



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**O NOVO CONTRADITÓRIO E O PROCESSO DIALÓGICO:
aspectos procedimentais do neoprocessualismo**

KLEBER RICARDO DAMASCENO

JACAREZINHO (PR) – 2010



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

O NOVO CONTRADITÓRIO E O PROCESSO DIALÓGICO: aspectos procedimentais do neoprocessualismo

KLEBER RICARDO DAMASCENO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi

JACAREZINHO (PR) - 2010

KLEBER RICARDO DAMASCENO

**O NOVO CONTRADITÓRIO E O PROCESSO DIALÓGICO:
ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DO NEOPROCESSUALISMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi
Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho
Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Jairo José Gênova
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Jacarezinho, 13 de Maio de 2010

A Deus, pela existência.

Aos meus pais, pela educação e afeto.

A Ana Paula, por ter comigo descoberto quão sofrida é a produção científica.

A Pedro, meu avô, que dois dias antes da qualificação nos deixou, sem que eu pudesse lhe mostrar esse trabalho pronto.

AGRADECIMENTOS

Minha gratidão primeiramente à Fundinop; instituição que me acolheu e onde construí uma história. Aqui estão meus mestres, meus amigos e, acima de tudo, aqui está minha raiz.

Agradeço também a todos aqueles que acreditam no Programa de Mestrado desta instituição e que lutam para o manter independentemente das adversidades materiais que o afrontam.

Agradeço aos amigos desta caminhada e companheiros do mestrado, com quem tive a satisfação de dar mais um passo rumo ao conhecimento.

Agradeço a CAPES pelo apoio material, dado não só a mim, mas ao desenvolvimento do ensino superior como um todo.

De modo especial agradeço ao Prof. Eduardo Cambi, não só por ter sido o orientador dessa pesquisa, mas também por ter desenvolvido, enquanto doutrinador, inúmeros conceitos que serviram de base teórica para o presente estudo.

Por fim, estendo minha gratidão a todos os professores, funcionários e colaboradores que direta ou indiretamente fizeram parte da construção dessa dissertação.

DAMASCENO, Kleber Ricardo. *O novo contraditório e o processo dialógico: aspectos procedimentais do neoprocessualismo*. 2010. 181f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho.

RESUMO

O presente texto apresenta propostas para uma noção de contraditório que se insere num cenário de invasão constitucional do processo. Parte-se do referencial teórico do neoconstitucionalismo e, sob tal base, discute-se o contraditório e a sua relação com outros conceitos básicos, notadamente o formalismo. No tocante ao aspecto forma, analisa-se tal conceito como um substrato para o contraditório, comparando-se os diversos tratamentos da forma no processo através da história, aponta-se uma situação atual de equilíbrio entre o total informalismo e o formalismo excessivo. A importância do aspecto democrático do contraditório também é analisada no texto e, sob esse ângulo, pensa-se em um sistema processual cooperativo no qual a atividade das partes, do juiz e da sociedade deve ter por norte a colaboração para que, conjuntamente, se construa uma decisão eficaz, legítima e pacificadora. Por fim, são apresentadas propostas para a construção de um novo contraditório, devendo-se identificar em tais propostas um conjunto de técnicas e princípios presentes de forma esparsa na doutrina, servindo de pistas para a conclusão de que os valores presentes no contraditório não são mais os mesmos até então identificados. As propostas são divididas conforme o sujeito processual a que se relacionam, havendo propostas atinentes às partes, ao juiz e propostas de ampliação do debate. Quanto ao juiz, as propostas importam em deveres como os de colaboração, argumentação total e técnicas, como a da dinamização das cargas probatórias. Quanto às partes, fala-se em dever de cooperação e de lealdade processual em vista da preservação do diálogo. Neste mesmo capítulo estuda-se o *amicus curiae*, como sendo também uma proposta do novo contraditório, inserida no aspecto de ampliação do debate democrático.

Palavras-chave: Contraditório. Forma. Democracia. Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Propostas. Novos valores.

DAMASCENO, Kleber Ricardo. *The new contradictory and the democratic process: procedural aspects of neoprocessualism*. 2010. 181f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho.

ABSTRACT

The present text presents proposals for a notion of contradictory in scenery of constitutional invasion of the process. It starts, therefore, with the theoretical reference of the neoconstitucionalism and so it discusses the contradictory and its relation with other basic concepts, especially formalism. Concerning the aspect form, such concept is analyzed as a substratum for contradictory, considering its evolution in process through the history, and a current situation of balance is pointed between total informality and excessive formality. The importance of democratic aspect of the contradictory is also analyzed in the text and, under this angle, it thinks over a cooperative processual system in which parts, judge and society's activities must be based on collaboration so that an effective, legitimate and pacifier decision can be built. At last, are presented proposals for the construction of a new contradictory, where a group of techniques and principles present in a sparse way in doctrine are found, leading up to the conclusion that the values present in contradictory are not the same ones until then identified. The proposals are divided according with the processual subject that are linked, parts or judge and proposals of amplification of the debate. Concerning the judge the proposals matter in duties like collaboration, total discussion and techniques, like dynamic burden of proof. Concerning the parts it talks about cooperation and processual loyalty longing for dialogue preservation. The same chapter studies *amicus curiae*, as being also a proposal of the new contradictory, inserted in the aspect of amplification of the democratic debate.

Key words: Contradictory. Formalism. Democracy. Neoconstitucionalism. Neoprocessualism. Proposals. New values.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO	14
1.1 O neoconstitucionalismo	14
1.2 O neoprocessualismo e a invasão constitucional no processo	19
1.2.1 A constitucionalização do processo	21
1.2.2 Acesso à Justiça	24
1.2.3 Processo e transformação social	29
1.3 Os pilares conceituais clássicos e o neoprocessualismo	30
1.4 O processo de cunho principiológico	41
1.5 O devido processo legal e a sua significação	47
1.6 O contraditório como corolário do devido processo legal	52
2 O FORMALISMO E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O CONTRADITÓRIO.	55
2.1 O formalismo, processo e procedimento.	55
2.2 O formalismo: delimitação temática.	57
2.3 A forma e sua história	60
2.3.1 O formalismo e os princípios	64
2.3.2 Aspectos valorativos	66
2.4 O formalismo e a constituição	69
2.5 Mazelas do (in)formalismo excessivo e a busca pelo equilíbrio	74
2.6 Efetividade <i>versus</i> segurança	77
3 O NOVO CONTRADITÓRIO: novas perspectivas de um antigo princípio	79
3.1 O contraditório no neoconstitucionalismo	79
3.1.1 Elemento de participação e democracia	81
3.1.2 Elemento legitimador das decisões	82
3.1.3 Elemento formador da convicção popular	84
3.2 O contraditório e a cooperação entre as partes	86
3.2.1 A dialogicidade do processo pela cooperação	89
3.2.2 Condutas próprias da cooperação.	90
3.3 Contraditório e o pêndulo privatístico-publicístico	91
3.3.1 A superação do dualismo	94
3.3.2 Os envolvidos no contraditório	95
3.4 Dimensão procedimental, contraditório e ampla defesa ante as necessidades atuais do processo	98
3.4.1 A questão do acesso à Justiça	99
3.4.2 O problema da celeridade	102
3.4.3 A cognição e o contraditório	106
4 PROPOSTAS PARA UM NOVO CONTRADITÓRIO	113
4.1 A ampliação dos poderes do juiz em contraponto com o dever argumentativo.	114
4.1.1 Postura do juiz na concepção privatística	114
4.1.2 Postura do juiz na concepção publicística	116
4.1.3 Neoprivatismo e neopublicismo: a postura do juiz no novo contraditório.	118
4.1.4 A legitimação da sentença pelo contraditório – a questão do dever argumentativo.	121
4.2 A técnica das cargas probatórias dinâmicas	126
4.2.1 O artigo 333 do CPC e o padrão clássico brasileiro	127

4.2.2 A nova proposta	131
4.3 Propostas em relação às partes	142
4.3.1 Novos deveres e garantias em relação às partes	143
4.3.2 Contraditório democrático: um sistema aberto.....	147
4.4 Alargamento do conceito de sujeitos processuais	150
4.4.1 A figura do <i>amicus curiae</i>	151
4.4.2 O <i>amicus curiae</i> como técnica propícia ao novo contraditório	157
4.4.2.1 Natureza do processo coletivo.....	159
CONCLUSÃO.....	167
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	176

INTRODUÇÃO

O principal elemento motivador do presente trabalho foi a percepção de que muitas das reformas legislativas por que tem passado o processo civil brasileiro não refletem o verdadeiro momento de evolução desse ramo do Direito enquanto ciência, em que pese as atualizações serem absolutamente necessárias, principalmente no tocante à efetividade e à celeridade.

Tais reformas precisam vir acompanhadas de uma nova mentalidade em termos de aplicação do processo enquanto instrumento de Justiça, haja vista a constatação, presente no texto, de que a Constituição Federal não pode ser excluída do rol das normas processuais, mas, contrariamente, deve ser considerada a principal norma processual, sendo, por esse motivo, a grande norteadora dos parâmetros adotados no processo civil moderno.

Sob o referencial teórico do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo o texto buscará uma revisitação do conceito de contraditório enquanto princípio constitucional, revelando-se novos valores contidos nesse princípio. Tais valores, conforme será exposto, afiguram-se essenciais para uma adequação democrática do processo e para a legitimação das decisões decorrentes desse mesmo processo.

Dentre as premissas utilizadas como fundamentos para a pesquisa, acentua-se a existência irrefutável de uma sobrevalorização da Constituição Federal como padrão normativo principal dentro dos ordenamentos jurídicos na atualidade. Na sequência, seguindo a doutrina que elenca os pontos principais do neoconstitucionalismo, percebe-se dentre seus marcos a invasão de todos os ramos do Direito pela Constituição Federal e daí conclui-se que não se pode mais pensar o processo sem que se relevem os valores inscritos no texto constitucional. Neste sentido, adentra-se na questão dos pilares conceituais que sustentam a ciência processual e conclui-se também que tais conceitos merecem ser revisitados segundo uma nova visão, capaz de adequar todo o arcabouço científico do processo a esses novos tempos, superando-se o legalismo e as influências do Estado Liberal. Deste modo, o próprio conceito de Jurisdição é trabalhado sob a perspectiva de novos valores.

A partir dessa visão, relativa a uma invasão do processo por parâmetros constitucionais, o segundo capítulo trata do formalismo e acentua a importância

desse elemento para o desenvolvimento do processo e para a realização da Justiça. Fala-se em um novo formalismo adequado a um padrão de contraditório também renovado, no qual as formalidades presentes no texto legal são importantes para o estabelecimento de um mínimo de segurança, de igualdade e de clareza da decisão. Como já afirmado, tal análise terá por fundamento uma digressão histórica do formalismo e abordará de modo precípuo a importância da Revolução Francesa e do Estado Liberal para o estabelecimento de um formalismo essencialmente privatista, até a mudança de paradigma vivida na atualidade. No mesmo capítulo haverá uma análise comparativa entre o informalismo total e o formalismo excessivo, possibilitando-se uma conclusão a respeito de qual o modo ideal de formalismo para os padrões de um contraditório pautado em novos valores.

Já o terceiro capítulo abordará, de maneira específica, o princípio do contraditório, que dá mote ao presente estudo, pois é a partir do contraditório que se estabelece um padrão mínimo de Justiça, sendo esse um dos principais corolários do devido processo legal. O princípio será analisado primeiramente sob uma ótica neoconstitucionalista, atendendo-se ao referencial teórico adotado, relacionando-se o mesmo com valores muitas vezes desconsiderados quando se pensa nesse princípio. Fala-se, deste modo, em uma superação do binômio conhecimento necessário e resposta possível como elementos conceituais, vendo-se no contraditório, além dos valores tradicionais elencados, uma relação direta com a participação, a democracia, a legitimidade das decisões judiciais e o convencimento popular.

Ainda no terceiro capítulo, o aspecto democrático e participativo do contraditório é acentuado por meio de sua análise segundo um padrão processual cooperativo, de modo que a colaboração entre as partes é identificada como sendo um elemento conceitual e valorativo que se acrescenta ao binômio clássico citado. São elencadas as condutas próprias de um processo cooperativo e faz-se um pequeno esboço do papel assumido pelos sujeitos do contraditório, identificando-se o juiz como sendo também um desses sujeitos.

