer (art. 499, CPC)

A possibilidade de julgamento liminar do mérito (art. 285-A, CPC) também coloca uma questão interessante. Há aí uma violação da justiça processual, na medida em que o processo é julgado à revelia do réu, não tendo sido oferecida a ele nem ao menos a possibilidade de participação. Por não ter participado do processo, em tese – muito em tese – esse réu poderia promover demanda pedindo uma declaração em sentido contrário do

decidido em sede liminar. Parece óbvio que isso nunca aconteceu na prática e tampouco acontecerá.

Assim, por razões econômicas – tempo e dinheiro – é possível acrescentar ao caráter deontológico dos direitos processuais algum tipo de cálculo utilitarista, que consiste em se saber se a parte cujo direito processual está sendo violado está tendo seu interesse no resultado do processo prejudicado por causa disto ou se a sua dignidade está sendo violada.

Isso não deve, entretanto, implicar numa supressão de direitos processuais em prol da instrumentalidade ou da efetividade do processo enquanto *slogans* vazios. No famoso primeiro *Habeas Corpus* que teve por objeto matéria política impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, o advogado Ruy Barbosa enfatizou ser típico dos regimes mais tirânicos – tal qual o terror jacobino – a supressão dos direitos processuais. E a justificativa para tal supressão parece ser sempre a mesma:

que as formalidades da lei embaraçam o tribunal, que a loquacidade dos advogados retarda a justiça, que depoimentos e debates são inúteis perante um juiz de convicção formada.³⁹²

Quem deveria, em primeiro lugar, decidir sobre a oportunidade de abrir mão de seus direitos processuais é a própria parte. Entretanto, pode o legislador – e somente ele – conformar o procedimento para que a violação de tais direitos resulte num ganho econômico e temporal. É bom frisar que essas fórmulas legislativas de restrição de direitos processuais podem, em virtude da jurisdição constitucional inerente ao juiz brasileiro, ser testadas a partir dos padrões constitucionalmente estabelecidos (direitos fundamentais processuais). Testadas para garantir o exercício dos direitos processuais, nunca para impedi-los, função somente atribuível ao legislador.

³⁹² BARBOSA, Ruy. **Pensamento e Ação de Rui Barbosa** – Organização e Seleção de Textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 1999, p. 141.

7. COMPARAÇÃO DE TRADIÇÕES JURÍDICAS

Das Leben der Völker ist kein isolirtes Nebeneinanderbestehen, sondern es ist wie das der Individuen im Staat eine Gemeinschaft, ein System der gegenseitigen Berührung und Einwirkung, friedlicher und feindlicher, ein Geben und Nehmen, Entleihen und Mittheilen, kurz ein großartiges, alle seiten des menschlichen Daseins umfassendes Austauschgeschäft.

Rudolf von Jhering³⁹³

All systems of procedure seek to do justice.[...] It is also obvious that different systems of procedure employ different methods for achieving this goal. [...] We look at each other in order to measure ourselves. But like any other form of assessment, this too requires some parameters, some common denominators by which we can measure and compare.

Adrian A.S. Zuckerman³⁹⁴

No man is an Iland, intire of it selfe; every man is a peece of the Continent, a part of the maine, diz o famoso poema de John Donne.³⁹⁵ Da mesma forma, nenhum sistema processual é completamente refratário às influências de outros sistemas processuais e, ao mesmo tempo, não tem como impedir ser utilizado como fonte de inspiração. Sistemas processuais não são ilhas isoladas e não podem evitar ser parte do continente. Nenhum sistema jurídico – e nenhum tipo de conhecimento – é capaz de se sustentar

³⁹³ JHERING, Rudolf. **Geist des Römischen Rechts aus den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**, 2.^a ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1866, vol. I, p. 5. Tradução livre do original: “A vida das nações não é uma mera situação de vizinhança, mas é uma associação, tal como a vida dos indivíduos no estado. É um sistema de mútuo contato e influência; pacífico ou belicoso; um dar e tomar; emprestar e compartilhar. Em suma: um estupendo intercâmbio que abarca todos os lados da existência humana.”

³⁹⁴ ZUCKERMAN, Adrian A.S. **Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure**, **Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 3. Tradução livre do original: “Todos os sistemas processuais buscam fazer justiça. [...] É também óbvio que diferentes sistemas processuais empregam diferentes métodos para atingir tal objetivo. [...] Nós olhamos uns para os outros com o objetivo de nos medirmos. Mas como qualquer outra forma de avaliação, essa também requer alguns parâmetros, alguns denominadores comuns a partir dos quais nós possamos medir e comparar.”

³⁹⁵ DONNE, John. **Devotions Upon Emergent Occasions**, ed. J. Sparrow. Cambridge: Cambridge University Press, 1923, p. 98.

independentemente dos demais sistemas.³⁹⁶ Esse pensamento abrangente já estava nos planos daquele que é considerado o pai do direito comparado moderno: Ernst Rabel.³⁹⁷ Em um dos primeiros estudos que dedicou à essa nova disciplina, Rabel afirmou que: “[a] substância das reflexões acerca dos problemas do direito devem ser o direito de todo o planeta, atual e presente, a relação do direito com o solo, o clima, a raça...”³⁹⁸

Esses são pensamentos ao mesmo tempo otimistas e ambiciosos, mas que não respondem a questão acerca da necessidade das comparações no estudo do direito.

É preciso saber se os sistemas processuais de cada país não são questões absolutamente paroquiais, às quais a comparação com sistemas estrangeiros não traria qualquer tipo de benefício. Com a palavra Rudolf von Jhering:

A questão acerca da recepção de institutos jurídicos não é uma questão de nacionalidade, mas sim uma simples questão de conveniência; de necessidade. Ninguém vai trazer de longe o que em casa já é bom ou ainda melhor, mas, somente um tolo rejeita o remédio da cinchona porque ela não cresceu na sua horta.³⁹⁹

O remédio que se extrai de algumas das diversas espécies de cinchona é o quinino, que nos fins do século XIX era considerada verdadeira substância milagrosa, representando bem a posição defendida por Jhering. Somente um tolo morreria de malária porque a

³⁹⁶ “Nenhuma ciência pode proporcionar uma base de conhecimento unicamente a partir daquilo que fosse produzido dentro de suas fronteiras nacionais” (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung**, 3.^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p. 13). Tradução livre do original: “Keine Wissenschaft kann es sich leisten, sich allein auf Erkenntnisse zu stützen, die innerhalb ihrer nationalen Grenzen produziert worden sind.”

³⁹⁷ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. »In der Schule von Ludwig Mitteis« - Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, **RabelsZ**, vol. 65, p. 2, (2001).

³⁹⁸ RABEL, Ernst. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, **Rheinische Zeitschrift**, vol. 13, p. 283, (1924). Tradução livre do original: “Der Stoff des Nachdenkens über die Probleme des Rechts muß das Recht der gesamten Erde sein, vergangenes und heutiges, der Zusammenhang des Rechts mit Boden, Klima und Rasse...” Sobre o brilhantismo de Ernst Rabel no trato do direito comparado, veja-se: ZWEIGERT, Konrad. Ernst Rabel 80 Jahre, **Juristenzeitung**, vol. 9, n.º 1-2, p. 60-61, (1954).

³⁹⁹ JHERING, Rudolf. **Geist des Römischen Rechts aus den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**, 2.^a ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1866, vol. II, p. 8-9. Tradução livre do original: “Die Frage von der Reception fremder Rechtseinrichtungen ist nicht eine Frage der Nationalität, sondern eine einfache Frage der Zweckmäßigkeit, des Bedürfnisses. Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim eben so gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die Chinarinde aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist.” Além de referir-se especificamente a essa passagem de Jhering, Konrad Zweigert e Kurt Siehr desenvolvem extensivamente as suas contribuições para o direito comparado em: ZWEIGERT, Konrad; SIEHR, Kurt. Jhering’s Influence on the Development of Comparative Legal Method, 19 **American Journal of Comparative Law** 215, (1971).

cinchona da qual se extraiu a quinina não foi plantada em sua própria horta. Da mesma forma, somente um tolo rejeitaria um novo e bom instituto jurídico, porque floresceu em outro sistema processual que não o seu próprio. Isso não significa, porém, que o transplante de institutos jurídicos seja algo simples.

Os sistemas podem ser entre si incompatíveis e, mesmo que exista a compatibilidade, nunca está descartada a possibilidade de rejeição. Roscoe Pound alerta que “poucas coisas são mais difíceis do que desviar uma corrente de pensamento humano para fora do canal em que ele originalmente começou a correr.”⁴⁰⁰ Esse desafio não pode ser deixado sem resposta – ao menos sem uma análise adequada.

O objetivo primário da comparação de sistemas jurídicos é a obtenção de conhecimento. A comparação auxilia a compreensão dos sistemas jurídicos em termos menos formalistas do que aqueles nos quais se trabalha apenas a partir das normas jurídicas válidas em uma determinada jurisdição. A comparação auxilia o desenvolvimento de soluções jurídicas para problemas sociais específicos.⁴⁰¹

O que torna complexa a comparação de sistemas jurídicos em geral e processuais em especial é o fato de que aparentes semelhanças – p.ex., semelhanças na estrutura e no texto legal – escondem enormes diferenças, que não são visíveis a partir de uma observação superficial. Inútil seria a comparação de meros textos legislativos: “a análise comparativa não pode se restringir à descrição de partes individuais de diversos sistemas”, como observou Taruffo.⁴⁰²

⁴⁰⁰ POUND, Roscoe. What May We Expect From Comparative Law?, 22 **American Bar Association Journal** 56, (1936). Tradução livre do original: “Few things are more difficult than to turn a current of human thought out of a channel in which it first began to flow.”

⁴⁰¹ Cf. ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung**... op. cit., p. 14.

⁴⁰² “a análise comparativa não pode se restringir à descrição de partes individuais de diversos sistemas. Ao contrário, ela não pode deixar de lidar com questões muito amplas, tais como: a história de diversos sistemas legais e processuais; idéias e ideologias da justiça; teorias e ideologias acerca do papel do juiz, dos advogados e das partes dentro do processo judicial; teorias e modelos de poder estatal e organização social; valores éticos e tendências em diferentes sociedades, e assim por diante” (TARUFFO, Michelle. *Legal Cultures and Models of Civil Justice*, **Festschrift für Hideo Nakamura**, coord. A. Heldrich, T. Uchida. Berlin: Walter de Gruyter, 1996, p. 623). Tradução livre do original: “the comparative analysis cannot confine itself to the

Por exemplo, quem observa a estrutura e o texto do Código de Processo Civil alemão (ZPO) e os compara com o Código de Processo Civil brasileiro (CPC), fica com a nítida impressão de que se tratam de sistemas processuais muito semelhantes. Tal impressão é enganosa. É necessário penetrar profundamente na estrutura institucional a fim de perceber todas as suas nuances. É o que em outras palavras entendia Pontes de Miranda, quando afirmou que:

em Direito como em Economia, o que interessa não é importar o produto químico e o automóvel, menos ainda discussão sobre isso, – é conseguir, aqui, o produto químico e fazer o automóvel: importar a ciência, não produtos.⁴⁰³

Quando se pretende fazer um transplante de um conceito jurídico de um sistema para outro, é preciso saber se ele é capaz de ‘viajar bem’, para usar a expressão de William Twining: “viajar bem – *i.e.*, a fim de que eles possam ser utilizados com razoável clareza e precisão para expressar, descrever, analisar, comparar, generalizar, explicar ou avaliar questões subjetivas de nossa disciplina através de vários tipos de fronteiras.”⁴⁰⁴

Como ponto de partida dos estudos comparativos, é extremamente útil distinguir uma tradição jurídica de um sistema jurídico. Quem faz tal proposta, aceita de modo integral nesse trabalho, é John Henry Merryman:

[o] termo usado é ‘tradição jurídica’ e não ‘sistema jurídico’. O propósito é distinguir duas idéias bastante diferentes. Um sistema jurídico, como o termo é aqui usado, é um conjunto operacional de instituições jurídicas, procedimentos e regras. [...] Em um mundo organizado em Estados soberanos e organizações de Estados, existem tantos sistemas jurídicos quanto existem Estados e organizações. [...] Uma tradição jurídica, como o termo indica, não é um conjunto de regras jurídicas sobre contratos, pessoas jurídicas e crimes, embora tais regras quase sempre sejam, de algum modo, o reflexo dessa tradição. Ao invés disso, [uma tradição

description of single pieces of several systems. On the contrary, it cannot refrain from dealing with very general issues, such as: history of several legal and procedural systems; ideas and ideologies of justice; theories and ideologies concerning the role of the judge, of lawyers and of the parties inside the legal process; theories and models of state power and social organization; ethical values and trends in different societies, and so on.”

⁴⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, vol. I, p. XX.

⁴⁰⁴ TWINING, William. *Have Concepts...* op. cit., p. 8. Tradução livre do original: “travel well – *i.e.* so that they can be used with reasonable clarity and precision to express, describe, analyse, compare, generalise about, explain, or evaluate subject matters of our discipline across various kinds of boundary.”

jurídica] é um conjunto de profundamente enraizadas e historicamente condicionadas atitudes acerca da natureza do direito, acerca do papel do direito na sociedade e na política, acerca da adequada organização e funcionamento do sistema jurídico e acerca do modo como o direito deve ser feito, aplicado, estudado, aperfeiçoado e pensado. A tradição jurídica relaciona o sistema jurídico à cultura, da qual ele é uma expressão parcial. Ela coloca o sistema jurídico numa perspectiva cultural.⁴⁰⁵

Não existe algo como o sistema do *civil law* e o sistema do *common law*. O que existem são duas grandes e distintas tradições, cada qual com inúmeros sistemas, que podem ser agrupadas nessas tradições por terem características comuns. Nada seria mais enganoso do que imaginar que países líderes da tradição do *civil law*, como França e Alemanha, pudessem fazer parte de um mesmo sistema. Tal afirmação seria ainda mais absurda se incluísse países que mesclaram elementos desses dois distintos sistemas, como o Brasil e os demais países da América Latina.⁴⁰⁶

A tradição do *civil law* é mais antiga e mais ampla que a *common law*, o que, por certo, não significa que uma seja superior a outra em sofisticação ou funcionalidade. Acredita-se que a *civil law* tenha origem na lei das doze tábuas romana, de 450 a.C., e que a *common law* tenha origem na conquista da Inglaterra ocorrida em 1066 d.C. Nesses quase mil anos de convivência das duas tradições, parece evidente que inúmeros pontos de contato e inúmeros transplantes de institutos jurídicos foram feitos, com resultados positivos e negativos.⁴⁰⁷

Além de adotar a distinção entre tradição jurídica e sistema jurídico, há que se ignorar uma primeira tentativa de distinção, que é aquela que divide os inúmeros sistemas

⁴⁰⁵ MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition**, 3.^a ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 1-2, 192 p. Tradução livre do original: “the term used is ‘legal tradition’, not ‘legal system’. The purpose is to distinguish between two quite different ideas. A legal system, as that term is here used, is an operating set of legal institutions, procedures, and rules. [...] In a world organized into sovereign states and organizations of states, there are as many legal systems as there are such states and organizations. [...] A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective.”

⁴⁰⁶ MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition**... op. cit., p. ix-x, 2.

⁴⁰⁷ MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition**... op. cit., p. 2-5.

em dispositivos e inquisitivos. A primeira razão pela qual a distinção não serve como instrumento de comparação de sistemas processuais reside na dificuldade em se chegar a uma conclusão uniforme acerca do significado de um processo dispositivo. Os juristas da tradição da *common law*, normalmente, afirmam que somente os seus próprios sistemas são dispositivos, considerando os sistemas da *civil law* como sendo inquisitivos.⁴⁰⁸ A distinção entre sistemas processuais dispositivos e inquisitivos é “inútil ou não confiável.”⁴⁰⁹ Algo acerca do qual não se pode obter um significado uniforme não pode, em hipótese alguma, ser utilizado como parâmetro comparativo.

A segunda razão pela qual o binômio dispositivo/inquisitivo não se presta à comparação de sistemas processuais é a absoluta vitória da primeira concepção sobre a segunda. Por mais que não se possa uniformemente atribuir um significado ao que seja o processo dispositivo, é possível atribuir-lhe algumas características bastante gerais. A partir dessa generalidade é possível afirmar a absoluta preponderância dos processos dispositivos em ambas as tradições e em todos os sistemas.

As características gerais seriam o controle das partes acerca do início e do fim dos processos, bem como a definição do seu objeto. Entendendo que isso constitui a essência dos processos dispositivos, é possível se falar no ‘Triunfo da Disposição das Partes’.⁴¹⁰ Conforme ressalta Rolf Stürner: “o princípio de que as partes determinam o início, o fim e o objeto do processo, faz parte de uma concepção fundamental e atualmente incontestável em todos os sistemas processuais”.⁴¹¹ Se uma determinada concepção acaba por se tornar

⁴⁰⁸ Cf. CHASE, Oscar. American ‘Exceptionalism’ and Comparative Procedure, 50 **Am. J. Comp. L.** 277, 283-284, (2002).

⁴⁰⁹ TARUFFO, Michele. Transcultural Dimensions of Civil Justice, XXIII **Comparative Law Review** 1, 28, (2000). Tradução livre do original: “unreliable or useless”.

⁴¹⁰ “Der Siegeszug der Parteidisposition”.

⁴¹¹ STÜRNER, Rolf. Prozessrecht und Rechtskulturen, **Prozessrecht und Rechtskulturen**, coord. P. Gilles, T. Pfeiffer. Baden-Baden: Nomos, 2004, p. 32. Tradução livre do original: “Der Grundsatz, dass die Parteien Anfang, Ende und Gegenstand des Verfahrens bestimmen, gehört gegenwärtig zum unbestrittenen Grundbestand aller prozessualen Rechtskreis.”

absolutamente dominante em todos os sistemas processuais, seria um contra-senso utilizá-la como parâmetro de comparação.

A distinção dos sistemas em dispositivos e inquisitivos não ajuda em nada na comparação. Outros critérios distintivos outrora utilizados também não parecem conduzir a bons resultados. Em 1934, o então catedrático de *jurisprudence* da Universidade de Oxford, Arthur Goodhart, escreveu que a principal distinção que se podia fazer entre as tradições do *common law* e do *civil law* se encontrava no modo como cada uma encarava os precedentes judiciais.⁴¹²

Essa concepção já foi desde há muito deixada de lado por Konrad Zweigert e Hein Kötz. Ao confrontarem, de um lado, a força de lei e o efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional alemão, e de outro, o entendimento mais flexível da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra e nos EUA, ele colocam por terra tal distinção.⁴¹³ Essas observações foram parcialmente acolhidas por Mauro Cappelletti.⁴¹⁴

Pensando a questão do ponto de vista do direito brasileiro atual, parece evidente que aos poucos a Constituição de 1988 foi sendo alterada e acabou adotando uma concepção forte e alargada de precedentes judiciais. Isso fica claro no efeito vinculante das decisões do STF feitas em controle abstrato de constitucionalidade, bem como na adoção das súmulas vinculantes e até mesmo num possível efeito vinculante extraível dos julgamentos plenários em controle difuso de constitucionalidade.⁴¹⁵ Essas exposições bastam para excluir o critério ‘precedentes’ como caráter distintivo entre as duas tradições.

A proposta da segunda parte deste trabalho é, a partir da estrutura teórica da primeira, empreender uma comparação entre o direito processual civil alemão e o direito

⁴¹² GOODHART, Arthur. Precedent in English and Continental Law, 50 **L.Q. Rev.** 40, 42, (1934).

⁴¹³ ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung**... op. cit., p. 253-259.

⁴¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: Fundamental Difference – or no Difference at All?, **Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag**, coord. H. Bernstein, U. Drobnig, H. Kötz. Tübingen: Mohr Siebeck, 1982, p. 381-394.

⁴¹⁵ Sobre essa última proposta, veja-se o parecer, escrito em co-autoria com Luiz Guilherme Marinoni: MARINONI, Luiz Guilherme; DEL CLARO, Roberto. Efeito Vinculante e Compensação Tributária, **Revista Forense**, v. 390, p. 299 e ss., (2006).

processual civil brasileiro. Os dois países se inserem na mesma tradição jurídica do *civil law*, o que já um primeiro ponto positivo, já que as comparações entre as diversas tradições causam problemas por vezes insolúveis.⁴¹⁶ É certo também que tanto o sistema processual civil alemão quanto o brasileiro se regem pela ‘vitoriosa’ idéia de que os processos devem ser dispositivos. É preciso, porém, verificar se a compatibilidade se mantém em um nível mais profundo.

O exercício visa a obtenção de pontos de comparação, a fim de analisar o próprio sistema com mais propriedade. Não se trata aqui de saber qual sistema é melhor e copiá-lo. Não se pretende cair no mesmo engodo daqueles que, como alerta José Carlos Barbosa Moreira, supervalorizam modelos estrangeiros – aqueles que pensam que “a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha.”⁴¹⁷

⁴¹⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos, n.º 99, p. 148, (2000).

⁴¹⁷ Ibid., p. 146.

7.1 A PROPOSTA DE DAMAŠKA

No livro *As Faces da Justiça e a Autoridade do Estado*, Mirjan Damaška analisa as estruturas processuais de uma perspectiva comparativa que passa ao largo do binômio dispositivo/inquisitivo.⁴¹⁸ Ele leva em conta a relação entre as formas e os estilos processuais, as estruturas da autoridade governamental, bem como a visão prevalente na comunidade política acerca do papel desempenhado pelo Estado. Segundo Arthur von Mehren, as duas grandes contribuições do livro de Damaška são: fornecer uma estrutura analítica, a partir da qual é possível significativamente comparar características de sistemas bastante diversos e; fornecer um contexto e uma origem para os diferentes modos de se arranjar informações e apresentá-las ao julgador; bem como em que extensão o julgador dirige e controla os processos de resolução de disputas.⁴¹⁹

O modelo de Damaška é composto por quatro elementos independentes e que podem ser agrupados em pares. São dois ideais de autoridade estatal: coordenado e hierárquico. E dois ideais de função do Estado: reativo e ativista.⁴²⁰

Os quatro elementos desenvolvidos por Damaška não existem em forma pura no mundo real. Eles são tipo ideais⁴²¹ – formas de expressar tais idéias mediante ‘conceitos genético’⁴²² – no sentido construído por Max Weber:

O tipo ideal é obtido pela acentuação unilateral de um de alguns pontos de vista e pela fusão de uma abundância de manifestações difusas e discretas, que ocorrem mais aqui, menos ali e às vezes não ocorrem. Elas são ordenadas de acordo com pontos de vista unilateralmente caracterizados, para formar um quadro de pensamento em si unitário. Em

⁴¹⁸ DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice and State Authority – A Comparative Approach to the Legal Process**. New Haven: Yale University Press, 1986, 247 p.

⁴¹⁹ MEHREN, Arthur Taylor von. The Importance of Structures and Ideologies for the Administration of Justice, 97 **Yale Law Journal** 341, 341-342, (1988).

⁴²⁰ Cf. DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice**... op. cit., p. 8-15.

⁴²¹ Cf. REIMANN, Mathias. The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process, Mirjan R. Damaska (Review), **The American Journal of International Law**, vol. 82, n.º 1, p. 205, (Jan., 1988).

⁴²² WEBER, Max. Die »Objektivität« sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, **Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1922, p. 194.

sua pureza conceitual, esse quadro de pensamento não é encontrável na realidade empírica. É uma utopia.⁴²³

Mesmo não sendo encontráveis na realidade empírica, os pares de ideais desenvolvidos são importantes na compreensão das diferentes formas e funções do Estado e sua relação com o direito processual.

Iniciando pelos diferentes ideais de autoridade estatal, Damaška identifica o primeiro par: coordenado e hierárquico. Nesse par são analisados os diferentes tipos de autoridade estatal, especialmente o tipo de autoridade ligada ao direito processual. O ideal hierárquico apresenta um judiciário onde os juízes se apresentam numa estrutura vertical, enquanto que o judiciário do ideal coordenado tem juízes dispostos horizontalmente. Os sistemas que compõe a *common law* tendem para o modelo coordenado, enquanto que os da *civil law* tendem para o modelo hierárquico.⁴²⁴

Já que o foco do estudo é a comparação de dois sistemas da tradição da *civil law*, convém ressaltar que no ideal *hierárquico*, presente tanto no Brasil quanto na Alemanha, os processos “estão estruturados como uma sucessão de estágios, que vão se desdobrando perante autoridades presos a uma cadeia de subordinação”,⁴²⁵ com as seguintes características:

a viabilidade de revisões hierárquicas constantes e compreensivas; a importância primordial dos autos do processo que condensam e abstraem os fatos da causa; julgamentos fragmentados; a exclusividade do processo oficial; e o desejo de regular o processo judicial até a extensão de uma ‘rede internamente consistente de regras inflexíveis’.⁴²⁶

⁴²³ WEBER, Max. Die »Objektivität« sozialwissenschaftler... op. cit., p. 191. Tradução livre do original: “[Idealtypus] wird gewonnen durch einseitige Steigerung eines oder einiger Gesichtspunkte und durch Zusammenschluß einer Fülle von diffus und diskret, hier mehr, dort weniger, stellenweise gar nicht, vorhandenen Einzelerscheinungen, die sich jenen einseitig herausgehobenen Gesichtspunkten fügen, zu einem in sich einheitlichen Gedankenbilde. In seiner begrifflichen Reinheit ist dieses Gedankenbild nirgends in der Wirklichkeit empirisch vorfindbar, es ist eine Utopie”.

⁴²⁴ Cf. DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice**... op. cit., p. 16-17.

⁴²⁵ DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice**... op. cit., p. 56. Tradução livre do original: “are structured as a succession of stages, unfolding before official locked in a chain of subordination.”

⁴²⁶ MEHREN, Arthur Taylor von. The Importance... op. cit., p. 343. Tradução livre do original: “the availability of regular and comprehensive hierarchical review; the primordial importance of the case file which condenses and abstracts the cause materials; piecemeal trials; the exclusivity of the official process; and a desire to regulate the legal process to the extent feasible by ‘an internally consistent network of unbending rules’.”

Cada tipo de ideal de autoridade apresenta suas vantagens e seus inconvenientes. O que é indiscutível é que tanto o Brasil quanto a Alemanha organizam os seus judiciários e as suas leis processuais a partir do ideal hierárquico.

Se o primeiro par construído por Damaška está ligado à administração da justiça e à *estrutura* da autoridade, o segundo par está ligado à *função* da autoridade do Estado e como ela afeta o direito processual.⁴²⁷ O Estado *ativista* seria aquele:

que faz muito para adotar algumas políticas propulsivas e programas de bem-estar. Ele adere ou tende seriamente em direção a uma teoria compreensiva acerca do que seja uma vida boa e tenta utilizá-la como base para um programa conceitualmente abrangente de aperfeiçoamento material e moral dos seus cidadãos.⁴²⁸

O Estado *reativo*, quando estrutura o direito processual, está sempre pensando em ‘resolução de disputas’ e os juízes atuam em conformidade com a provocação das partes, sendo sua principal função conceder ‘autoridade’ ao processo.⁴²⁹ A tarefa desse ideal de Estado *reativo*:

está limitada a constituir uma estrutura de suporte mediante a qual os cidadãos podem perseguir os fins que escolherem. Seus instrumentos precisam deixar livres as forças espontâneas de autogerenciamento social. O Estado não contempla nenhuma noção de interesse separada dos interesses social e individual (privado). Não há problemas inerentemente estatais, somente problemas sociais e individuais.⁴³⁰

⁴²⁷ Cf. MEHREN, Arthur Taylor von. The Importance... op. cit., p. 343.

⁴²⁸ DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice**... op. cit., p. 80. Tradução livre do original: “does much more than adopt a few propulsive policies and welfare programs. It espouses or strives toward a comprehensive theory of the good life and tries to use it as a basis for a conceptually all-encompassing program of material and moral betterment of its citizens.” Nesse sentido: MEHREN, Arthur Taylor von. The Importance... op. cit., p. 343-344.

⁴²⁹ Cf. DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice**... op. cit., p. 78. Nesse sentido: MEHREN, Arthur Taylor von. The Importance... op. cit., p. 344.

⁴³⁰ DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice**... op. cit., p. 73. Tradução livre do original: “is limited to providing a supporting framework within which its citizens pursue their chosen goals. Its instruments must set free spontaneous forces of social self-management. The state contemplates no notion of separate interest apart from social and individual (private) interests; there are no inherent state problems, only social and individual problems.”

Nesse tipo ideal *reativo*, “o Estado não tem interesses capazes de sacrificar o autogoverno privado”, o que parece absolutamente correto. O problema é que, com isso, se colocam “limites significativos à busca pela verdade.”⁴³¹

Em contraposição, no modelo *ativista* de Estado, o processo não tem a forma de uma resolução de disputas e é visto como uma oportunidade para a resolução de problemas sociais que se manifestam naquele conflito individual.⁴³² O sistema adquire uma função inquisitiva e é praticamente impossível se reverter uma decisão cujo resultado se considere correto em virtude da violação de direito processuais.⁴³³ Os fins sociais do processo justificam o meio ilícito empregado.

Já que Brasil e Alemanha não se encaixam na forma de organização judiciária do ideal de Estado *coordenado*, as únicas interações entre os diversos pares que aqui interessam são: *hierárquico-reativo* e *hierárquico-ativista*.

⁴³¹ DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice**... op. cit., p. 123. Tradução livre do original: “The state has no interests to which private selfgovernance should be sacrificed; individual autonomy is its highest priority, and as a result, it places significant limits on the quest for truth.” Nesse sentido: MEHREN, Arthur Taylor von. *The Importance*... op. cit., p. 344.

⁴³² Cf. DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice**... op. cit., p. 87. Nesse sentido: MEHREN, Arthur Taylor von. *The Importance*... op. cit., p. 345.

⁴³³ Cf. DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice**... op. cit., p. 180. Nesse sentido: MEHREN, Arthur Taylor von. *The Importance*... op. cit., p. 345.