Algumas questões atuais são abordadas ao término do terceiro capítulo com o fito de espantar as possíveis teses negatórias de um novo momento para o contraditório. O padrão privatístico e publicístico até então adotado pelo processo, de fato, leva a condução do contraditório ora para o juiz, ora para o legislador, todavia o momento histórico atual encontra-se envolvido por uma série de questões

processuais que exigem uma nova postura. De um lado o problema da efetividade, comportando, por seu turno, questões correlatas como a do acesso à Justiça e a da celeridade no procedimento; por outro lado está a segurança e a Justiça, a exigir de maneira correlata a aplicação de um contraditório mais dilatado. Tudo isso faz com que o choque principiológico conduza o intérprete à ponderação, levando-se em consideração as nuances do caso em concreto. Deste modo coloca-se uma aporia formada pela dualidade entre a efetividade e a segurança e fala-se em um movimento pendular histórico, que vive no momento atual uma situação peculiar.

No quarto e último capítulo são apresentadas propostas para um novo contraditório. Tais propostas não são, de fato, proposições de realização para essa nova visão, mas são, na realidade, algumas técnicas apresentadas de modo esparso pela doutrina e que identificam uma nova postura. Em suma, são pistas que demonstram a existência de algo novo no tocante ao contraditório e aos valores que o preenchem.

Fala-se, portanto, em propostas referentes à atividade do juiz, à atividade das partes e, por fim, propostas que tendem à ampliação do debate judicial por meio da ampliação do próprio conceito de sujeitos processuais.

No tocante às propostas dirigidas à atividade do juiz, um ponto de grande importância percebido pela doutrina e abordado no texto relaciona-se com a ampliação dos poderes do julgador, constituindo-se esse maior ativismo em uma nova visão publicista do processo. Com efeito, pelo texto, poder-se-á concluir que a novidade desse novo publicismo está no fato de que as partes são privilegiadas, podendo atuar em conjunto com o juiz. Essa dimensão de cooperação é uma constante na pesquisa, já que se configura como sendo um dos principais valores do novo contraditório.

Em contraponto com essa ampliação de poderes, fala-se também na ampliação dos deveres do julgador, e, nesse sentido, discorre-se sobre a técnica da argumentação total, constituindo-se tal técnica em um dever do juiz para com as partes e para com a sociedade, haja vista a visão formalista legitimadora da sentença.

No tocante ao exame das provas, fala-se em dinamização dos ônus probatórios. Essa técnica, já identificada em outros ordenamentos, é aqui apresentada como sendo também uma manifestação do novo contraditório. Nesse espaço, observa-se que tal manifestação está mutuamente relacionada com os

deveres do julgador e com a atividade das partes, já que a distribuição dos ônus da prova assume dimensões objetivas e subjetivas. Tais dimensões devem-se ao fato de que ora a dinamização é uma forma de se orientar a atividade das partes na instrução probatória, ora se afigura como sendo uma regra de julgamento. Importante mencionar que no texto é feita uma análise do padrão normativo adotado no Brasil, diferenciando-se ainda a dinamização da inversão dos ônus probatórios.

Por outro lado, em relação às partes as propostas inserem-se em uma dimensão ética da conduta processual, havendo a transposição da ideia individualista da atividade jurisdicional. Assim, às partes cabe um dever de conduta socialmente desejada perante o Judiciário, sendo que tal dever importa em abertura ao diálogo e à cooperação. Em que pese o fato de falar-se em uma maior liberdade de atuação das partes no processo, essa atuação deve ser orientada a fim de que as partes ajam segundo padrões específicos de comportamento, a fim de se evitar o tumulto e os abusos, formando-se um novo privatismo.

Por fim, as propostas relacionadas aos sujeitos processuais voltam-se para a dimensão democrática do contraditório, tratando-se da questão da ampliação do debate pela ampliação dos sujeitos atuantes no processo. A figura do *amicus curiae*, incorporação do Direito norte-americano aplicada no Brasil apenas nas situações de controle direto de constitucionalidade, surge como importante elemento de participação social, na interpretação e aplicação da constituição e da lei. Para os processos coletivos essa dimensão social de debate é identificada como sendo uma necessidade, contudo, a mesma atuação é vista como possibilidade viável em se tratando de processos individuais. Sob esse ângulo de visada são elencadas algumas noções sobre a figura do *amicus curiae*, bem como elencam-se os princípios que sustentam essa possível atuação.

Sob a bandeira de que o processo é um instrumento de concreção dos valores constitucionais e dos direitos fundamentais, sustenta-se que o juiz, as partes e a sociedade assumem um compromisso com a Justiça a cada nova lide levada ao conhecimento do Estado. A maneira de se trabalhar esse tríplice compromisso a fim de se atingir a otimização das decisões e, por conseguinte, sua plena legitimação é o contraditório, que não pode ser, por tal motivo, considerado na sua tradicional visão individualista, ou seja, pensado para as partes. Esse princípio, ao assumir um valor social, volta-se também para o coletivo e deste modo

cria um compromisso que transcende a ideia de processo triangular, no qual os sujeitos estão resumidos nas pessoas do juiz, do autor e do réu.

Há que se rever, portanto, valores primordiais do processo, como a efetividade, a celeridade, a noção de prova e a legitimidade das decisões. Tais valores, quando revistos, assumem novas dimensões e toda essa noção inovadora importa em reflexos diretos no procedimento, não se aceitando mais a noção fixa de um formalismo rígido.

Em suma, objetiva-se com o presente texto trazer subsídios para a construção de um processo idôneo à realização da Justiça segundo as dimensões atuais dos princípios constitucionais a ele relacionados. Essa discussão, para que possa extravasar o mero limite teórico, terá de adentrar em propostas práticas que, a despeito de serem ou não aplicadas, merecem ser pensadas e discutidas no cenário acadêmico.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

1.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de qualquer reflexão em torno do processo e do contraditório, é fundamental o estabelecimento das premissas teóricas e também valorativas que orientam o presente estudo. Nesse sentido, afirma-se, já no primeiro parágrafo do texto, que a Constituição é o cerne de qualquer estudo atual relativo ao processo e ao exercício da Jurisdição enquanto emanção do poder estatal. Todavia, a afirmação precedente não foi sempre aceita em um estudo de processo civil, de modo que é preciso definir qual o estágio atual do próprio constitucionalismo a fim de que sejam compreendidas as conclusões a serem futuramente estabelecidas.

Sob a perspectiva positivista, o Direito sempre foi aplicado levando-se em conta a legislação ordinária. A Constituição Federal era tida como um documento político de somenos importância na regulação das relações civis e dos negócios empresariais. Essa noção decorre do próprio constitucionalismo clássico, do século XVIII, quando esse movimento, ainda embrionário, surgia como uma nova técnica jurídica tendo por fim a tutela das liberdades públicas. Nesse padrão originário, a Constituição era uma garantia de não violação do Estado em relação aos direitos dos seus súditos.

O constitucionalismo contemporâneo não prevê qualquer ruptura com esse constitucionalismo das liberdades individuais, mas a ele apõe novos valores que demandam uma superação da ideia de constituição enquanto técnica jurídica.

Constata-se que o neoconstitucionalismo, como fenômeno, possui uma amplitude que transcende a própria seara jurídica, podendo-se vislumbrar elementos de ordem histórica, social e filosófica, todos indicativos de um novo padrão de pensamento e idôneos a serem identificados como elementos marcantes do neoconstitucionalismo. Nesse sentido, Barroso, em diversos de seus artigos, numa tentativa de agrupamento das tendências identificadoras do novo pensamento constitucional, elenca três marcos a serem considerados, a saber: um marco

histórico, um marco teórico e um marco jurídico¹.

Sob o ângulo histórico é fundamental que se estabeleça uma distinção óbvia entre o desenvolvimento do constitucionalismo no mundo e esse mesmo desenrolar em relação ao Brasil. No plano mundial identificam-se as novas tendências constitucionais a partir da reconstrução da Europa após a segunda guerra mundial². Nesse período de reconstrução material, houve também a necessidade de preenchimento de uma lacuna política deixada pela derrocada dos governos totalitários. Por outro lado, as novas cartas políticas surgidas desde então não poderiam mais servir apenas como documento distante e não vinculativo, já que o Estado deveria assumir um posição ativa e construtiva diante de um cenário de total desalento.

No Brasil, o surgimento das tendências neoconstitucionalistas acontece um pouco mais tarde, com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Elemento importante a ser observado é o fato de que a Constituição de 1988 representou e ainda representa o maior período de estabilidade política vivenciado pelo país em toda a sua história, o que permite uma maior reflexão em torno de seu texto e toda uma construção teórica nele baseada.

Ainda seguindo o citado estudo, tem-se um segundo marco a ser considerado, o marco filosófico, representado pelo que se convencionou chamar de pós-positivismo. No dizer de Barroso, essa tendência filosófica seria marcada pela superação dos modelos puros de jusnaturalismo e de positivismo, emergindo um modelo difuso, capaz de abranger ideias díspares sob um rótulo abrangente³. Dentre essas ideias destaca-se a visão de que o pós-positivismo, também identificado como neopositivismo, apresenta-se como uma nova forma de interpretação e de aplicação do Direito, enumerando-se várias características identificadoras dessa corrente de pensamento⁴. Percebe-se, assim, uma superação do legalismo estrito, desconsiderando-se a identificação do Direito com a lei; prioriza-se o uso dos valores como elemento de interpretação; dá-se aplicabilidade

¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

² *Ibid.*, p. 2

³ *Ibid.*, p. 3

⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p83.

aos princípios, que passam a ser distintos conceitualmente da noção de regras.

Contudo, doutrinariamente, torna-se difícil identificar com precisão o que seja o pós ou neopositivismo, porquanto, entre o jusnaturalismo e o positivismo há um emaranhado de ideias diferentes a respeito do fenômeno jurídico que, por uma necessidade humana de classificar tudo, sempre foram colocadas em um dos polos dessa dicotomia. Deste modo, fala-se em positivismo inclusivo, positivismo exclusivo, neoconstitucionalismo teórico e neoconstitucionalismo total⁵.

O positivismo exclusivo é identificado com os pressupostos positivistas clássicos, no sentido de se excluir qualquer outra explicação do fenômeno jurídico. Cria-se uma linha divisória acentuada entre o Direito e a moral, de forma a não se confundir os conceitos. Esta noção de positivismo, cujo maior defensor é Hans Kelsen, estaria sofrendo um abrandamento por parte daqueles que começam a admitir um positivismo inclusivo, isto é, moderado. Estes passam a admitir a inclusão da moral ou a sua existência pura e simples, contudo, tal positivismo não admite a vinculação entre o Direito e a Moral. Para os positivistas exclusivos a moral não tem influência qualquer no Direito, já que a regra é determinada exclusivamente por forças sociais; por seu turno, para o positivismo inclusivo, a moral existe e pode fazer ou não parte do Direito, desde que tenha por base uma prévia determinação das forças sociais criadoras da lei.

Pontua-se que nem os positivistas exclusivos, nem os inclusivos, podem operar conjuntamente com uma corrente neoconstitucional. Afirma-se ainda que tais correntes não são capazes de atuar satisfatoriamente no constitucionalismo do século XXI, embora haja um embate entre positivistas inclusivos e neoconstitucionalistas⁶.

O pós-positivismo, identificado, segundo se afirmou, como o principal fator do marco filosófico do neoconstitucionalismo, é identificado por Moreira como uma corrente intermediária que veio de forma precursora aplainar as arestas para o desenvolvimento dos estudos neoconstitucionalistas⁷.

Nas palavras de Barroso, a superação histórica do jusnaturalismo e o

⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo, a invasão da Constituição*. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 44.

⁶ MOREIRA, op. cit., p. 46.

⁷ Ibid. p., 48.

fracasso político do positivismo deram azo ao surgimento de um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito. Assim o pós-positivismo vai além da legalidade estrita, sem desconsiderar o Direito posto. Tenta uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas⁸.

Em outro texto de sua autoria, o mesmo Barroso identifica o pós-positivismo como uma designação provisória e genérica, representativa de um conjunto de ideias ainda difusas, onde se é possível incluir as relações entre valores, princípios e regras⁹.

No século XXI ganha força o neoconstitucionalismo teórico, sendo uma fase posterior ao próprio pós-positivismo, e em seguida o constitucionalismo total, que implica em uma fase de avanços na associação entre o Direito Constitucional e a Filosofia, o pluralismo de ideias e o diálogo democrático, além da valorização do papel da moral¹⁰.

Percebendo o redirecionamento do Direito a partir do positivismo clássico, Marinoni observa que a universalidade, a generalidade e a abstratividade da lei só seriam possíveis em uma sociedade na qual vigorasse um padrão absoluto de igualdade formal¹¹. De fato, se o Estado reconhece a desigualdade material em seu seio, surge a necessidade de se preencher o fosso entre as diferentes classes de indivíduos. No mesmo sentido, a generalidade pressupunha um órgão representativo da vontade geral do povo, o parlamento. Observa-se, entretanto, no plano atual, que não é possível que um órgão represente a vontade de todos, já que, na verdade, considerando-se os padrões conhecidos de sociedade democrática, a vontade de todos é substituída pela vontade prevalente, que é a da maioria e, em muitos casos representa a vontade dos *lobies*.

As vertentes pós-positivistas trouxeram consigo uma tendência descodificadora, ou seja, a ideia de um documento legislativo capaz de atender todo um segmento de condutas sociais não poderia prevalecer, até porque a própria ideia de vontade geral e de fonte normativa única não seria mais viável em um

⁸ BARROSO, op cit., p.4.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro* (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In. _____(org). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 27.

¹⁰ Ibid., p. 48.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. vol. I. 2ª ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42.

Estado constitucional e democrático. Com propriedade Zagrebelski observa que não há mais a maioria legislativa e que a ideia de coerência e impessoalidade absoluta sonhada pelo positivismo clássico não possui condições de existência. Afirma-se que a maioria legislativa é substituída pelas coalizões de interesses. Por outro lado, em relação aos códigos, o mesmo autor observa que as leis ou outras fontes legislativas tomadas em seu conjunto não podem mais constituir um ordenamento nos moldes então pretendidos pelo legislativo, sendo um exemplo desse fenômeno, justamente, a apontada crise na ideia de código¹².

Sendo assim, a própria noção de lei e de fonte normativa assume contornos diferenciados nas correntes pós-positivistas, o que deve se reconhecer ao menos em termos práticos. Apenas para exemplificar, a pluralidade reconhecida nos grupos de pressão é também visível nas próprias fontes normativas, não se vendo mais o parlamento como único poder capaz de impor regras, já que há no meio social outras formas de regulação. Esse fato sempre foi aceito, por exemplo, na seara laboral, na qual os sindicatos podem, mediante acordos ou convenções, impor regras aos grupos representados e tais regras são reconhecidas pelo Judiciário quando da interpretação e aplicação da lei aos casos em concreto.

Essa visão da lei como um elemento de coalizão de forças ou mesmo a sua profusão de fontes intra ou extra sociais faz com que se reconheça a necessidade de controle normativo, tomando-se por consideração princípios mínimos de Justiça¹³.

Seguindo o citado estudo de Barroso¹⁴, além dos marcos histórico e filosófico, há o marco teórico do neoconstitucionalismo, apontando-se, nesse aspecto, algumas transformações consideráveis no entendimento acerca da Constituição Federal e do Direito Constitucional como um todo. Dentre tais transformações, o mesmo estudo discrimina o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da Jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Dentro dessa mesma dimensão teórica, Moreira, em seu estudo, aponta algumas características consideradas primárias, a saber: a submissão de todos os poderes à Constituição, o

¹² ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia. Madrid: Trotta, 1995, p. 38-39.

¹³ MARINONI, op. cit. p. 43.

¹⁴ BARROSO, op. cit. *on line*.

que não exclui a dimensão privada de poder (função social da propriedade); a efetivação dos direitos sociais e prestacionais, o que acentua as discussões acerca do ativismo judicial e da ponderação; e por fim, há uma superação da dimensão nacional restrita do Direito Constitucional, ganhando força a dimensão comunitária e internacional¹⁵.

Diante de tais considerações iniciais pode-se num primeiro plano estabelecer que o processo e o exercício do Poder Jurisdicional pelo Estado sofrem as influências dessas novas vertentes filosóficas e jurídicas, pontuando-se que tais ideias fizeram com que velhos institutos seculares da ciência jurídica fossem revisitados com novos olhares, mais adequados ao momento presente.

1.2 O NEOPROCESSUALISMO E A INVASÃO CONSTITUCIONAL NO PROCESSO

A noção legalista do Estado Liberal revela uma visão simplista do fenômeno jurídico. Nessa visão, o próprio Judiciário era tido como um órgão apático dentro da estrutura estatal e sua dimensão de poder dentro do Estado era bastante relativa.

Tal constatação leva em consideração elementos históricos, muitos dos quais bastante recentes, mormente nos países tidos como de modernidade tardia. Hoje, de fato, com o desenvolvimento do Constitucionalismo e das teorias acerca do controle de constitucionalidade das leis, o Poder Judiciário assume sua real dimensão de Poder dentro da estrutura Estatal.

Há que se ressaltar que o positivismo jurídico encontrou sua posição na história dentro de um programa estruturado com o fito, bastante razoável, de se impedir o ressurgimento de um poder despótico. Por isso, a Revolução Francesa propiciou a sublimação da lei, como único elemento capaz de estabelecer padrões estáveis de igualdade. Pode-se dizer que na efervescência desse movimento surge a noção de que o poder de um único homem ou de um grupo de homens precisa ser submetido ao poder de todos. Por seu turno, o poder de todos teria de ser capaz, também, de subjugar a todos. Somente a lei poderia cumprir tal desiderato, e, acima dela nada mais poderia ser colocado como expressão da vontade popular.

A Revolução Francesa, portanto, faz da lei um elemento de equalização e

¹⁵ MOREIRA, op cit. p. 37-38.

subjugação da vontade do príncipe. Bobbio fala em passagem de uma esfera de legitimidade para um patamar de legalidade, ou seja, surge o Estado de Direito, no qual não há mais súditos e onde todos são cidadãos, aos quais a lei é aplicada segundo uma igualdade formal¹⁶.

Contudo, essa dimensão de legalidade estrita mostrou-se incapaz de cumprir o anseio humano de Justiça. Com efeito, a própria história demonstrou que a cega confiança nos padrões de Justiça contidos na lei era, em verdade, um caminhar na escuridão, pois, do mesmo modo que o rei, o legislador poderia impor sua vontade de forma contrária aos interesses da coletividade. O positivismo e seus inúmeros desdobramentos tiveram assim o condão de sustentar governos tão ou mais despóticos que aqueles anatematizados pelos revolucionários de 1789.

A lei, não sendo mais segura, necessitava de um elemento limitador. As Constituições, por seu turno, necessitavam de elementos principiológicos, que fossem capazes de sustentar padrões mínimos de justiça.

No Brasil, essa desconfiança em torno da lei e o avanço da Constituição foram fenômenos mais tardios em face de peculiaridades históricas. Como descreve Barroso, ao discorrer sobre o já comentado marco histórico, “sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”.¹⁷ O autor faz tal observação por constatar que o período de estabilidade institucional ocorrido após a promulgação da carta de 1988 criou um campo fértil para o desenvolvimento de um “sentimento constitucional”¹⁸.

Como um dos elementos que caracteriza o marco teórico desse novo constitucionalismo está o reconhecimento da força normativa da constituição¹⁹. Com isso, o texto da Constituição deixa de ser um documento apenas político, com características de uma mera carta de intenções. Ao contrário, o referido texto assume uma dimensão positiva sob o ângulo de sua aplicabilidade, vinculando, não apenas o legislador e o juiz, mas o próprio cidadão. Nesse mesmo sentido diz-se que a Constituição assume o centro do ordenamento, redundando numa atenuação

¹⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. João Ferreira (coord). 10 ed. Brasília: Unb, 1983, v. 1. p. 429.

¹⁷ BARROSO, op. cit. *on line*.

¹⁸ *Ibid*.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.507.

da clássica dicotomia entre o público e o privado.

Importa ressaltar que não se pode, no sentido técnico, dizer que houve a simples publicização do Direito Privado, porque, não se trata de uma mera substituição de normas ou de padrões normativos. O que ocorre com a assunção do neoconstitucionalismo é uma relativização acentuada da clássica dicotomia jurídica, de modo que há também uma privatização do Direito Público. Portanto, pode-se falar em um neo-privatismo em compasso com o neopublicismo²⁰.

Como parte salutar dentro do ordenamento jurídico o processo não se isolou diante dos avanços preconizados pela corrente do novo Direito Constitucional, mormente no tocante aos princípios.

Quando se coloca a Constituição como centro de um ordenamento jurídico, torna-se necessária uma adequação de todo esse ordenamento aos ditames da mesma Constituição, surgindo assim o que a doutrina denomina “filtragem constitucional”²¹, ou seja, “a Constituição condiciona a interpretação de todas as normas do sistema jurídico”.²²

1.2.1 A constitucionalização do processo

Sob o enfoque do neoprocessualismo, o Direito Processual, enquanto ramo do ordenamento jurídico e enquanto ciência vinculada ao Direito, torna-se totalmente submisso ao império da Constituição. Todos os conceitos clássicos ligados a esse ramo do Direito passam, então, a ser revisitados e muitos deles ganham roupagem totalmente diferente.

Já houve, na doutrina, tentativas de separação de um sub-ramo do Direito constitucional, delimitado especificamente para a disciplina judicial, contendo, assim, as regras e princípios definidos como fundamentais para a prestação jurisdicional. Dessa mesma forma, haveria ainda outro ramo que se ocuparia dos remédios processuais específicos criados diretamente pela Constituição. Assim,

²⁰ CAMBI, Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei n. 11.690/2008. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 167, ano 34. p. 25-51, jan. 2009.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 509.

²² *Ibid.* p. 510.

haveria um Direito Constitucional Processual e um Direito Processual Constitucional.²³ Contudo, tem-se, na verdade, pelo neoprocessualismo, uma verdadeira intimidade da Constituição com o processo, o que vai muito além da própria existência de um ramo específico da Constituição continente das normas referentes ao processo.

Com efeito, a função jurisdicional não está limitada ao cumprimento dos princípios constitucionais do processo, concluindo-se que não se resume, tal função, no cumprimento de padrões constitucionais em seus diversos procedimentos. O Poder Judiciário, além de cumprir os princípios constitucionais relacionados ao processo, tem o encargo de tutelar a própria Constituição em todos os seus aspectos²⁴, e essa função é cumprida em todos os graus de Jurisdição, já que, mesmo ao aplicar a lei infraconstitucional, o juiz acaba por, indiretamente, fazer uma interpretação constitucional.

Assim, a distinção entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional deixa de ser significativa, porquanto todo o Direito Processual Comum, que passa a representar o direito de acesso à Justiça, torna-se envolvido pelo manto da Constituição²⁵. Nessa esteira, não há falar sequer em um Direito Processual infraconstitucional em contraposição a um constitucional, já que o Direito Processual em sua totalidade funda-se em um modelo institucional constitucionalizado.

O processo moderno é concebido, não mais como um instrumento de resolução de conflitos individuais, mas como um remédio de justiça, entendida esta como decorrente da observação ampla dos princípios e garantias contidos na Constituição.

Surge, assim, no cenário brasileiro a ideia de um neoprocessualismo²⁶, como uma manifestação do neoconstitucionalismo, porém específica quanto à sua influência, ou seja, específica para o Direito Processual Civil. Essa mesma manifestação não pode ser reconhecida como um fenômeno único, por isso, há que

²³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. *Revista trabalhista direito e processo*. .n. 27. Ano 7. Jul/set, 2009. P. 35.

²⁵ *Ibid.*, p.36.

²⁶ CAMBI, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em : <HTTP//www.panoptica.org>.

se ressaltar a existência de mais de uma corrente pretendendo a constitucionalização do processo, porquanto as manifestações do neoconstitucionalismo revelam a “crise existencial” do Direito²⁷, momento no qual, como bem aponta Barroso, a utilização dos prefixos *pós* e *neo* revelam a incerteza de um momento de superação e de novidade²⁸. Sabe-se, pois, que há um novo paradigma, mas não se sabe ao certo defini-lo. Do mesmo modo, sabe-se que as premissas clássicas do processo não podem mais ser utilizadas ou ao menos não podem ser utilizadas com a mesma perspectiva de outrora, porém não há ainda uma definição exata do novo caminho.