7.2 CONCLUSÕES PARCIAIS

Os norte-americanos costumam estereotipar os sistemas processuais da *civil law*, por tratá-los como se fossem sistemas de processo inquisitivo e autoritário. Ocorre que o processo alemão, como se demonstrará,⁴³⁴ não é nem inquisitivo e nem autoritário. Trata-se de um processo dispositivo e liberal, com inúmeras vantagens sobre o sistema americano. Durante as décadas de 80 e 90 do século passado, gerou polêmica um artigo intitulado *A Vantagem Alemã no Processo Civil*, no qual John Langbein elencou algumas características que demonstrariam a superioridade do processo civil alemão frente ao americano.⁴³⁵

Uma análise das qualidades elencadas por Langbein demonstram que, em verdade, as características que colocariam o processo alemão à frente do americano seriam exatamente aquelas ligadas ao ativismo processual do juiz e à condução material do processo. Esse não deixa de ser mais um argumento a tornar ainda mais clara a grande diferença entre os ativismos processual e material. Não existe juiz mais materialmente ativo do que o juiz americano. Além de fundamentar suas decisões a partir de um sistema de ‘fontes’ bem mais flexível, ele também detém – na maioria dos casos – jurisdição constitucional. Além disso, sua capacidade de efetivar – meios executivos – as próprias decisões não encontra paralelo em nenhum sistema que se possa chamar de Estado de Direito.

Mesmo assim, Langbein conseguiu movimentar e muito a academia americana nas suas discussões em defesa de um ativismo processual. As coisas não se misturam e não existe uma fórmula pronta para que essas duas vertentes sejam equacionadas. Cada sistema tem de decidir por si só acerca da melhor configuração.

⁴³⁴ Ver capítulo 8.1.

⁴³⁵ LANGBEIN, John. The German Advantage in Civil Procedure, 52 **U. Chi. L. Rev.** 823, (1985); LANGBEIN, John. Trashing the German Advantage, 82 **Nw. U. L. Rev.** 763, (1987-1988).

O juiz alemão é processualmente muito ativo e materialmente pouco ativo. O juiz americano é processualmente pouco ativo e materialmente muito ativo.

As características elencadas acima qualificam o processo civil da Alemanha como pertencendo ao ideal *hierárquico-reativo*. Quando da entrada em vigor do ZPO nos fins do século XIX, é certo que o processo civil alemão estava muito mais perto do ideal do Estado *reativo* do que hoje. Mas que as mudanças que tornaram o juiz mais ativo vieram para tentar tornar o processo mais justo e os resultados mais próximos da verdade material. Foi mantido o respeito pela autonomia das partes, mas agora há uma participação mais ativa do juiz, que dirige materialmente o processo, a fim de evitar o déficit de verdade que caracteriza esse modelo.

Assim, na Alemanha, a quase ausência de processos coletivos⁴³⁶ e a jurisdição constitucional concentrada nos Tribunais Constitucionais só confirmam essa análise.

O sistema alemão tem, claramente, na classificação proposta por Damaška, um processo voltado à resolução de disputas perante um funcionalismo hierárquico. Isso em contraposição ao sistema americano, que estaria entre um processo de resolução de conflitos e implementação de políticas públicas perante um funcionalismo coordenado. O caso do Brasil demonstra ser problemático dentro dessa classificação.

Não parece haver dúvidas que com relação ao primeiro par disponível (hierárquico-coordenativo), o processo civil brasileiro é absolutamente hierárquico. A ausência de julgamentos por júri em causas cíveis, conjugada à totalidade dos casos sendo julgados por juízes profissionais, não deixa qualquer brecha para outra interpretação.

Por outro lado, poder-se-ia discutir longamente acerca do segundo par disponível. O Estado brasileiro é, e deve ser, absolutamente neutro com relação aos rumos que os cidadãos querem dar às suas vidas. Não deve existir uma ética a ser defendida pelo

⁴³⁶ Cf. GOTTWALD, Peter. About the Extension of Collective Legal Protection in Germany, **RePro** 154, p. 81-93, (2008).

Estado.⁴³⁷ No direito processual, isso se reflete no fato do ativismo processual do juiz ser sempre complementar e subsidiário à atividade das partes.

Mesmo se pensado a partir das ações coletivas ou das decisões com efeitos vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tais feições não são capazes de possibilitar uma visão ativa do Estado brasileiro. Uma análise apurada da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal certamente ajudaria a elucidar tal questão de forma mais precisa. Porém, ao que se nota, existe um padrão constante de rejeição, no mérito, de ações coletivas que se imiscuem nas atividades executivas do Estado. Casos como distribuição de remédios ou outros bens, construção de obras públicas, têm sido quase que invariavelmente rejeitados. Não tem se dado ao Judiciário a possibilidade de atuar como engenheiro social.

Por outro lado, poder-se-ia alegar que as súmulas vinculantes estão indo muito além da atividade de legislador negativo, para ter um papel preponderantemente regulatório em alguns casos. Porém, é de se notar que tais súmulas são tímidas e parecem ser, até o momento, apenas um reflexo da inoperância das instâncias majoritariamente políticas de decisão. Tanto é assim que muitas dessas súmulas têm sido canceladas pela legislação e até agora não se viu caso em contrário. De 1988 até hoje o STF não teve nenhum caso que pudesse se aproximar de uma *structural injunction*, tal como o célebre caso *Brown v. Board of Education*.⁴³⁸

Enquanto a doutrina majoritária prega as virtudes de um processo com escopos sociais e políticos, a legislação processual e a prática forense demonstram que o processo civil individual brasileiro é claramente um processo de resolução de disputas.⁴³⁹

⁴³⁷ O preâmbulo da Constituição da República de 1988 é claro nesse sentido.

⁴³⁸ A expressão *structural injunction* é de Owen Fiss: FISS, Owen. The Forms of Justice, 93 **Harvard Law Review** 1, (1979).

⁴³⁹ Ver capítulo 9.

Assim, mesmo que o enquadramento do Brasil no ideal *reativo* de Estado possa gerar alguma controvérsia, é assim que ele será tratado no presente trabalho. Isso facilitará sobremaneira a comparação entre o Brasil e a Alemanha porque ambos: fazem parte da mesma tradição jurídica da *civil law*; têm sistemas processuais ditos dispositivos; têm estruturas judiciais orientados por um ideal *hierárquico*; teriam um Estado cujas funções, em maior ou menor grau, se encaixam no ideal *reativo*.

8. DIREITO PROCESSUAL CIVIL ALEMÃO

Zu den absoluten Grundsatzfragen des Zivilprozesses und darüber hinaus des gesamten Verfahrensrechts zählt das Verhältnis von Richtermacht und Parteifreiheit.

Hanns Prütting⁴⁴⁰

Der Civilprocess ist staatliche Privatrechtspflege, die Gewährung des Rechtsschutzes für Mein und Dein. Die Streitsache ist ein dem Staate fremdes, individuelles Interesse. Daher sind die Streittheile, der Kläger und der Beklagte, nicht Staatsorgane. Daher ist das Staatsorgan im Process, der Richter, in unparteiischer Stellung. Seine Aufgabe ist frei von Allem, was Anspruchsverfolgung oder Anspruchsbekämpfung bedeutet. Sie ist beschränkt auf die von jedem Sachinteresse gereinigte Wahrung der Gerechtigkeit.

Adolf Wach⁴⁴¹

Antes de iniciar a análise teórica acerca do processo civil alemão, convém traçar as linhas gerais de seu desenvolvimento interno e externo. Trata-se daquilo que os manuais de processo alemão denominam de ‘a marcha do procedimento’. O que se segue é um resumo em poucas linhas dessa visão geral da marcha do procedimento.⁴⁴² Apesar das informações

⁴⁴⁰ PRÜTTING, Hanns. Die Materielle Prozessleitung, **Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag**, org. C. Heinrich. München: C.H. Beck, 2004, p. 397. Tradução livre do original: “A relação entre o poder do juiz e a liberdade da parte pertence às questões absolutas do processo civil e, para além disso, de todo o direito processual.”

⁴⁴¹ WACH, Adolf. Das Verhältniss des Richters zu den Parteien, **Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung**, 2.^a ed. Bonn: Adolph Marcus, 1896, p. 52. Tradução livre do original: “O processo civil é a tutela estatal de direitos privados. É a concessão de tutela jurídica para o meu e o teu. A lide versa sobre interesse individual e estranho ao Estado. Então não são as partes, o autor e o réu, órgãos estatais. Daí encontrar-se o órgão estatal no processo – o juiz – em posição imparcial. Sua função é livre de tudo o que signifique busca de pretensões ou de luta por pretensões. Ela está limitada a uma completamente livre de interesses tutela da justiça.”

⁴⁴² A não ser quando expressamente indicado, as informações gerais acerca do processo civil alemão foram extraídas do manual de Wolfgang Luke (antigo manual de Peter Arens): LÜKE, Wolfgang. **Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren – Zwangsvollstreckung**, 9.^a ed. München: C.H. Beck, 2006, p. 44-52. Em português, apesar de desatualizado, consultar a tradução feita por F. Silveira Ramos do manual de Othmar Jauernig (JAUERNIG, Othmar. **Direito Processual Civil**, trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 125-129). O manual de Jauernig é a continuação do manual de Friedrich Lent, que conta com uma tradução feita na década de 60 do século XX por Edoardo Ricci. Em espanhol, o estudo introdutório à tradução do ZPO de Álvaro Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo (RAGONE. Álvaro Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. **Código Procesal Civil alemán**. Montevideo: Fundación Konrad-

abaixo serem lugar comum, não deixam de ser importantes para a compreensão do todo. Será brevemente explanada a etapa de cognição em primeiro grau de jurisdição.

Uma primeira e importante observação está ligada à amplitude do processo civil alemão, que é relativamente pequena. O Código de Processo Civil só se aplica em sua inteireza quando o objeto do processo diz respeito ao direito privado. Quando se tratar de matéria relacionada ao direito administrativo, previdenciário, tributário, criminal e à jurisdição constitucional, são utilizadas fontes processuais próprias.⁴⁴³ Como os professores alemães praticamente nunca são professores de uma única disciplina, é também muito raro encontrar um professor que não leciono ao mesmo tempo as disciplinas de direito privado e de direito processual.⁴⁴⁴ Isso não impede que a doutrina quase que unanimemente veja o direito processual como ramo do direito público.⁴⁴⁵ É preciso, entretanto, atentar para o fato de que o processo civil ser ramo do direito público não significa reconhecer que os objetivos do processo se confundem com o interesse público.⁴⁴⁶

A primeira instância tem dois níveis distintos, os tribunais locais (AG) e os tribunais estaduais (LG).⁴⁴⁷ Ambos são órgãos de primeira instância do judiciário alemão. Os AG são tribunais com juízes singulares e que funcionam quase que como tribunais de

Adenauer, 2006, p. 33-150). Em inglês, o amplo estudo sobre a justiça civil alemã escrito em conjunto por Rolf Stürner e Peter Murray (STÜRNER, Rolf; MURRAY, Peter. **German Civil Justice**. Durham: Carolina Academic Press, 2004).

⁴⁴³ As questões trabalhistas (direito privado) utilizam extensivamente as regras do ZPO, mas são julgadas por justiça especializada. Cf. GOTTWALD, Peter. **ZPO**, 43.^a ed. München: DTV, 2007, p. IX.

⁴⁴⁴ Na Alemanha, quando se fala do *Professor*, está se falando de uma classe especial de docentes das universidades. Existem pessoas que lecionam nas universidades, mas que não são professores. Professor é aquele que trilhou um longo trajeto, passando pelo doutorado, pela livre-docência, candidatura ao cargo e finalmente uma seleção. Só então alguém recebe o título de *Professor*. Todas as outras pessoas que exercem atividades docentes nas universidades ou escolas alemãs são chamadas de ‘ensinante’ (*Lehrer*), jamais de *Professor*. O *Professor* alemão está muito mais perto do que representa um Professor Titular no Brasil do que das outras classes de professores. Como regra, o *Professor* se dedica exclusivamente à atividade de ensino e pesquisa.

⁴⁴⁵ Cf., representando posição incontroversa: PRÜTTING, Hanns. Einleitung, **Zivilprozessordnung und Nebengesetze**... op. cit., p. 38.

⁴⁴⁶ Cf. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. **Zivilprozessrecht**, 16.^a ed. München: C.H. Beck, 2004, p. 7.

⁴⁴⁷ A competência do *Amtsgericht* (AG), do *Landgericht* (LG) e do *Oberlandesgericht* (OLG) está disciplinada na Lei de Organização Judiciária (GVG).

pequenas causas, julgando processos com valor inferior a 5.000 €, além dos processos que envolvem direito de família e locações. Os LG são compostos de órgãos quase sempre colegiados – excepcionalmente pode ser delegado a um único juiz a competência para decidir um processo. Compete aos LG julgar todas as causas não afetas à competência dos AG ou das justiças especializadas. Além disso, na maioria dos casos, o LG funciona concomitantemente como segunda instância das decisões tomadas nos AG. A segunda instância de um LG é um superior tribunal estadual (OLG). Além desses tribunais ordinários, existem tribunais superiores, aos quais só se acessa de forma extraordinária. São o supremo tribunal federal (BGH) e o tribunal constitucional (BVerfG).⁴⁴⁸

Na Alemanha se distinguem os procedimentos de cognição e os procedimentos de execução, sendo que ambos são regulados pelo ZPO. O processo de cognição é o litígio entre autor e réu que se desenvolve diante de um tribunal e termina com uma decisão autoritativa. É possível a ocorrência de litisconsórcio ativo e passivo. No processo de cognição existe declaração de direitos, enquanto que no de execução há coerção estatal, atuando mesmo contra a vontade do condenado. O procedimento tem início com a propositura da demanda. Três tipos de demanda encontram-se à disposição das partes: de prestação; de declaração; de constituição.⁴⁴⁹

A fase pré-processual não está regulada no ZPO e depende das partes e de seus consultores jurídicos (por lei, advogados). Normalmente a parte não tem capacidade postulatória e depende da representação por um advogado.

Excepcionalmente, para evitar o perecimento de uma prova ou para evitar um processo, a parte pode propor um procedimento autônomo de produção antecipada de

⁴⁴⁸ A competência do *Bundesgerichtshof* (BGH) e do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) está disciplinada na Lei Fundamental (GG) – constituição alemã –, na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (BVerfGG), e também na Lei de Organização Judiciária (GVG).

⁴⁴⁹ Cf. GOTTWALD, Peter. **ZPO**... op. cit., p. IX.

prova. O procedimento se rege pela máxima da vinculação do juiz aos pedidos das partes e pela apresentação do material probatório também por iniciativa das partes.

A demanda é normalmente proposta com a apresentação de uma petição escrita (§ 253), contendo pedidos e causas de pedir, os meios de prova e as provas que o autor já tiver produzido. Em causas mais simples é possível a propositura da demanda mediante mero pedido oral ao tribunal (§ 496). Também é possível propor a demanda por meios eletrônicos (§ 253 Abs. 5; § 130a). Com a apresentação da demanda, ela fica pendente (§ 261 Abs. 1), aguardando um juízo acerca da sua aceitação – verificação da presença dos pressupostos processuais. Tendo recebido um juízo positivo de admissibilidade, o juiz decidirá sobre o modo como a demanda terá continuidade. Basicamente duas são as opções do juiz: ou marca uma audiência preliminar ou opta por um procedimento escrito antes de marcar qualquer audiência (§ 272). Sua decisão é irrecorrível. O objetivo, em ambos os casos, é preparar da melhor maneira possível o processo para que a audiência principal tenha os melhores resultados e o processo termine com mais rapidez.

Optando o juiz por um procedimento escrito (o que atualmente acontece na maioria dos casos), será o réu citado e receberá uma cópia da petição inicial. Deve o réu, então, decidir se irá se defender ou não. Ele tem prazo de duas semanas para informar ao tribunal se irá se defender e mais duas semanas adicionais para apresentar a contestação (§ 276). Se não se defender, será julgado como revel (§ 331 Abs. 3). Apresentada a contestação no procedimento escrito, o juiz pode requisitar informações ou esclarecimentos às partes. Após isso, normalmente marcará a audiência principal.

Se o juiz tiver optado desde logo por um procedimento oral, marcará uma audiência preliminar, momento adequado para o réu, assim querendo, apresentar a sua defesa. Se não houver necessidade de produção de mais provas; se o réu não apresentar defesa ou se as partes transacionarem, o processo termina na audiência preliminar.

O objetivo da audiência principal é por um fim ao processo, razão pela qual toda a prova documental já deverá ter sido requisitada das partes (ou de terceiros) e deverá ter sido produzida. Existe na audiência a possibilidade e o incentivo do juiz conciliar as partes, podendo inclusive sugerir o tipo de acordo que lhe parece mais apropriado. As provas testemunhais são colhidas na audiência. O depoimento pessoal das partes é um meio de prova subsidiário e só utilizável excepcionalmente. Também é possível provar mediante inspeção judicial e perícia. Ao fim da audiência, as partes fazem suas alegações finais. O juiz passa a decidir. A apreciação das provas pelo juiz é livre, mas todas as decisões devem ser motivadas. Em boa parte dos casos, a sentença é impugnável por recurso de apelação. Em outros, ela é irrecorrível.

8.1 OBJETIVOS DO PROCESSO

Pelo menos a partir do início do século XIX,⁴⁵⁰ é possível afirmar que se manteve inalterado o entendimento majoritário acerca de qual seria o fim último de um processo civil⁴⁵¹ governado pelo princípio dispositivo: “O objetivo do processo é, portanto, a declaração e realização de direitos subjetivos.”⁴⁵²

Para a doutrina absolutamente majoritária, o fim principal do processo civil é a declaração e a efetivação de direitos subjetivos. Alguns chegam a sustentar que esse seria o único fim do processo civil.⁴⁵³ As idéias que guiam o processo civil para que ele atinja essa finalidade são: um processo no qual as partes decidem se irão propor a demanda; qual será o seu conteúdo; e um processo no qual as partes devem por si próprias alegar e provar os fatos relevantes para o julgamento. Em suma: processo dispositivo e instrução por iniciativa das partes.⁴⁵⁴

A idéia de um processo dispositivo gira em torno da seguinte afirmação: “as partes podem, sozinhas ou em conjunto, decidir acerca do ‘se’ e do ‘sobre o quê’ do processo.”⁴⁵⁵

Essa liberdade que é dada à parte para decidir por si só os rumos que dará àquilo que

⁴⁵⁰ Tal recorte histórico e arbitrário segue as mesmas diretrizes e explicações contidas no capítulo 5.

⁴⁵¹ Cf., com bibliografia comprobatória: STÜRNER, Rolf. **Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, p. 49. Mais recente, do mesmo autor, em conjunto com Peter Murray, afirmando o mesmo: STÜRNER, Rolf; MURRAY, Peter. **German Civil Justice**. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 152-156. Poder-se-ia citar uma multidão de processualistas que afirmam o mesmo, mas parece de todo desnecessário.

⁴⁵² ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. **Zivilprozessrecht**, 16.^a ed. München: C.H. Beck, 2004, p. 3. Tradução livre do original: “Der Zweck des Zivilprozesses besteht also in der Feststellung und Verwirklichung subjektiver Rechte.”

⁴⁵³ Ver, com bibliografia comprobatória: STÜRNER, Rolf. **Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, p. 49.

⁴⁵⁴ Essa foi a escolha do processo civil alemão. Porém, como ressaltado por Rolf Stürner: “[a] disposição das partes sobre os fatos e os meios de prova representa um longo desenvolvimento histórico e continua sendo objeto de discussão da civilização ocidental – da mesma forma que a disposição acerca do início, fim e objeto do processo” (STÜRNER, Rolf. *Parteidisposition über Tatsachen und Beweismittel im Prozess ausgewählter europäischer Staaten, Recht und Risiko: Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag*, coord. H. Kollhosser, R. Bork, T. Hoeren, P. Pohlmann. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 2004, vol. II, p. 731). Tradução livre do original: “Die Disposition der Parteien über Tatsachen und Beweismittel entspricht langer historischer Entwicklung und war in der westlichen Zivilisation – ähnlich wie die Disposition über Anfang, Ende und Gegenstand – immer nur vorübergehend angefochten.”

⁴⁵⁵ STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung**... op. cit., p. 1. Tradução livre do original: “Die Parteien können einzeln oder zusammen über das „Ob“ und das „Worüber“ des Verfahrens entscheiden.”

entende ser uma violação de seus direitos subjetivos é a exteriorização e o reconhecimento do liberalismo político no processo civil. Não é por outra razão que Othmar Jauernig afirma que a máxima do dispositivo é o “aspecto processual da autonomia privada”,⁴⁵⁶ e Hanns Prütting afirma que ela é “a correspondente processual da autonomia privada do direito material”.⁴⁵⁷ Tal liberdade estaria garantida no art. 2, 1, da Lei Fundamental.⁴⁵⁸

O papel do juiz no processo é o de proteger os direitos subjetivos das partes, mas somente se elas assim quiserem e somente na medida em que elas quiserem. Fica, portanto, excluída da apreciação do juiz a violação de direitos subjetivos consentida pela parte. Isso inclui não só os casos nos quais a parte tem motivos para não perseguir os seus direitos, como também os casos nos quais a parte por ‘ignorância ou indolência’ – sua ou de seu procurador judicial – descuidou de seus próprios direitos.⁴⁵⁹

O juiz só decide aquilo que lhe foi pedido para decidir e, conforme Wilhelm von Humboldt, “não tem nunca permissão de tentar dar um único passo para além do lugar onde foi conduzido pela vontade das partes.”⁴⁶⁰ O princípio dispositivo responde a questão

⁴⁵⁶ JAUERNIG, Othmar. **ZivilprozeßBrecht – Ein Studienbuch**, 27.^a ed. München: C.H. Beck, 2002, p. 83. Tradução livre do original: “prozessuale Seite der Privatautonomie”

⁴⁵⁷ PRÜTTING, Hanns. Einleitung, **Zivilprozessordnung und Nebengesetze**... op. cit., p. 24. Tradução livre do original: “Sie ist das prozessuale Gegenstück der Privatautonomie des materiellen Rechts.” Wolfgang Luke afirma que ela é “o correspondente processual da autonomia privada.” LÜKE, Wolfgang. **Zivilprozessrecht**... op. cit., p. 7. Tradução livre do original: “Die Dispositionsmaxime ist das prozessuale Gegenstück zur Privatautonomie.”

⁴⁵⁸ Cf. PRÜTTING, Hanns. Einleitung, **Zivilprozessordnung und Nebengesetze**... op. cit., p. 25.

⁴⁵⁹ Essa seria uma visão puramente liberal do escopo do processo e corresponde à já citada posição de Wilhelm von Humboldt (Introdução): “Pois a segurança será aqui então realmente violada somente quando aquele que sofre uma injustiça – ou que supõe sofrer – não quer suportá-la pacientemente. Mas ela não é violada, porém, quando simplesmente o cidadão ou consente na violação ou tem motivos para não querer perseguir seu direito. E mesmo quando alguém, por ignorância ou indolência, negligentemente descuidou dos próprios direitos, não tem o Estado permissão de, por si só, aí se imiscuir. Ele já terá cumprido suficientemente com os seus deveres quando não der causa a essas situações de injustiça, através de leis não suficientemente conhecidas, ou através de leis complicadas e obscuras” (HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch**... op. cit., p. 133). Tradução livre do original: “Denn die Sicherheit wird hier nur dann wirklich verletzt, wenn derjenige, welcher Unrecht leidet, oder zu leiden vermeint, dies nicht geduldig ertragen will, nicht aber dann, wenn er entweder einwilligt, oder doch Gründe hat, sein Recht nicht verfolgen zu wollen. Ja selbst wenn Unwissenheit oder Trägheit Vernachlässigung des eignen Rechtes veranlasste, dürfte der Staat sich nicht von selbst darin mischen. Er hat seinen Pflichten Genüge geleistet, sobald er nur nicht durch verwickelte, dunkle, oder nicht gehörige bekannt gemachte Gesetze zu dergleichen Irrthümern Gelegenheit giebt.”

⁴⁶⁰ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch**... op. cit., p. 134. Tradução livre do original: “Er darf darin nämlich niemals auch nur einen Schritt weiter zu gehen wagen, als ihn der Wille der Partheien führt.”

de quem deve iniciar, dar conteúdo e terminar uma demanda. Uma segunda questão se refere à aquisição do material probatório.

Incumbe às partes alegar e provar a veracidade dos fatos que consideram relevantes para o julgamento. Esse é o chamado princípio da instrução por iniciativa das partes.⁴⁶¹ Como bem colocado por Adolf Wach: “[o] princípio da instrução por iniciativa das partes é a máxima do desinteresse do Estado pelo objeto do litígio e a máxima do funcionamento do processo mediante a atuação dos interessados.”⁴⁶² A alegação dos fatos relevantes para o julgamento da causa é atribuição exclusiva das partes, não podendo o juiz nela interferir. Alegados os fatos, incumbe às próprias partes provar a veracidade de suas alegações. Subsidiariamente, o juiz ‘pode’⁴⁶³ produzir de ofício a prova de alguma ou mesmo de todas as alegações das partes. A vigência do princípio da instrução por iniciativa das partes no processo civil alemão já foi, por mais de uma vez, afirmada pelo Tribunal Constitucional.⁴⁶⁴

O processo civil alemão se rege pelo princípio dispositivo e pelo princípio da instrução por iniciativa das partes e tem como objetivo principal a declaração e efetivação de direitos subjetivos.

Porém, se o fim único do processo fosse somente a declaração e efetivação dos direitos subjetivos que a parte incluiu na demanda, não haveria espaço para qualquer tipo de ativismo processual do juiz. Tal visão não corresponde à realidade fática ou legislativa. Como bem colocado por Hans Friedhelm Gaul, a possibilidade de o juiz produzir provas

⁴⁶¹ *Verhandlungsmaxime*. LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*... op. cit., p. 12.

⁴⁶² WACH, Adolf. *Das Verhältnis des Richters zu den Parteien, Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung*, 2.^a ed. Bonn: Adolph Marcus, 1896, p. 53. Tradução livre do original: “[Die Verhandlungsmaxime] ist der Grundsatz der Interesselosigkeit des Staates an der Streitsache und des Processbetriebs durch die Interessanten.”

⁴⁶³ É importante salientar a utilização do verbo auxiliar ‘poder’, num sentido de liberdade, em contraposição a um ‘dever’. São operadores deônticos em tudo diferentes. É exatamente essa possibilidade que abre dúvidas acerca da compatibilidade entre o ‘poder’ de produção de provas *ex officio* e a neutralidade e imparcialidade do juiz.

⁴⁶⁴ BVerfGE, 67, 39, 49. Ver: PRÜTTING, Hanns. Einleitung, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*... op. cit., p. 25.

de ofício e o seu dever de condução material do processo, dentre inúmeros outros ativismos processuais, comprova de modo satisfatório que também entre os objetivos do processo figuram a pacificação social e a proteção do direito objetivo.⁴⁶⁵ Há aí, entretanto, uma hierarquia: fim imediato é a proteção de direitos subjetivos; fim mediato a pacificação social e a proteção do direito objetivo. É preciso estar atento para não imaginar que o grande ativismo processual do juiz alemão transforma o processo de dispositivo em inquisitivo. O fato é que as partes têm um controle quase absoluto sobre o início e o fim do processo, bem como sobre seu objeto. O processo civil alemão é dispositivo.⁴⁶⁶ Esse ponto não está aberto a discussões.

O respeito à autonomia das partes no processo civil alemão está ligado às suas origens liberais. O Código de Processo Civil alemão de 1877 mantém, até hoje, essa feição liberal, em que pesem as críticas e também as contribuições daqueles que queriam transformá-lo em algo diferente.

Já nos primeiros anos de vigência, se fazia sentir a influência do processualista austríaco Franz Klein.⁴⁶⁷ O processo civil não estava funcionando a contento e a solução parecia ser a redução da total liberdade das partes e um aumento da atividade processual dos juízes.⁴⁶⁸ Klein tinha propostas sociais para o processo civil e para o direito privado. Ele e seu mentor Anton Menger estavam para o liberalismo político como a luz está para a escuridão. Para eles, a luta política também se deveria travar através do direito e o processo

⁴⁶⁵ Cf. GAUL, Hans Friedhelm. Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, *AcP*, vol. 168, p. 48, (1968).

⁴⁶⁶ Cf. STÜRNER, Rolf. *Die Richterliche Aufklärung*... op. cit., p. 5

⁴⁶⁷ Sobre a influência de Klein no desenvolvimento legislativo alemão, ver, resumidamente: STÜRNER, Rolf. Zur Struktur des europäischen Zivilprozesses, *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag*, coord. P. Gottwald e H. Roth. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 491-505. Ver ainda o interessante trabalho de Josef Esser por ocasião do cinquentenário do ZPO austríaco: ESSER, Josef. Franz Klein als Rechtssoziologe - Die Überwindung des dogmatischen Schuldenkens im Prozeßwerk Franz Kleins, *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Österreichischen ZPO*. Wien: Manzsche, 1948, p. 35-50.

⁴⁶⁸ Cf. PRÜTTING, Hanns. Einleitung, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grosskommentar*, fund. B. Wiczorek, coord. R.A. Schütze, 3.^a ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1994, p. 5.

civil era um instrumento de justiça social.⁴⁶⁹ Franz Klein e Adolf Wach tinham posições contrapostas – autoritarismo v. liberalismo processual – acerca da relação entre o juiz e as partes no processo civil, ao ponto de serem considerados antípodas.⁴⁷⁰

Como nenhuma das posições extremas parece interessante, essa rivalidade entre esses dois processualistas contribuiu para que o processo civil alemão se tornasse menos hermético e mais aberto à realidade social, mas certamente não ao ponto de torná-lo inquisitivo. As reformas que foram se fazendo ao longo dos anos tornaram o processo menos dependente da vontade absoluta das partes, ampliando o poder do juiz em diversos pontos, mas sem nunca abdicar de sua feição liberal e do seu apego ao princípio dispositivo.⁴⁷¹ Nesse ponto o processo civil alemão nunca foi e possivelmente nunca será um processo civil social. Como bem colocam Rosenberg – Schwab – Gottwald, uma adesão completa às teses de Klein não é compatível com o Estado de Direito:

A tensão entre a clássica proteção de direitos subjetivos, processo em defesa de interesse público e justiça enquanto ‘instituição de caridade’ (*Franz Klein*) também devem ser levados em conta na interpretação e desenvolvimento judicial do processo civil. Contudo, a proteção de direitos subjetivos disciplinados na lei continua sendo a tarefa primária dos tribunais; engenharia social livre não seria compatível com o Estado [de Direito].”⁴⁷²

⁴⁶⁹ São representativos dessa posição o escrito mais conhecido de Franz Klein (KLEIN, Franz. **Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1966; reimpressão do original de 1902) e de Anton Menger (MENGER, Anton. **Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen : Eine Kritik d. Entwurfs e. Bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich**. Tübingen: Laupp, 1890). Sobre o autoritarismo processual em Klein, veja-se, especialmente: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Autoridad y Libertad en el Proceso Civil; Liberalismo y Autoritarismo en el Proceso*, **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)**. Ciudad de México: UNAM, 1992, tomo II, p. 217-292.

⁴⁷⁰ Sobre essas posições, ver: BÖHM, Peter. *Der Streit um die Verhandlungsmaxime*, **Ius Commune**, vol. VII, p. 136-159, (1978).

⁴⁷¹ Sobre as primeiras reformas, numa perspectiva comparatística, veja-se: HABSCHEID, Walther. *Richtermacht oder Parteifreiheit*, **ZZP**, vol. 81, Heft 3/4, p. 175-196, (1968). Acerca das últimas reformas: PRÜTTING, Hanns. *Die Materielle Prozessleitung*, **Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag**, org. C. Heinrich. München: C.H. Beck, 2004, p. 397-410 e; do mesmo autor: *Die Strukturen des Zivilprozesses unter Reformdruck und europäische Konvergenz?*, **Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag**, coord. P. Gottwald e H. Roth. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 309-325.

⁴⁷² ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. **Zivilprozessrecht...** op. cit., p. 11. Tradução livre do original: “Das Spannungsfeld zwischen klassischem subjektivem Einzelrechtsschutz, Verfahren im öffentlichen Interesse und der Justiz als „staatlicher Wohlfahrtseinrichtung“ (*Franz Klein*) [...] ist auch bei der Auslegung und Fortentwicklung des Zivilprozessrechts zu beachten. Dennoch bleibt der subjektive Rechtsschutz im Rahmen der Gesetze primäre Aufgabe der Gerichte; freies social engineering wäre mit ihrer Stellung im Staat nicht vereinbar.”

Quando se pensa nas origens liberais do ZPO e em sua constante evolução mediante reformas legislativas, não se pode esquecer do alerta de Rolf Stürner, no sentido de que “a história do direito processual alemão é história alemã, e o direito processual participou de forma plena de todas as catástrofes alemãs, em especial daquelas do século XX.”⁴⁷³ O processo civil alemão nasceu liberal em 1877.⁴⁷⁴ Tornou-se, após as reformas iniciais e especialmente após aquela que ocorreu sob a República de Weimer (1924), mais aberto à atividade processual do juiz.⁴⁷⁵ Sofreu, durante o regime nazista, a natural tendência ao autoritarismo desse – p.ex., o regime nazista incluiu no ZPO o dever da parte dizer a verdade em juízo.⁴⁷⁶ Passou por uma fase de neutralidade ideológica entre 1950 e 1970 para, finalmente, receber a última safra de críticas contrárias à sua feição liberal. Assim como no princípio, esse foi um ataque ao liberalismo processual feito por aqueles que queriam transformar o processo em instrumento de justiça social.⁴⁷⁷

No fim dos anos 60, mas, especialmente durante os anos 70 do século XX, militou na Alemanha um influente político, juiz e processualista chamado Rudolf Wassermann. Seu livro mais famoso é, sem dúvida, o polêmico *O Processo Civil Social*, de 1978.⁴⁷⁸ O seu objetivo mais claro era o aumento dos poderes do juiz, de modo a que esse pudesse agir como engenheiro social e pudesse fazer as alterações na sociedade que não estavam sendo feitas pelo legislativo e pelo executivo. Ele imaginava que a melhor visão do processo civil seria aquela na qual o juiz agia como promotor da justiça social. O modo

⁴⁷³ STÜRNER, Rolf. Der Deutsche Prozeßrechtslehrer am Ende des 20. Jahrhunderts, **Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts – Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag**, coord. H. Prütting e H. Rüßmann. München: C.H. Beck, 1997, p. 834. Tradução livre do original: “die Geschichte des deutschen Prozeßrechts ist deutsche Geschichte und hat so an den deutschen Katastrophen vor allem des 20. Jahrhunderts vollen Anteil.”

⁴⁷⁴ Cf. GOTTWALD, Peter. ZPO... op. cit., p. X.

⁴⁷⁵ Cf. GAUL, Hans Friedhelm. Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, **AcP**, vol. 168, p. 47, (1968). A redação do § 139 ZPO que vigorou até a reforma de 2002 foi fruto da reforma de 1924. Como a reforma de 2002 foi uma reforma de reforço e não propriamente de inovação, é possível afirmar que o dever de condução material do processo existe de forma expressa no processo alemão há mais de 80 anos.

⁴⁷⁶ Cf. PRÜTTING, Hanns. Einleitung, **Zivilprozessordnung und Nebengesetze...** op. cit., p. 6; GOTTWALD, Peter. ZPO... op. cit., p. X.

⁴⁷⁷ STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung...** op. cit., p. 2-5.

⁴⁷⁸ WASSERMAN, Rudolf. **Der Soziale Zivilprozess**. München: Luchterhand, 1978, 198 p.

como o juiz iria executar tais alterações e com base em quais informações e quais critérios de moralidade política não fica claro em nenhum dos textos do autor.

Rudolf Wassermann personifica aquele tipo de intelectual que, segundo Ralf Dahrendorf, não conseguiu resistir às tentações autoritárias de seu tempo.⁴⁷⁹ Sua postura autoritária só é que capaz de enxergar no processo um instrumento de realização de justiça social. Wassermann confunde o aumento dos poderes do juiz em sentido processual e material.⁴⁸⁰ A impressão que se tem é que ele está propondo uma intensificação da atividade processual do juiz, mas seus objetivos declarados não são esses e não dizem respeito ao processo, mas unicamente ao seu resultado e ao modo com o juiz deve encarar o ordenamento jurídico.⁴⁸¹

De tudo isso, o que aparece como conclusão lógica e óbvia é que Wassermann não defende a posição majoritária de que o fim do processo é a proteção de direitos subjetivos das partes. Ele defende que o fim do processo é a pacificação social e a proteção do direito objetivo, visão essa ligada a posições autoritárias (de esquerda e direita) dentro do espectro político. Wassermann não só defende essa posição como afirmou peremptoriamente que o processo civil alemão havia se tornado social com a reforma legislativa de 1976.⁴⁸²

Apesar de tudo, Wassermann não era um radical ou um protótipo de ditador. O que acontece é que sua posição reflete um autoritarismo estatal que atenta contra a liberdade das partes. Sua visão, nesse ponto, é ainda mais autoritária do que a posição defendida em fins do século XIX por Franz Klein. Essa relação entre o autoritarismo político, a defesa de uma visão publicista do processo civil e conseqüente rejeição da idéia de que o processo

⁴⁷⁹ Sobre os *Erasmier* e as tentações autoritárias, ver: DAHRENDORF, Ralf. **Versuchungen der Unfreiheit – Die Intellektuellen in Zeiten der Prüfungen**, 2.^a ed. München: C.H. Beck, 2008, 240 p.

⁴⁸⁰ Conforme se havia alertado na Introdução.

⁴⁸¹ Sobre o tema da vinculação do juiz à lei, veja-se: STARCK, Christian. *Bindung des Richters and Gesetz und Verfassung*, **Der demokratische Verfassungsstaat: Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995, p. 58-96.

⁴⁸² Cf. PRÜTTING, Hanns. *Die Materielle Prozessleitung...* op. cit., p. 404.

serve primariamente à tutela de direitos subjetivos será objeto de comparação com o direito processual brasileiro.⁴⁸³

De qualquer modo, em que pese o grande barulho causado por esses processualistas e especialmente por Wassermann,⁴⁸⁴ as discussões só serviram para chamar a atenção e para reforçar ainda mais as bases e consolidar o entendimento de que o fim imediato do processo é a proteção de direitos subjetivos. Segundo Hanns Prütting:

hoje em dia ninguém mais sustenta que o ZPO seja uma ‘processo civil social’ e que o juiz deva se comportar como ‘engenheiro social’.⁴⁸⁵

No mesmo sentido, Rolf Stürner, para quem:

em cem anos de história jurídica [do processo civil], de um Estado liberal para um Estado social, ocorreram mudanças de foco – nada mais; até porque mais do que isso dificilmente era necessário.⁴⁸⁶

A prova cabal de que o processo civil alemão é dispositivo encontra-se na liberdade das partes: ao formular pedidos; ao desistir da demanda ou de recursos; ao renunciar o objeto do processo ou renunciar o direito de recorrer; ao transacionar com a parte adversa; ao aceitar a incontrovertibilidade de uma ou de todas as alegações de fato; ao permanecer inerte e aceitar os efeitos da revelia.⁴⁸⁷

Afirmar que o objetivo real do processo é a pacificação e a proteção do direito objetivo é garantia de ingresso no ‘céu dos conceitos jurídicos’, que não têm qualquer contato com o mundo real. Mesmo sem ter por base um estudo psicológico a respeito, parece muito mais plausível afirmar que as partes propõem suas demandas em busca de

⁴⁸³ Ver capítulo 9.1.

⁴⁸⁴ Cf. STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung**... op. cit., p. 2-5.

⁴⁸⁵ PRÜTTING, Hanns. Die Materielle Prozessleitung, **Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag**, coord. C. Heinrich. München: C.H. Beck, 2004, p. 405. Tradução livre do original: “Niemand behauptet heute mehr, die deutsche ZPO sei ein ‘sozialer Zivilprozess’ und der Richter müsse als ‘Sozialingenieur’ betätigen.” No mesmo sentido: PIEKENBROCK, Andreas. Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht, **NJW**, p. 1.360, (1999).

⁴⁸⁶ STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung**... op. cit., p. 7. Tradução livre do original: “In hundert Jahren Rechtsgeschichte vom Liberal- zum Sozialstaat wurden also Akzente verschoben - mehr nicht; mehr war allerdings auch schwerlich notwendig.”

⁴⁸⁷ Todos esses exemplos estão elencados em: ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. **Zivilprozessrecht**... op. cit., p. 479-480. A existência de direitos coletivos não muda em nada tudo o que se defende aqui. Sobre a deficiente e incipiente proteção de direitos coletivos na Alemanha, veja-se: GOTTWALD, Peter. About the Extension of Collective Legal Protection in Germany, **RePro** 154, (2008).

interesses pessoais e egoísticos do que afirmar que elas estão preocupadas com a pacificação social ou com a integridade do direito objetivo. Mesmo que a perspectiva do juiz possa eventualmente ser essa, a vontade das partes é soberana com relação ao início e a extinção do processo. No máximo, a pacificação pode ser alçada à categoria de objetivo ideal – porém, irreal – do processo civil. Como afirma Rimmelspacher, “objetivo ideal do processo civil é a proteção da paz jurídica, o objetivo real, inserido no objetivo ideal, é a proteção de direitos subjetivos privados.”⁴⁸⁸ Alguns vão ainda mais longe, como Fritz Baur, ao afirmar que a pacificação social e a proteção do direito objetivo não passam de refugio do objetivo de proteção dos direitos subjetivos:

Quem busca fixar o objetivo do processo precisa, em primeiro lugar, afastar todas as teses que – normalmente mediante formulações emotivas – tentam colocar num primeiro plano aquilo que é refugio ou produto secundário do processo, como, por exemplo, que o processo sirva à ‘proteção do direito material’, que ele produz a paz social e serve à segurança jurídica.⁴⁸⁹

Convém salientar que ainda que se tenha uma visão constitucional dos direitos processuais, isso nada muda com relação àquilo que foi dito com relação aos objetivos do processo. Alguns processualistas alemães afirmaram ser impossível ver o processo dum prisma constitucional sem que ele fosse um processo social. Ao rebater pontos de vista semelhantes, afirmou Stürner que esse ativismo processual deve necessariamente estar voltado para a proteção de direitos individuais. Um ativismo voltado para questões de

⁴⁸⁸ RIMMELSPACHER, Bruno. **Zur Prüfung von Amts Wegen im Zivilprozess**. Göttingen: Otto Schwartz, 1966, p. 23. Tradução livre do original: “Ideales Ziel des Zivilprozesses ist die Wahrung des Rechtsfriedens, reales Ziel im Rahmen des idealen der Schutz subjektiver Privatrechte.”

⁴⁸⁹ BAUR, Fritz. Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, **Summum Ius Summa Iniuria**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1963, p. 103. Tradução livre do original: “Sucht man diesen Prozeßzweck, das Prozeßziel zu fixieren, so müssen zunächst alle die Thesen beiseitegeschoben werden, die – häufig in emotionaler Formulierung – Neben- oder Abfallprodukte des Prozesses in den Vordergrund rücken, wie etwa, der Prozeß sei die „Bewährung des materiellen Rechts“, er stelle den Rechtsfrieden her, diene der Rechtssicherheit.”

significado social seria inconstitucional, “porque ele deixaria de lado o sentido fundamental do direito constitucional à proteção pela via jurisdicional.”⁴⁹⁰

⁴⁹⁰ STÜRNER, Rolf. Prozeßzweck und Verfassung, **Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag**, coord. H. Prütting. Köln: Carl Heymanns, 1990, p. 552. Tradução livre do original: “weil sie die elementare Bedeutung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgewährleistung außer acht ließen.”

8.2 DIREÇÃO MATERIAL DO PROCESSO

O processo civil alemão é dispositivo e também se rege pelo princípio da instrução por iniciativa das partes. Isso não impede que o juiz dirija o processo e, mais do que isso, tenha o dever de direção do processo.⁴⁹¹ Essa direção do processo pode ser cindida entre direção formal e direção material.

A direção formal do processo é necessária e não controversa. Ela diz respeito a quem é responsável no processo civil pela marcação de audiências, pelas citações e intimações e pelo impulso do procedimento em geral.⁴⁹² Se não conduzisse formalmente o processo, dificilmente se conseguiria imaginar uma função para o juiz. Essa direção formal está ligada aos impulsos necessários para que o procedimento atinja os seus objetivos, desde a propositura da demanda até a entrega da tutela do direito da parte. Essa atividade formal do juiz – burocrática –, é o que se chama de direção formal do processo. Conduzir o processo da forma mais expedita e econômica possível é uma importante função e um dever do juiz. Essa condução formal por vezes se mistura com a condução material. Ambas têm uma importância vital na proteção dos direitos processuais das partes.⁴⁹³

Ao realizar essa condução formal do processo (despachar, ordenar citações e intimações, marcar audiência, expedir ofício, etc.), está o juiz vinculado à lei processual que disciplina o procedimento.⁴⁹⁴ De um modo bastante amplo, o juiz alemão está sempre vinculado à lei (art. 20 Abs. 3, 97, GG). O plano inicial era que o juiz tivesse exclusivamente essa direção formal do processo. Adolf Wach afirma que “o juiz tem a

⁴⁹¹ ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. **Zivilprozessrecht**... op. cit., p. 480.

⁴⁹² Cf. PRÜTTING, Hanns. Die Materielle Prozessleitung... op. cit., p. 399.

⁴⁹³ ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. **Zivilprozessrecht**... op. cit., p. 495.

⁴⁹⁴ Até aí não há nenhuma novidade, já que o juiz alemão está sempre vinculado à lei de um modo geral e à lei processual em particular. Sobre esse ponto: BAUR, Fritz. Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, **Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht**, coord. W. Grunsky, R. Stürner, G. Walter e M. Wolf. Tübingen: Mohr Siebeck, 1983, p. 131-134.

direção formal do processo. Ele impulsiona o processo que se inicia, passo a passo, até o seu fim, mas ele não o faz contra a vontade das partes.”⁴⁹⁵

A direção material do processo é uma forma de ativismo processual. O juiz não assiste o desenrolar do processo como um árbitro assiste um jogo de futebol. O juiz participa do processo e busca, da melhor maneira possível, fazer com que as partes obtenham aquilo que elas próprias se dispuseram a obter mediante o processo. O juiz que dirige materialmente o processo não permite que alegações de fato feitas pelas partes fiquem sem prova; não permite que provas relevantes juntadas ao processo fiquem sem discussão; não permite que as partes deixem de lado importantes aspectos jurídicos da controvérsia; não permite que matérias que podem ser conhecidas de ofício fiquem sem discussão. Em suma, o juiz auxilia as partes a obterem o máximo do processo, ao mesmo tempo em que se mantém neutro e imparcial com relação ao resultado do litígio. O juiz está proibido de trazer fatos novos para o processo.⁴⁹⁶ Ele só trabalha com os fatos que foram alegados pelas partes. Se esses não estiverem suficientemente esclarecidos ou provados, ele pode agir.⁴⁹⁷

Por força da *iura novit curia*, o juiz pode trazer à luz novos pontos de vista jurídicos para a discussão. Porém, não pode decidir com base nesses novos pontos de vista sem antes ouvir os argumentos das partes a respeito deles. O aforismo *da mihi factum dabo tibi ius*, se interpretado incorretamente, leva a uma incompatibilidade com o dever de direção material do processo.⁴⁹⁸ Se o juiz conhece o direito, então bastaria que ele dissesse na sentença qual é o direito. Como demonstrado, as coisas não são tão simples assim. Sob

⁴⁹⁵ WACH, Adolf. Das Verhältnis des Richters... op. cit., p. 42. Tradução livre do original: “der Richter hat die formelle Processleitung. Er fördert den begonnenen Process von Schrift zu Schrift seinem Ende entgegen, aber er thut es nicht gegen den Parteiwillen.”

⁴⁹⁶ BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre... op. cit., p. 390. No mesmo sentido: PRÜTTING, Hanns. Einleitung, **Zivilprozessordnung und Nebengesetze**... op. cit., p. 26.

⁴⁹⁷ Cf. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. **Zivilprozessrecht**... op. cit., p. 483.

⁴⁹⁸ Cf. ROSENBERG, Leo. Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkt im Zivilprozesse, **ZZP**, vol. 49, p. 39, (1925).

pena de tratar as partes sem o devido respeito e consideração, violar seus direitos processuais e proferir decisão ilegítima, o juiz tem de decidir a partir de questões jurídicas que obrigatoriamente tenham sido discutidas anteriormente pelas partes. Tais problemas têm ganhado uma relevância prática ainda maior com as complexas interações entre o direito nacional alemão e o direito comunitário. Somente o juiz pode decidir qual é aplicável ao caso, mas tem de fazê-lo de modo a jamais surpreender as partes.

O juiz que dirige materialmente o processo atua claramente em favor da justiça processual. Não há aí um interesse em se obter um determinado resultado, mas sim um interesse claro de que o processo não ignore a vontade e a autonomia das partes. O juiz dirige materialmente o processo quando respeita e faz respeitar os direitos processuais das partes, inclusive alertando-as sobre a existência desses mesmos direitos, caso isso não seja prontamente percebido. É importante perceber que a direção material do processo não fomenta uma competição ou uma desavença entre o juiz e as partes. A atividade das partes não compete e não exclui a atividade judicial, trata-se, como bem colocado por Rolf Stürner, de um ‘tanto – bem como’ e não de ‘ou um – ou o outro’.⁴⁹⁹

O dever de direção material do processo, com o sentido que se tem dele hoje, pode ser atribuído à reforma processual de 1924.⁵⁰⁰ Leo Rosenberg, em artigo publicado em 1925, já afirmava que a questão central de todo o direito processual estava centrada na existência ou não de um dever judicial de alertar às partes a respeito de uma perspectiva diversa acerca da questão jurídica em litígio. São de Rosenberg as seguintes palavras:

A questão principal do processo civil é se o tribunal tem ou não o dever de avisar as partes sobre uma mudança no ponto de vista jurídico, bem como a quais conseqüências tal violação de dever conduz.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ “die ZPO ber der Verteilung der Verantwortung nur ein Sowohl – als auch, nicht aber ein Entweder – oder kennt.” (STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung**... op. cit., p. 2).

⁵⁰⁰ STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung**... op. cit., p. 7.

⁵⁰¹ ROSENBERG, Leo. Die Veränderung... op. cit., p. 69. Tradução livre do original: “Die Hauptfrage des Verfahrensrecht aber ist die, ob das Gericht die Parteien auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts hinweisen muß oder nicht und bejahendenfalls, welche Folgen die Verletzung dieser Pflicht nach sich zieht.”

Mas mesmo na redação original do ZPO já existiam muito elementos que permitem afirmar desde sempre a existência de um dever judicial de aviso das partes.⁵⁰² Todas as posteriores reformas foram uma tentativa de tornar mais clara e precisa a atuação do juiz, inclusive com o reconhecimento de que se trata de um dever judicial, e não de conduta meramente permitida. Porém, não foram as alterações no texto da lei o que de importante aconteceu. Importante foi a mutação do que se compreende ser a condução material do processo. Aquilo que era simplesmente uma forma de o juiz chamar a atenção das partes para pontos ou pedidos mal formulados passou a ser visto como um dever judicial de alertar as partes acerca de todas as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento da causa.⁵⁰³ É falsa a idéia – sustentada por Wassermann – de que com a direção material fica diminuído o princípio dispositivo.⁵⁰⁴

A direção material do processo está regulado no ZPO. O § 139 do ZPO em sua atual redação somente entrou em vigor em 2006:

§ 139 Direção Material do Processo

(1) Na medida da necessidade, o tribunal tem de fazer perguntas e discutir com as partes a relação litigiosa, em seus aspectos fáticos e jurídicos. Ele tem de conseguir que as partes esclareçam os fatos relevantes oportunamente e de maneira ampla, esclarecendo especialmente informações sobre os fatos invocados insuficientes dadas, indicando os meios de prova e formulando os respectivos pedidos.

(2) O tribunal tem permissão de fundamentar a sua decisão num ponto de vista que passou despercebido ou que tenha sido considerado irrelevante por uma das partes, desde que ele as comunique e possibilite a manifestação acerca desse ponto de vista e, ainda, desde que não se trate de uma pretensão acessória. O mesmo vale para um ponto de vista que o tribunal enxerga de um modo distinto que ambas as partes.

(3) O tribunal tem de chamar à atenção das partes para considerações que por seu conteúdo devam ser conhecidas de ofício.

(4) Os avisos contidos nessa disposição devem ser dados tão cedo quanto possível e devem ser registrados. A comunicação do aviso só pode ser provada pelo conteúdo do registro nos autos. Contra o conteúdo do registro só admissível a objeção de falso.

(5) Quando não for possível para a parte esclarecer imediatamente aquilo que lhe foi requerido, então, a pedido dessa parte, deve o tribunal

⁵⁰² Cf. PRÜTTING, Hanns. Die Materielle Prozessleitung... op. cit., p. 405.

⁵⁰³ Cf. BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, **ZZP**, vol. 91, Heft 4, p. 389, (Oktober, 1978).

⁵⁰⁴ BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre... op. cit., p. 390.

conceder um prazo no qual a parte prestará o esclarecimento por escrito.⁵⁰⁵

A partir do texto do § 139 se percebe claramente que o se trata de um dever judicial e, logo, de uma conduta não opcional por parte do juiz. Ou ele cumpre os deveres impostos pela lei, ou ele causará nulidades no processo, impossibilitando a obtenção da justiça processual – e conseqüentemente da justiça material.⁵⁰⁶

Um segundo ponto importante é que o juiz deve chamar a atenção das partes tanto para questões fáticas quanto para pontos de vista jurídicos. No que se refere aos fatos, ele conduz materialmente o processo de duas formas: ou pedindo esclarecimentos de fatos alegados mas não explorados, ou propondo de ofício a produção de provas de tais alegações. Quanto aos pontos de vista jurídicos, ele deve, obrigatoriamente, chamar a atenção das partes com relação aos pontos de vista jurídicos não explorados pelas partes. Ambas as medidas estão englobadas num dever geral negativo de proibição de decisões surpresa. Essa proibição de decisões surpresa compõe a noção de justiça processual na Alemanha, conforme já por diversas vezes reconhecido pelo Tribunal Constitucional.⁵⁰⁷ Conforme a expressa previsão do ZPO, mesmo nos casos em que o juiz pode conhecer de ofício da questão jurídica, ele tem o dever de consultar as partes antes de decidir com base nela. A proibição contra decisões surpresa é parte importante do direito processual

⁵⁰⁵ Tradução livre do original: “§ 139 **Materielle Prozessleitung** (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 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.”

⁵⁰⁶ O tipo de nulidade e as suas conseqüências no sistema processual alemão não são de grande importância nesse estudo comparado. Para maiores detalhes sobre esse tema, consultar: STADLER, Astrid. § 139 **Materielle Prozessleitung**, **Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 6.^a ed. München: C.H. Beck, 2008, § 139, Rn 4.

⁵⁰⁷ Conferir as decisões em: STADLER, Astrid. § 139... op. cit., Rn 17-23.

constitucional, compondo o direito a um processo justo previsto no art. 103 I da GG.⁵⁰⁸

Conforme relata Rolf Stürner:

A revelação do ponto de vista judicial (diálogo judicial) não é uma ordem constitucional *geral* fundada no art. 103 I GG. Dessa máxima existe uma exceção em potencial, quando o tribunal constrói a sua decisão com base em um ponto de vista totalmente novo, que surpreende as partes.⁵⁰⁹

O § 139 não transforma o juiz em inquisidor. Ele é apenas o conselheiro das partes e um incentivador de suas atividades. É por isso que se fala em um dever judicial de aviso e não em dever judicial de instrução.⁵¹⁰ O ZPO só pode ser interpretado como sistema se a direção material do processo mobilizasse a parte a agir em busca de seus próprios interesses e, nesse sentido, a parte seria livre para buscá-los ou não. O juiz atua como conselheiro, mas a parte não é obrigada a aceitar o conselho. Como ressalta Peter Gottwald, “cada parte decide livremente, se vai seguir ou não os avisos judiciais.” Sendo uma das principais funções da direção material do processo “encerrar o litígio da maneira rápida e concentrada possível.”⁵¹¹

Em defesa da liberdade das partes, é correto afirmar que o dever judicial de esclarecimento das questões de fato e de direito se encerra com a consulta às partes. Se estas não quiserem ou nada tiverem a dizer, tem-se por cumprido o dever de direção material do processo.⁵¹²

⁵⁰⁸ Cf. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. **Zivilprozessrecht**... op. cit., p. 8.

⁵⁰⁹ STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung**... op. cit., p. 38. Tradução livre do original: “Die Offenbarung der richterlichen Rechtsansicht (Rechtsgespräch) ist kein dem Art. 103 I GG entfließendes *allgemeines* Verfassungsgebot, von diesem Grundsatz ist u.U. dann eine Ausnahme zu machen, wenn das Gericht seine Entscheidung auf eine völlig neue rechtsansicht aufbaut, welche die Parteien überrascht.” Stürner fala que a exceção é potencial porque escreveu o livro na década de 1970. Atualmente é indiscutível a existência de um mandamento de realização do diálogo judicial e discussão de novos pontos de vista jurídico.

⁵¹⁰ STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung**... op. cit., p. 16.

⁵¹¹ GOTTWALD, Peter. **ZPO**... op. cit., p. XXI. Tradução livre do original: “Jede Partei entscheidet frei, ob sie den Hinweisen des Gerichts folgen will oder nicht. [...] den Rechtsstreit möglichst rasch und konzentriert zu beenden.”

⁵¹² Cf. PRÜTTING, Hanns. **Einleitung, Zivilprozessordnung und Nebengesetze**... op. cit., p. 26.

8.3 NEUTRALIDADE JUDICIAL E IGUALDADE DE ARMAS

A direção material do processo faz parte do direito a um processo justo e também da igualdade de armas (*Waffengleichheit*).⁵¹³ Muito já se falou e escreveu acerca da igualdade das partes no processo civil.⁵¹⁴

Da mesma forma que a igualdade como valor num contexto mais amplo, também no processo civil ela pode produzir diferentes pontos de vista e conduzir a diferentes interpretações. Novamente vem à tona o tema dos objetivos do processo civil. Quem defende que o objetivo primário não é a proteção de direitos subjetivos costuma atribuir à igualdade processual um significado muito mais amplo. Caberia ao juiz realmente equilibrar as partes, para que tivessem exatamente as mesmas chances. Isso incluiria abandonar uma posição de neutralidade com relação ao conflito e praticamente atuar como advogado da parte que considere mais fraca na relação processual.

Rudolf Wassermann afirma que o juiz deve atuar como um jogador de xadrez que joga contra si próprio e, portanto, analisa lance a lance como pode, alternadamente, derrotar a si próprio.⁵¹⁵ Tal exemplo é extremado porque coloca o juiz em situação indevida e certamente ele acabará sabotando uma das partes, que levará logo um xeque-mate. Stürner lembra o sermão do monte e a exortação de Jesus, segundo a qual: “Ninguém pode trabalhar como escravo para dois amos; pois, ou há de odiar um e amar o outro, ou há de apegar-se a um e desprezar o outro”.⁵¹⁶ A passagem se encaixa bem, porque o juiz não é

⁵¹³ Cf. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. **Zivilprozessrecht**... op. cit., p. 9. No Brasil, por influência da obra de Nicolò Trocker, (TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, 768 p.) é mais utilizada a expressão ‘paridade de armas’.

⁵¹⁴ Veja-se, em especial, com bibliografia: STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung**... op. cit., p. 37-38; VOLKKOMER, Max. *Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess – eine neue Prozessmaxime?*, **Festschrift für Karl Heinz Schwab**, coord. P. Gottwald e H. Prütting. München: C.H. Beck, 1990, p. 503-520.