Na tentativa de uma aproximação acerca do conceito de neoprocessualismo o professor argentino Osvaldo Alfredo Gozáini usa o termo em referência ao processo civil coletivo que passa a representar uma nova edificação teórica que suplanta a noção de processo civil sob o cunho individualista.²⁹ Percebe-se que o referido autor apreende uma das diversas modificações estruturais pelas quais passa o processo nesta sua fase de constitucionalização. De fato, a superação do Estado Liberal e do Positivismo Jurídico permitiram que processo superasse os limites individuais e adentrasse em questões de cunho coletivo.

Acerca do tema questiona-se se o fenômeno representa uma mudança de paradigmas ou se apenas impõe uma nova forma de interpretação do Direito Processual então vigente³⁰. Em resposta, basta mencionar que, em várias de suas características, o Direito Processual demonstra sua edificação sobre bases individualistas. Assim, conclui-se que há, de fato, uma modificação estrutural na própria maneira de se pensar o processo, pois os padrões de justiça até então utilizados tornaram-se insuficientes para a solução dos novos conflitos.

Essa coletivização do processo civil não contraria a versão que vê o neoprocessualismo como uma vertente do neoconstitucionalismo, porque a quebra do padrão individualista representa uma das dimensões do neoconstitucionalismo

²⁷ BARROSO, op. cit. *on line*.

²⁸ o autor faz referência a uma era do “pós-tudo”, na qual a maioria dos anseios humanos demonstram-se irrealizáveis diante dos fatos, daí a crise e a insegurança. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p. 517.

²⁹ GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. *Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el “neoprocessalismo”*. RePro. N.151, ano 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro de 2007. p.59-71.

³⁰ GOZÁINI. op. cit. p. 60.

em sua fundamentação teórica. Com efeito, o processo civil do liberalismo centrava-se em uma matriz totalmente privatística de cunho individual, onde a igualdade formal era uma manifestação de repúdio à nobreza e ao mesmo tempo um entrave à equalização dos hipossuficientes.

Todavia, essa concepção de neoprocessualismo não abrange outras transformações perceptíveis na ciência processual e que também seriam dignas de serem reconhecidas como dimensões do neoprocessualismo. Com efeito, considerando-se os marcos teóricos do neoconstitucionalismo apresentados por Barroso, pode-se dizer que os próprios princípios processuais, sejam referentes ao processo de partes ou coletivo, carecem de uma revisitação a partir de novos olhares e, nesse mesmo sentido, a própria estrutura externa do processo, o procedimento, carece de novos padrões que atendam de forma mais estrita o cunho principiológico subjacente.

Como se percebe, em toda a sua extensão o processo se fundiu no programa tutelar idealizado pela ordem jurídica constitucional, sendo, pois, comandado precipuamente pelas regras e princípios da Constituição³¹. Essa realidade para o processo refletiu diretamente no procedimento, porquanto as normas procedimentais viram-se obrigadas a conviver com a supremacia dos princípios constitucionais.

1.2.2 Acesso à Justiça

Outro ponto importante a demonstrar a nova postura constitucional em relação ao processo, está no enfoque relativo ao acesso à Justiça.

O processo moderno, já se afirmou no item anterior, é visto antes de tudo como um remédio de justiça. Todavia, para que esse remédio tenha a eficácia ideal é preciso que se reconheça o acesso à Justiça não mais como a mera possibilidade de socorro às situações de conflito pelo Judiciário; mas sobretudo, que se reconheça no acesso à Justiça a disponibilidade pelo estado de uma tutela efetiva. Tutela efetiva, nesse sentido, seria aquela capaz de proporcionar a todos o desfrute

³¹ THEODORO JUNIOR, op. cit. p. 36.

real, tanto dos direitos subjetivos individuais como, principalmente, que se efetive essa tutela de forma que se faça respeitar e se dê concreção fática a tudo o que, na Constituição, fora estabelecido em termos de garantias.

O termo “acesso” dá a ideia de ingresso, entrada em algum lugar, por isso, quando se fala em acesso à Justiça tem-se a impressão de que se está a falar em ingresso de uma ação ou na mera possibilidade dada pelo Estado de o cidadão provocar a atuação jurisdicional. Contudo, a locução tem abrangência bem maior, como bem observou Watanabe. O citado autor ressalta que, quando se fala em acesso à Justiça, não se está falando em acesso aos órgãos encarregados de distribuição da Justiça, ou aos órgãos jurisdicionais. O acesso à Justiça significa “acesso à ordem jurídica justa”³².

Neste sentido, não basta a enumeração de direitos ou a imposição legal de condutas se não houver uma forma adequada de efetivar tais direitos e impor determinadas sanções àqueles que violam as normas de conduta. Essa é a verdadeira acepção do acesso à Justiça, qual seja, a de fazer com que os titulares de direitos tenham a possibilidade de fazer valer tais direitos efetivando-os na prática. Portanto, o acesso à Justiça só faz sentido e só é satisfatório segundo a clássica fórmula chiovendiana de entregar ao autor “tudo aquilo e exatamente aquilo a que tenha direito de obter”³³.

Essa problemática em torno da proteção efetiva dos direitos tem tomado conta da processualística moderna e do direito de uma forma geral, pois abundam as garantias de direitos sem um impacto sensível na vida prática. Tal fenômeno foi apreendido por Bobbio que assim o expressou:

Descendo do plano ideal ao real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva³⁴.

O acesso à Justiça visa justamente essa proteção efetiva de que Bobbio fala e que, segundo Cappelletti e Garth, demanda um alargamento e um

³² WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: *Processo e Participação*. Coord. Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. RT. São Paulo: 1988. p. 128.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol 1. 2ª ed. São Paulo Malheiros, 2002, p. 248.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 63.

aprofundamento dos objetivos e métodos da ciência jurídica atual³⁵.

Não há sentido em ser titular de um direito se a ele não corresponde um instrumento de efetivação. Por outro lado a efetividade não pode prescindir de um instrumento idôneo de reivindicação. Ora, se o Estado avocou para si o ônus de distribuir a Justiça e de fazer valer o Direito no caso concreto substituindo a atividade das partes litigantes, cabe ao Estado a busca de instrumentos cada vez mais eficazes de acesso democrático aos meios de distribuição dessa Justiça. Por outro lado, retomando a lição de Watanabe, não basta acesso, é preciso que a ordem jurídica seja justa, ou seja, a prestação da tutela deve ser o mais democrática possível sem que haja perda na qualidade da decisão.

Levando em consideração a realidade brasileira, Watanabe observa certos entraves peculiares ao acesso à ordem jurídica justa³⁶, sendo que o principal deles é a utilização da Justiça como instrumento de realização de metas e projetos econômicos por parte dos governos. Com isso, a política acaba por tornar-se a grande geradora de conflitos, emperrando a máquina judiciária de ações envolvendo o Estado, que, por seu turno, aproveita-se da morosidade.

A estratégia tem consistido, basicamente, na concessão de novos direitos sociais às classes sociais em geral e em especial às classes mais desfavorecidas, tudo isso representando um elevado custo para o Estado, que o obriga a intervir mais e mais, sempre com vistas à captação de mais recursos financeiros³⁷.

Essa interferência estatal paliativa, em grande parte objeto de medidas provisórias, gera direitos sociais inefetivos. Ao mesmo tempo, surgem grupos de pressão e novos segmentos, com estrutura própria, ideais e necessidades variadas. Tais grupos apropriam-se dos novos direitos sociais inefetivos e os tomam como referência para suas lutas. Os conflitos tornam-se, assim, inevitáveis.

Grande parte desses conflitos é encaminhada ao Poder Judiciário, que vê sua carga de serviços aumentar de forma desmesurada. Cita-se o exemplo do que ocorre na Justiça Federal, que nos últimos anos vê-se inundada de causas previdenciárias, sendo que a maioria delas ventila apenas questões de direito.

O executivo, para aplacar os anseios políticos e as necessidades de

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GART, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 13.

³⁶ Acesso à justiça e sociedade moderna. In. *Processo e Participação*. Coord. Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. RT. São Paulo: 1988, p.130.

³⁷ Ibid., p. 129.

pacificação (paliativa) da sociedade, vê-se na constante necessidade de intervir. Assim usa do Direito para realizar suas intervenções, o que Watanabe denomina “administrativização do Direito”.

Assim, o direito é utilizado como instrumento de governo e com ética apenas da eficiência técnica, como já ficou observado, e com isso o Executivo, além de cometer a invasão da esfera política de outro Poder, que é o Legislativo, vem introduzindo uma prática antidemocrática de todo incompatível com o apregoado ideário da “nova república”.³⁸

Muitas dessas medidas tomadas de forma inconstitucional pelo Poder Executivo, acabam gerando discussão no Supremo Tribunal Federal, não se precisando afirmar que tais discussões seriam de todo desnecessárias se o Estado tão-somente efetivasse os direitos sociais presentes na Constituição.

Esse não é, porém, o único entrave ao acesso à Justiça. Outros obstáculos são dignos de nota como as altas custas processuais; o despreparo dos operadores do Direito; o próprio desconhecimento da população acerca de seus Direitos e da forma de efetivá-los; a grande pompa que circunda os atos jurisdicionais, impondo uma distância do jurisdicionado; o individualismo liberal de muitos profissionais do Direito; a ausência de compromisso social de alguns magistrados, cuja formação positivista impede qualquer maleabilidade na percepção da Justiça; entraves provocados por faltas éticas na condução do processo por parte de servidores do Judiciário ou do Ministério Público.

Outro elemento que merece consideração na problemática do acesso à Justiça é o fator globalização, que demanda a internacionalização do Direito como resultado óbvio da mundialização da economia. As relações comerciais e o trânsito de pessoas demandam cada vez mais uma uniformização do Direito e, por conseguinte, dos instrumentos de resolução de conflitos, que doravante não envolvem apenas nacionais de um determinado Estado, mas envolvem, além de Estados entre si, nacionais de diferentes países.

Todas essas discussões relacionadas ao acesso à Justiça representam, sob certo aspecto, um dos elementos caracterizadores da guinada ideológica representada pelas vertentes neoconstitucionalistas no processo. Com efeito, o processo, a partir de uma invasão principiológica, deixa de ter natureza

³⁸ Ibid., p. 131.

individualista e passa assumir contornos sociais dentro de uma dimensão coletiva de Justiça. Esse fato é observado pela doutrina, que assim se expressa nas palavras de Dinamarco ao comentar a obra de Mauro Capelletti:

O monumental projeto de Florença é um marco notável nessa guinada da mera técnica processual para a perspectiva teleológica do sistema. Sente-se a necessidade de obter, no mais elevado grau que as limitações humanas permitam, a efetividade do processo, como instrumento de acesso de cada um do povo à ordem jurídica justa. Pensa-se na Justiça social através do processo, como antes não se pensava.³⁹

Observa-se no texto a preocupação com a efetividade e com a ordem jurídica justa, havendo a indicação de novos padrões a serem respeitados pela ciência processual. Afinal, para se efetivar o pleno acesso há que se implantar uma nova mentalidade no processo, que deve envolver toda a sociedade a fim de que se crie uma decisão eficaz e que essa efetividade seja também uma decorrência da própria legitimidade das decisões emanadas do Judiciário.

Para que o acesso aconteça em sua plenitude há que se entender o processo sob o ângulo constitucional e esse entendimento importa em assunção de novas técnicas capazes de quebrar o formalismo excessivo e abrandar o rigor do procedimento. Não basta a primazia da celeridade e de igual modo não bastam as reformas legislativas que, no Brasil, tem transformado o Código de Processo Civil. Com efeito, o processo justo não é aquele que prima pela preservação de um princípio único, mas que permite a convivência harmoniosa de todos os princípios e garantias contidos na Constituição. Conforme será visto no presente texto, o reconhecimento da primazia dos princípios no constitucionalismo contemporâneo importou também no reconhecimento da convivência harmoniosa entre esses mesmos princípios, porquanto não se reconhece a existência de princípios absolutos. Todos os princípios constitucionais possuem uma maleabilidade e uma fluidez capaz de possibilitar uma perfeita intercorrência. Não se fala, pois, em anulação de um princípio em nome da aplicação de um outro que lhe seja contraditório.

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 1987, n. 139. p. 254.