⁵¹⁵ WASSERMAN, Rudolf. **Der Soziale**... op. cit., p. 176. Em sentido contrário, corretamente: STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung**... op. cit., p. 22-28.

⁵¹⁶ Mateus 6:24.

uma máquina incapaz de sentir e os seus sentimentos podem traí-lo. Além disso, a visão de Wassermann ignora o valor intrínseco da participação das partes no processo. Ao afirmar que o juiz é o enxadrista que joga contra si próprio, ele simplesmente exclui por completo a importância das partes. Elas se tornariam meros informantes,⁵¹⁷ com um papel coadjuvante em relação ao ator principal, o juiz.

Como a maioria absoluta dos processualistas alemães adota a tese de que o objetivo principal do processo é a proteção dos direitos subjetivos das partes, essa não é a posição dominante acerca da igualdade de armas no processo civil. Assim a descreve Hanns Prütting:

A máxima da igualdade de armas processual foi desenvolvida em conexão com princípio do Estado de Direito e com o Art. 3 Abs. I GG. Ela faz com que as partes sejam oneradas de forma igualitária com relação aos riscos e aos custos do processo. Também deve em todos os processos ser garantido que ambas as partes sejam capazes de alegar tudo que for importante para a decisão.⁵¹⁸

A posição adotada por Prütting representa aquela adotada pelo Tribunal Constitucional alemão.⁵¹⁹ Como se vê, o Tribunal Constitucional também adota uma concepção bastante moderada e realista da igualdade das partes no processo civil. Não é permitido ao juiz tentar, pagando com a sua neutralidade e imparcialidade, cancelar as diferenças entre as partes e seus advogados. O juiz deve agir materialmente para que as partes obtenham do processo tudo aquilo que elas próprias querem obter e não tudo aquilo que ele pensa que seria justo que elas obtivessem. É por isso que o Tribunal Constitucional limita a direção material do processo à vontade das partes. É proibido ao juiz sugerir à

⁵¹⁷ Esse importante ponto, acerca da impossibilidade do juiz tratar as partes como informantes é ressaltado por Ulfried Neumann (NEUMANN, Ulfried. Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, **Rechtstheorie**, n.º 27, p. 417).

⁵¹⁸ PRÜTTING, Hanns. Einleitung, Zivilprozessordnung und Nebengesetze... op. cit., p. 30. Tradução livre do original: “ Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit ist im Zusammenhang von Rechtsstaatsprinzip und Art. 3 Abs. 1 GG entwickelt worden. Er fordert eine gleichmäßige Belastung der Parteien mit dem Prozeßrisiko und den Prozeßkosten. Auch muß in jedem Verfahren gewährleistet sein, daß beide Parteien alles für die Entscheidung Erhebliche vortragen können.”

⁵¹⁹ O BVerfG entende que a ‘igualdade de armas’ é a garantia constitucional de igualdade valorativa das posições processuais das partes do processo. Cf., como referência aos demais julgamentos: BVerfGE 52, 131, 156.

parte pedidos que não foram realizados, apontar fatos que não foram alegados ou apontar possíveis defesas que não foram argüidas. O juiz que assim agisse teria “ultrapassado as fronteiras da neutralidade judicial, porque essas condutas dão a impressão de identificação com uma parte.”⁵²⁰ Como bem ressaltado por Stürner, as diferenças entre as partes não são diferenças somente processuais e não podem ser resolvidas pelo juiz no processo.⁵²¹

Importa aqui salientar que a direção material do processo é um componente essencial da igualdade de armas. Através do seu ativismo processual, o juiz pode, sem se comprometer, auxiliar as partes que não se manifestaram adequadamente sobre alegações de fatos ou sobre pontos de vista jurídicos importantes para a decisão.⁵²²

⁵²⁰ Cf. STADLER, Astrid. § 139... op. cit., Rn 5. Tradução livre do original: “überschreiten die Grenze richterlicher Neutralität, weil sie den Anschein der Identifikation mit der Partei erwecken.”

⁵²¹ STÜRNER, Rolf. **Die Richterliche Aufklärung**... op. cit., p. 37-38.

⁵²² Cf. RAUSCHER, Thomas. Einleitung, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 3.^a ed. München: C.H. Beck, 2008, Einleitung, Rn 222. MUSIELAK,

8.4 PROTEÇÃO DE DIREITO PROCESSUAIS

A Lei Fundamental alemã, em seu art. 103, inciso I, garante que: “[n]os tribunais, todas as pessoas têm direito ao contraditório”.⁵²³ A expressão utilizada para contraditório é *rechtliches Gehör*, entendido como a versão em alemão do *auditur et altera pars*.⁵²⁴ Mas essa expressão pode ser traduzida em mais de um sentido. Pode significar, por exemplo, o direito de defesa em sentido amplo; o direito de ser ouvido; ou ainda, a ser ouvido em conformidade com o Direito.

Desde o início da vigência da Lei Fundamental, tem sido realizado um esforço conjunto para se interpretar o art. 103, I, como contendo uma cláusula ampla de proteção de direitos processuais, e não somente a proteção do contraditório.⁵²⁵ Wolfgang Grunsky defende que “a pretensão [ao devido processo] como direito fundamental processual está contida no art. 103, I, da Lei Fundamental, e no art. 6, I, da Convenção Européia de Direitos Humanos.”⁵²⁶

Já em diversas ocasiões, o Tribunal Constitucional reconheceu a existência de um direito amplo a um devido processo (processo justo), também no âmbito do processo civil.⁵²⁷ Como informa Wolfgang Lüke, “[o] Tribunal Constitucional, através de sua

⁵²³ Tradução livre do original: “Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör”.

⁵²⁴ Cf. GOTTWALD, Peter. **ZPO**... op. cit., p. XXIII.

⁵²⁵ Sobre tal intento, ainda em 1954, ver, especialmente: BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechtliches Gehör, **AcP**, vol. 153, p. 393-412, (1954); LERCHE, Peter. Zum Anspruch auf rechtliches Gehör, **ZZP**, vol. 78, p. 1-31.

⁵²⁶ BAUR, Fritz; GRUNSKY, Wolfgang. **Zivilprozeßrecht**, 10.^a ed.. Kriffel: Luchterhand, 2000, p. 44. Tradução livre do original: “Der anspruch als **prozessuales Grundrecht** ist in Art. 103 I GG und in Art. 6 I Europ. Menschenrechtskonvention enthalten.” O art. 6, I, da Convenção Européia de Direitos do Homem (*Europäische Menschenrechtskonvention*) tem a seguinte redação: “Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.” No texto em língua portuguesa, o art. 6, I, tem a seguinte redação: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”

⁵²⁷ Cf. e com os números das decisões do BVerfG: ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. **Zivilprozessrecht**... op. cit., p. 9.

jurisprudência, caracterizou e deu conteúdo ao direito ao contraditório. Ele deixou claro que esse direito é o ‘direito processual original’ dos indivíduos.”⁵²⁸

Ainda de acordo com o Tribunal Constitucional, dentro do direito a um processo justo, “decisivo é o pensamento de que as partes devem ter a oportunidade de, mediante manifestações fundadas em fatos, influenciar a formação da convicção do tribunal.”⁵²⁹ Trata-se, em outras palavras, do reconhecimento pelo BVerfG de que o juiz tem, no processo civil alemão, um dever de direção material do processo e que tal dever é extraível do art. 103, I, GG. Indo ainda mais longe em sua fundamentação, o Tribunal Constitucional já reconheceu que o dever de direção material do processo está ligado com a dignidade da pessoa humana:

O princípio do contraditório perante o tribunal tem não somente a função de clarificar os fundamentos de fato da decisão, mas também o respeito à dignidade da pessoa humana em uma situação tão grave como esta habitualmente representada em um processo judicial. Deve existir a possibilidade de se alegar argumentos de fato e de direito.⁵³⁰

Uma vez reconhecida a relevância constitucional da questão, não causa espanto o fato do Tribunal Constitucional ser inundado de pretensões de revisão de decisões por violação de direitos processuais fundamentais. A defesa dos direitos processuais tomava boa parte do tempo do Tribunal Constitucional alemão, o que dá demonstração ampla da importância dessa classe de direitos.

⁵²⁸ LÜKE, Wolfgang. **Zivilprozessrecht**... op. cit., p. 33. Tradução livre do original: “Das Bundesverfassungsgericht hat durch seine Rechtsprechung das Recht auf rechtliches Gehör geprägt und inhaltlich bestimmt. Es hat klargestellt, daß dieses Recht „das prozessuale Urrecht“ des einzelnen ist.”

⁵²⁹ PRÜTTING, Hanns. § 296 **Zurückweisung verspäteten Vorbringens**, Münchener **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 3.^a ed. München: C.H. Beck, 2008, § 296, Rn 11. Tradução livre do original: “Maßgebend ist der Gedanke, dass die Partei Gelegenheit haben muss, durch einen sachlich fundierten Vortrag die Willensbildung des Gerichts zu beeinflussen.”

⁵³⁰ BverfGE 55, 1, 6. Citado por: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte – Staatsrecht II**, 24.^a ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, Rn. 1075. Tradução livre do original: “Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs vor Gericht dient nicht nur der Abklärung der tatsächlichen Grundlage der Entscheidung, sondern auch der Achtung der Würde des Menschen, der in einer so schwerwiegenden Lage, wie ein Prozeß sie für gewöhnlich darstellt, die Möglichkeit haben muß, sich mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten.”

Foi exatamente por essa razão que o pleno desse Tribunal, em 2003, resolveu colocar a proteção aos direitos processuais em um outro patamar.⁵³¹ Os objetivos eram claros. Em primeiro lugar, diminuir o número de queixas constitucionais de conteúdo processual, e em segundo, tornar mais efetiva a proteção do direito a um processo justo (art. 103, I, da GG). A decisão deixa absolutamente clara a necessidade de respeito aos direitos processuais como condição de legitimidade das decisões judiciais.

Mais do que representar um caso qualquer que tenha como conteúdo a proteção de direitos processuais, essa decisão significou uma alteração no entendimento do que seja um direito à tutela jurisdicional. A importância de tal decisão já é notada pelo fato de ter sido um julgamento do pleno do Tribunal Constitucional, situação extremamente rara e excepcional.⁵³²

O BVerfG decidiu que, ao menos com relação às impugnações de caráter processual, toda parte tem direito a algum tipo de recurso contra uma decisão judicial. O Tribunal fundamenta tal direito no princípio do Estado de Direito e no direito a um processo justo (art. 103, I, GG).

Num primeiro momento, a intenção do primeiro *Senat* do Tribunal Constitucional era alterar a jurisprudência para interpretar a garantia de acesso ao judiciário contida no art. 19 da GG como garantia de um duplo grau de jurisdição em qualquer processo judicial. Tal intento não foi recepcionado pela decisão do pleno, que manteve o entendimento tradicional de que só cabe acesso irrestrito ao judiciário contra atos administrativos, e não atos judiciais.

⁵³¹ BVerfGE 30.04.2003, 1 PBvU 1/02. Publicado, dentre outros, em NJW 2003, p. 1924.

⁵³² Os requisitos para uma decisão plenária estão colocados no § 16 da BVerfGG. Sobre a estrutura do Tribunal, ver, resumidamente: LIMBACH, Jutta. **Das Bundesverfassungsgericht**. München: C.H. Beck, 2001, p. 20-26.

Mais do que tudo isso, nas palavras do atual vice-presidente do Tribunal Constitucional, Andreas Voßkuhle, o tribunal rompeu um dogma e reconheceu que a Constituição garante ‘proteção jurídica contra o juiz’.⁵³³ Suas conclusões são as seguintes:

A decisão plenária do Tribunal Constitucional deu passos importantes na direção de dogmática dos meios de impugnação constitucionalmente fundada. Para cada violação inicial pelo juiz de direitos processuais fundamentais, devem as legislações processuais no futuro prever uma efetiva possibilidade de controle.⁵³⁴

Em virtude do recurso ao legislador contido no dispositivo dessa decisão plenária do BVerfG, foi editada uma lei que alterou o art. 321a do ZPO.⁵³⁵ A reforma visava suprir deficiências da redação anterior, fruto da reforma de 2002. A atual redação é a seguinte:

§ 321a Remédio por Violação do Direito ao Contraditório

(1) em virtude da reclamação de uma das partes prejudicadas pela decisão, deve o processo ter seguimento quando

1. um recurso ou um outro remédio contra a decisão não esteja disponível e
2. o tribunal tenha violado de modo concretamente relevante o direito dessa parte ao contraditório.

Contra uma decisão anterior à decisão atacada não é admissível a reclamação.

(2) A reclamação deve ser interposta num prazo de duas semanas contadas a partir do conhecimento da violação do contraditório; o momento em que se tomou conhecimento deve ser plausível. Após o decurso de um ano desde o conhecimento da decisão violadora, a reclamação não será mais admissível. Decisões intimadas de modo informal são tidas como conhecidas após o terceiro dia de sua entrega pelo correio. A reclamação deve ser apresentada por escrito ao tribunal cuja decisão se ataca. A reclamação deve descrever a decisão atacada e deve preencher os pressupostos do parágrafo 1, frase 1, n.º 2.

(3) Desde que necessário, deve ser dada à parte contrária a oportunidade de resposta.

(4) O tribunal deve verificar de ofício se a reclamação é admissível e se foi interposta na forma e nos prazos legais. A falha em um desses requisitos torna a reclamação inadmissível. Se a reclamação for infundada, deve ser recusada pelo tribunal. A decisão final não é impugnável. A decisão deve ser resumidamente motivada.

(5) Se a reclamação for fundada, o tribunal deve remediá-la, por dar seguimento ao processo, desde que isso tenha sido requerido na reclamação. O processo será trazido de volta à situação em que estava

⁵³³ VOßKUHLE, Andreas. Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, *NJW*, p. 2.192-2.200, (2003).

⁵³⁴ VOßKUHLE, Andreas. Bruch mit einem Dogma... op. cit., p. 2.200. Tradução livre do original: “Das BVerfG hat mit seinem Plenumsbeschluss einen wichtigen Schritt in Richtung einer verfassungsrechtlich fundierten Rechtsmitteldogmatik unternommen. Für jede erstmalige Verletzung von Verfahrensgrundrechten durch den Richter müssen die Prozessordnungen in Zukunft eine effektive Kontrollmöglichkeit vorsehen.”

⁵³⁵ Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, 09/12/2004.

antes do encerramento da audiência oral. O § 343 é aplicável no que cabível. No processo escrito o momento de encerramento da audiência oral é substituído pelo momento em que se podem apresentar escritos.⁵³⁶

O objetivo principal do § 321a, além de proteger os direitos das partes, é evitar queixas constitucionais desnecessárias. Atualmente, por exemplo, a via da queixa constitucional só fica aberta estiverem fechadas todas as possibilidades de impugnação de uma violação de direitos processuais.⁵³⁷

O remédio contra a violação de direitos processuais previsto no § 321a do ZPO é de um tipo especial e não se confunde com um recurso em sentido estrito.⁵³⁸ O remédio pode ser utilizado, de acordo com as novas regras, contra toda e qualquer decisão que não seja mais recorrível – seja porque se atingiu a última instância, seja porque contra a decisão não cabe qualquer recurso.⁵³⁹ Em princípio, o remédio só seria utilizável contra a violação ao contraditório, mas o contraditório interpretado de forma extensiva pelo Tribunal Constitucional.⁵⁴⁰ Assim, na prática, o remédio é utilizável para combater a violação de

⁵³⁶ Tradução livre do original: § 321a Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (1) Auf die Rüge der durch die Entscheidung beschwerten Partei ist das Verfahren fortzuführen, wenn 1. ein Rechtsmittel oder ein anderer Rechtsbehelf gegen die Entscheidung nicht gegeben ist und 2. das Gericht den Anspruch dieser Partei auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat. Gegen eine der Endentscheidung vorausgehende Entscheidung findet die Rüge nicht statt. (2) Die Rüge ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen nach Kenntnis von der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erheben; der Zeitpunkt der Kenntniserlangung ist glaubhaft zu machen. Nach Ablauf eines Jahres seit Bekanntgabe der angegriffenen Entscheidung kann die Rüge nicht mehr erhoben werden. Formlos mitgeteilte Entscheidungen gelten mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. Die Rüge ist schriftlich bei dem Gericht zu erheben, dessen Entscheidung angegriffen wird. Die Rüge muss die angegriffene Entscheidung bezeichnen und das Vorliegen der in Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 genannten Voraussetzungen darlegen. (3) Dem Gegner ist, soweit erforderlich, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. (4) Das Gericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Rüge an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist erhoben ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Rüge als unzulässig zu verwerfen. Ist die Rüge unbegründet, weist das Gericht sie zurück. Die Entscheidung ergeht durch unanfechtbaren Beschluss. Der Beschluss soll kurz begründet werden. (5) Ist die Rüge begründet, so hilft ihr das Gericht ab, indem es das Verfahren fortführt, soweit dies auf Grund der Rüge geboten ist. Das Verfahren wird in die Lage zurückversetzt, in der es sich vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung befand. § 343 gilt entsprechend. In schriftlichen Verfahren tritt an die Stelle des Schlusses der mündlichen Verhandlung der Zeitpunkt, bis zu dem Schriftsätze eingereicht werden können.

⁵³⁷ Cf. GOTTWALD, Peter. **ZPO**... op. cit., p. XI.

⁵³⁸ Cf. MUSIELAK, Hans-Joachim. § 321a - Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, **Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 6.^a ed. München: C.H. Beck, 2008, § 321a, Rn 2.

⁵³⁹ Cf. MUSIELAK, Hans-Joachim. § 321a... op. cit., Rn. 2. Existem algumas exceções ao cabimento do remédio, mas cujos detalhes não são importantes.

⁵⁴⁰ Cf. MUSIELAK, Hans-Joachim. § 321a... op. cit., Rn. 6.

qualquer direitos fundamental processual, mas não pode ser utilizado para combater violação de outros tipos de direitos fundamentais.⁵⁴¹

⁵⁴¹ Cf. MUSIELAK, Hans-Joachim. § 321a... op. cit., Rn. 6a.

8.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Do exposto, podem ser extraídas as seguintes conclusões acerca do processo civil alemão. De acordo com a classificação proposta por Mirjan Damaška, a Alemanha tem um sistema de direito baseado no binômio *hierárquico-reativo*.⁵⁴²

Isso corresponde a uma visão parcial e paroquial daquilo que se convencionou chamar de processo dispositivo.⁵⁴³ As partes são senhoras do processo, tendo um controle quase absoluto sobre o seu início e fim, bem como sobre seu objeto. Têm, também, a responsabilidade de alegar e provar as suas alegações de fato.

A Lei Fundamental alemã garante o direito à proteção jurisdicional efetiva e garante o direito a um processo justo. O Tribunal Constitucional entende que um processo só é justo se as partes tiverem os seus direitos processuais respeitados. Isso inclui, especialmente, que as partes não sejam tratadas como meros peões do xadrez judicial. O juiz tem um dever decorrente da lei (§ 139, ZPO) de ouvir e levar a sério as alegações de fato levantadas; tem o dever de encorajar as partes à clarificar seus pontos de vista e produzir provas dessas alegações de fato e tem o dever de nunca surpreender as partes com pontos de vista jurídicos que não foram discutidos no processo.

Além disso, um processo justo inclui a necessária existência de um remédio contra as violações de direitos processuais. Trata-se do reconhecimento de um direito de proteção jurídica contra o juiz. A partir de requerimentos do Tribunal Constitucional, o legislador alemão alterou a redação do § 321 a ZPO a fim de garantir esse direito.

A principal proteção contra a violação de direitos processuais na Alemanha está contida no § 139 ZPO, que disciplina a direção material do processo. A direção material do processo tem tido evolução constante desde a promulgação do ZPO em fins do século XIX.

⁵⁴² Ver capítulo 7.

⁵⁴³ Ela é parcial e paroquial porque, como já enfatizado, o mesmo processo que os alemães chamam de dispositivo é chamado de inquisitivo pelos americanos.

A legislação vigente impõe um dever – conduta não opcional – para o juiz, especialmente para que ele discuta com as partes todos os aspectos fáticos e jurídicos relevantes para a decisão; para que ele incentive as partes a obterem o máximo do processo; para que ele nunca decida com base em fatos ou direito nunca discutidos pelas partes, mesmo quando deva conhecer de ofício de um ponto. Há uma completa proteção contra decisões surpresa.

De uma maneira bastante ampla, o sistema de proteção de direitos processuais alemão garante um processo justo e se encaixa nos pressupostos teóricos desenvolvidos nos capítulos anteriores. Até mesmo a linguagem e as concepções utilizadas se encontram em consonância. A doutrina dominante alemã e a jurisprudência do Tribunal Constitucional reconhecem a existência de direitos processuais e identificam de modo claro o seu caráter relacional. Como correlativos a esses direitos processuais das partes, existem deveres na pessoa do juiz, dentre os quais o mais importante para a garantia de um processo justo é o dever de direção material do processo.

É evidente que tal dever de direção material do processo decorre da lei e existiria mesmo que não existissem direitos a ele correlativos. Ocorre que no presente caso, a evolução histórica do processo civil alemão e, em especial, as decisões do Tribunal Constitucional, confirmam que se trata de um dever correlativo a um direito de natureza processual. Portanto, há um interesse da parte nessa conduta e ela pode exigir o seu cumprimento.

Além disso, a existência desse dever de direção material do processo, também de acordo com a doutrina preponderante e com decisões do Tribunal Constitucional, está umbilicalmente conectado à noção de justiça processual. Em especial a vedação de decisões surpresa demonstra uma preocupação não instrumental com o processo. Trata-se de uma preocupação de proteção dos valores processuais – uma proteção do processo como valor em si próprio.

Alguns fatores são fundamentais para esse encontro entre teoria e prática no sistema processual alemão:

- a. o sistema norteia-se por um liberalismo político processual que se preocupa com a proteção de direitos subjetivos, estando os demais fins do processo em segundo plano;
- b. existe há mais de um século a constante preocupação e o aprimoramento da legislação para que o juiz mire o seu ativismo processual em direção a uma justiça processual;
- c. o Tribunal Constitucional tem importante precedentes no qual fica nítida a importância dos direitos processuais, do dever de direção material do processo e da proibição de decisões surpresa.

É importante também perceber que o ativismo processual do juiz alemão não está contaminado com uma visão paternalista de Estado. O juiz não se considera o salvador da pátria e não quer que a sua própria visão de mundo e de justiça substitua a das partes. O juiz dirige materialmente o processo de modo a tratar as partes com igual respeito e consideração e de modo que o processo atinja todo o seu potencial. O juiz atua para que a vontade das partes se realize, e não para que a sua própria vontade se realize.

Essas são, sem dúvida, as principais razões da existência de um dever judicial de ouvir as partes sobre todas as questões de fato e de direito que podem influir na decisão. O juiz trata as partes como indivíduos capazes e que usam o processo como meio de solução de conflitos. Ele não tenta se substituir às partes e não tenta chegar a um resultado por elas não querido. Por outro lado, ele conduz o processo e guia às partes para que elas consigam atingir todos os objetivos por ela pretendidos.

Resta saber se tais elementos encontram-se presentes no sistema processual civil brasileiro e em que medida a ausência de um ou mais deles permite conectar teoria e prática do mesmo modo que no direito alemão.

9. DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

ben lungi dall'essere una «arcaica reminiscenza di ordinamenti primitivi», [il principio dispositivo] appare come una necessaria garanzia del retto funzionamento della giurisdizione, così come questa dev'essere modernamente intesa, ed è innegabile il suo significato «liberale».

Enrico Tullio Liebman⁵⁴⁴

Defensores, que somos, da concepção publicística do processo, compreendemos a ingerência, dentro de certos limites, das linhas gerais da orientação política do Estado no fenômeno do processo. (...) [Mas, é preciso] situar o processo civil dentro do sistema constitucional brasileiro, em que se harmonizem o indivíduo e o Estado pelo reconhecimento da compatibilidade da ordem com a liberdade.

Moacyr Amaral Santos⁵⁴⁵

A história do processo civil brasileiro atual se inicia com o Código de Processo Civil de 1939 e com as discussões que lhe deram origem.

É claro que se trata de uma afirmação polêmica, mas que encontra fundamento. O CPC de autoria de Pedro Batista Martins foi a primeira codificação processual civil com vigência em todo o território nacional. Ele não foi, porém, o resultado de um aproveitamento e aprimoramento das legislações e doutrinas desenvolvidas desde os tempos do império, passando pelo período republicano e pelos códigos estaduais. Uma das razões para isso ter acontecido encontra-se na ausência de qualidade das legislações anteriores. Especialmente no caso dos códigos estaduais, conforme relata Egas Moniz de Aragão, salvo “algumas exceções nitidamente pessoais, a mediocridade era o regra.”⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del Principio Dispositivo, **Rivista di Diritto Processuale**, vol. XV, p. 564, (1960). Tradução livre do original: “bem longe de ser uma «arcaica reminiscência de ordenamentos primitivos», [o princípio dispositivo] apresenta-se como uma necessária garantia do justo funcionamento da jurisdição, assim como esta deve ser modernamente compreendida, e é inegável o seu caráter «liberal».”

⁵⁴⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o Processo Autoritário, **Revista de Direito Processual Civil**, ano 1, vol. 1, p. 43, 44, (jan. – jun., 1960).

⁵⁴⁶ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Estudos Sôbre a Reforma Processual**. Curitiba: [s.n.], 1969, p. 133.

Não é correto afirmar que o pensamento processual civil brasileiro evoluiu em direção à codificação. Todas as fases anteriores ao Estado Novo não serviram de amparo teórico e ideológico para a sua elaboração.

Houve uma ruptura no pensamento processual. Para usar a terminologia mais próxima das ciências sociais, pode-se afirmar que o CPC de 1939 corresponde a uma quebra de paradigma no pensamento processual brasileiro. Paradigma aqui tomado no sentido da posição original de Thomas S. Kuhn, como “realização científica universalmente reconhecida que por um tempo fornece problemas e soluções modelo para uma comunidade”.⁵⁴⁷

A quebra representada pelo novo CPC em 1939 foi paradigmática porque preencheu os dois pressupostos para tanto: “a realização foi suficientemente ímpar para atrair um grupo duradouro de apoiadores para longe de modelos de atividade científica concorrentes. Simultaneamente, ela é suficientemente aberta para deixar todos os tipos de problemas para serem resolvidos pelo grupo redefinido de profissionais.”⁵⁴⁸

Não houve qualquer tipo de resistência doutrinária ou jurisprudencial em recepcionar o então novo Código e seus novos institutos. Além disso, toda a doutrina – representativos são os comentários de Pontes de Miranda – passou a discutir os problemas processuais exclusivamente à luz da nova legislação, servindo a lei antiga somente como ponto de comparação, tão útil nessa tarefa quanto qualquer lei de outro país ou pertencente a um passado remoto.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. Chicago: University of Chicago Press, 1962, p. x. Tradução livre do original: “universally recognized scientific achievements that for a time provide model problems and solutions to a community”

⁵⁴⁸ Ibid., p. 10. Tradução livre do original: “Their achievement was sufficiently unprecedented to attract an enduring group of adherents away from competing modes of scientific activity. Simultaneously, it was sufficiently open-ended to leave all sorts of problems for the redefined group of practitioners to resolve.”

⁵⁴⁹ Como destaca Moacir Lobo da Costa: “É precisamente no reconhecimento do mérito excepcional de muitas obras publicadas no país, a partir de 1940, que se funda o julgamento de ser a nossa a mais importante literatura processual do continente. [...] Dentre todos sobressai o trabalho de Pontes de Miranda, para o qual o único qualificativo adequado é o de monumental” (COSTA, Moacir Lobo da. **Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de Sua Literatura**. São Paulo: RT, 1970, p. 117, 118).

Inegável é a quebra paradigmática causada pelo advento do Código de Processo Civil de 1939. Todos os períodos anteriores encontram-se de um lado e o atual pensamento processual encontra-se de outro.⁵⁵⁰ Foi o que afirmou Pedro Batista Martins:

A reforma processual não poderia ficar circunscrita a uma simples revisão do sistema tradicional sem que se corresse o risco de trair a sua finalidade, que é resolver o problema da adaptação do processo às necessidades do comércio jurídico. [...] Um código não pode ser um relicário de tradições. Aliás, seria um não-senso invocar as tradições do nosso direito adjetivo, quando é sabido que êsse direito se fragmenta no país, desde 1891, em vários códigos, onde as fantasias doutrinárias e os preconceitos regionalistas ostentam frequentemente a sua audácia triunfante.⁵⁵¹

Essa posição fica muito clara nos textos escritos à época por Pedro Batista Martins e por Francisco Campos, respectivamente, pelo autor do anteprojeto do CPC e pelo então todo-poderoso Ministro da Justiça.⁵⁵² O intento era o de pura e simplesmente romper com a tradição anterior e instaurar uma nova forma de pensar o processo civil. E assim se deu. Moacyr Amaral Santos afirmou que, “[d]o processo anterior nada se salvaria.”⁵⁵³ José Frederico Marques, por sua vez, certificou que o “Código de 1939 teve o grande mérito de haver rompido com a tradição.”⁵⁵⁴ O novo CPC havia se transformado “num fator de renovação dos estudos processuais, implantando um sistema diverso e introduzindo uma

⁵⁵⁰ Moacir Lobo da Costa divide a história do processo civil no Brasil em quatro períodos anteriores ao CPC de 1939: 1832-1850; 1850-1889; 1890-1934; 1934-1938. O quinto período é exatamente o da outorga e vigência do CPC de 1939. Cf. COSTA, Moacir Lobo da. **Breve Notícia...** op. cit., p. 1-130.

⁵⁵¹ MARTINS, Pedro Batista. Em defesa do Ante-Projeto de Código de Processo Civil, **Revista Forense** (separata), p. 5, 8, (1939).

⁵⁵² “Já Francisco de Campos personificou o pagé intelectual. Culto – embora não tão erudito quanto muitos pensavam –, sempre quis (sempre) ser no Brasil o que um Koellreuter ou um Carl Schmitt foram na Alemanha, ou mais: o jurista hierofante das estruturas autocráticas, melhor ainda, o mentor cultural da ditadura. Seu livro sobre o novo Estado é realmente um trabalho bem estruturado, embora formado de pedaços. Vale-se sempre do conceito schmittiano de ‘decisão’ e do horror aos parlamentos, para justificar as violências (‘a técnica do Estado totalitário a serviço da democracia’), com uma irresistível queda pela terminologia da direita européia e uma tendenciosa utilização dos conhecimentos jurídicos, tudo junto com a preocupação, um tanto verbal, de reorganizar pedagogicamente o país. Redator da carta outorgada de 37, fez dela um estatuto executivista, em que poderes inusitadamente concentrados ficavam nas mãos do ditador; por ela se configurava o chamado *Estado Novo* brasileiro, um Estado intervencionista, antidemocrático, e ligado socialmente aos interesses dos grupos dominantes” (SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 294-295). Ainda especificamente sobre Francisco Campos e o direito, ver o interessante estudo de: SANTOS, Rogério. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil, **Dados**, vol. 50, p. 281-323, (2002).

⁵⁵³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra o Processo Autoritário...* op. cit., p. 30.

⁵⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Procedimento Ordinário*, **O Processo Civil**, 2.^a ed. São Paulo: AASP, 1974, p. 7.

série de alterações, desconhecidas dos Códigos dos Estados, assim como da legislação que os precedeu”, conforme dá testemunho Egas Moniz de Aragão.⁵⁵⁵

Não se pode ingenuamente pensar que a doutrina e os operadores do direito, de um dia para o outro, acompanharam os pais fundadores desse novo pensamento processual. Mas que eles terminariam por acompanhá-los e que uma quebra ocorreu – pelo menos do importante ponto de vista do direito positivo –, isso é indiscutível. A distância que separava o novo CPC de 1939 da legislação anterior representou um fator de renovação, tendo desencadeado uma “afanosa produção literária no campo processual.”⁵⁵⁶

É por essa razão que não se justifica o estudo do processo civil brasileiro anterior a esse período como método de compreensão do processo atual. Evidentemente que há interesse histórico na pesquisa desses períodos anteriores, mas é difícil calcular a utilidade prática de tão complexa empreitada. As considerações que se seguem são feitas a partir dessas polêmicas observações.

⁵⁵⁵ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Estudos Sôbre...** op. cit., p. 133

⁵⁵⁶ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Estudos Sôbre...** op. cit., p. 133.

9.1 AUTORITARISMO E LIBERALISMO PROCESSUAL

O nascimento do moderno processo civil brasileiro se deu, portanto, num período de forte autoritarismo estatal,⁵⁵⁷ misturado com um populismo que parece congênito aos governos latino-americanos. Segundo Amaral Santos, o CPC de 1939:

[n]asceu numa época em que, amesquinhado, o homem se tornara instrumento do Estado, convertido, por sua vez, em instrumento da vontade do chefe do govêrno, nas mãos de quem se concentravam todos os poderes.⁵⁵⁸

O populismo autoritário que caracterizou o Estado Novo⁵⁵⁹ se fez presente no direito processual civil, em especial nas palavras de Francisco Campos, que retoricamente pregava um processo ‘mais popular’ ou ‘eminentemente popular’, ‘de defesa dos fracos’, já que o processo vigente seria ‘formalista e bizantino’, um ‘instrumento das classes privilegiadas’. Sua luta era contra:

a concepção duelística do processo judiciário, em que o estado faz apenas ato de presença, desinteressando-se do resultado e dos processos pelos quais foi obtido. A transformação social elevou, porém, a justiça à categoria de um bem geral, e isso não apenas no sentido de que ela se acha à disposição de todos, mas no de que a comunidade inteira está interessada na sua boa distribuição, a ponto de tomar sobre si mesma, através dos seus órgãos de governo, o encargo de torná-la segura, pronta a acessível a cada um. Responsável pelos bens públicos, o estado não pode deixar de responder pelo maior deles, que é precisamente a Justiça, e à sua organização e ao seu processo há de imprimir os traços da sua autoridade.⁵⁶⁰

O problema da concepção de processo como instrumento do populismo autoritário não está, obviamente, nos nobres fins divulgados, mas na atitude por detrás do bom

⁵⁵⁷ Conforme expõe Boris Fausto: “O Estado Novo perseguiu, prendeu, torturou e forçou políticos e intelectuais a se exilarem – especialmente esquerdistas e alguns liberais” (FAUSTO, Boris. **A Concise History of Brazil**, trad. A. Brakel. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 224). Tradução livre do original: “The Estado Novo persecuted, arrested, tortured, and forced politicians and intellectuals into exile – especially leftists and some liberals.”

⁵⁵⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra o Processo Autoritário...* op. cit, p. 30.

⁵⁵⁹ “O Estado Novo, ainda com Vargas, inaugurou nossa primeira ditadura, o primeiro regime político que desde a Independência sacrificava abertamente a liberdade. Nele, misturavam-se os estilos ditatoriais do mundo nazista e do mundo comunista. Do último, tirava o nacionalismo e a política social” (CARVALHO, José Murilo de. Vargas e o problema da conciliação entre liberdade e igualdade, **Ciência Hoje**, v. 3, n.º 210, p. 34, (2004)).

⁵⁶⁰ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional – Sua Estrutura – Seu Conteúdo Ideológico**. Brasília: Senado, 2001, p. 161-163.

mocismo demonstrado.⁵⁶¹ Contra um processo *a priori* neutro contrapõem-se um processo que privilegia a ‘massa humana’.

Essa cortina de fumaça lançada por Francisco Campos é proposital e faz parte de todo o jogo de cena que marcou o populismo de Getúlio Vargas. A tentativa de confusão é clara e está ligada àquilo que Ralf Dahrendorf explicitou acerca do populismo. Para ele, “[a]s fronteiras entre ambos – democracia e populismo, debate eleitoral e demagogia, discussão e sedução – nem sempre é fácil de traçar.” A característica marcante entre os dois é que “o populismo é simples, a democracia é complexa.”⁵⁶²

Essa é a questão. Não se pode cair no conto do vigário do populismo varguista. A relação entre o juiz e as partes não se resolve de modo simples, mas dentro da complexidade característica das democracias. O juiz não é o ‘pai dos pobres’ e não deve atuar como se fosse o pai de ninguém. Não deve ser essa sua função.

Além do chefe do executivo gostar de ser chamado de ‘pai dos pobres’, ele gostaria que os juízes também demagogicamente empunhassem a mesma bandeira contra um processo que privilegiava os ricos. “Entrava o povo na obra reformista como beneficiário do paternalismo governamental, a justificar a criação de mais um instrumento do regime autoritário do Estado”,⁵⁶³ agudamente notava Amaral Santos.

Não se está negando que as confusas e dispersas regras processuais anteriores ao CPC de 1939 fossem realmente ‘formalistas e bizantinas’, mas não há nessa afirmação a

⁵⁶¹ Com razão denunciou Moacyr Amaral Santos: “A crítica [à legislação anterior] era demasiadamente crua, quanto injusta e menos sincera, de conteúdo marcadamente político e destruidor da tradição, mas de enderço certo, qual o de fortalecer o regime paternalista instituído a dez de novembro. Este, na voz incessantemente repetida do chefe nacional, tinha por beneficiário o povo e por alicerce o governante, a ampará-lo e protegê-lo, livre de mandatários, causadores de lutas estéreis, de conflitos de corrilho, movidos por preponderâncias oligárquicas, competições personalistas e interesses escusos. Bastaria o governante a velar por tudo, mas, especialmente, pelo povo” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra o Processo Autoritário...* op. cit., p. 31).

⁵⁶² DAHRENDORF, Ralf. *Über Populismus: Acht Anmerkungen, Wiederbeginn der Geschichte - Vom Fall der Mauer zum Krieg im Irak*. München: C.H. Beck, 2004, p. 315, 318. Tradução livre do original: “Die Grenze zwischen beiden, Demokratie und Populismus, Wahlkampfdebatte und Demagogie, Diskussion und Verführung ist nicht immer leicht zu ziehen. [...] Populismus ist einfach, Demokratie ist komplex: das ist am Ende vielleicht das wichtigste Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Formen des Bezuges auf das Volk.”

⁵⁶³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra o Processo Autoritário...* op. cit., p. 31.

certeza de que a solução dos problemas se encontre naquilo que Francisco Campos denominou de ‘concepção autoritária do processo’.⁵⁶⁴

Em que consiste a ‘concepção autoritária do processo’? Trata-se do processo que utiliza todo o poder do Estado para atingir os seus objetivos de ‘investigação da verdade e distribuição de Justiça’.⁵⁶⁵ A síntese de todo o pensamento autoritário que marcou a gênese e outorga do CPC de 1939 não poderia ser mais clara do que nessa estarecedora conclusão de Luiz Machado Guimarães em defesa do autoritarismo processual:

A liberdade pode ser um meio para a consecução de certos fins, mas não é um fim em si mesma. Ora, o escopo do processo, que é manter a paz social mediante a atuação das normas jurídicas objetivas, é eminentemente social. Se, portanto, a experiência tem demonstrado que a liberdade - traduzida, na hipótese, pela iniciativa individual - não se mostra apta à consecução desse escopo, deve ceder o passo à autoridade do Estado, manifestada através da pessoa do juiz.⁵⁶⁶

Essa é a síntese perfeita do espírito que guiou o moderno processo civil brasileiro. Trata-se de legislação extremamente autoritária, mas bem “vestida de rendas científicas a encobrirem a idéia da força.”⁵⁶⁷ Essa é, também, a defesa lapidar do autoritarismo processual e a antítese de tudo o que se defende nesse trabalho.

Os discursos acima são ainda bastante dóceis se comparados com os autoritarismos que foram extirpados do anteprojeto do CPC de 1939. Em sua redação original, havia a previsão segundo a qual o juiz poderia utilizar-se de conhecimento privado acerca dos fatos como motivação do julgamento. Além disso, o juiz deveria proferir “decisão conforme a justiça” (qual justiça?). Inexistia, ainda, na versão original, o artigo que impedia o juiz de prestar tutela jurisdicional não pedida pelas partes. O objeto do processo

⁵⁶⁴ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**... op. cit., p. 163.

⁵⁶⁵ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**... op. cit., p. 163.

⁵⁶⁶ GUIMARÃES, Luiz Machado. Processo Autoritário e Regime Liberal, **Revista Forense**, vol. LXXXII, fascículo 642, p. 248, (1940).

⁵⁶⁷ “procurou o legislador, na reforma processual, associar o fator científico, mas tudo fazendo, sem qualquer dissimulação, para dêste extrair princípios consorciáveis com a orientação autoritária do regime instituído” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra o Processo Autoritário*... op. cit., p. 32).

seria delimitado pelo próprio juiz.⁵⁶⁸ A deformidade levada a cabo pelo legislador era tão grande a ponto de considerar que “concepção publicística e concepção autoritária do processo eram expressões equivalentes.”⁵⁶⁹ Ou seja, tomava-se uma conquista – aspecto publicista do processo – e a transformava em um elemento de defesa de posições autoritárias.

O modelo processual de Francisco Campos se encaixa a perfeição na criticada imagem da proibição da autotutela.⁵⁷⁰ Provavelmente, Thomas Hobbes aceitaria tal modelo processual, que estaria em consonância com os valores de uma monarquia absolutista ou de uma república autoritária como aquela fundada por Oliver Cromwell. Tal modelo é, porém, totalmente incompatível com um Estado de Direito que se quer democrático e que assegura a liberdade dos seus súditos.⁵⁷¹

Essas foram considerações acerca do CPC de 1939. Porém, melhor sorte não teve o vigente CPC de 1973.⁵⁷² Além de não discutir abertamente as questões acerca da contraposição entre liberalismo e autoritarismo processual, é inegável que também tenha sido gestado durante período de grande autoritarismo estatal. O autor do anteprojeto, Alfredo Buzaid, escreveu o seguinte na Exposição de Motivos do CPC vigente:

O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes a fim de administrar justiça. Não se destina à simples definição de direito na luta privada entre os contendores. [...] O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos.⁵⁷³

⁵⁶⁸ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra o Processo Autoritário...* op. cit, p. 37.

⁵⁶⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra o Processo Autoritário...* op. cit, p. 34.

⁵⁷⁰ Ver o capítulo 5.

⁵⁷¹ Ver o preâmbulo da Constituição da República do Brasil de 1988.

⁵⁷² É interessante a constatação de Barbosa Moreira de que o processo civil brasileiro sofreu uma influência baixa do processo civil alemão, seja no campo legislativo, seja no campo doutrinário e que a maior influência do CPC de 1973 parece ser o Código de Processo Civil da Cidade do Vaticano (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Der Einfluß des deutschen Zivilprozeßrechts in Portugal und Brasilien, Das Deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, coord. W. Habscheid. Bielefeld: Giesecking-Verlag, 1991, p. 387-399; MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. *Il Codice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano come Fonte Storica del Diritto Brasiliano*, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 46, n.º 1, p.166-77, (genn./mar. 1991)).

⁵⁷³ BUZOID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973*.

Estão aí presentes os elementos da *proibição da autotutela* e do *instrumentalismo exacerbado*. Percebe-se que não há uma preocupação direta com as partes e com seus direitos, não passa de meros instrumentais que visam um interesse público. Fosse essa a representação da realidade, o vigente processo civil não seria compatível com a Constituição de 1988.

Pode-se argumentar que não necessariamente uma legislação nascida no seio do autoritarismo vai, ao seu turno, ser necessariamente autoritária. É de se notar que, não haver uma ligação direta entre o regime autoritário de então e o vigente Código de Processo Civil não significa que a sua utilização estivesse imune aos efeitos deletérios do sistema. Alguns efeitos do autoritarismo processual do Estado Novo se mantiveram presentes no novo sistema processual, quando, por vezes, se negava até mesmo o acesso ao Judiciário por razões ‘políticas’, ou ‘à sombra dos chamados atos Institucionais’, como bem denunciou Egas Moniz de Aragão por ocasião da VII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Curitiba em 1978, quando à época presidia o Conselho Federal Raymundo Faoro.⁵⁷⁴

O que parece realmente relevante no período da ditadura militar é o completo desaparecimento da concepção liberal de processo. Até mesmo o vocabulário se perdeu. O que se passou a ter, desde então e até hoje, é uma concepção ‘correta’ de processo – autoritário, que passou a se chamar, como queria Francisco Campos, processo civil social – e uma concepção ‘equivocada’ e ‘inadmissível’ – processo liberal no interesse das partes. Essa última concepção é não só, de acordo com o pensamento vigente, inadmissível, mas indiscutivelmente errada.

⁵⁷⁴ Cf. MONIZ DE ARAGÃO, Egas. O Estado de Direito e o Direito de Ação (A Extensão do seu Exercício), *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 19, p. 243-262, (1978).

9.2 O MITO DA TRANSIÇÃO

A forma de fundamentação desse processo civil social que supostamente vige no Brasil se mostra no mínimo equivocada. O que mais se lê em escritos de direito processual civil que se querem progressistas é que as bases dogmáticas do direito processual civil não podem mais ser aceitas, porque fazem parte dos ideais de um Estado liberal e porque são incompatíveis com o atual Estado social. Há aí uma implícita e necessária transição de um Estado liberal para um social.

Essas afirmações talvez fizessem algum sentido num país que realmente teve um Estado liberal – como a Alemanha – e no qual esse Estado liberal realmente evoluiu para um Estado social. Ocorre que no Brasil nunca houve um Estado liberal no passado e nunca houve ou há um Estado social. Essas afirmações de transição de um Estado liberal para um Estado social não passam de argumentos retóricos sem qualquer respaldo histórico. O Brasil sempre teve um Estado autoritário ou, na apurada definição de Raymundo Faoro, um “monstro patrimonial-estamental-autoritário”.⁵⁷⁵

Durante toda a movimentação do período imediatamente anterior à independência, durante o período colonial e a primeira república, nunca houve no Brasil liberalismo, nem no sentido econômico e ainda menos no sentido político (que é o que aqui se discute). Não houve no Brasil nada que fosse equiparável aos liberalismos americano e europeu. Conforme demonstra Raymundo Faoro:

esse Liberalismo [americano ou europeu] não pôde, em nenhum momento, compatibilizar-se com o Estado brasileiro. Os liberais têm, com o poder, uma relação tempestuosa ou ambígua: serão potencial ou realmente sediciosos, ou, sem tocar no Estado, farão a política conservadora.⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ FAORO, Raymundo. Existe um Pensamento Político Brasileiro?, **Estudos Avançados**, vol. 1, n.º 1, p. 55, (1987).

⁵⁷⁶ FAORO, Raymundo. Existe um Pensamento Político... op. cit., p. 47.

Uma democracia liberal de tipo norte-americano jamais ocorreu no Brasil pré-1988.⁵⁷⁷ Como afirmou Sérgio Buarque de Holanda no clássico *Raízes do Brasil*: “a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós.”⁵⁷⁸ E concluiu que: “[a] democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido.”⁵⁷⁹ Não é diferente a posição de Gilberto Freyre, no também clássico *Casa-Grande & Senzala*:

A nossa tradição revolucionária, liberal, demagógica, é antes aparente e limitada a focos de fácil profilaxia política: no íntimo, o que o grosso do que se pode chamar ‘povo brasileiro’ ainda goza é a pressão sobre ele de um governo másculo e corajosamente autocrático.⁵⁸⁰

Mesmo na época do Brasil imperial e na velha república, o discurso chamado ‘liberal’ na tinha que ver com os ideais do liberalismo político. Era apenas um ‘liberalismo ornamental’.⁵⁸¹ “O liberalismo no Brasil, não soube ultrapassar o dilema”, como bem pondera Raymundo Faoro, “entre a democracia e a liberdade”.⁵⁸²

Segundo José Murilo de Carvalho, o Estado brasileiro nunca teve a feição dos Estados europeus. O Brasil nunca foi um Estado liberal no sentido da palavra, desde o início da República até a década de 30 do século XX, o que existiu foi “um processo lento de ajustamento de forças derivadas de um capitalismo (revolução econômica) mal implantado, de uma liberdade (revolução política) incompleta e de uma igualdade (revolução social) nunca atingida.”⁵⁸³ Ou ainda Antônio Paim:

⁵⁷⁷ Cf. CARVALHO, José Murilo. The Unfinished Republic, *The Americas*, vol. 48, n.º 2, p. 154, (Oct., 1991).

⁵⁷⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*, 26.ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 160.

⁵⁷⁹ Ibid. Nesse sentido: FAORO, Raymundo. A Aventura Liberal numa Ordem Patrimonialista, *Revista USP*, n.º 17, p. 21, (Março / Abril / Maio 1993); CANDIDO, Antonio. O significado... op. cit., p. 18.

⁵⁸⁰ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*, 48.ª ed. São Paulo: Global, 2003, p. 114.

⁵⁸¹ A expressão é de Sérgio Buarque de Holanda: HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*... op. cit., p. 183. É adotada também por Antonio Candido: CANDIDO, Antonio. O significado de *Raízes do Brasil*, *Raízes do Brasil*... op. cit., p. 8.

⁵⁸² FAORO, Raymundo. Rodrigues Alves: O Enigma Decifrado?, *Rodrigues Alves: Apogeu e Declínio do Presidencialismo*, A. A. de Melo Franco. Brasília: Senado Federal, 2000, p. 53.

⁵⁸³ CARVALHO, José Murilo de. Vargas e o problema da conciliação entre liberdade e igualdade, *Ciência Hoje*, v. 3, n.º 210, p. 34, (2004).

O elemento mais característico de nosso período republicano – que, dentro em breve, completará seu primeiro século – é, sem dúvida, ascensão do autoritarismo político.⁵⁸⁴

Como corretamente aponta Roberto Schwarz, havia uma grande “disparidade entre a sociedade brasileira, escravista, e as idéias do liberalismo europeu”, o que tornava todo o discurso pseudoliberal de então uma ‘comédia ideológica’.⁵⁸⁵ Ainda mais contundente é a posição de Oliveiros Ferreira, que afirmou o seguinte:

Se me perguntarem se existe liberalismo no Brasil, responderei que existem alguns que se consideram liberais, liberalismo não existe, porque nunca existiu. [...] A resposta à pergunta se existe liberalismo no Brasil não deve ser dada tendo em vista a ‘folha de papel’, mas as relações reais de poder na sociedade⁵⁸⁶

A idéia de que existiu ou existe liberalismo no Brasil não passa de um ‘comédia ideológica’ e de uma grande confusão entre a autonomia da sociedade civil e o liberalismo econômico absoluto, como salientou José Guilherme Merquior.⁵⁸⁷

Com o advento da Constituição de 1988 poder-se-ia, em tese, afirmar que o Brasil se constituiu em um Estado Social. Porém, a artificialidade dessa nomenclatura fica evidente quando se compara o Estado brasileiro ao Estado de outros países que há mais tempo afirmam os postulados do *welfare state*. Talvez o Brasil caminhe em direção a um Estado Social, o que é bastante diferente de afirmar peremptoriamente a transição, a fim de justificar uma posição dentro do restrito campo de estudo do processo civil.

O ponto de chegada dessas discussões acerca do caráter liberal ou autoritário do processo civil brasileiro não é simplesmente defender uma posição contraposta à autoritária. Não se busca um afastamento da visão publicista simplesmente pelo fato de ela ter sido gestada em períodos autoritários. Não se está defendendo uma minimização da

⁵⁸⁴ PAIM, Antônio. Introdução, **Populações Meridionais do Brasil**, O. Viana. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 19.

⁵⁸⁵ SCHWARZ, Roberto. **Ao Vencedor as Batatas**, 4.^a ed. São Paulo: Duas Cidades, 1992, p. 2.

⁵⁸⁶ FERREIRA, Oliveiros. Do Liberalismo no Brasil, **Revista USP**, n.º 17, p. 8, (Março/Abril/Maio, 1993).

⁵⁸⁷ MERQUIOR, José Guilherme Merquior. Raízes da Tradição Autoritária, **Jornal do Brasil**, 20 de fevereiro de 1982.

atividade processual do juiz. Ao contrário, o que se está querendo é um aumento do ativismo processual do juiz brasileiro.⁵⁸⁸

Até porque, como já se destacou mais de uma vez, está se defendendo uma posição ligada ao liberalismo processual, mas com intenso ativismo processual. O que jamais se defenderá é uma posição de ativismo material ligada à defesa do processo como instrumento de justiça social, no qual a lei é substituída pelo senso subjetivo de justiça do juiz, como afirmou Dinamarco, “[a] liberdade do juiz encontra limite nos ditames da lei”.⁵⁸⁹

A discussão acerca do autoritarismo e liberalismo do processo brasileiro serve como contraponto ao atual estado das discussões – ou a inexistência delas.

É importante relembrar a curta história do processo civil brasileiro a fim de que se faça um resgate de uma tradição liberal no pensamento processual. Desde a vigência do atual CPC e, especialmente a partir da publicação da extraordinariamente influente ‘Instrumentalidade do Processo’ de Dinamarco, o pensamento processual civil brasileiro se tornou monótono; tocado em um só tom. Ela representa a absoluta vitória da visão do processo civil como um processo social e ela é responsável pela santificação da figura do juiz – o último bastião da República.

Lembrar que um processo no qual o juiz tinha um ativismo processual era chamado pelos seus defensores de ‘processo autoritário’ e lembrar que a figura do juiz ativo nasceu nos braços do autoritarismo estatal não é razão suficiente para discordar dessa construção teórica. Não se trata de um revisionismo ou de um ‘neoprivatismo’ no processo civil.

⁵⁸⁸ É por essas razões que a posição que aqui se defende não se alinha com as teses defendidas na Itália por Franco Cipriani e na Espanha por Juan Montero Aroca. A controvérsia gerada por suas posições encontra-se bem delineada em: AROCA, Juan Montero (coord). **Proceso Civil y Ideología – Una Prefacio, una Sentencia, dos Cartas y Quince Ensayos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, 438 p. Há aí inclusive um artigo de Barbosa Moreira: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El Neoprivatismo em el Proceso Civil, **Proceso Civil y Ideología**... op. cit., p. 199-216.

⁵⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade**... op. cit., p. 321.

O problema do pensamento único é o seu hermetismo. Todo aquele que quiser defender uma visão diversa pode infundadamente ser tomado como um tolo.

9.3 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ATUAL

O processo brasileiro vem passando por um incessante processo de constitucionalização, que não se encerrou em 1988.⁵⁹⁰ O constituinte foi generoso ao inserir uma grande quantidade de direitos processuais na Constituição. O centro desses direitos é, indiscutivelmente, o direito fundamental ao devido processo previsto no inciso LIV do art. 5.º. Ele engloba os demais direitos processuais, conforme explica Flávio Luiz Yarshell:

são reconhecidos, geralmente, os princípios do contraditório e da ampla defesa, juiz natural, igualdade, publicidade, além da abrangente noção de inafastabilidade do controle jurisdicional e, em certo sentido, englobando os anteriores, o devido processo.⁵⁹¹

É por essa razão que, na Constituição do Brasil, o devido processo legal tem uma textura muito menos aberta do que nos EUA, porque apesar de ser o centro de todas as normas de natureza processual civil, a Constituição de 1988 prevê expressamente alguns dos direitos fundamentais que complementam e facilitam a interpretação da cláusula do devido processo legal. Tais direitos fundamentais devem ser entendidos como decorrentes do direito ao devido processo previsto no art. 5.º: a igualdade entre as partes (*caput*), a inafastabilidade da apreciação (XXXV); o juiz natural e imparcial (XXXVII e LIII); o contraditório e a ampla defesa (LV); a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (LVI); a publicidade do processo (LX); a assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (LXXIV); bem como a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), isto somente para citar os expressamente previstos no texto.

⁵⁹⁰ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constitucionalização do Processo no Direito Brasileiro, **La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional - Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio**, coord. E.F. Mac-Gregor e A.Z.L. de Larrea. Ciudad de México: UNAM, 2008, tomo X, p. 159-167.

⁵⁹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **A Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 33.

Todos esses direitos processuais são também direitos fundamentais e que funcionam como instrumento de proteção dos demais direitos. É o que explica Luiz Guilherme Marinoni:

Isso quer dizer que o direito à proteção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito à preordenação das técnicas adequadas à efetividade da tutela jurisdicional, as quais não são mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção.⁵⁹²

Em que pese essa crescente constitucionalização e o interesse da melhor doutrina pelo tema, não houve no Supremo Tribunal Federal uma movimentação no sentido de dar um conteúdo mais preciso a esses direitos fundamentais processuais. Até mesmo por razões administrativas, o STF reiteradamente rejeita qualquer tentativa de análise do tema utilizando-se da pouco convincente técnica da ‘ofensa reflexa’ à Constituição.

Seguindo a mesma tradição que a Suprema Corte americana,⁵⁹³ o Supremo Tribunal Federal não se interessou por definir os parâmetros nos quais um processo civil é considerado devido. Raros são as situações na qual o tema entrou na pauta de julgamentos. Normalmente a discussão do devido processo se dá no âmbito administrativo ou criminal. Somente para exemplificar, cita-se um dentre as centenas de acórdãos exatamente nesse sentido:

As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição.⁵⁹⁴

Talvez, com a implementação dos filtros de acesso ao STF tal situação venha a se modificar, o que até o presente momento não ocorreu. Apesar disso, em raro julgamento no qual tratou do tema, o Supremo Tribunal Federal deu uma razoável idéia daquilo que entende por devido processo:

⁵⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 186.

⁵⁹³ Sobre a rejeição das matérias processuais na Suprema Corte americana, ver: LEUBSDORF, John. *Constitutional Civil Procedure*, 63 **Texas Law Review** 581, (1984).

⁵⁹⁴ STF, T2, RE-AgR 588.312 / DF, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 30.09.2008.

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos.⁵⁹⁵

Como se vê, o STF, entende que o devido processo está ligado à noção de *fairness*, como já se defendeu teoricamente aqui.⁵⁹⁶ A idéia do devido processo em sentido processual, como nota Thomas Scanlon, está intimamente ligada à noção de *fairness* e também à efetiva participação na tomada da decisão.⁵⁹⁷ A única visão que é compatível com o inciso LIV do art. 5.º da Constituição brasileira é a visão da direção material do processo.

Sobre o papel do juiz no direito processual, o STF também proferiu importante e recente decisão. De acordo com o relator, Min. Eros Grau, o juiz tem um dever de ‘neutralidade’, ‘independência’ e de ‘imparcialidade’. Segundo ele:

[a] *neutralidade* impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. Seus interesses não devem, sob nenhuma maneira, entrar em jogo no conflito que ele deve resolver. Por isso e apenas assim será capaz de dizer o direito, não se engajando no conflito, mantendo-se estranho a ele.

[...]

A *independência* é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo - quando o exijam a Constituição e a lei - mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas.

[...]

A *imparcialidade*, por fim, é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor

⁵⁹⁵ STF, T2, AI 529.733 / RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17.10.2006.

⁵⁹⁶ Ver capítulos 4 e 5.

⁵⁹⁷ SCANLON, Thomas M. *Due Process, Due Process – Nomos XVIII*, coord. J.R. Pennock, J.W. Chapman. New York: New York University Press, 1977, p. 93-97.

ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da *impessoalidade*, que a impõe.⁵⁹⁸

Como se vê, o plenário do STF entendeu de forma absolutamente cristalina que o juiz está proibido de se imiscuir no conflito entre as partes (*neutralidade*); está proibido de se deixar influenciar por fatores estranhos ao processo (*independência*); e está proibido de julgar de acordo com o *status* das partes em um sentido amplo (*imparcialidade*). A isso, o STF soma o dever de tratar igualmente as partes, já que “o tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal”.⁵⁹⁹

Por mais que muitos juízes possam pensar em contrário, o juiz brasileiro, assim como o alemão, também está absolutamente vinculado à lei. A maior diferença reside no fato de que o juiz brasileiro também concentra em si, além da jurisdição ordinária, a jurisdição constitucional.⁶⁰⁰ Isso não impede a afirmação de vinculação à lei. Se uma determinada regra jurídica é aplicável ao caso concreto posto para julgamento, o juiz, na jurisdição ordinária, não tem outra alternativa que não a aplicação de tal regra. Uma alternativa somente surge fora da jurisdição ordinária e consiste na declaração de incompatibilidade formal ou material da regra jurídica com a Constituição.