1.2.3 Processo e transformação social

Em suas origens, jamais se poderia imaginar que o processo ganharia foros de instrumento de transformação social. Porém, uma das dimensões mais importantes do neoprocessualismo é a capacidade de adaptar todo o arcabouço processual à necessidade de efetividade dos valores sociais contidos na Constituição.

O processo tradicional, em sua versão liberal, não possuía instrumentos aptos a realizar valores da comunidade por meio dos aparatos jurídicos. É nesse sentido que se afirma que tanto o neoconstitucionalismo, quanto o neoprocessualismo, ao imporem uma nova metodologia e criarem novas maneiras de utilização das técnicas processuais, trouxeram novas ideias que, por seu turno, permitiram revisar as posições tradicionais, que eram de todo incapazes de transformar a realidade pela via jurídica⁴⁰.

Ponto de fundamental importância para a nova caracterização do processo como instrumento social está no reconhecimento da existência de direitos fundamentais subjetivos do cidadão capazes de induzir a contrapartida estatal. Ao Estado não se admite apenas o dever de respeitar a esfera dos direitos individuais conhecidos como “liberdades públicas”, cabendo, pelo contrário, a concreção fática de uma série de direitos positivos. O reconhecimento da existência de tais direitos abriu caminho para o reconhecimento de que é possível uma transformação social a partir do Direito⁴¹.

Antes, porém, de se adentrar na noção de procedimento e de formalismo com o fito de perceber a nova dimensão prática desses conceitos com base constitucional, é fundamental perceber como os conceitos clássicos do processo sofrem as influências de seu tempo e, portanto, carecem de uma nova leitura.

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴¹ CAMBI, op. cit. p. 215.

1.3 OS PILARES CONCEITUAIS CLÁSSICOS E O NEOPROCESSUALISMO

O Direito processual está classicamente estruturado em três pilares conceituais que permearam e ainda permeiam as diversas explicações do fenômeno processual. Tais conceitos são: a Jurisdição, a Ação e o Processo. O primeiro desses conceitos, a Jurisdição, constitui o pólo metodológico a partir do qual se constatou o desenvolvimento do processo enquanto disciplina. Com efeito, a doutrina sempre viu no processo um instrumento de realização de uma das esferas do poder estatal, a Jurisdição. O entendimento a respeito da evolução conceitual de Jurisdição é fundamental para a compreensão do estágio atual da ciência processual, por outro lado, esse desenvolvimento conceitual está umbilicalmente ligado ao próprio conceito de Direito.

Há ainda que se considerar que o Processo, enquanto instrumento do Estado no exercício da atividade jurisdicional, não é moldado pela simples adaptação técnica, ou pela busca dos meios mais eficazes. Trata-se, na verdade, de um fenômeno cujas escolhas têm também natureza política, sendo que os meios adotados em sua técnica tendem à realização de valores, que dominam o meio social⁴².

Portanto, a própria concepção de Jurisdição, ao longo dos séculos sofre influências ideológicas e sociais que merecem a consideração do intérprete, a fim de que a realização da Justiça atenda minimamente aos anseios históricos do momento vivido.

O termo “Jurisdição”, em sua origem etimológica, teria, em tese, uma natureza autoexplicativa, já que significaria apenas o ato de dizer o Direito. Contudo, historicamente, o termo ganhou outros significados, passando a representar uma das dimensões do Poder estatal, tendo como resultado não apenas um ato declaratório da vontade da lei, mas adquirindo a capacidade de substituir as partes na execução dos atos a fim de realizar essa vontade da lei.

Sem embargos de inúmeras outras concepções surgidas, duas explicações para a Jurisdição ganharam notoriedade e foram sempre identificadas como contendo certo antagonismo. De um lado Chiovenda via na Jurisdição a função do

⁴² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.132-150.

Estado com o fim de fazer atuar a vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade das partes⁴³. De outro lado, Carnelutti defendia que Jurisdição era uma atividade que buscava a justa composição para a lide, através da construção, pelo juiz, de uma norma individual para o caso concreto.

Resguardadas as superficiais diferenças constatadas pelos inúmeros processualistas através dos anos, a ponto de se reconhecer em tal antagonismo a existência de concepções unitárias e dualistas do fenômeno processual, afirma-se que ambas as concepções trazem em seu bojo uma carga ideológica própria do liberalismo burguês.

Portanto, ambas as concepções tornaram-se, na atualidade, insuficientes para explicar a Jurisdição, já que a vontade da lei não subsiste ante a vontade absoluta dos imperativos de Justiça.

Para Marinoni, o império da lei, reconhecido por meio do princípio da legalidade, foi uma necessidade prática dos ideais da revolução francesa no sentido de se refrear qualquer tradição jurídica advinda do antigo regime⁴⁴. Com isso, o juiz não teria qualquer liberdade de atuação, sendo um puro intérprete das palavras da lei. Evitava-se, assim, que a atividade do Estado se afastasse da vontade popular e conferisse a um único cidadão o poder de decidir. A liberdade interpretativa em torno da lei era uma atividade perigosa, sendo que o próprio juiz sofria em sua condição o preconceito burguês, pois significava um resquício do antigo sistema no qual a figura do julgador representava uma espécie de *longa manus* do rei.

Nessa fase da história (final do séc. XVIII), considerada por muitos como sendo o marco inicial do Estado contemporâneo⁴⁵, o objetivo de evitar o arbítrio era claro, e desse objetivo resultou o estabelecimento de um governo de leis, em substituição a um governo de homens.

O Direito, por seu turno, deveria identificar-se com a lei e esta não poderia ser alterada pela vontade de seus aplicadores. Assim, evitava-se o arbítrio e criava-se, de fato, um Estado de Direito.

⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol II. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 3.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 21.

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4.

Esse sistema foi adequado para o momento histórico e, por outro lado, serviu como impulso inicial para o desenvolvimento de uma cultura dos direitos humanos. Com efeito, os direitos de primeira dimensão são frutos dessa época e refletem, por seu turno, os anseios imediatos da burguesia. Nesse sentido, seguindo a lição de Ferreira Filho, tem-se que os direitos fundamentais definiam um núcleo irredutível de liberdade para os cidadãos⁴⁶. Ora, o valor essencial buscado pela sociedade não exigia uma posição operante do Estado, pois se tratava apenas de uma condição a ser garantida, qual seja, a liberdade. E mesmo quando se falava em igualdade, esta não tinha qualquer relação com a dimensão material e ativa hoje assumida, mas havia um temor a qualquer ato que pudesse esboçar uma diferenciação entre cidadãos, mesmo que isso representasse uma desigualdade material.

Outro fator importante relacionado ao império da lei é a sua relação com a ideia de liberdade⁴⁷. Era preciso garantir um mínimo de segurança a esse valor, de modo a fazer com que ao cidadão fosse possível realizar tudo aquilo que não estivesse proibido em lei. Surge, então, a necessidade de um elemento de equalização entre os indivíduos dentro do corpo social, sendo tal equalização concretizada por meio da abstração e generalidade contidas na lei. Portanto, a igualdade, obviamente formal, era uma espécie de garantia para a própria liberdade e tal igualdade só seria possível se fosse admitida a existência de um arcabouço legal que valesse indistintamente para todos os cidadãos.

Nesse período surge o sonho de uma legislação perfeita, capaz de conter todas as hipóteses e possibilidades de acontecimentos ocorrentes no mundo dos fatos. Tal espécie de legislação perfeita conferiria segurança às relações sociais e garantiria a sociedade contra qualquer tentativa despótica de dominação. No dizer de Marinoni:

Desejava-se uma lei abstrata, que pudesse albergar quaisquer situações concretas futuras, e assim eliminasse a necessidade da edição de novas leis e, especialmente, a possibilidade de o juiz, ao aplicá-la, ser levado a tomar em conta especificidades próprias e

⁴⁶ Ibid. p. 8.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo*. In: Estudos de direito processual civil em homenagem a Egas Direceu Moniz de Aragão. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 16.

características de uma determinada situação.⁴⁸

Mesmo a aplicação da lei aos casos concretos deveria ser efetuada sem a possibilidade de consideração de peculiaridades próprias. A generalidade e a abstração da lei eram valores absolutos que deveriam ser respeitados e, portanto, qualquer aplicação ou especificação de situações concretas representaria uma forma de violação à igualdade e, por lógica, uma ameaça à própria liberdade.

Esta ideia que liga a liberdade à legalidade provém da noção de liberdade política preconizada por Montesquieu. Para o pensador, há nas democracias uma falsa aparência de que o povo faz o que quer. Contudo, a liberdade política não consistiria em fazer o que se quer. Nos Estados democráticos a liberdade política seria a possibilidade dada ao cidadão de se fazer tudo aquilo que se deve querer. Ou seja, entre a noção de querer e fazer, Montesquieu coloca a ideia de dever. Nesse sentido, a liberdade consistiria em fazer tudo aquilo que a lei faculta, admitindo-se que se todos tivessem liberdade independentemente da lei, essa liberdade seria falsa, pois os outros também teriam o mesmo poder⁴⁹.

Em relação à Constituição, importa observar que, muito embora o período representasse o florescimento do constitucionalismo em sua expressão clássica, a Constituição tinha o único papel de conter o abuso do poder, ou seja, um papel negativo. Além disso, o conteúdo constitucional representava um documento político e nesse período não se pensava em um documento jurídico capaz de subjugar o poder da lei, que representava a vontade do povo.

O modelo constitucional seguido pelo liberalismo tem como documento que o representa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Observa-se que tal documento está em vigor na França até os dias atuais, por determinação da Constituição de 1958 e faz parte do bloco de constitucionalidade, utilizado pelo Tribunal Constitucional como parâmetro de controle⁵⁰. Esta declaração representa a renovação do pacto social no sentido de proteção dos direitos do homem em face dos atos do Governo. Não tinha qualquer elemento normativo ou qualquer elemento que representasse uma arma de atuação do cidadão a ponto de compelir o Estado à prática de um determinado ato. Tratava-

⁴⁸ Ibid. p.16.

⁴⁹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 164.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 19.

se, na verdade, como o próprio nome o explica, de uma declaração, cujo objetivo imediato tinha um caráter eminentemente pedagógico, porquanto serviria como uma forma de instrução dos indivíduos em seus direitos mais básicos. Logo, os direitos são, em verdade, declarados com o fito único de serem recordados posteriormente⁵¹.

Essa concepção em torno do Direito é identificada como um marco teórico para o positivismo clássico⁵², pois iguala o Direito com a própria lei e a coloca em uma posição superior, de modo que ao jurista resta apenas a função de descrever o significado literal da lei e identificar nesse mesmo texto as vontades do legislador.

Reconhece-se que o positivismo, um termo ambíguo, representa uma série de correntes de pensamento, seja sob o ângulo estritamente filosófico e científico, seja sob o enfoque estritamente jurídico. Para as ciências, a contribuição positivista foi ímpar, já que deu azo ao desenvolvimento de inúmeros conhecimentos especializados, rompendo o pensamento universalista advindo do período pré-iluminista. No Direito, o positivismo nada mais é que uma versão jurídica do positivismo filosófico e resume o conhecimento científico-jurídico ao estudo das legislações positivas. Obviamente não se pode resumir o positivismo a uma única corrente dentro do pensamento jurídico, porquanto, até os dias atuais, há defensores ferrenhos de teses positivistas e estas não são menos importantes que as novas teorias surgidas sob a influência pós-positivista.

Contudo, para o presente, é importante perceber que em sua sede embrionária o positivismo passou a ser utilizado pela burguesia francesa do século XVIII como uma forma de justificação para o império da lei. Era importante também para aquele momento histórico, que se apartasse da legislação qualquer elemento moral, pois isso permitiria uma maleabilidade interpretativa, o que era perigoso ao sistema.

No mesmo sentido, a completude do sistema jurídico, sendo ou não uma falácia, deveria ser reconhecida, já que a existência de lacunas exigiria uma forma alternativa de integração, fator que também representaria um risco de retorno ao

⁵¹ Ibid., p. 20.

⁵² A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). *Estudos de direito processual civil em homenagem a Egas Direceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 17.

período despótico. Por isso afirma-se que “ a lei, compreendida como corpo de lei ou como Código era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria de dar respostas aos conflitos de interesses”⁵³.