Porém, tal declaração de inconstitucionalidade tem requisitos próprios que devem necessariamente ser preenchidos. O Supremo Tribunal Federal deixou tal questão muito clara com a edição da súmula vinculante número 10.⁶⁰¹ A mensagem do Tribunal é exatamente a colocada acima: o juiz não pode ignorar a lei, ou ele a aplica ou deve obrigatoriamente considerá-la inconstitucional. Se isso é verdade com relação a qualquer

⁵⁹⁸ STF, Pleno, HC 95.009-4 / SP, Rel. Min. Eros Grau, julg. 06.11.2009, DJU 19.12.2008. O fato da decisão ter sido proferida num processo criminal não altera o resultado. Segundo o próprio relator do processo, suas considerações haviam sido anteriormente escritas com os olhos voltados para o processo civil, bastando reparar na linguagem acerca das partes e seus interesses no processo.

⁵⁹⁹ STF, Pleno, HC 83.255 ED, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 09.06.2004, DJU 20.08.2004.

⁶⁰⁰ O máximo que o juiz alemão pode fazer é remeter uma dúvida acerca da constitucionalidade de um ato normativo à apreciação dos Tribunais Constitucionais. Cf., dentre inúmeros outros: SACHS, Michael. *Verfassungsprozessrecht*, 2.^a ed. Frankfurt am Main: Recht und Wirtschaft, 2007, p. 71-73.

⁶⁰¹ Súmula Vinculante n.º 10 “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (publicada no DJU 11.9.2008, p. 33).

lei ou ato normativo, é ainda mais verdadeiro com relação às regras processuais, que aplicadas ao processo judicial em curso, tem verdadeiro sentido de regras do jogo, que não podem ser alteradas a qualquer momento pela vontade do juiz.

9.4 FINS DO PROCESSO

O processo civil brasileiro atual tem um problema ligado a ausência de discussão acerca dos seus objetivos.

Na Alemanha, a maioria esmagadora dos processualistas defende o processo liberal e dispositivo e entende que a proteção de direitos individuais é o objetivo principal do processo – quando não o único.⁶⁰²

É interessante notar que eminentes processualistas que sofreram perseguição por partes de regimes autoritários sempre defenderam uma concepção liberal de processo e de juiz – os mais eloqüentes exemplos são Enrico Tullio Liebman e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.⁶⁰³ Por outro lado, processualistas que, seja por força de convicção ideológica ou por meros interesses pessoais, estivessem próximos ao centro do poder desses mesmos regimes, acabaram por defender uma concepção autoritária – vejam-se os casos de Franz Klein e de Pedro Batista Martins.

No Brasil, em sentido oposto ao que se vê na Alemanha, é possível afirmar que praticamente todos os processualistas colocam a proteção de direitos individuais como objetivo mediato; absolutamente secundário do processo civil, cujos escopos, assim como os escopos da jurisdição, seriam muito mais políticos e sociais do que propriamente jurídicos.⁶⁰⁴ Diante do consenso, tornou-se praticamente impossível a defesa de uma posição liberal. A questão transformou-se em dogma. O que se quer é atacar esse dogma, tendo como pano de fundo as antigas discussões.

⁶⁰² Ver o capítulo 8.1.

⁶⁰³ A posição de Liebman se reflete claramente na epígrafe desse capítulo. Acerca da contundente posição de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, veja-se, especialmente: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Autoridad y Libertad en el Proceso Civil*, **Estudios de Teoría General y Historia del Proceso (1945-1972)**. Ciudad de México: UNAM, 1992, p. 217-244; Liberalismo y Autoritarismo en el Proceso. **Estudios de Teoría General y Historia del Proceso (1945-1972)**. Ciudad de México: UNAM, 1992, p. 245-289.

⁶⁰⁴ Ver, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo...** op. cit., p. 149-223.

O dogma do processo civil social pode ser atacado já à luz do direito positivo. Parece haver um descompasso entre aquilo que se afirma e aquilo que está contido nos textos normativos. Parece que, no fim das contas, o processo civil brasileiro não é social (autoritário), como queria Francisco Campos, mas sim um processo da velha e boa cepa liberal.

Embora seja possível discutir a questão dos fins do processo civil a partir de aspectos políticos e sociológicos, a complexidade de tal tarefa impede que se faça tal tentativa. Duma perspectiva analítica, parece bastante evidente que o processo civil brasileiro tenha como fim a proteção de direitos individuais, ao contrário do que afirma a doutrina majoritária. O processualista brasileiro precisaria “estar voando em grandes alturas na abordagem política do direito, [...] a fim de ser capaz de negar que a proteção de direitos individuais é fim do processo.”⁶⁰⁵ Essa afirmação vale para a Alemanha e também deveria valer para Brasil.

É importante lembrar que o inciso XXXV do art. 5.º da Constituição brasileira afirma que não se “excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se o que se tutela e o que não se exclui da apreciação do judiciário são lesões ou ameaças a direitos subjetivos, não se compreende como é possível afirmar que essa tutela de direitos é fim mediato do processo civil.

Seguindo adiante, é interessante ter em mente alguns artigos do vigente Código de Processo Civil:

Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VIII - quando o autor desistir da ação; [...] § 4º Depois de decorrido o prazo

⁶⁰⁵ STÜRNER, Rolf. **Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, p. 50. Tradução livre do original: “schön sehr in rechtspolitische Höhen entflohen sein, um [...] den Individualrechtsschutz als Prozeßzweck zu leugnen”.

para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Estes dispositivos demonstram à saciedade que o processo civil brasileiro é dispositivo, porque as partes controlam com exclusividade o seu início (art. 2.º), o seu fim (art. 267, VIII) e a total delimitação do seu objeto (art. 128, 460).

Fica em difícil situação aquele que pretende demonstrar a preponderância de fins sociais e políticos do processo quando se depara com a prática forense e suas idiossincrasias. Por exemplo, o não pagamento de custas processuais pelas partes, conforme disciplinado no art. 19 e seguintes do CPC, mesmo a falta de um mísero real, é capaz de impedir por completo a prestação jurisdicional. Não se tem notícia de nenhum caso no qual o juiz tenha pagado as custas – seja com dinheiro público, seja com o seu próprio – a fim de dar efetividade aos valores políticos e sociais do processo civil.

O mesmo acontece se o autor desistir da demanda. Essa desistência pode ocorrer a qualquer tempo, apesar de necessitar do consentimento do réu após ter escoado o prazo para a resposta (art. 267, § 4.º, CPC). O juiz tem o dever de homologar por sentença a desistência a fim de que produza efeito (art. 158, parágr. ún., CPC). Isso, porém, só reforça que se trata de um ato transparente, desprovido de conteúdo. Não é relevante para a extinção do processo levada a cabo pela sentença homologatória se o autor tinha ou não razão, se ele transacionou com o réu, se os seus direitos materiais foram vindicados, ou mesmo saber se o processo serviu ao interesse público e recompôs o direito objetivo ou ainda se a jurisdição atingiu seus fins políticos e sociais. Tudo isso é irrelevante. Se for da vontade única e exclusiva das partes por fim ao processo, tal vontade é soberana.⁶⁰⁶ Como

⁶⁰⁶ Mesmo no âmbito dos processos coletivos as coisas se dão de modo muito similar. A diferença reside no fato do Ministério Público atuar em todos os processos e ter a possibilidade de assumir o pólo ativo da demanda caso se verifique o desinteresse superveniente do autor (art. 5.º, § 3.º, LACP). Isso não interfere na liberdade que tem o Ministério Público, quando estiver atuando como parte do processo coletivo, pedir a

se explica tal situação à luz de objetivos imediatos como a proteção do direito objetivo e o interesse público da jurisdição são questões que aguardam por resposta ou que confirmam o caráter puramente retórico de tais desenvolvimentos.

Uma nítida diferença que se nota na comparação entre o processo civil brasileiro e o processo civil alemão está relacionada ao seu objetivo. Poder-se-ia argumentar que os processualistas alemães entendem que o fim imediato do processo civil é a proteção de direito subjetivos porque ele é utilizado em questões exclusivamente privadas. Entretanto, mesmo tendo em vista a grande amplitude do processo civil brasileiro, não há nenhuma diferença fundamental na sua estrutura. A questão do processo civil tutelar direitos privados e públicos; direitos individuais e transindividuais, não altera a perspectiva da análise. Quando estão em jogo no processo civil brasileiro direitos de natureza não privado, o máximo que acontece é a ampliação de algumas garantias em prol do Estado. Não há qualquer diferença no papel do juiz no processo.

A visão de que a parte propõe uma demanda visando seus próprios interesses nada mais é do que confirmação da realidade. Em causas envolvendo direito privado tal constatação beira o óbvio ululante. Em causas envolvendo direito público, mas de autoria de particulares, não parece haver qualquer diferença. Mesmo nas causas de direito público, de autoria de pessoas de direito público, o padrão parece se manter. A pessoa de direito público se utiliza de representantes profissionais – advogados públicos; ministério público – cuja única função é representar tais interesses. A estrutura e o funcionamento do processo, bem com o papel do juiz são os mesmos em todas essas situações.

9.5 CONCLUSÕES

O processo civil brasileiro atual não é mais o mesmo processo que iniciou sua vigência na década de 70 do século XX. Além do advento da Constituição de 1988, o código foi incessantemente emendado, para o bem ou para o mal, como bem coloca Flávio Luiz Yarshell:

estou convencido de que as reformas do processo civil, sem embargos dos bons resultados colhidos em diferentes temas ao longo de mais de uma década e sem qualquer demérito a todos aqueles que se empenham para levá-la a termo, estão, a esta altura, pondo em risco a unidade e a coerência do ordenamento”.⁶⁰⁷

As constantes reformas do CPC, além de colocarem em risco a unidade e coerência do ordenamento, acabaram por tornar ainda mais nebuloso o papel do juiz no processo.

Mesmo assim, é possível afirmar que tanto o sistema processual civil alemão quanto o brasileiro se encaixam no mesmo par de ideais do Estado proposto por Mirjan Damaška: *hierárquico-reativo*. O Brasil conta com uma estrutura de juízes profissionais que prestam com exclusividade e profissionalismo a atividade jurisdicional. Além disso, a Constituição brasileira fomenta a pluralidade e o Estado não pretende implementar coercitivamente uma determinada visão de mundo. Os juízes, de um modo geral, não têm como função implementar políticas públicas, se substituindo, assim, à administração e ao legislador.

Apesar de entender que, do mesmo modo que no processo civil alemão, no processo civil brasileiro também o objetivo imediato é proteção dos direitos subjetivos das partes, é inegável a necessária e saudável atuação do juiz. E isso ocorre de um modo bem mais profundo do que numa mera direção formal do processo.

⁶⁰⁷ YARSHELL, Flávio Luiz . Reforma do processo de execução (lei 11.232/5): primeiras impressões - Parte I. **Carta Forense**, vol. IV, n.º 32, p. 6, (2006).

O juiz brasileiro atua de modo claro e com fundamento legal (art. 130, CPC) na instrução probatória. É ele quem decidirá se as provas requeridas pelas partes são úteis para a verificação da veracidade de suas alegações de fato e, subsidiariamente, tem ele o dever de produzir as provas das alegações de fato restantes.⁶⁰⁸

Além disso, o juiz tem o dever de ouvir as partes sobre todas as questões de fato e os pontos de vista jurídicos que serão utilizados na decisão. Essa conclusão se extrai do seguinte modo: as partes são titulares de direitos processuais contra o juiz; o juiz tem um dever de tomar uma decisão processualmente justa; os direitos fundamentais processuais contidos na Constituição brasileira exigem essa *fairness* processual.

Além disso, o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que se refere à neutralidade, independência e imparcialidade do juiz proíbem o juiz de proferir qualquer decisão que surpreenda as partes. Não existe outro modo de compatibilizar o ativismo processual colocado no CPC com esses deveres constitucionalmente reconhecidos.

O juiz brasileiro tem um dever de respeitar, de fazer respeitar e de fomentar os direitos processuais das partes. Isso possibilitará a tomada de uma decisão processualmente justa, que é componente indispensável de uma decisão materialmente justa. Com isso ele estará simultaneamente respeitando a autonomia e a liberdade das partes, sem abdicar do necessário ativismo processual que caracteriza o sistema.

⁶⁰⁸ Com uma análise bastante equilibrada acerca do papel do juiz na instrução do processo, veja-se: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz, 2.^a ed. São Paulo: RT, 1994, 118 p.

10. ESTUDO DE CASOS

Es kann also Niemand sich für praktisch bewandert in einer Wissenschaft ausgeben und doch die Theorie verachten, ohne sich bloß zu geben, daß er in seinem Fache ein Ignorant sei.
Immanuel Kant⁶⁰⁹

Jede Entwicklung von Wahrheiten, welche sich auf den Menschen, und insbesondere auf den handelnden Menschen beziehen, führt auf den Wunsch, dasjenige, was die Theorie als richtig bewährt, auch in der Wirklichkeit ausgeführt zu sehen. Dieser Wunsch ist der Natur des Menschen.
Wilhelm von Humboldt⁶¹⁰

Esse é um trabalho eminentemente teórico. A aceitação dos pontos de vista nele defendidos implicaria uma visão diferente de muitos institutos processuais. Isso se estenderia desde a petição inicial e recebimento da demanda, às diferentes posturas do réu diante da citação, passando pela teoria das nulidades processuais, pelos requisitos formais da sentença, teoria dos recursos, coisa julgada e ação rescisória. Empreender uma revisão pontual de cada um desses institutos nunca foi o objetivo e não se tentará fazer isso, seja pela impossibilidade temporal e material, seja pela incapacidade de se prever a real necessidade da empreitada. Mesmo partindo dos pontos de vista aqui defendidos, poder-se-ia, talvez, chegar à mesmíssima conclusão que já se encontra estabilizada na prática processual.

Entretanto, a fim de não se fique no num plano meramente conceitual e teórico, fez-se a opção de analisar alguns casos capazes de ilustrar as posições defendidas. Os casos

⁶⁰⁹ KANT, Immanuel. Über den Gemeinspruch... op. cit., p. 276. Tradução livre do original: “Desse modo, ninguém pode se considerar com proficiência prática em uma ciência e ao mesmo tempo desprezar a teoria, sem com isso demonstrar que é um ignorante em seu próprio campo de estudo.”

⁶¹⁰ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch...** op. cit., p. 177. Tradução livre do original: “Cada desenvolvimento de verdades relacionadas ao ser humano e, em especial, relacionadas às atividades humanas, conduz ao desejo que aquilo que a teoria comprova ser correto, se possa ver executado na realidade. Esse desejo faz parte da natureza humana.”

foram selecionados aleatoriamente, de acordo com critérios puramente subjetivos, não havendo um padrão de escolha ou um objetivo específico a ser atingido. O desejo de ver a teoria aplicada à prática é, como ressaltou Humboldt, da própria natureza humana.

10.1 Prescrição e Proibição da Surpresa

Sempre existiram controvérsias acerca da correta definição da prescrição. Essa questão não tentará ser resolvida aqui, a não ser nos limites do necessário para as conclusões pretendidas. Em primeiro lugar, é certo que o novo Código Civil mexeu bastante nessa controvérsia e tornou-a mais clara. O art. 189 do Código Civil tem o seguinte teor:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Do texto do Código é possível se extrair ao menos uma conclusão segura. Seja lá o que é a pretensão (direito subjetivo, poder de exigir, etc.), é certo que esse conceito está umbilicalmente ligado à prescrição. Essa ligação simplesmente não pode ser ignorada. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “a prescrição é a perda da pretensão por ausência de seu exercício pelo titular, em determinado lapso de tempo.”⁶¹¹ Em um estudo acerca dessa conexão, Barbosa Moreira chegou à seguinte conclusão:

O que a prescrição faz é dar ao devedor um escudo com que paralisar, caso queira, a arma usada pelo credor. Ela se enquadra dogmaticamente entre as *exceções materiais* ou *substanciais* - em linguagem processual, defesas de mérito de que o juiz não pode conhecer de ofício, mas *somente* quando alegadas pelo réu.⁶¹²

Essa conclusão parece absolutamente correta, mas está desatualizada. A Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, ao alterou o § 5.º do art. 219 do Código de Processo Civil, e, conseqüentemente, acabou alterando toda a sistemática anterior, ao determinar que o “juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. Aquilo que era ‘exceção’ passou, em linguagem processual, a se chamar ‘objeção’. O direito vigente retirou essa defesa das mãos das partes e a transformou num dever judicial.

⁶¹¹ STJ, REsp 829.835/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 21.08.2006.

⁶¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a Pretensão e a Prescrição... op. cit., p. 75. Concorde-se em parte com a posição de Barbosa Moreira acerca da ‘viagem’ da prescrição da Alemanha ao Brasil. Sua análise dos ‘direitos à prestação’ e dos ‘direitos formativos’ é, porém, pouco satisfatória.

O que é extremamente importante e não pode ser esquecido é que essa defesa ou ‘objeção’ de prescrição traz graves consequências para a parte adversa, mas é passível de contestação. Não se pode esquecer que a prescrição sempre estará sujeita a causas suspensivas e interruptivas (arts. 197 a 204, CC). Se a ocorrência da prescrição normalmente pode ser feita a partir de elementos que já se encontram nos autos do processo, o contrário ocorre com a demonstração de causas suspensivas e interruptivas. A parte que alega a suspensão ou interrupção normalmente tem de provar que as suas alegações são verdadeira e, como parece óbvio, necessita da oportunidade para tanto.

O tema da prescrição com base nas novas alterações já chegou ao Superior Tribunal de Justiça, como explica o Min. Teori Albino Zavascki no julgamento de um recurso especial:

Ocorre que, em 30 de dezembro de 2004, foi editada a Lei 11.051, que acrescentou o parágrafo 4º ao art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, autorizando a decretação de ofício da prescrição intercorrente, nos seguintes termos: Art. 6º O art. 40 da Lei no 6.830, de 22 de setembro de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 40 (...) § 4º. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Por se tratar de norma que dispõe sobre matéria processual, sua aplicação é imediata, alcançando inclusive os processos em curso. Contudo, o decreto de prescrição deverá, por força da referida lei, ser precedida de audiência da Fazenda Pública, permitindo-lhe, assim, suscitar eventuais causas interruptivas ou suspensivas do prazo prescricional, condição que, no caso concreto, ainda não foi atendida. Portanto, devem os autos retornar à origem, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da incidência da referida legislação, por analogia, à hipótese dos autos.⁶¹³

Essa decisão é bastante explicativa e o seu resultado absolutamente satisfatório. O Tribunal, mesmo sabendo que a prescrição é reconhecível de ofício, ordenou que a parte adversa se manifestasse, a fim de poder alegar suspensão ou interrupção. Esse é o reconhecimento de um dever de direção material do processo. Mesmo numa matéria que o Tribunal pode conhecer de ofício ele quer saber a opinião da parte contrária. A matéria tem

⁶¹³ STJ, T1, REsp 814696/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 28.03.2006, DJU 10.04.2006.

de ser devidamente discutida entre as partes, a fim de que estas mantenham a sua dignidade.

Se a posição do Superior Tribunal de Justiça fosse exatamente a retratada acima seria uma posição elogiável. Porém, com o advento da já referida Lei 11.280/2006, que alterou o CPC, o STJ mudou a sua orientação. A nova posição é a seguinte:

No tocante à prescrição, a jurisprudência do STJ sempre foi no sentido de que, em execução fiscal, o despacho que ordenar a citação não interrompe a prescrição. Somente a citação pessoal tem esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80. Conseqüentemente, apenas a citação regular interrompe a prescrição; mas esta, quando se tratar de direitos patrimoniais, não pode ser decretada de ofício.

Ocorre que, com o advento da Lei n. 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830/80, tornou-se possível a decretação *ex officio* da prescrição pelo juiz, mas somente nos casos de prescrição intercorrente, após ouvido o representante da Fazenda Pública [...] com o advento da Lei n. 11.280, de 16.2.2006, com vigência a partir de 17.5.2006, o art. 219, § 5º, do CPC, alterando os comandos normativos supracitados [...] Na hipótese dos autos, a sentença foi proferida após a vigência da Lei n. 11.280/06 (com vigência em 17.5.2006), que autoriza a decretação *ex officio* da execução ainda que sem a oitiva do representante da Fazenda. Forçoso concluir que para ser decretada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se refere-se a direitos patrimoniais ou não, e dispensando-se a oitiva da Fazenda Pública.⁶¹⁴

Toda a fundamentação presente na decisão anterior se dissolve. Em nome de uma suposta efetividade, o STJ dispensa qualquer oitiva da parte contrária e permite que a prescrição seja decretada de ofício. Há aí uma grave violação aos direitos processuais das partes e uma desconsideração do dever de direção material do processo. Infelizmente tal posição se tornou dominante no Tribunal.⁶¹⁵

⁶¹⁴ STJ, T2, AgRg no REsp 913199/PE, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 02.04.2008, DJU 14.04.2008.

⁶¹⁵ “é assente neste Tribunal que, com o advento da Lei 11.280, de 16.02.2006, que acrescentou o § 5º ao art. 219 do CPC, o juiz poderá decretar de ofício a prescrição, mesmo sem a prévia oitiva da Fazenda Pública (requisito essencial nos casos do art. 40, § 4º, da LEF). Precedentes: REsp 1.034.191/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 26.05.2008; Resp 1.004.747/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 18.06.2008” (STJ, T2, REsp 733.286/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julg. 07.08.2008, DJU 22.08.2008).

10.2 Efeito Devolutivo da Apelação

A profundidade do efeito devolutivo nos recursos de apelação sempre foi uma matéria complexa e que sofreu algumas reformas durante a vigência do atual Código de Processo Civil. A atual redação do arts. 515 e 516 tem o seguinte teor:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Art. 516. Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas.

Como se vê, é ampla a devolutividade para o Tribunal. Ela envolve toda a matéria impugnada, as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, bem como as questões anteriores à sentença, ainda não decididas. É o que destaca José Carlos Barbosa Moreira, em doutrina reproduzida no STJ:

Como resulta dos §§ 1º e 2º, é amplíssima, em profundidade, a devolução. Não se cinge às questões efetivamente resolvidas na sentença apelada: abrange também as que nela poderiam tê-lo sido (a devolução de questões anteriores à sentença é matéria do art. 516).

Estão aí compreendidas: a) as questões examináveis de ofício, a cujo respeito o órgão a quo não se manifestou - vg, a da nulidade do ato jurídico de que se teria originado o suposto direito do autor, e em geral as quaestiones iuris; b) as questões que, não sendo examináveis de ofício, deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas e discutidas pelas partes.⁶¹⁶

O problema surge quando se está lidando com questões examináveis de ofício, com novos pontos de vista jurídicos ou com alegações de fato que, apesar de constarem dos autos do processo, não foram objeto de debate entre as partes.

Em um processo no qual se reconheceu de ofício a nulidade de inscrição na dívida ativa, o Estado do Rio Grande do Sul foi até o STJ pedir reforma dessa decisão por

⁶¹⁶ José Carlos Barbosa Moreira. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 444.

violação de seus direitos processuais. Essa nulidade de inscrição na dívida ativa foi debatida, pela primeira vez, por ocasião do julgamento da apelação no Tribunal de Justiça. Essa matéria nunca havia sido debatida e a oportunidade para tanto não foi aberta às partes. Não se trata aqui de levantar a velha tese da supressão de instância, definitivamente expurgada em 2001 com a nova redação que foi dada ao art. 321, § 3.º, CPC. O problema está ligado à direção material do processo e ao dever do juiz de permitir que a parte expresse os seus pontos de vista jurídicos como único modo de legitimar sua decisão.

O Superior Tribunal de Justiça resolveu a questão do seguinte modo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EFEITOS. NULIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. DEVOLUTIVIDADE. PROFUNDIDADE DA EXPRESSÃO. MATÉRIA APRECIÁVEL DE OFÍCIO.

1. A cognição ex officio das nulidades pela Corte de apelação não viola os arts. 128, 460, 512 e 515, do CPC, porquanto o efeito devolutivo transfere ao Tribunal as matérias resolvidas e as que poderiam sê-lo ex officio.

2. Precedentes: RESP n.º 829.634/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 12.06.2006; RESP n.º 60900/BA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 08.04.1996; AgRg no AG n.º 56.248/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Dj de 20.03.1995.

3. A profundidade do efeito devolutivo implica a devolução dos fundamentos conducentes ao acolhimento ou à rejeição do pedido, efetivamente utilizáveis ou apreciáveis ex officio, como soi ser a eventual nulidade da inscrição na dívida ativa.

[...] Aferir, na hipótese dos autos, a justeza da decisão do Tribunal a quo é que violaria a devolutividade do Recurso Especial, in casu, limitado à violação dos dispositivos citados, sem prequestionamento da matéria de mérito, mercê da ausência de contra-razões da parte autora da demanda. [...].⁶¹⁷

Em seu voto, o Min. Luiz Fux teceu as seguinte considerações:

Aduz, ainda que "não há na peça inicial qualquer alusão ou inconformidade da embargante quanto à nulidade do auto de infração (ou do lançamento, como insiste a decisão recorrida). In casu, o Estado, ora recorrente, nunca se manifestou sobre ela. Assim, a surpresa foi total!" Ora, o Tribunal foi claro ao assentar que: "Importa é que o Acórdão examinou a questão jurídica, e ao adotar a tese da nulidade, o que pode-deve ser pronunciada inclusive de ofício, restou prejudicado todo e qualquer outra arguição." Sob esse enfoque, é cediço que a cognição ex officio das nulidades pela Corte de apelação não viola os arts. 128, 460, 512 e 515, do CPC, porquanto o efeito devolutivo transfere ao Tribunal as matérias resolvidas e as que poderiam sê-lo ex officio.

⁶¹⁷ STJ, T1, REsp 735122/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 24.10.2006, DJU 20.11.2006.

A conclusão contida na decisão não pode ser aceita e não tem qualquer relação com os efeitos devolutivos da apelação. Esse foi apenas o argumento utilizado pelo STJ para justificar uma violação do dever de condução material do processo. O juiz de primeiro grau não poderia ter conhecido de ofício da nulidade de inscrição na dívida ativa sem antes consultar as partes acerca desse tema nunca debatido. O mesmo deveria valer para o Tribunal. O que o Estado do RS estava pleiteando era o seu direito de se manifestar sobre essa nulidade.

A conclusão do STJ não justifica a conduta do TJ/RS. O fato do Tribunal de origem poder conhecer de ofício não significa que ele poderia conhecer da questão do modo com o bem entendesse. Ele deveria tratar as partes com dignidade, por ouvi-las a respeito desse tema vital e que nunca havia sido discutido no processo.

10.3 Efeitos Infringentes em Embargos Declaratórios

O caso em análise também foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, porém, não por uma turma, mas pela 3.^a Seção.⁶¹⁸ Ele trata da polêmica questão acerca da necessidade ou não de intimação da parte contrário quando o recurso de embargos de declaração tem pedido de efeitos infringentes.

Os efeitos infringentes nos embargos de declaração são, por vezes, consequência lógica da supressão das omissões, contradições e obscuridades, como bem salienta Egas Moniz de Aragão:

Neste caso os embargos de declaração operam como recurso propriamente dito e merecem tal qualificação, pois ultrapassam o âmbito, que lhe é específico e próprio, de esclarecimento do julgado; visam a permitir que a proposição *a*, que está errado (o recurso é intempestivo e por isso dele não se conhece) seja substituída pela proposição *b*, que está certa (o recurso é tempestivo e por isso dele se passa a conhecer).⁶¹⁹

Diante dessa possibilidade de alteração na decisão atacada pelos embargos de declaração, passou-se a questionar a legitimidade de uma decisão tomada sem a devida ouvida da parte contrária. Parece ser uma necessidade advinda do dever de direção material do processo a ouvida da parte contrária nos casos em que uma decisão possa vir a ser reformada.

Nessa decisão da 3.^a Seção do Superior Tribunal de Justiça, levados os embargos declaratórios a julgamento, concluiu-se, depois do voto-vista do Min. Paulo Gallotti, que a melhor posição era a de intimação do embargado da interposição do recurso diante do pedido de efeitos infringentes.⁶²⁰

⁶¹⁸ Agradeço a Carlos Alberto de Salles pela gentil indicação da decisão que ora se analisa.

⁶¹⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Embargos de Declaração, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, vol. 25, p. 61-62, (1989).

⁶²⁰ STJ, S3, EDcl no MS 10837/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. 27.08.2008, DJU 17.09.2009.

Houve aí o reconhecimento do dever de direção material do processo, que impede a tomada de uma decisão sem que os argumentos tenham sido debatidos por todos os participantes do processo judicial.

10.4 Inversão do Ônus da Prova

O Código de Defesa do Consumidor instituiu no Brasil um inédito e discutível sistema de distribuição do ônus da prova. De acordo com o CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Como se vê, cabe ao juiz verificar se foram preenchidos ou não os critérios para inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Que se trata de uma decisão judicial ninguém duvida. Os problemas surgem quando se quer saber em que momento do processo deve ser feita tal inversão. A doutrina se dividiu em dois grupos: os que pensam que as regras de ônus da prova são regras de julgamento e os que pensam que são regras de procedimento. Para os primeiros, a inversão só deve se dar na sentença. Para os últimos, a inversão deve ser decidida antes da instrução probatória.

O Superior Tribunal de Justiça há muito comprou essa discussão, que parece ter atingido uma relativa estabilidade em sua jurisprudência:

Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.⁶²¹

O problema de tal posição está ligado diretamente ao tema da direção material do processo. As partes devem não só ter a possibilidade de discutir os pontos de vista jurídicos que vão compor a decisão, mas também devem ter a real chance de responder a tais pontos de vista. Se o juiz decidir sobre a inversão do ônus da prova somente na sentença, a parte fica tolhida desse direito.