Esses ideais induziram a uma concepção de Jurisdição como atividade estritamente interpretativa e individualista, já que não se concebia uma atuação jurisdicional que não fosse simplesmente para solucionar conflitos entre particulares. Como se afirmou, o modelo adotado pelo Estado Liberal valorava a liberdade e a igualdade formal, princípios que só poderiam ser atingidos com a garantia da não interferência estatal nas relações entre os indivíduos, com uma separação de poderes absoluta e com a submissão total do Judiciário ao império da lei.

A partir da Revolução a atividade jurisdicional na França tornou-se uma atividade secundária. Exemplo de tal constatação está no próprio surgimento da escola da exegese francesa, que tinha por centro de discussão unicamente a forma mais adequada de se interpretar o Código de Napoleão. Segundo Bobbio, o nome tem origem justamente na técnica adotada pelos seus primeiros expoentes. Tal técnica consistia em assumir, pelo tratamento científico, o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador, fazendo-se uma redução do tratamento doutrinário a uma atividade consistente em interpretar o texto artigo por artigo⁵⁴.

Outra característica mencionada, que demanda comentário, é o individualismo próprio desse sistema jurisdicional. Com efeito, a atividade jurisdicional do Estado consistia na solução de conflitos individuais. Nesse sentido comenta Marinoni:

A tendência de defesa da esfera de liberdade do particular aliada à tese de que apenas a supremacia da lei seria capaz de proteger esses direitos deram naturalmente à Jurisdição a função de proteger os direitos subjetivos dos particulares mediante a aplicação da lei.⁵⁵

Ora, o juiz não poderia atuar senão diante de uma clara e objetiva violação ao texto da lei, porquanto, a atuação judicial sem a anterior violação normativa

⁵³ MARINONI, loc. cit.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 83.

⁵⁵ Op. cit. p. 18.

representaria uma flagrante interferência do Estado na liberdade dos indivíduos. Por outro lado, a atuação do Judiciário de modo coletivo, protegendo direitos de classes, representaria uma violação aos parâmetros igualitários alcançados pela Revolução. Basta imaginar que qualquer tipo de “ação afirmativa” representa, na verdade, uma espécie de discriminação, e, numa ideologia onde se prima pela igualdade formal, qualquer discriminação é vista como uma prática odiosa.

Essas constatações servem para se afirmar que todo o arcabouço processual construído ao longo dos anos e a partir desse marco teve um caráter individualista e legalista. Exemplo disso são as legislações processuais brasileiras de 1939 e 1973, nas quais não havia qualquer mecanismo de tutela coletiva e mesmo em seu padrão embrionário não se falava em tutela preventiva ou inibitória.

Tais ausências são observadas em inúmeras legislações processuais surgidas no mundo ocidental após o movimento francês. A esse respeito, deve-se incluir como elemento determinante, além do individualismo e da necessidade do estabelecimento de elementos formalmente igualitários, a absoluta separação entre os poderes do Estado. A atividade preventiva da Jurisdição representaria uma interferência nos atos de administração, porquanto reconhecia-se que a atividade administrativa deveria ser preventiva ao passo que a atividade jurisdicional seria, por princípio, totalmente repressiva⁵⁶.

Cabe questionar então qual seria a função da atividade jurisdicional do Estado no liberalismo. De modo específico, a Jurisdição teria como finalidade a proteção de interesses particulares, seja compondo as lides surgidas no seio da sociedade, seja pela aplicação da lei ao caso concreto.

Seguindo o raciocínio de Marinoni⁵⁷, percebe-se que há uma transposição gradual do caráter privatístico estrito para o caráter publicístico da Jurisdição quando passa-se a pensar o exercício jurisdicional como uma forma de afirmação do ordenamento jurídico. Com isso, o processo liberta-se das amarras do Direito Civil e ganha um cunho público e autônomo. Essa alteração, importante no desenvolvimento da ciência processual, não modifica estruturalmente o processo, mas o torna objeto de atenções e permite todo o desenvolvimento científico desse ramo jurídico a ponto de haver uma superação em relação ao Direito material do

⁵⁶ Op. cit. p. 18.

⁵⁷ Op. cit. p. 19.

qual era apenas uma espécie de apêndice.

Contudo, a autonomia do processo não o faz liberto em relação às amarras positivistas e individualistas. A autonomia do processo enquanto ciência não faz com que a superação da teoria imanentista da ação signifique a superação da visão privatística do processo, já que o processo continua sendo, na prática, o meio eficaz e seguro de se garantir os interesses privados das partes em litígio.

Contrariamente, observa-se que o reconhecimento da autonomia do processo, como já se afirmou, representou o desenvolvimento de inúmeros conceitos. Essa demasiada preocupação com as formulações conceituais, importantíssimas, há que se dizer, demonstravam uma preocupação com o estabelecimento da autonomia processual enquanto ciência. Neste sentido, encontra-se na doutrina importante observação:

Se por um lado, essa postura possibilitou um avanço nos estudos do direito processual, por outro acabou sobrepondo a técnica aos resultados do processo, o qual foi superdimensionado, sendo mal compreendida a sua autonomia em relação ao direito substancial.⁵⁸

Esta constatação é importante, pois já apresenta as primeiras causas da exacerbação do formalismo no processo. De fato, a necessidade de se firmar a independência do processo fizeram com que seus estudiosos deixassem de lado os fins a serem atingidos e considerassem a forma e todo o procedimento mais importantes que o resultado final, qual seja, a realização plena da Justiça.

Em tal fase de desenvolvimento do processo e sob as premissas da ação como um ente autônomo surge o pensamento de Chiovenda e de Carnelutti, que embora sejam diferentes em seu aspecto externo, refletem uma mesma visão de Jurisdição, como bem aponta o já citado estudo de Marinoni⁵⁹.

Chiovenda define a Jurisdição como função estatal com o fim de atuar a vontade concreta da lei por meio da substituição da atividade das partes⁶⁰. O autor coloca como centro da atividade jurisdicional a atuação da vontade da lei e, para tanto, assume como premissa principal de sua teoria a completude do sistema legal, porquanto a atividade do juiz não poderia, no pensamento chiovendiano, desvirtuar-

⁵⁸ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. Coleção temas atuais de processo civil. vol. 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 24.

⁵⁹ Op cit, passim,

⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 3.

se do texto legal, tendo como único reflexo a atuação prática da lei.

Já para Carnelutti, a Jurisdição seria a função estatal cujo escopo está relacionado com a justa composição da lide. O centro do pensamento carnelutiano a respeito da Jurisdição é a concepção de lide, definida pelo mesmo autor como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Por seu turno, pretensão seria a intenção de submissão do interesse alheio ao interesse próprio.

Há autores que consideram essas concepções antagônicas, afirmando que refletem duas concepções distintas do próprio ordenamento jurídico⁶¹, as teorias unitária e dualista. Porém, é comum que ambas as teorias sejam utilizadas de forma conciliatória para a definição da Jurisdição nos dias atuais. Assim, pensa-se na Jurisdição como “a função do Estado de atuar a vontade concreta da lei com o fim de obter a justa composição da lide”⁶².

Observa-se, todavia, que ambas as concepções, tanto a de Chiovenda, quanto a de Carnelutti, trazem em seu bojo a forte influência positivista e individualista.

Para Chiovenda, o juiz não exerce uma atividade criativa, mas apenas proporcionava uma atuação da lei no caso concreto, ou seja, exercia uma atividade de subsunção, na qual a interpretação seria restrita a uma atividade de busca da lei aplicável. Para o autor, o poder estatal estava na lei de modo que a Jurisdição, enquanto poder estatal, estava totalmente vinculada à lei, podendo-se manifestar apenas a partir de uma revelação da vontade do legislador⁶³. Assim, percebe-se que Chiovenda sofre influência direta da mesma doutrina inspiradora do iluminismo, que separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, observando-se que ao dizer que o juiz aplica a vontade da lei ao caso concreto o autor não quer dizer, à maneira da corrente dualista, que o juiz cria uma norma individual, mas afirma, de fato, que juiz apenas aplica a norma já criada ao caso concreto.

A importância do pensamento chiovendiano está no fato de sedimentar a independência do processo em relação ao direito material, dando a este ramo científico um padrão publicista até então negado. Com efeito, o processo era, até

⁶¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol I. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 72.

⁶² THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1, p.60.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Vol I, p. 34.

então, visto como algo posto a serviço dos interesses particulares, passando a partir das correntes dualistas a ser visto como uma manifestação do poder do Estado. Porém, esse avanço não teve qualquer relação com o advento do Estado Social ou com a inserção no processo civil de um conteúdo valorativo e constitucional, sendo apenas um resultado da evolução cultural do processo⁶⁴.

No mesmo sentido Carnelutti, considerado o pai da teoria unitária, não traz igualmente qualquer novidade em relação ao positivismo e seu substrato liberal burguês. Para o autor a Jurisdição é função de justa composição da lide, definindo-se esta como sendo um conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida⁶⁵.

Enquanto Chiovenda parte da ideia de ação enquanto elemento autônomo em relação ao direito material, sufragando a autonomia publicista do processo, Carnelutti parte da noção de lide, marcando-se o processo pela ideia de conflituosidade. No pensamento carnelutiano não há Jurisdição sem lide, portanto o autor volta-se para uma dimensão privatista, embora sem deixar de reconhecer a autonomia do processo em relação ao direito material.

Da ideia de justa composição da lide, é possível compreender que no pensamento de Carnelutti a lei não é capaz de, por si só, eliminar os conflitos surgidos no seio da sociedade. Sobreleva-se então a atividade do juiz, que, já não é visto como um simples aplicador da lei, mas como um criador da lei para o caso concreto. Afirma-se assim que *“A sentença, (...), integra o ordenamento jurídico, tendo a missão de fazer concreta a norma abstrata, isto é, a lei. A sentença, ao tornar a lei particular para as partes, comporia a lide*⁶⁶.

Em um primeiro momento, pode-se pensar que a teoria unitária admite uma atividade criativa do juiz, construindo assim um rompimento com o paradigma positivista clássico. Todavia, observando-se desde já que o grande pai da teoria unitária foi Kelsen, percebe-se que a mesma não rompe com o padrão positivista, mas apenas o reafirma sob outro ângulo de visada. Com efeito, a teoria unitária admite que o juiz exerça uma atividade de criação normativa para o caso concreto, contudo, tal atividade deve respeito a uma norma jurídica pré-existente que dê fundamento à norma particular. Ou seja, no dizer de Kelsen a norma constante da

⁶⁴ Ibid, p. 35.

⁶⁵ Loc. cit.

⁶⁶ MARINONI, op. cit., p. 36.

sentença tem seu fundamento de validade na norma constante da lei, que, por sua vez deve ter seu fundamento de validade na Constituição.

Conclui-se, portanto, que ambas as posições, de Chiovenda e de Carnelutti, tem por base a mesma fonte positivista que vê a atividade do juiz ligada de forma estreita à atividade do legislador. Assim, seja aplicando a lei já existente, seja criando a lei para o caso em concreto, o juiz deveria o respeito fiel à letra da lei, sem se reconhecer na atividade jurisdicional a idoneidade para valorar a Justiça da lei.

Nesse sentido, a ideia de Jurisdição sofre, de forma direta, as influências das correntes jurídicas dominantes em cada época do desenvolvimento do Direito, considerando-se que, a partir do Estado Liberal, o surgimento do positivismo fez com que o processo se estagnasse dentro dos padrões estabelecidos de legalidade e de respeito aos termos postos na legislação.

Até a atualidade vê-se ainda o ranço positivista orientando o desenvolvimento doutrinário do processo, contudo, desde o surgimento da ideia de Estado Social, o processo passa por uma gradativa evolução, no sentido de revisão de seus padrões conceituais, mormente no aspecto referente à própria noção de Jurisdição. Diante de sua autonomia enquanto ciência o processo teve condições de reaproximar-se do direito material sem que se visse nesse elemento um retorno à fase imanentista, considerando-se ainda que esta aproximação não se deu em relação do Direito Civil, mas deu-se, de fato, em relação ao Direito Constitucional, falando-se, assim, numa verdadeira invasão constitucional. Por outro lado, a separação acentuada entre as funções tornou-se menos pronunciada, havendo correntes no sentido de um ativismo judicial, além da possibilidade de efetivação de direitos sociais por meio da atividade jurisdicional.

Com o pós-positivismo a compreensão crítica do jurista já não é mais uma atividade de revelação do Direito Posto, mas torna-se uma tarefa de concretização, na qual a lei já não é mais um mero objeto, mas elemento de construção normativa⁶⁷.