⁶²¹ STJ, T3, REsp 422.778/SP, Rel. Min. Castro Filho, julg. 19.06.2007, DJU 27.08.2007.

O Superior Tribunal de Justiça costuma fazer referência a autores estrangeiros que trataram do ônus da prova, tais como Leo Rosenberg⁶²² e Gian Antonio Micheli.⁶²³ Essa comparação é, entretanto, absolutamente descabida. A Alemanha e a Itália não tinham e não têm nada parecido com esse poder judicial de definir o ônus da prova. Daí porque não se pode simplesmente transferir para o Brasil as conclusões de que as regras de ônus da prova são meras regras de julgamento. Na Alemanha e na Itália elas realmente são, no Brasil, certamente, não.

Têm razão os ministros que discordaram da decisão. O Min. Humberto Gomes de Barros afirmou o seguinte:

processo não pode ser armadilha para as partes e causar-lhes surpresas inesperadas. É preciso que o juiz declare a inversão clara e previamente ao início da instrução.⁶²⁴

Por sua vez, o Min. Castro Filho afirmou que:

a inversão do ônus da prova deve ser decretada pelo juiz antes da sentença, pois se configura regra de procedimento, cuja finalidade é de possibilitar que as partes passem melhor se conduzir no processo, especialmente para que saibam a qual delas toca o ônus de produzir a prova.⁶²⁵

Essas posições guardam relação direta com a direção material do processo, com a proibição de decisões surpresa e com a real possibilidade de responder a essas decisões. Um argumento bastante interessante foi dado pelo Min. Menezes Direito:

não existe inversão automática do ônus, independente das condições estabelecidas no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. É imperativa a presença das circunstâncias concretas previstas no dispositivo para que a inversão seja agasalhada no contexto da facilitação da defesa. Por isso, ao contrário do que disse o acórdão, não pode ser feita inversão se não estiverem presentes a necessidade de facilitar a defesa do consumidor, “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Há, portanto, condições para que a inversão ocorra, a

⁶²² ROSENBERG, Leo. **Die Beweislast**, 5.^a ed. München: C.H. Beck, 1965, 411 p.

⁶²³ MICHELI, Gian Antonio. **L'Onore della Prova**. Padova: Cedam, 1942, 436 p.

⁶²⁴ STJ, T3, REsp 422.778/SP, Rel. Min. Castro Filho, julg. 19.06.2007, DJU 27.08.2007.

⁶²⁵ STJ, T3, REsp 422.778/SP, Rel. Min. Castro Filho, julg. 19.06.2007, DJU 27.08.2007.

critério do Juiz, sempre. Isso quer dizer que a inversão pode ocorrer se o consumidor for hipossuficiente ou se for verossímil a alegação, isto é, basta que apenas uma das hipóteses esteja presente. É que os termos do dispositivo não deixam margem a que deva o Juiz manifestar-se expressamente sobre a presença dos elementos que são exigidos para que a inversão seja deferida. Por outro lado, essa decisão afetará todo o sistema de provas no curso do processo.⁶²⁶

A conclusão do STJ de que o juiz só deve decidir se irá inverter o ônus da prova no momento da sentença viola frontalmente o dever de direção material do processo.

⁶²⁶ STJ, T3, REsp 422.778/SP, Rel. Min. Castro Filho, julg. 19.06.2007, DJU 27.08.2007.

10.5 Conclusões Parciais

O sentimento que se atinge com a análise parcial da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é dúbio. Mesmo que o Tribunal por vezes afirme a inexistência de um dever de direção material do processo, já existem sinais de que as coisas devem mudar num futuro próximo. Parece que na maioria das vezes em que a violação desse dever de direção material do processo ocorre, ela ocorre exatamente porque o Tribunal não tem consciência da existência do problema. A questão é analisada a partir de pontos de vista que somente tangenciam o problema central da necessidade de participação e de argumentação das partes no processo civil.

Espera-se que, na medida em que a preocupação com a direção material do processo ganhe visibilidade, o Superior Tribunal de Justiça passe a julgar as questões em consonância com os postulados teóricos defendidos nesse trabalho.

11. CONCLUSÕES

Um governo livre pressupõe a separação da soberania do domínio, com a distinção do poder de um magistrado sobre uma pessoa de um governo dos pais sobre os filhos.
Raymundo Faoro⁶²⁷

Aunque la palabra ‘liberal’ sigue siendo todavía una mala palabra de la que todo latinoamericano políticamente correcto tiene la obligación de abominar, lo cierto es que, de un tiempo a esta parte, ideas y actitudes básicamente liberales han comenzado también a contaminar tanto la derecha como a la izquierda en el continente de las ilusiones perdidas.
Mario Vargas Llosa⁶²⁸

O ativismo judicial pode ser visto como um pêndulo. Na verdade não apenas um, mas dois: um para o ativismo processual e outro para o ativismo material. Confundir os dois tipos de ativismo é uma grande mazela para o estudo do direito processual. Um estudo que pretende ser claro tem obrigatoriamente que fazer tal distinção. Os dois tipos de ativismos são importantes para os processualistas, mas qual das duas vertentes de ativismo será analisada é uma questão que depende do ponto de vista que se quer focar. O presente trabalho tratou unicamente dos movimentos do pêndulo do ativismo processual dos juízes.

A conclusão é que o juiz deve ser muito ativo no campo processual, mas deve sempre respeitar a vontade das partes e, sem que isso soe como um truísmo, deve respeitar a vontade do legislador processual. O juiz deve agir no processo para que a vontade exteriorizada pelas partes não fique só na teoria, mas se reflita integralmente na realidade processual.

⁶²⁷ FAORO, Raymundo. A Aventura Liberal numa Ordem Patrimonialista, **Revista USP**, n.º 17, p. 22, (Março / Abril / Maio 1993).

⁶²⁸ LLOSA, Mario Vargas. Confesiones de un Liberal, **Letras Libres**, p. 44, (maio, 2005). Tradução livre do original: “Ainda que a palavra ‘liberal’ continue a ser uma má palavra, que todo latino-americano politicamente correto tem a obrigação de abominar, o certo é que, de um tempo para cá, idéias e atitudes basicamente liberais começaram também a contaminar tanto a esquerda quanto a direita no continente das ilusões perdidas.”

Quando se defende o ativismo processual do juiz a partir de uma defesa da ‘direção material do processo’, está se tentando transpor para o direito brasileiro uma importante característica do moderno processo civil alemão. O ativismo processual da direção material do processo é condição de obtenção de justiça processual e, portanto, um dever judicial. O juiz está obrigado a dirigir materialmente o processo.

Retorna-se ao ponto inicial e a 1792, à defesa do liberalismo processual por Wilhelm von Humboldt e à sua completa rejeição do *imperium paternale*, especialmente aquele que assume a forma do paternalismo judicial. O arco temporal que separa a visão kantiana de Humboldt da bela admoestação da Raymundo Faoro na epígrafe acima serve para que se abandone de uma vez por todas o dogma de que somente um processo autoritário pode ser efetivo. Pode-se discordar da visão de um processo liberal, mas não é possível que ele seja simplesmente excluído do debate.

A exclusão do liberalismo processual como alternativa para a crise de legitimidade e efetividade do processo civil brasileiro pode estar ligada à estabilidade democrática que o país vem gozando desde 1988. Como bem lembra Ralf Dahrendorf, períodos de estabilidade não são bons tempos para os liberais.⁶²⁹ As comodidades dessa situação fazem as pessoas se esquecerem de quão preciosa é a liberdade: “existem motivos para estar alerta para todos aqueles que amam e apreciam o pensamento esclarecido e a ordem liberal.”⁶³⁰ O moderno processo civil “deve muito a liberalismo, se não tudo” como bem relembra Rolf Stürner.⁶³¹

⁶²⁹ DAHRENDORF, Ralf. **Versuchungen der Unfreiheit - Erasmus-Intellektuelle im Zeitalter des Totalitarismus**. Berlin: WZB, 2005, p. 13.

⁶³⁰ DAHRENDORF, Ralf. **Versuchungen...** op. cit., p. 13. Tradução livre do original: “gibt es Grund zur Wachsamkeit für diejenigen, denen aufgeklärtes Denken und liberale Ordnung lieb und teuer sind.”

⁶³¹ STÜRNER, Rolf. Prozeßzweck und Verfassung, **Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag**, coord. H. Prütting. Köln: Carl Heymanns, 1990, 546. Tradução livre do original: “Wer also allzu unbekümmert auf »liberale« Prozeßzweckstheorien einschlägt, trifft damit die Freiheitsrechte rechtsstaatlicher Verfassung; angesichts der gemeinsamen »liberalen« Wurzeln von ZPO und Grundrechtskatalog sicher kein Zufall. Der Rechtsschutz verdankt dem Liberalismus viel, wenn nicht alles; es besteht für die Prozeßrechtswissenschaft vielleicht Grund zur Ergänzung, aber kein Grund zur Distanzierung!”

Propositalmente, muito se falou mas em nenhum momento se tentou conceituar o liberalismo político. Isso não será tentado porque o liberalismo, em suas muitas facetas, do velho ao novo, é um fenômeno que não se deixa facilmente conceituar e que tem um caráter certamente paroquial. O que é liberalismo aqui pode não ser na Alemanha ou nos Estados Unidos. Apesar das dificuldades, Raymundo Faoro, sem conceituar o liberalismo, parece ter encontrado uma base ampla, quando afirmou que “o liberalismo, que se expressa essencialmente no constitucionalismo, tem como caráter fundamental a limitação legal do poder, e que é a antítese do arbítrio.”⁶³²

O juiz deve reconhecer a autonomia das partes e de seus procuradores no processo civil. Isso significa reconhecer uma ampla zona de liberdade, na qual mesmo as escolhas mais estúpidas e tecnicamente ineptas devem ser aceitas, se após a direção material do processo a parte decidir insistir nessa opção. Sem esse reconhecimento não se pode falar em liberalismo político processual e nem mesmo em justiça processual. O juiz que decide unicamente com base em suas próprias convicções acaba por instrumentalizar as partes, que se tornam meros meios de informação. Quando o juiz trata as partes como instrumentos ele acaba violando o imperativo categórico kantiano, ao tratar um ser humano não como um fim, mas como um meio.⁶³³ Como ressalta Paul Guyer:

A mais fundamental noção normativa de Kant é a Idéia de tratar a humanidade como um fim em si mesma, tratar cada ser humano como um agente autônomo capaz decidir os seus objetivos de um modo ao mesmo tempo livre e em harmonia com os outros. As outras formulações do imperativo categórico, bem como os exemplos de Kant sobre as classes dominantes ou deveres morais podem todos ser derivados dessa idéia básica.⁶³⁴

⁶³² FAORO, Raymundo. A Aventura Liberal numa Ordem Patrimonialista, **Revista USP**, n.º 17, p. 22, (Março / Abril / Maio 1993).

⁶³³ “Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst” (KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA:IV:429).

⁶³⁴ GUYER, Paul. **Kant**... op. cit., p. 207. Tradução livre do original: “Kant’s most fundamental normative notion is the Idea of treating humanity as an end in itself, that is, treating each human being as an autonomous agent capable of setting his or her ends both freely and yet in harmony with others, and that the other formulations of the categorical imperative as well as Kant’s examples of the chief classes or moral duties can all be derived from this basic idea.”

Pode-se resumir o desenvolvimento das questões teóricas abordadas nos capítulos anteriores do seguinte modo.

Por ter optado pelo abandono completo da instrumentalidade exacerbada do processo, foi reconhecida a necessidade de proteção dos direitos processuais das partes como principal critério para a obtenção de um processo justo. A justiça processual, na forma como vem aqui definida, é etapa necessária, mas não suficiente, para a obtenção de uma decisão justa.

Ao adotar o liberalismo político de Rawls como versão provisória de organização de uma sociedade que pretende ser justa é possível, de uma só vez concretizar três objetivos: consolidar a defesa de uma teoria fundada em direitos; rejeitar o instrumentalismo exacerbado do processo; rejeitar a visão que se projeta da imagem da proibição da autotutela. Com esses três elementos seria possível construir uma inteira teoria acerca da justiça processual. Como já mencionado, uma teoria acerca da decisão justa envolveria ao menos três fatores (processo, fato e norma), sendo que o fator processual pode ser analisado em separado, inclusive com relação a questões de justiça. Como ressalta Cândido Rangel Dinamarco, um “*processo justo*, que outra coisa não é senão o processo **apto** a produzir *resultados justos*.”⁶³⁵

No âmbito processual o autor ou o réu tem um direito processual a algo se e somente se o autor ou o réu podem ter direitos e se o bem-estar das partes (seus interesses) forem uma razão suficiente para que se considere que o juiz está debaixo de um dever. O direito processual a algo também compartilha da forma *RabG*, *i.e.*, forma-se uma relação jurídica entre o autor e o juiz, que tem como objeto uma pretensão processual. Os direitos processuais também devem ser vistos como feixes de posições jurídicas, que além da

⁶³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 13.

correlação direito-dever também podem conter a correlação poder-sujeição e não-direito-privilégio.

Quando os movimentos dentro do processo ocorrerem em total respeito a esse complexa interação entre direitos, deveres, poderes, sujeições e privilégios, é possível se afirmar que o processo de tomada da decisão foi justo, porque tratou as partes com igual respeito e consideração, dando-lhes oportunidade para manifestarem suas opiniões em conformidade como o Direito e acerca de qualquer questão fática ou jurídica.

A direção material do processo é um dever judicial de respeitar, fazer respeitar e fomentar a utilização dos direitos processuais das partes.

Não se pode esquecer que, diferentemente dos direitos materiais, os direitos processuais são influenciados por questões utilitaristas, especialmente questões que dizem respeito ao custo temporal e financeiro para o exercício de tais direitos. Existe, portanto, a possibilidade real de conformação dos direitos processuais a uma realidade na qual os bens são escassos e na qual o Estado e as partes litigantes não estão dispostas a protegê-los por qualquer custo.

Um aspecto extremamente importante desse abertura ao utilitarismo que se propõe em relação aos direitos processuais é ter bem claro em mente o momento no qual é legítimo que tal abertura seja feita. Esse momento corresponde ao momento anterior ao início do processo. Uma vez proposta a demanda, os direitos processuais das partes (entendidos aqui como regras do jogo) devem ser de pleno conhecimento para ambos os litigantes. Qualquer alteração de tais regras no curso do processo, em especial se tal alteração for feita por decisão judicial, implicaria numa mácula insanável, cujas conseqüências teriam de ser avaliadas pela parte que teve seus direitos processuais violados.

A razão principal para considerar os direitos processuais como divisor de águas entre o justo e o injusto processual é a participação. Quando os direitos processuais das partes são respeitados há uma maximização da participação das partes no processo de tomada da decisão. Essa participação tem uma dupla função. Ao mesmo tempo em que ele aumenta as chances de sucesso da parte no processo judicial, ela legitima a decisão que se seguirá. Parece óbvio que quanto mais chances a parte tiver de provar as suas alegações de fato e de construir teses jurídicas acerca do objeto do processo, maior será a probabilidade de conseguir influenciar o juiz de que a sua posição é a aquela merecedora de proteção.

O segundo elemento é aquele que desde a introdução vem se chamando a atenção. Trata-se da impossibilidade de se construir uma decisão justa sem a participação das partes. Mais do que aumentar as suas chances de sucesso na demanda, a chance de participar do processo de tomada da decisão a torna legítima.

A chance de participar do processo não é uma idéia nova no campo do direito processual. Basta lembrar os problemas que ao longo dos séculos culminaram numa teoria acerca da revelia da parte enquanto vontade autônoma de não participar do processo de tomada da decisão. Uma teoria da revelia enquanto *fingierte litis contestatio*.⁶³⁶ Daí se depreende que não é a real participação da parte no processo que legitima a decisão, mas sim a chance de participar. Se a parte autonomamente decidir exercer o direito processual do qual é titular, ela irá participar do processo e não poderá, em hipótese alguma, ser ignorada pelo juiz.

Não merecem qualquer reparo as afirmações de Lon Fuller e Robert Alexy.⁶³⁷ O juiz que ignora as partes comete um grave equívoco lógico. Se o juiz pensa ser de tal modo

⁶³⁶ BRAUN, Johann. Einleitung des Herausgebers, **Gemeines deutsches**... op. cit., p. 19. Deve-se a Bülow a moderna construção do tema. Ver, em especial: BÜLOW, Oskar. Civilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten, **AcP**, vol. 12, n.º 1, p. 1-96, (1897). Ver, ainda, o interessante artigo de Alvaro Pérez Ragone acerca do desenvolvimento histórica desse instituto: RAGONE, Alvaro Pérez. La rebeldía en diversos modelos procesales de la Edad Media: paralelos, variables y evolución de la figura, **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, n.º 30, p. 289-314, (2008).

⁶³⁷ Ver as epígrafes do capítulo 4.

superior, a ponto de não precisas ouvir ao que as partes têm a dizer, ele está tratando essas partes como ignorantes. Porém, ao tratar as partes e/ou seus procuradores como se fossem ignorantes, o juiz está impedido de tomar qualquer decisão nesse processo. Isso porque quem não tem capacidade de argumentar fática e juridicamente também não tem capacidade de ser parte – ou, no caso dos procuradores, capacidade postulatória. O juiz está então diante de um dilema: ou ele ouve o que as partes têm a dizer ou não pode tomar qualquer decisão naquele processo.

A violação desses deveres tem sérias conseqüências, que nem mesmo trânsito em julgado da decisão é capaz de sanar. Decisões que violam o dever de direção material do processo conseqüentemente violam direito processuais das partes e são, por isso, passíveis de impugnação pela via da ação rescisória. E nem se argumente que só é cabível a rescisória por violação de direito materiais (resultado injusto), pois, como bem coloca Flávio Luiz Yarshell:

o que a lei exige para a desconsideração é que a decisão seja de mérito, e não que o dispositivo legal violado seja de direito material. Fundamentos de ordem processual também justificam a propositura de ação rescisória.⁶³⁸

Alguns juízes podem pensar que a ingenuidade das partes e seus procuradores seria um bom pretexto para ignorar o que eles têm a dizer e julgar de acordo com seus próprios padrões de justiça. Tal pensamento é absurdo e bate de frente com qualquer concepção de Estado de Direito. Transplante-se tal situação para o processo eleitoral. Seria correto impedir parte da população de eleger seus representantes sob a alegação de que são pessoas ingênuas ou ignorantes? Dentro de um Estado que se quer democrático, a resposta só pode ser negativa. Do mesmo modo, o juiz não pode querer alterar a vontade das partes e de

⁶³⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória – Juízos Rescindente e Rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 114.

seus procuradores sob essa alegação fútil.⁶³⁹ Lembrando mais uma vez Kant, um Estado que age como um pai e impede os cidadãos de decidir autonomamente “é o maior despotismo imaginável”.⁶⁴⁰

Se tudo o que foi defendido não puder ser aceito, é consolador pensar que esse trabalho pode ser visto como uma teoria *kamikaze*, ou mais uma falsificação, para usar o vocabulário de Karl Popper.⁶⁴¹ Parece melhor pecar pelo excesso do que pela contenção. Melhor “propor teorias arriscadas, a fim de que sua imolação no altar da ciência faça avançar o entendimento pela eliminação de uma possibilidade.”⁶⁴²

⁶³⁹ É curioso notar que o juiz ideal não é aquele que se destaca pela própria inteligência, mas aquele que tem virtude moral. Como sabiamente afirmou Egas Moniz de Aragão, no já longínquo ano de 1960: “belas inteligências aninham-se em caracteres medíocres ou maus enquanto finíssimas formações éticas são servidas por inteligências menos brilhantes” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Formação e Aperfeiçoamento de Juízes, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, vol. 8, p. 119, (1960))

⁶⁴⁰ KANT, Immanuel. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, **AA**:VIII:290-291. Tradução livre do original: “ist der größte denkbare Despotismus.”

⁶⁴¹ POPPER, Karl. **Logik der Forschung**, 3.^a ed. Berlin: Akademie Verlag, 2007, 270 p.

⁶⁴² GELLNER, Ernest. The Paradox in Paradigms, **TLS**, April 23, p. 451, (1982). Tradução livre do original: “propose risky theories so that their immolation on the altar of science should advance learning by eliminating one further possibility.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Grundgesetz und Diskurstheorie, **Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie**, coord. W. Brugger. Baden-Baden: Nomos, 1996.
- . **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- . Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse, **Ratio Juris**, vol. 5, n.º 2, (July 1992).
- . **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. V. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- . The Special Case Thesis, **Ratio Juris**, vol. 12, n.º 4, p. 377, (1999).
- . **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1985.
- . **Theorie der juristischen Argumentation**. Frankfurt: Suhrkamp, 1978.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**, 6.ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- AROCA, Juan Montero (coord). **Proceso Civil y Ideología – Una Prefacio, una Sentencia, dos Cartas y Quince Ensayos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, vol. III.
- AUSTIN, John Langshaw. A Plea for Excuses, **Philosophical Papers**. Oxford: Oxford University Press, 1966.
- . Other Minds, **Proceedings of the Aristotelian Society**, Supplementary Volumes, vol. 20, Logic and Reality, 1946.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constitucionalização do Processo no Direito Brasileiro, **La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional - Estudios em Homenaje a Héctor Fix-Zamudio**, coord. E.F. Mac-Gregor e A.Z.L. de Larrea. Ciudad de México: UNAM, 2008, tomo X.

———. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

———. Der Einfluß des deutschen Zivilprozeßrechts in Portugal und Brasilien, **Das Deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen**, coord. W. Habscheid. Bielefeld: Giesecking-Verlag, 1991.

———. El Neoprivatismo em el Proceso Civil, **Proceso Civil y Ideología – Una Prefacio, una Sentencia, dos Cartas y Quince Ensayos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

———. Notas sobre a Pretensão e a Prescrição no Sistema do Novo Código Civil Brasileiro, **Revista Trimestral de Direito Civil**, n.º 11, (jul. 2002).

———. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos, **RePro**, n.º 99, (2000).

———. Il codice di procedura civile dello Stato della Citta del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano, **Rivista di Diritto Processuale**, vol. 46, n.º 1, (genn./mar. 1991).

BARBOSA, Ruy. **Pensamento e Ação de Rui Barbosa** – Organização e Seleção de Textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 1999.

BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechtliches Gehör, **AcP**, vol. 153, (1954).

———. Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, **Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht**, coord. W. Grunsky, R. Stürner, G. Walter e M. Wolf. Tübingen: Mohr Siebeck, 1983.

- BAUR, Fritz; GRUNSKY, Wolfgang. **Zivilprozeßrecht**, 10.^a ed.. Kriftel: Luchterhand, 2000, p. 44.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**, 2.^a ed. São Paulo: RT, 1994.
- BEHRENDTS, Okko. *Ius und ius civile*. Untersuchungen zur Herkunft des *ius*-Begriffs im römischen Zivilrecht, **Sympotica Franz Wieacker**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1970.
- . Rudolf von Jhering (1818-1892), **Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1987.
- BENTHAM, Jeremy. A Fragment on Government, **The Works of Jeremy Bentham**, ed. J. Bowring. New York: Russel & Russel, 1962, vol. 1.
- . An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, **The Works of Jeremy Bentham**, ed. J. Bowring. New York: Russel & Russel, 1962, vol. I.
- . **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1906.
- . Anarchical Fallacies, **The Works of Jeremy Bentham**, ed. J. Bowring. Edinburgh: Simpkin, Marshall & Co., 1843, vol. II.
- BERLIN, Isaiah. **Freedom and Its Betrayal – Six Enemies of Human Liberty**, ed. H. Hardy. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- . **Liberty**, ed. H. Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- . The Hedgehog and the Fox, **Russian Thinkers**, 2.^a ed., ed. H. Hardy e A. Kelly. London: Penguin Books, 2008.
- . **The Roots of Romanticism**, ed. H. Hardy. Princeton: Princeton University Press, 2001.

- BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, **ZZP**, vol. 91, Heft 4, (Oktober, 1978).
- BIERLING, Ernst Rudolf. **Juristische Prinzipienlehre**. Freiburg: Mohr Siebeck, 1894-1917.
- . **Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe**. Gotha: Friedrich Andeas Perthes, 1877-1883.
- BIRMINGHAM, Robert. Hart's Definition and Theory in Jurisprudence Again, 16 **Connecticut Law Review** 775, (1983-1984).
- BLOMEYER, Arwed. **Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren**, 2.^a ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
- BOBBIO, Norberto. **Autobiografia**, ed. A. Papuzzi, 2.^a ed. Roma: Laterza, 2004.
- . **Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition**, trad. D. Gobetti. Chicago: University of Chicago Press, 1993.
- BOEHMER, Justus Henning. **Introductio in Ius Publicum Universale**. Frankfurt am Main: Trattnerianie, 1758.
- BÖHM, Peter. Der Streit um die Verhandlungsmaxime, **Ius Commune**, vol. VII, (1978).
- BOHMAN, James; REHG, William. Jürgen Habermas, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2008 Edition), ed. E.N. Yalta. <http://plato.stanford.edu/entries/habermas/>, acesso em 03 de janeiro de 2009.
- BRAUN, Johann. Einleitung des Herausgebers, **Gesetz und Richteramt**, Oskar Bülow, ed. J. Braun. Berlin: BWV, 2003.
- . Einleitung des Herausgebers, **Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht**, Oskar Bülow. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- BRENNAN JR., William J. Reason, Passion and the Progress of Law, 10 **Cardozo Law Review** 3, (1988-1989).

BRUNS, Rudolf. James Goldschmidt (17.12.1874 – 18.6.1940) – Ein Gedankenblatt, **ZZP**, vol. 88, n.º 2, (April, 1975).

BÜLOW, Oskar von. **Die Lehre von den Processeinreden und die Prozessvoraussetzungen**. Giesen: Roth, 1868.

———. Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts, **Zeitschrift für Deutschen Civilprozess**, Band XXVII, (1900).

———. Civilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten, **AcP**, vol. 12, n.º 1, (1897).

———. **Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen**. Gießen: E. Roth, 1868.

———. **Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht**, ed. J. Braun. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

———. Klage und Urteil - Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß, **Zeitschrift für Deutschen Civilprozess**, vol. XXXI, (1903).

BUZAID, Alfredo. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973**.

CALAMANDREI, Piero. Il Processo Come Situazione Giuridica, **Opere Giuridiche**, ed. M. Cappelletti. Napoli: Morano, 1965, vol. I.

CAMPBELL, Kenneth. Legal Rights, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Winter 2003 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-rights>. Acesso em: 08 out. 2007.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional – Sua Estrutura – Seu Conteúdo Ideológico**. Brasília: Senado, 2001.

CANDIDO, Antonio. O significado de Raízes do Brasil, **do Brasil**, 26.^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e Ideologie**. Bologna: Il Mulino, 1969.

- . The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: Fundamental Difference – or no Difference at All?, **Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag**, coord. H. Bernstein, U. Drobnig, H. Kötz. Tübingen: Mohr Siebeck, 1982.
- . Trends of ‘Procedural Justice’ in Contemporary Europe, **Rechtsstaat und Menschenwürde: Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag**, coord. A. Kaufmann, W. Maihofer, E.J. Mestmäcker, H.F. Zacher. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1988.
- CARNAP, Rudolf. On the Character of Philosophic Problems, **Philosophy of Science**, vol. 1, n.º 1., jan., 1934.
- CARVALHO, José Murilo de. Vargas e o problema da conciliação entre liberdade e igualdade, **Ciência Hoje**, v. 3, n.º 210, (2004).
- . The Unfinished Republic, **The Americas**, vol. 48, n.º 2, (Oct., 1991).
- CASSIRER, Ernst. **Freiheit und Form – Studien zur Deutschen Geistesgeschichte**, 2.^a ed. Berlin: Bruno Cassirer, 1919.
- . **Kants Leben und Lehre**. Berlin: Bruno Cassirer, 1921.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Autoridad y Libertad en el Proceso Civil, **Estudios de Teoría General y Historia del Proceso (1945-1972)**. Ciudad de México: UNAM, 1992.
- . Liberalismo y Autoritarismo en el Proceso. **Estudios de Teoría General y Historia del Proceso (1945-1972)**. Ciudad de México: UNAM, 1992.
- CHASE, Oscar. American ‘Exceptionalism’ and Comparative Procedure, 50 **Am. J. Comp. L.** 277, (2002).
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Azione*, **Dizionario Pratico del Diritto Privato**. Milano: Vallardi, 1901;

- . **Del Sistema negli Studi del Processo Civile, Saggi di Diritto Processuale Civile.** Milano: Giuffrè, 1993, vol. I.
- . **Instituições de Direito Processual Civil**, trad. J. Guimarães Menegale, notas E.T. Liebman. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. I.
- . **Istituzioni di Diritto Processuale Civile.** Napoli: Jovene, 1933, vol. I.
- . **L'Azione nel Sistema dei Diritti, Saggi di Diritto Processuale Civile.** Bologna: Zanichelli, 1904.
- . **Principio de Derecho Procesal Civil**, trad. J.C. Santoló. Madrid: Reus, 1932, tomo I.
- . **Saggi di Diritto Processuale Civile.** Milano: Giuffrè, 1993. 3 vols.
- COHEN, Joshua. Pluralism and Proceduralism, 69 **Chicago-Kent Law Review** 589, (1993-1994).
- COING, Helmut. Bentham's Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemein Rechtslehre, **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, vol. 54, (1968).
- . **Zur Geschichte des Privatrechtssystems.** Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1962.
- COLEMAN, Jules. Analytic Jurisprudence, **Encyclopedia of Philosophy**, ed. D.M. Borchert, 2.^a ed. New York: MacMillan Reference Books, vol. 1.
- COSTA, Moacir Lobo da. **Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de Sua Literatura.** São Paulo: RT, 1970
- CROCE, Benedetto. **La Filosofia di Giambattista Vico.** Bari: Laterza, 1922.
- DAHRENDORF, Ralf. Über Populismus: Acht Anmerkungen, **Wiederbeginn der Geschichte - Vom Fall der Mauer zum Krieg im Irak.** München: C.H. Beck, 2004.