Por tudo isso, percebe-se que os padrões conceituais clássicos merecem revisão sob o ângulo de uma nova postura constitucional a fim de que se adaptem a

⁶⁷ MARINONI, op. cit. p. 45.

um processo mais efetivo.

1.4 O PROCESSO DE CUNHO PRINCÍPIOLÓGICO

Torna-se salutar, neste ponto, uma reflexão acerca da importância dos princípios, considerando-se que a elevação dos princípios a um patamar de primazia em todos os ramos do Direito, constitui uma das importantes manifestações do neoconstitucionalismo.

Tal manifestação é um atributo da própria distinção entre princípios e regras segundo redefinição realizada por Ronald Dworkin na década de 60. A partir daí os princípios começam a ganhar aplicabilidade imediata, ou seja, ganham força normativa já que são considerados como espécie do gênero norma.

Importante, pois, distinguir, de antemão, os conceitos de normas, princípios e regras. Nesse intuito segue-se o conjunto de definições dadas por outro grande colaborador no desenvolvimento da distinção mencionada, Robert Alexy. Para o pensador, o conceito de norma é o conceito mais fundamental de toda a Ciência do Direito e não pode ser confundido com o conceito de enunciado normativo. Assim, a norma não se identifica com o texto escrito, que nada mais é que o texto normativo. Por exemplo o artigo 121 do Código Penal do Brasil descreve em seu *caput* a conduta de *matar alguém*, contudo, a norma contrariamente ao enunciado que é descritivo, é terminantemente proibitiva. Assim a norma do artigo 121 seria, não matarás ninguém e se matares pagarás pelo seu erro sendo condenado à prisão. Portanto, segundo Alexy a norma “é o significado de um enunciado normativo”⁶⁸.

Outra questão importante mencionada por Alexy está no fato de ser a norma a expressão de um enunciado deôntico, ou seja, a norma expressa um dever-ser e não o que é, porquanto, se assim fosse a norma seria um conteúdo presente em um enunciado descritivo e não em um enunciado normativo. Por isso a norma ao ser expressa pelo enunciado normativo não precisa ser fixada de uma maneira única para ser considerada como tal, bastando que o enunciado normativo contenha uma expressão deôntica. São exemplos de expressões deônticas: “é

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54.

proibido”, “tem direito a...”; “será extraditado”⁶⁹.

A estrutura das normas e principalmente das normas de direitos fundamentais precisa ser analisada com base na distinção entre princípios e regras dada a importância desta distinção como chave de solução para os problemas que envolvem a própria dogmática constitucional.

Com relação ao processo, de modo específico, o seu desenvolvimento regular não poderia prescindir do uso das regras, sendo fundamental que a atividade das partes e o próprio exercício da Jurisdição pelo Estado sejam regulamentados por leis. Por esse motivo há um Código de Processo Civil, no qual há uma série de requisitos para os atos processuais em geral e um padrão procedimental cujo escopo primeiro é a construção de um provimento final.

Nesse sentido, as regras processuais, constantes do Código ou de legislação esparsa, perfazem uma estrutura lógica entre si e compõem um sistema uniforme, dando, assim, homogeneidade ao Direito Processual e permitindo a sua compreensão e aplicação prática⁷⁰.

Porém, as regras se limitam ao seu próprio texto, ou seja, regulam situações específicas e, dado o seu elemento de tipicidade, não são capazes de abranger a generalidade dos casos factíveis na vida prática e no decorrer da relação jurídica processual. Por tal motivo, os princípios surgem de uma necessidade prática de abrangência de casos impensáveis do ponto de vista legislativo.

O princípio é definido pelo dicionário, sob seu ângulo científico, como sendo uma proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos. Também é definido como a proposição lógica fundamental sobre a qual se opoia o raciocínio, ou ainda, no ângulo filosófico, como sendo a proposição que serve de fundamento a uma dedução⁷¹.

No Direito existem definições clássicas, reconhecidas por toda a doutrina, dentre as quais menciona-se a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que considera princípio “um mandamento nuclear de um sistema, o seu alicerce, uma

⁶⁹ Ibid., p. 56.

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 19.

⁷¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1552.

disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”⁷².

A distinção entre princípios e regras não é tão simples como possa parecer a um primeiro olhar. Marinoni⁷³ destaca que tal distinção ganhou notoriedade com as obras de Dworkin e Alexy, contudo, Humberto Ávila adverte que o clima de euforia propiciado pelo que se convencionou chamar de “*Estado Principiológico*” não pode cegar o estudioso a ponto de provocar um obscurecimento conceitual⁷⁴. Assim, o autor condena o uso indiscriminado do termo princípio pela doutrina, apontando a necessidade de uma melhor estruturação desses conceitos.

Princípio, no dizer de Humberto Ávila “é uma norma que aponta para um estado ideal de coisas a ser promovido, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal”⁷⁵.

Portanto, o princípio não descreve um comportamento determinado, nem estabelece de forma pormenorizada que tipo de comportamento deverá ser adotado, mas aponta o ideal a ser atingido de modo que na execução desse desiderato surgem as leis de cunho específico e estas, por sua vez, devem ter por norte o ideal estabelecido nos princípios.

Considerando que a Constituição estabelece uma complexidade de fins a serem protegidos, o citado autor observa que deve-se adotar um conjunto de comportamentos visando a majoração conjunta desses fins, ou seja, “o Estado não pode, a pretexto de promover a realização de um fim, escolher um comportamento que cause uma restrição, em maior medida, à realização de outro fim, ou de outros fins”⁷⁶. Por tal motivo, surge para o Estado aquilo que Humberto Ávila denomina *dever de proporcionalidade*, que nada mais é do que a necessidade decorrente da positivação conjunta de uma série de princípios, de modo a protegê-los conjuntamente, segundo um padrão proporcional, que não permita que qualquer desses princípios fique esquecido. O princípio deve assim sofrer uma adequação ambivalente, ao sistema e ao caso, de modo que solucione o caso sem que fira o sistema.

⁷² *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.86.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *teoria geral do processo*. p. 47.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8ª ed. p. 23 passim.

⁷⁵ Idem. *Teoria dos princípios*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78.

⁷⁶ ÁVILA, Humberto. *O que é devido processo legal*. p. 52.

Em reforço a essa conceituação torna-se importante mencionar que no pensamento de Alexy, os princípios não possuem limites de aplicação ao contrário da regras que são ou não aplicadas segundo um limite. Para o citado autor os princípios devem ser realizados na *maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes*, ao passo que as regras têm aplicação segundo sua exigência concreta, não se podendo aplicar o menos ou o mais.

Essa distinção tem importância no presente estudo considerando-se a realidade do processo, que é regido por regras e por princípios como qualquer ramo da ciência jurídica, e que não pode prescindir de uma apurada análise dos modos de aplicação dos princípios básicos que lhe são próprios. Até o presente momento do desenvolvimento do processo, os princípios eram considerados importantes no sistema interpretativo das normas processuais apenas quando havia alguma lacuna a ser preenchida. Todavia, como bem observa a doutrina atual, essa visão constitui apenas uma das diferentes formas de atuação dos princípios. Com efeito, não se pode compreender que os princípios atuem apenas na falta de norma ou na simples interpretação daquelas existentes.

A grande contribuição de Alexy está justamente no fato de alçar os princípios a um mesmo nível de concreção fática reconhecido para as regras⁷⁷. Deste modo, os princípios recortam uma parcela da realidade e a colocam sob sua proteção, servindo de fundamento para normas específicas que orientam de forma prática a ação dos indivíduos, mandando ou impedindo que se faça alguma coisa⁷⁸.

Outra contribuição importante do autor está na conclusão de que os princípios constituem, na verdade, mandamentos de otimização na medida em que impulsionam a realização de suas determinações, segundo as possibilidades dos destinatários, na maior medida dessas possibilidades. Assim há uma variabilidade no grau de realização dos princípios, havendo que se questionar sobre as possibilidades fáticas e jurídicas de sua concreção⁷⁹.

Quanto ao tema relativo à distinção entre princípios e regras também é importante mencionar a questão do choque entre essas espécies normativas. Alexy

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102-103 passim.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *teoria geral do processo*. p. 48.

⁷⁹ ALEXY, op. cit., p. 90.

afirma que entre princípios há colisão e não conflito; já para as regras haveria conflito e não colisão. Quando as regras entram em conflito, uma suplanta totalmente a outra, que se considera revogada, a não ser que seja identificada como sendo uma regra de exceção⁸⁰. Assim, duas regras coincidentes ou dissidentes em seu todo não podem coexistir em um mesmo ordenamento.

Já para os princípios, fala-se em colisão, e, neste caso, não há a eliminação de um princípio com outro colidente. Deste choque há que se buscar uma forma de solução diferenciada de modo que um ou ambos os princípios não de ceder a fim de que possam coexistir no ordenamento e ter sua maior efetividade possível diante de um caso em concreto. Não se fala, pois, em invalidade de um princípio ou em cláusula de exceção⁸¹, mas em ponderação⁸².

A aplicação dos princípios não admite exclusão, exceção, nem mesmo o desprezo de um em prol de outro. Com efeito, os princípios, no neoconstitucionalismo, estão orientados pela pretensão de correção, realizando-se seu teor em um feixe de gradações, os mandados de otimização. Tanto princípios como regras têm sua existência relacionada às normas fundamentais. Enquanto as regras têm um valor retrospectivo e primário, devendo respeito às normas fundamentais. Os princípios servem para a concretização das normas e por terem conteúdo aberto, abstrato, criam os meios para a concretização e mesmo obtenção das normas fundamentais⁸³.

A ponderação, enquanto solução, serve para os casos difíceis (*hard cases*), não se falando em ponderação de regras, nem mesmo entre princípio e regra, mas apenas entre princípios. Conclui-se, pois, que só há ponderação quando está presente a abstratidade, de modo que não se pode falar em ponderação nem mesmo entre as regras constitucionais. Diz-se que a ponderação é uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.”⁸⁴ Não

⁸⁰ Ibid., p. 92.

⁸¹ Ibid., p. 93.

⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁸³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008. p. 97

⁸⁴ Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23

se trata de uma simples forma alternativa de solução hermenêutica, nem se resume às formas hermenêuticas tradicionais, segundo Moreira, é uma evolução da própria teoria do conflito⁸⁵.

O conflito é um resultado natural da evolução humana e advém de fatores de ordem econômica, social, tecnológica ou simplesmente das questões psicológicas que afligem o ser humano. Todavia, o elemento que serve de mote a muitos conflitos está no fato de uma sociedade possuir uma constituição eclética, envolvendo valores que, na maioria dos casos, seguem direções opostas e que não podem, por uma questão de lógica, ser aplicados de forma conjunta.

Moreira explica ainda que os princípios devem ser sempre entendidos em comparação uns com os outros e que a explicação isolada de um princípio gera um erro por estar dissociada da própria argumentação jurídica. Já na ponderação, o que ocorre é a plena utilização da argumentação jurídica, já que, a exclusão de uma premissa e a utilização de outra, só são possíveis após a utilização dos subprincípios da ponderação e da própria argumentação jurídica⁸⁶. Mesmo assim, todos os princípios sobrevivem no sistema, não se permitindo excluir qualquer deles pela técnica da ponderação.

Todos os argumentos utilizados no presente texto seguem essa premissa da distinção entre princípios e regras dentro do conceito geral de norma. É assim que se deve entender a nova perspectiva do contraditório e do formalismo enquanto seu instrumento. De igual modo a aplicação desse princípio deverá estar pautada na regra da ponderação que sempre estará presente quando se falar em colisão.

Feitas essas considerações é salutar que se discorra sobre algumas questões conceituais relacionadas ao devido processo legal e ao contraditório em sua visão clássica. Ambos os princípios, pelo simples fato de serem reconhecidos com essa qualidade já devem coexistir no ordenamento, mas além disso eles são princípios que trazem uma noção de continente e de conteúdo, porquanto o contraditório é definido como um dos múltiplos corolários do devido processo legal.

⁸⁵ MOREIRA, op. cit. 99.

⁸⁶ MOREIRA, op. cit. 99.

1.5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A SUA SIGNIFICAÇÃO.