- . **Versuchungen der Unfreiheit – Die Intellektuellen in Zeiten der Prüfungen**, 2.^a ed. München: C.H. Beck, 2008.
- . **Versuchungen der Unfreiheit - Erasmus-Intellektuelle im Zeitalter des Totalitarismus**. Berlin: WZB, 2005.
- DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice and State Authority – A Comparative Approach to the Legal Process**. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DEL CLARO, Roberto. Devido Processo Substancial?, **Estudos em Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão**, coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a Cultura Processual Brasileira, **Revista de Processo**, n.º 119, (2005).
- . **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- . **A Instrumentalidade do Processo**, 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DONNE, John. **Devotions Upon Emergent Occasions**, ed. J. Sparrow. Cambridge: Cambridge University Press, 1923.
- DREIER, Ralf. Diskurstheorie und Rechtsphilosophie. Bemerkungen zu Jürgen Habermas' Faktizität und Geltung, **Zeitschrift für philosophische Forschung**, vol. 48, n.º 1, (Jan./März, 1994).
- . Deutsche Rechtsphilosophie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, **Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers**, ed. R. Alexy. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- . Jhering als Rechtstheoretiker, **Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit – Festschrift für Werner Krawietz**. Berlin: Duncker und Humblot, 1993.
- . Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie und wieder zurück?, **Die Ordnung der Freiheit – Festschrift für Christian Starck**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

- DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- . Hart and the Concepts of Law, 119 **Harvard Law Review Forum** 98 (2006).
- . **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- . **Law's Empire**. Cambridge: Belknap Press, 1986.
- . Rawls and the Law, 72 **Fordham Law Review** 1387, 1397, (2003-2004).
- . Rights as Trumps, **Theories of Rights**, ed. J. Waldron. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- . **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- EICHHORN, Karl Friedrich. **Deutsch Staats- und Rechtsgeschichte**, 5.^a ed. Göttingen: Bandenhoeck und Ruprecht, 1843, vol. I.
- ENGISCH, Karl. Begriffseinteilung und Klassifikation in der Jurisprudenz, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**, coord. G. Paulus, U. Diederichsen, C.W. Canaris. München: C.H. Beck, 1973.
- ESSER, Josef. Franz Klein als Rechtssoziologe - Die Überwindung des dogmatischen Schuldenkens im Prozeßwerk Franz Kleins, **Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Österreichischen ZPO**. Wien: Manzsche, 1948.
- FAORO, Raymundo. A Aventura Liberal numa Ordem Patrimonialista, **Revista USP**, n.º 17, (Março / Abril / Maio 1993).
- . Existe um Pensamento Político Brasileiro?, **Estudos Avançados**, vol. 1, n.º 1, (dez., 1987)
- . **Os Donos do Poder**, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

- . Rodrigues Alves: O Enigma Decifrado?, **Rodrigues Alves: Apogeu e Declínio do Presidencialismo**, A. A. de Melo Franco. Brasília: Senado Federal, 2000.
- FARBER, Daniel A.; ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.. **Cases and materials on constitutional law – themes for the constitution's third century**. Saint Paul: West Publishing, 1993.
- FAUSTO, Boris. **A Concise History of Brazil**, trad. A. Brakel. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- FEINBERG, Joel. In Defence of Moral Rights, 12 **Oxford Journal of Legal Studies** 149, (1992).
- . The Forms and Limits of Utilitarianism, **The Philosophical Review**, vol. 76, n.º 3., (Jul., 1967).
- . **The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self**. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- . The Social Importance of Moral Rights, **Philosophical Perspectives**, vol. 6, (1992).
- FERREIRA, Oliveiros. Do Liberalismo no Brasil, **Revista USP**, n.º 17, (Março/Abril/Maio, 1993).
- FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- . Some Professorial Falacies About Rights, 4 **Adelaide Law Review** 377, (1971-1972).
- FISS, Owen. The Forms of Justice, 93 **Harvard Law Review** 1, (1979).
- FORST, Rainer. **Das Recht auf Rechtfertigung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007.
- FREGE, Gottlob. **Die Grundlagen der Arithmetik**. Hamburg: Meiner, 1988.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**, 48.^a ed. São Paulo: Global, 2003

FRISCH, Max. **Wilhelm Tell für die Schule**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication, 92 **Harvard Law Review** 353, (1978-1979).

FUNKE, Andreas. **Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

GALLIGAN, Dennis J. **Due Process and Fair Procedures**. Oxford: Clarendon Press, 1996;

GAUL, Hans Friedhelm. Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, **AcP**, vol. 168, (1968).

GELLNER, Ernest. **Legitimation of Belief**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

———. The Paradox in Paradigms, **TLS**, April 23, (1982).

———. **Words and Things: An Examination Of, and an Attack On, Linguistic Philosophy**. Oxon: Routledge, 2005.

GEWIRTH, Alan. Are All Rights Positive?, **Philosophy and Public Affairs**, vol. 30, n.º 3, (Summer, 2001).

GOETHE, Johann Wolfgang von. Bedeutung des Individuellen, **Goethe's Sämtliche Werke**. Stuttgart: J.G. Cotta, 1851, vol. XXI.

———. Faust - Der Tragödie - Zweiter Teil, **Goethe's Sämtliche Werke**. Stuttgart: J.G. Cotta, 1851, vol. XII.

GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens**. Berlin: Springer, 1925.

GÖNNER, Nikolaus Thaddäus von. **Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen**. Erlangen: Johann Jacob Palm, 1815, Band I.

- . **Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses**. Erlangen: Johann Jacob Palm, 1801, vol. I.
- GOODHART, Arthur. Precedent in English and Continental Law, 50 **L.Q. Rev.** 40, (1934).
- GOTTWALD, Peter. About the Extension of Collective Legal Protection in Germany, **RePro** 154, (2008).
- . **ZPO**, 43.^a ed. München: DTV, 2007.
- GREEN, Leslie. General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay, **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 25. n.º 4, (2005).
- . Legal Positivism, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, disponível na internet: <http://plato.stanford.edu/>.
- GREY, Thomas C. Procedural Fairness and Substantive Rights, **Due Process – Nomos XVIII**, coord. J.R. Pennock, J.W. Chapman. New York: New York University Press, 1977.
- GRIMM, Jacob; GRIMM, Wilhelm. **Deutsches Wörterbuch**. Leipzig: S. Hirzel, 1862, vol. III.
- GROLMAN, Karl Ludwig Wilhelm von. **Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten**. Giessen: Heyer, 1800.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. Processo Autoritário e Regime Liberal, **Revista Forense**, vol. LXXXII, fascículo 642, (1940).
- GUYER, Paul. **Kant**. London: Routledge, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. **Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.
- . **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

- . Hermeneutische und analytische Philosophie. Zwei komplementäre Spielarten der linguistischen Wende, **Wahrheit und Rechtfertigung - Philosophische Aufsätze**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- . Morality and Ethical Life: Does Hegel's Critique of Kant Apply to Discourse Ethics?, 83 **Nw. U. L. Rev.** 38, (1988-1989).
- . Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism, **The Journal of Philosophy**, vol. 92, n.º 3, (mar., 1995).
- . Wer kann wen umarmen?, **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, n.º 294, (Montag, 18. Dezember 2006).
- HABSCHEID, Walther. Richtermacht oder Parteifreiheit, **ZZP**, vol. 81, Heft 3/4, (1968).
- HAMPSHIRE, Stuart. Liberalism: The New Twist, **New York Review of Books**, vol. 40, n.º 14, p. 46, (Aug. 12, 1993).
- HAND, Learned. **The Bill of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1958.
- HAREL, Alon. Theories of Rights, **Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Golding e Edmundson eds., USA: Blackwell Publishing, 2004.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer, 105 **U. Pa. L. Rev.** 953 (1956-1957).
- . Are There Any Natural Rights?, **The Philosophical Review**, vol. 64, n.º 2, (Apr., 1955).
- . Between Utility and Rights, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- . Definition and Theory in Jurisprudence, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- . **Essays on Bentham**. Oxford: Oxford University Press, 1982.

- . **Problems of the Philosophy of Law, Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- . Bentham and the United States of America, 19 **Journal of Law & Economics** 547, (1976).
- . **The Concept of Law**, 2.^a ed, ed. P. Bulloch e J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HAYEK, Friedrich August von. **Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- HAYM, Rudolf. **Wilhelm von Humboldt – Lebensbild und Charakteristik**. Berlin: Rudolf Gaertner, 1856.
- HELLWIG, Konrad. **Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts**. Leipzig: Deichert, 1903, vol. II.
- HIMMELFARB, Gertrude. **The Roads to Modernity – The British, French, and American Enlightenments**. New York: Knopf, 2004.
- HOBBS, Thomas. **Leviathan**, ed. original de 1651, ed. A.R. Waller. Cambridge: Cambridge University Press, 1904.
- HÖFFE, Otfried. Between Facts and Norms by Jürgen Habermas (Review), **Mind**, New Series, vol. 109, n.º 435, (Jul., 2000).
- . **Immanuel Kant**, 7.^a ed. München: C.H. Beck, 2007.
- . **Kleine Geschichte der Philosophie**. München: Beck, 2001.
- . **Politische Gerechtigkeit – Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat**, 4.^a ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning**. New Haven: Yale University Press, 1919.

- HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**, 26.^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. London: W.W. Norton, 2000.
- HONORÉ, Tony. Rights of Exclusion and Immunities against Divesting, 34 **Tulane Law Review** 443, (1959-1960).
- HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen**. Breslau: Eduard Trewendt, 1851.
- . **Direito Processual Civil**, trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.
- . **Zivilprozeßrecht – Ein Studienbuch**, 27.^a ed. München: C.H. Beck, 2002.
- JHERING, Rudolf. **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1865, vol. III.
- . **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**, 2.^a ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1866, vol. I.
- . **Geist des Römischen Rechts aus den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**, 2.^a ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1866, vol. II,
- . Im juristischen Begriffshimmel - Ein Phantasiebild, **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz**. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1884.
- . **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz**. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1884.
- JOHNSON, Samuel. **A Dictionary of the English Language** 4.^a ed. London: J. F. *et. alli.*, 1785, vol. I.
- KANT, Immanuel. **Die Metaphisik der Sitten**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968.
- . Die Metaphysik der Sitten, AA:VI.

- . Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, **AA:IV**.
- . Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, **AA:VIII**.
- KELSEN, Hans. Foundations of Democracy, **Ethics**, vol. LXVI, n.º I, parte II, (October, 1955).
- . **Reine Rechtslehre**, 2.^a ed. Wien: Franz Deuticke, 1960.
- KLATT, Matthias. Contemporary Legal Philosophy in Germany, **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, vol. 93, (2007).
- KLEIN, Franz. **Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1966.
- KOCOUREK, Albert. **Jural Relations**, 2.^a ed. Indianapolis: Bob-Merrill, 1928.
- . Various Definitions of Jural Relations, 20 **Columbia Law Review** 394, (1920).
- KOHLER, Josef. **Das Prozeß als Rechtsverhältnis**. Mannheim: Bensheimer, 1888.
- KORSGAARD, Christine M. Introduction, **Groundwork of the Metaphysics of Morals**, I. Kant. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- . Skepticism about Practical Reason, **The Journal of Philosophy**, vol. 83, n.º 1., (Jan., 1986).
- KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. Chicago: University of Chicago Press, 1962.
- LACEY, Nicola. **A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LAFER, Celso. Liberalismo – Antigo e Moderno, José Guilherme Merquior, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n.º 17.

- LANDAU, P. Justus Henning Böhm, **Juristen – Ein biographisches Lexikon**, coord. M. Stolleis. München: C.H. Beck, 2001.
- LANGBEIN, John. The German Advantage in Civil Procedure, 52 **U. Chi. L. Rev.** 823, (1985).
- LERCHE, Peter. Zum Anspruch auf rechtliches Gehör, **ZZP**, vol. 78.
- LEUBSDORF, John. Constitutional Civil Procedure, 63 **Texas Law Review** 581, (1984).
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del Principio Dispositivo, **Rivista di Diritto Processuale**, vol. XV, (1960).
- . **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, p. 136.
- . L'Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale, **Problemi del Processo Civile**. Napoli: Morano, 1962.
- LIMBACH, Jutta. **Das Bundesverfassungsgericht**. München: C.H. Beck, 2001.
- LINK, Christoph. **Herrschaftsordnung und Bürgerliche Freiheit – Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre**. Wien: Hermann Böhlau, 1979.
- LLOSA, Mario Vargas. Confesiones de un Liberal, **Letras Libres**, (maio, 2005).
- LÜKE, Gerhard. Betrachtungen zum Prozessrechtsverhältnis, **ZZP** 108 (1995).
- LÜKE, Wolfgang. **Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren – Zwangsvollstreckung**, 9.^a ed. München: C.H. Beck, 2006.
- LYONS, David. Utility and Rights, **Theories of Rights**, ed. J. Waldron. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- MACCORMICK, Neil. Rights in Legislation, **Law, Morality, and Society: Essays in Honor of H.L.A. Hart**, ed. P.M.S. Hacker e J. Raz. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- . **H.L.A. Hart**, 2.^a ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- MACKIE, John L. Can There be a Right-Based Moral Theory, **Theories of Rights...**

- MANKIW, N. Gregory. **Principles of Economics**, 4.^a ed. United States: South-Western College Pub, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2004.
- . **Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2006, vol. I.
- . ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**, 6.^a ed. São Paulo: RT, 2007.
- . DEL CLARO, Roberto. Efeito Vinculante e Compensação Tributária, **Revista Forense**, v. 390, (2006).
- MARQUES, José Frederico. Procedimento Ordinário, **O Processo Civil**, 2.^a ed. São Paulo: AASP, 1974,
- MARTINS, Pedro Batista. Em defesa do Ante-Projeto de Código de Processo Civil, **Revista Forense** (separata), (1939).
- MASHAW, Jerry. Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory, 61 **B.U.L. Rev.** 885 (1981).
- MCCARTHY, Thomas. Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue, **Ethics**, vol. 105, n.º 1, (Oct., 1994).
- MEHREN, Arthur Taylor von. The Importance of Structures and Ideologies for the Administration of Justice, 97 **Yale Law Journal** 341, (1988).
- MENGER, Anton. **Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen : Eine Kritik d. Entwurfs e. Bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich**. Tübingen: Laupp, 1890.
- MERQUIOR, José Guilerme Merquior. Raízes da Tradição Autoritária, **Jornal do Brasil**, 20 de fevereiro de 1982.

———. **Liberalism Old & New**. Boston: Twayne Publishers, 1991.

MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition**, 3.^a ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MICHELI, Gian Antonio. **L'Onore della Prova**. Padova: Cedam, 1942.

MICHELMAN, Frank, Formal and Associational Aims in Procedural Due Process, **Nomos**, vol. XVIII.

———. Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law, **Cambridge Companion to Rawls**, ed. S. Freeman. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. London: Parker, 1859.

MISES, Ludwig. **Liberalismus**. Jena: Gustav Fischer, 1927.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Embargos de Declaração, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, vol. 25, (1989).

———. **Estudos Sobre a Reforma Processual**. Curitiba: [s.n.], 1969.

———. Formação e Aperfeiçoamento de Juízes, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, vol. 8, (1960).

———. O Estado de Direito e o Direito de Ação (A Extensão do seu Exercício), **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 19, (1978).

MÜLLER-DOOHM, Stefan. **Jürgen Habermas**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

MUSIELAK, Hans-Joachim. § 321a - Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, **Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 6.^a ed. München: C.H. Beck, 2008.

NAGEL, Thomas. **The Last Word**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

NEUMANN, Ulfried. Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, **Rechtstheorie**, n.º 27.

- NINO, Carlos Santiago. Sobre los Derechos Morales. **Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho**, n.º 7, (1990)
- NÖRR, Knut Wolfgang. **Naturrecht und Zivilprozeß – Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**, 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PAIM, Antônio. Introdução, **Populações Meridionais do Brasil**, O. Viana. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 19.
- PAVLAKOS, George (ed.). **Law, Rights and Discourse – Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- PETTIT, Philip. Analytical Philosophy, **A Companion to Contemporary Political Philosophy**, ed. R.E. Goodin, P. Pettit, 2.^a ed. Malden: Blackwell Publishing, 2007, vol. 1.
- PIEKENBROCK, Andreas. Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht, **NJW**, (1999).
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte – Staatsrecht II**, 24.^a ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, Rn. 1075.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, vol. I.
- POPPER, Karl. **The Open Society and Its Enemies – Hegel and Marx**. Oxon: Routledge Classics, 2003, vol. II.
- . **The Open Society and Its Enemies – The Spell of Plato**. Oxon: Routledge Classics, 2003, vol. I.

POSTEMA, Gerald. The Principle of Utility and the Law of Procedure: Bentham's Theory of Adjudication, 11 **Ga. L. Rev.** 1393, (1976-1977).

POUND, Roscoe. Legal Rights, **International Journal of Ethics**, vol. 26, n.º 1, (Oct.,1915).

———. **The Ideal Element in Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 2002.

———. What May We Expect From Comparative Law?, 22 **American Bar Association Journal** 56, (1936).

PRÜTTING, Hanns. § 296 Zurückweisung verspäteten Vorbringens, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 3.^a ed. München: C.H. Beck, 2008.

———. Die Materielle Prozessleitung, **Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag**, org. C. Heinrich. München: C.H. Beck, 2004.

———. Die Strukturen des Zivilprozesses unter Reformdruck und europäische Konvergenz?, **Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag**, coord. P. Gottwald e H. Roth. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

———. Einleitung, **Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grosskommentar**, fund. B. Wieczorek, coord. R.A. Schütze, 3.^a ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1994.

———. Verfahrensgerechtigkeit – Ein Diskurs über materiale und prozedurale Gerechtigkeit, **Die Macht des Geistes – Festschrift für Hartmut Schioldermair**, coord. D. Dörr et alii. Heidelberg: C.F. Müller, 2001.

PUFENDORF, Samuel. **De Jure Naturae et Gentium**. Oxford: Clarendon Press, 1934.

PUGLIESE, Giovanni. 'Res Corporales', 'Res Incorporales' e il Problema del Diritto Soggettivo. **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**. Napoli: Jovene, 1954, vol. III.

QUINE, Wilard Van Orman. Russel's Ontological Development, **The Journal of Philosophy**, vol. 63, n.º 21, (Nov., 1966).

- RABEL, Ernst. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, **Rheinische Zeitschrift**, vol. 13, (1924).
- RADBRUCH, Gustav. **Der Geist des Englischen Rechts**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1956.
- . **Rechtsphilosophie**, coord. R. Dreier e S.L. Paulson, 2.^a ed. Heidelberg: CF Müller, 2003.
- RAGONE, Álvaro Perez. Contornos de la Justicia Procesal (Procedural Fairness), **Revista de Direito Processual Civil**, vol. 36, (abril/junho, 2006).
- . La rebeldía en diversos modelos procesales de la Edad Media: paralelos, variables y evolución de la figura, **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, n.º 30, (2008).
- . PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. **Código Procesal Civil alemán**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006.
- RAUSCHER, Thomas. Einleitung, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 3.^a ed. München: C.H. Beck, 2008.
- RAWLS, John. **A Theory of Justice**, edição original. Cambridge: Belknap Press, 2005.
- . Kantian Constructivism in Moral Theory, **The Journal of Philosophy**, vol. 77, n.º 9, (Sep., 1980).
- . **Lectures on the History of Moral Philosophy**, ed. B. Herman. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- . **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.
- . Political Liberalism: Reply to Habermas, **The Journal of Philosophy**, vol. 92, n.º 3 (mar., 1995).
- . The Priority of Right and Ideas of the Good, **Philosophy and Public Affairs**, vol. 17, n.º 4, (Autumn, 1988).

- RAZ, Joseph. About Morality and the Nature of Law, 48 **American Journal of Jurisprudence** 2 (2003).
- . Dworkin: A New Link in the Chain, 74 **California Law Review** 1103, (1986).
- . Hart on Moral Rights and Legal Duties, 4 **Oxford Journal of Legal Studies** 123, (1994).
- . Legal Rights, 4 **Oxford Journal of Legal Studies** 1 (1984).
- . On the Nature of Rights, **Mind**, New Series, vol. 93, n.ºN. 370, (Apr., 1984).
- . Professor Dworkin's Theory of Rights, **Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy**, vol. 1, (1977).
- . **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- REIMANN, Mathias. The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process, Mirjan R. Damaska (Review), **The American Journal of International Law**, vol. 82, n.º 1, (Jan., 1988).
- RIMMELSPACHER, Bruno. **Zur Prüfung von Amts Wegen im Zivilprozess**. Göttingen: Otto Schwartz, 1966.
- ROSENBERG, Leo. **Die Beweislast**, 5.^a ed. München: C.H. Beck, 1965.
- . Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkt im Zivilprozesse, **ZZP**, vol. 49, (1925).
- . SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. **Zivilprozessrecht**, 16.^a ed. München: C.H. Beck, 2004.
- ROSS, Alf. On the Concepts "State" and "State Organs" in Constitutional Law, **Scandinavian Studies in Law**, vol. 5, p. 113, (1961).
- . Tû-Tû, 70 **Harvard Law Review** 812, (1956-1957).

- RUSSELL, Bertrand. **The Principles of Mathematics**. New York: W.W. Norton, 1903.
- SACHS, Michael. **Verfassungsprozessrecht**, 2.^a ed. Frankfurt am Main: Recht und Wirtschaft, 2007.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.
- SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: RT, 1998.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o Processo Autoritário, **Revista de Direito Processual Civil**, ano 1, vol. 1, (jan. – jun., 1960).
- SANTOS, Rogério. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil, **Dados**, vol. 50, (2002).
- SAPHIRE, Richard. Specifying Due Process Values: Toward a More Responsive Approach to Procedural Protection, **U. Pa. L. Rev.** 127 (1978).
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen Römischen Rechts**. Berlin: Deit und Comp, 1840, vol. II.
- . **System des heutigen Römischen Rechts**. Berlin: Deit und Comp, 1840, vol. I.
- SCANLON, Thomas M. Due Process, **Due Process – Nomos XVIII**, coord. J.R. Pennock, J.W. Chapman. New York: New York University Press, 1977.
- SCHILLER, Friedrich. Erklärung über die Freyheit, **Schillers Werke – Nationalausgabe**. Weimar: Hermman Böhlhaus, 1963, vol. XXI.
- . **Wilhelm Tell**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.
- . GOETHE, Johann Wolfgang von. **Briefwechsel zwischen Schiller und Goethe in den Jahren 1794 bis 1805**, 2.^a ed. Stuttgart: J.G. Cotta, 1856, vol. I.

- SCHLEGEL, Friedrich. **Geschichte der alten und neuen Literatur**. Berlin: M. Simion, 1841.
- SCHWARTZMAN, Simon. **As Bases do Autoritarismo Brasileiro**, 3.^a ed. São Paulo: Campus, 1992.
- SCHWARZ, Roberto. **Ao Vencedor as Batatas**, 4.^a ed. São Paulo: Duas Cidades, 1992.
- SEARLE, John. J. L. Austin (1911-1960). **A Companion to Analytic Philosophy**, ed. A.P. Martin e E.D. Sosa. Malden: Blackwell, 2001.
- SIECKMANN, Jan-Reinhard (ed.) **Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico, Interpretação Constitucional**, coord. V. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2004.
- . **Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma Distinção, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n.º 1, (2003).
- . **Prinzipientheorie, Abwägungskompetenzen und Gewaltenteilung, Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys**, coord. J.R. Sieckmann. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- SKINNER, Quentin. **Hobbes and the purely artificial person of the state, Visions of Politics - Hobbes and Civil Science**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, vol. III.
- . **Visions of Politics – Regarding Method**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- STADLER, Astrid. § 139 Materielle Prozessleitung, **Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 6.^a ed. München: C.H. Beck, 2008.

- STAËL, Anne-Louise-Germaine de. **De L'Allemagne**, 2.^a ed. Paris: Chez H. Nicolle, 1814, tomo II.
- STARCK, Christian. Bindung des Richters and Gesetz und Verfassung, **Der demokratische Verfassungsstaat: Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995.
- STEIN, Peter. Justinian's Compilation: Classical Legacy and Legal Source, 8 **Tulane European & Civil Law Forum** 1, (1993).
- STÜRNER, Rolf. Der Deutsche Prozeßrechtslehrer am Ende des 20. Jahrhunderts, **Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts – Festschrift für Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag**, coord. H. Prütting e H. Rüssmann. München: C.H. Beck, 1997.
- . **Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozess**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976.
- . **Die Richterliche Aufklärung im Zivilprozeß**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1982.
- . Parteidisposition über Tatsachen und Beweismittel im Prozess ausgewählter europäischer Staaten, **Recht und Risiko: Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag**, coord. H. Kollhosser, R. Bork, T. Hoeren, P. Pohlmannm. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtsch., 2004, vol. II.
- . Prozessrecht und Rechtskulturen, **Prozessrecht und Rechtskulturen**, coord. P. Gilles, T. Pfeiffer. Baden-Baden: Nomos, 2004.
- . Prozeßzweck und Verfassung, **Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag**, coord. H. Prütting. Köln: Carl Heymanns, 1990.

- . Zur Struktur des europäischen Zivilprozesses, **Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag**, coord. P. Gottwald e H. Roth. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- . MURRAY, Peter. **German Civil Justice**. Durham: Carolina Academic Press, 2004.
- SUMMERS, Robert. Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for ‘Process Values’”, 1 **Cornell L. Rev.** 60 (1974).
- SUNSTEIN, Cass. Problems with Rules, 83 **California Law Review** 953, (1995).
- TARUFFO, Michele. Idee per una Teoria della Decisione Giusta, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LI, n.º 2, (Giugno / 1997).
- . Transcultural Dimensions of Civil Justice, XXIII **Comparative Law Review** 1, 28, (2000).
- . Considerazioni sulla Teoria Chiovendiana dell’Azione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Anno LVII, n. 4, (Dicembre 2003).
- . Legal Cultures and Models of Civil Justice, **Festschrift für Hideo Nakamura**, coord. A. Heldrich, T. Uchida. Berlin: Walter de Gruyter, 1996.
- TESHEINER, José Maria. Sobre as críticas ao conceito de relação jurídica, disponível em www.tex.pro.br, consulta em 06.05.2008.
- THIBAUT, John; WALKER, Laurens. **Procedural Justice – A Psychological Analysis**. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 1975.
- TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**, 2.^a ed. Mineola: Foundation Press, 1988.
- TROCKER, Nicolò. Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

- TUCK, Richard. History, **A Companion to Contemporary Political Philosophy**, ed. R.E. Goodin, P. Pettit, 2.^a ed. Malden: Blackwell Publishing, 2007, vol. 1.
- . Introduction, **The Rights of War and Peace**, H. Grotius, ed. R. Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005.
- . **Natural Rights Theories**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- TUSHNET, Mark. **Making Civil Rights Law - Thurgood Marshall and the Supreme Court (1936-1961)**. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- TWINING, William. Have Concepts, Will Travel: Analytical Jurisprudence in a Global Context, **International Journal of Law in Context**, vol. I, n.º I, (2005).
- VICO, Giambattista. **Principi di Scienza Nuova**, 3.^a ed. Milano: Fortunato Perelli, 1862.
- VILLEY, Michel. L'Idée du Droit Subjectif et les Systèmes Juridiques Romains, **Revue Historique de Droit**, Series 4, vol. 24-25, (1946).
- VOLLKOMER, Max. Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess – eine neue Prozessmaxime?, **Festschrift für Karl Heinz Schwab**, coord. P. Gottwald e H. Prütting. München: C.H. Beck, 1990.
- VON TUHR, Andreas. **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**. Leipzig: Duncker und Humboldt, 1957.
- VOBKUHLE, Andreas. Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, **NJW**, (2003).
- WACH, Adolf. Das Verhältniss des Richters zu den Parteien, **Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung**, 2.^a ed. Bonn: Adolph Marcus, 1896.
- . **Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts**. Leipzig: Duncker und Humblot, 1885, vol. I.
- WALDRON, Jeremy. 'Nonsense Upon Stilts': Bentham, Burke, and Marx on the Rights of Man. London: Methuen, 1987.

- . Introduction, **Theories of Rights**, coord. J. Waldron. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- . The Role of Rights in Practical Reasoning, **The Journal of Ethics**, vol. 4, (2000).
- WASSERMAN, Rudolf. **Der Soziale Zivilprozess**. München: Luchterhand, 1978.
- WEBER, Max. Die »Objektivität« sozialwissenschaftler und sozialpolitiker Erkenntnis, **Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1922.
- WEST, David. Continental Philosophy, **A Companion to Contemporary Political Philosophy**, ed. R.E. Goodin, P. Pettit, 2.^a ed. Malden: Blackwell Publishing, 2007, vol. 1.
- WHITE, S.K. (ed.). **The Cambridge Companion to Habermas**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- WIEACKER, Franz. **Privatrechtsgesichte der Neuzeit: Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung**, 2.^a ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- WINDSCHEID, Bernhard. **Lehrbuch des Pandektenrechts**. Düsseldorf: Julius Budeus, 1868, Band I.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1963.
- YARSHELL, Flávio Luiz . Reforma do processo de execução (lei 11.232/5): primeiras impressões - Parte I. **Carta Forense**, vol. IV, n.º 32, (2006).
- . **A Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.
- . **Ação Rescisória – Juízos Rescindente e Rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005.

- ZIMMERMANN, Reinhard. »In der Schule von Ludwig Mitteis« - Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, **RabelsZ**, vol. 65, (2001).
- ZUCKERMAN, A. A. S. Quality and Economy in Civil Procedure – The Case for Commuting Correct Judgments for Timely Judgments, **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 14, n.º 3, (1994).
- . Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure, **Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- ZWEIGERT, Konrad. Ernst Rabel 80 Jahre, **Juristenzeitung**, vol. 9, n.º 1-2, (1954).
- . KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung**, 3.^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.
- . SIEHR, Kurt. Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method, 19 **American Journal of Comparative Law** 215, (1971).