A doutrina e, por consequência, os manuais, costumam elencar dentre os princípios do processo civil o devido processo legal. De fato, sob o ângulo de sua transcendentalidade, de sua baixa densidade normativa, de sua generalidade e principalmente de sua importância para a construção do arcabouço processual, esse conceito assume um verdadeiro *status* principiológico. Por outro lado, é cediço que o devido processo legal encontra-se alocado dentre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, LIV), de modo que, *grosso modo*, pode-se dizer do princípio como sendo uma espécie do gênero, direitos fundamentais. Contudo, os direitos fundamentais abarcam direitos no sentido estrito e garantias. Essa distinção representa o pensamento de que, dentre os direitos fundamentais existem alguns que servem justamente para garantir a efetividade de outros direitos, também fundamentais. No dizer de Jorge Miranda:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas; as garantias só nelas se projetam pelo nexó que possuem com os direitos.⁸⁷

Contudo, as garantias ocupam o mesmo patamar que os direitos, pois no todo representam espécie do gênero direitos fundamentais. Ressalta-se que há certas garantias, como a discutida no presente tópico, que assumem uma dimensão de historicidade e universalidade tal, que não apenas servem como instrumento de efetivação, mas assumem, por si só, o mesmo patamar dos demais direitos que protegem, como a vida e a propriedade.

Nesse sentido, o presente texto fará referência ao devido processo legal e ao contraditório, seu corolário, como sendo princípios processuais, por sedimentarem todo o arcabouço processual; direitos fundamentais, por imprimirem uma vedação ao Estado em face do cidadão e garantias de outros direitos fundamentais, por serem instrumentais na busca da Justiça.

Retomando o tema do presente, afirma-se que o devido processo legal é uma garantia utilizada pela doutrina com duas conotações distintas, a saber:

⁸⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1990.

substancial, denotativa das exigências de proporcionalidade e de razoabilidade e formal ou procedimental, indicativa da garantia de um processo adequado e justo⁸⁸.

Pode parecer rudimentar, em um Estado Democrático de Direito, a exigência de uma garantia tão vaga e que estabeleça um padrão de Justiça que parece óbvio para a realização dos valores da ordem democrática. Porém, não se pode ignorar que o devido processo legal constitui a base de inúmeras das garantias processuais que hoje permitem a realização da função jurisdicional com um mínimo de Justiça e o mais próximo possível da verdade. Assim, antes de se pensar em contraditório e seus efeitos de ordem prática na realização da atividade jurisdicional, tem-se de fazer uma reflexão a respeito do devido processo legal, princípio maior que dá sustentação à ideia de contraditório.

Independentemente da dimensão em que é analisado, o princípio em questão é, de forma uníssona, reconhecido como o mais importante para o próprio desenvolvimento da ciência processual moderna:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of Law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies⁸⁹.

Assim, entende-se que ao dizer: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º , LIV), a Constituição admite implicitamente todos os demais princípios daí decorrentes. Neste mesmo sentido pode-se afirmar que a existência de um juiz natural, de um processo em contraditório, no qual se respeite a igualdade entre as partes são pressupostos óbvios para a concreção do conceito “vago” de devido processo legal.

Para se compreender o motivo pelo qual um conceito tão vago teria atingido tamanha concreção fática ou tamanha aplicabilidade prática, tanto sob o ângulo formal, quanto sob o ângulo material, é fundamental partir das origens históricas do instituto.

A doutrina vê como primeira manifestação do devido processo legal um

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de processo*. São Paulo. n. 163. Ago 2008, p. 51

⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60.

documento de 1215, editado pelo então monarca inglês João Sem Terra, que teria sofrido pressões diretas da nobreza em face da cobrança descabida de tributos⁹⁰. Contudo, observa-se que tal documento representava uma manifestação muito rudimentar daquilo que hoje se entende como princípio processual. Trata-se na verdade de um documento de defesa da nobreza em face dos desmandos da monarquia inglesa. Observa-se que em tal documento, conhecido como *Magna Charta de João Sem Terra*, não havia menção à clássica expressão *due process of law*, mas uma simples referência à *law of the land* (lei da Terra)⁹¹, no sentido de que a lei deveria prevalecer sobre a vontade do monarca e mesmo esse monarca teria de se submeter incontinentemente aos comandos contidos no documento que representava, na verdade, um compromisso do monarca em face da nobreza.

A expressão consagrada “*due process*” surgiu mais tarde, em 1354, em uma lei inglesa baixada no reinado de Eduardo III, conforme noticia Nery Junior⁹². A partir daí a expressão tornou-se um símbolo de liberdade sob a lei para o povo inglês, ultrapassando os limites da nobreza⁹³, a princípio a única beneficiada com a garantia. O povo inglês assumiu, no correr dos séculos esse documento libertário e o fez difundir, mormente para as colônias americanas, que passaram a prever princípios semelhantes em suas constituições.

Através dos anos o princípio foi sendo, deste modo, sedimentado, e com isso a expressão vaga foi ganhando conteúdo. Portanto, a historicidade do princípio conferiu-lhe a dimensão atualmente reconhecida. Aquela expressão de reação da nobreza perante os desmandos do déspota, tinha mais o caráter de um pacto, do que, propriamente, de uma conquista, porém, quando essa mesma expressão pactuada passa a ser assumida pelo povo, como aconteceu com o povo inglês e com as colônias da América do Norte, a situação se transmuda em uma verdadeira conquista em prol da igualdade democrática.

Hoje, pode-se pensar em um processo legal genérico, no qual estão contidos princípios que garantem, de forma plena, a liberdade, a propriedade e a

⁹⁰ Ibid., p. 61.

⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 61.

⁹² NERY JUNIOR, Nelson. Loc. cit.

⁹³ MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade*. Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais. 3ª ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2008. p. 72.

vida⁹⁴. Com isso afirma-se que as dimensões assumidas pelo devido processo legal transcendem a esfera processual, e que o princípio em questão, mais que um simples princípio constitucional do processo é um princípio constitucional genérico, aplicável desde ao Direito Civil até ao Direito Administrativo.

Não cabem, no presente estudo, maiores digressões sobre o devido processo legal substancial, que, como já se afirmou atende aos anseios de razoabilidade e proporcionalidade contidos na Constituição da República. Contudo, há que se atentar ao devido processo legal formal e a sua significação para a existência do procedimento e do formalismo.

Em seu sentido formal ou processual, a expressão assume um significado mais restrito, referindo-se, de forma direta, à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados⁹⁵. Não se cogitando, portanto, da substância do ato, mas fixando a análise na forma de aplicação ou de execução desse ato.

Num sentido especificamente processual o *due process of law* seria basicamente o direito de ser processado ou de processar de acordo com normas previamente fixadas no ordenamento e produzidas também segundo outras normas prévias que seguiram o mesmo princípio. Nesse sentido o ensinamento de Cruz e Tucci, literalmente:

Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.⁹⁶

Nesta constatação surgem a forma e o procedimento como decorrências do devido processo legal. Assim, o autor citado fala nas múltiplas etapas do processo judicial, ou seja, nas etapas de expressão do processo que configuram, em verdade o procedimento, que é a materialização dos atos que tendem a concretizar a privação da liberdade ou da propriedade ou mesmo a execução de um ato contrário ou favorável à vontade do postulante. Esse procedimento e a sua forma, devem, portanto, ser objeto de regras de estabilidade, sendo que tais regras devem atender

⁹⁴ Ibid., p. 63.

⁹⁵ MEDEIROS, op. cit. p. 74.

⁹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 259

a um requisito temporal consubstanciado em sua vigência anterior.

Esse requisito de anterioridade da lei processual, como decorrência do devido processo legal, como se verá adiante, é um dos fundamentos da existência de um procedimento formal e do próprio formalismo. Tal elemento garante que a parte não seja surpreendida por atos processuais inesperados ou que o procedimento lhe seja algo obscuro e perigoso.

Referindo-se à cláusula do “*due process of law*” no Direito americano, Nery apresenta alguns deveres do Estado na execução de sua função jurisdicional, a saber:

Comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.⁹⁷

Nenhum desses deveres apresentados em relação ao direito norte-americano pode ter sua aplicação excluída em face do reconhecimento do devido processo legal no ordenamento pátrio. Outra observação importante em relação à enumeração apresentada é a de que todos esses deveres tendem a facilitar, de alguma forma o diálogo das partes e o contraditório. Tratam-se dos deveres de informação que orientam o Estado a prestar informação adequada e dos direitos de oportunidade, que permitem às partes a apresentação tanto de argumentos fáticos quanto jurídicos por meio da dedução de teses ou da produção efetiva de provas. Por fim, elenca-se um último dever do Estado, o de emitir uma decisão que permita às partes saber os motivos fáticos e jurídicos que levaram o julgador a aceitar uma das versões e a negar a versão oposta.

Em relação ao ordenamento pátrio, ao dizer dos desdobramentos do princípio em tela, Tucci elenca as garantias de:

a) acesso à Justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal

⁹⁷ NERY JUNIOR, op. cit. p. 68-69.

razoável.⁹⁸

As observações possíveis acerca de tais garantias não podem ser diferentes daquelas já realizadas a cerca dos desdobramentos do princípio no direito norte-americano, podendo-se concluir que o princípio em tela assume praticamente as mesmas proporções em ambos os ordenamentos.

1.6 O CONTRADITÓRIO COMO COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A própria existência de um devido processo legal já seria suficiente para que se reconhecesse o contraditório como uma garantia de efetividade do princípio maior. Nesse sentido afirma-se que bastaria à Constituição de 1988 enunciar no *caput* do artigo 5º o princípio do devido processo legal para que muitos dos seus numerosos incisos fossem considerados despididos⁹⁹.

Contudo, há que se reconhecer a importância da discriminação dos corolários do devido processo legal nos incisos do artigo 5º da Constituição, no sentido de reforçarem no legislador e no aplicador da lei o verdadeiro espírito que deve orientar ambas as atividades. É assim que, de forma bastante clara, o constituinte afirma no inciso LV do citado artigo 5º que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Na sua acepção clássica, o referido princípio assume duas formas básicas de expressão, representadas pela informação necessária dada as partes e a oportunidade de manifestação e oitiva.

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.¹⁰⁰

Além disso, o princípio, embora pareça significar apenas uma garantia dirigida às partes, deve assumir uma dimensão ainda maior, representando uma garantia pública. Ao se atribuir ao contraditório uma dimensão restrita à participação

⁹⁸ TUCCI, op. cit. p. 259.

⁹⁹ NERY JUNIOR, op. cit, p. 70.

¹⁰⁰ NERY JUNIOR, op. cit, p. 172.

das partes, o princípio acabará caindo em uma dimensão estritamente privatística. Contudo, a garantia do contraditório releva a importância social da decisão justa, de modo que não se está apenas garantindo às partes o direito de informação ou participação, mas se está dando à sociedade a oportunidade de dialogar com o Judiciário no sentido da construção de um Direito mais próximo.

De igual modo, o princípio envolve também a figura do juiz, a quem cabe o papel de garantidor da efetividade do princípio por meio de sua atuação. Não se nega na doutrina a qualidade de sujeito do processo assumida pelo juiz. Nessa condição, o juiz acaba por assumir deveres que o impelem a também contribuir para a decisão justa e para o diálogo. Portanto, o seu papel perante o contraditório supera a dimensão de direito, mas assume a dimensão de um dever, ou seja, o juiz tem o dever de garantir às partes a informação e a oportunidade de participação¹⁰¹.

É nesse sentido que Dinamarco atesta a dupla destinação do contraditório, afirmando que num mesmo momento a “lei deve instituir meios para a participação dos litigantes” e o juiz “deve franquear-lhes esses meios”. Em conclusão, o mesmo autor assume que o juiz também é participante do contraditório, já que atua na preparação do julgamento que ele mesmo fará¹⁰².

Porém, o próprio desenvolvimento do contraditório induz à ideia de liberdade e de atuação igualitária entre os contendores, fator que não deixa de ser real, mas que hoje deve ser compreendido com uma abrangência maior.

Por essas observações percebe-se, de início, que o princípio carece de uma nova leitura com base nos ideais de um neoprocessualismo. Essa constatação é natural, porquanto é decorrente da própria necessidade de adequação da ciência processual aos novos padrões doutrinários, que sinalizam a superação do legalismo estrito e a invasão da constituição na seara do processo.

Por tal motivo surge na doutrina nacional e internacional uma série de técnicas procedimentais e formais que tentam modificar a estrutura clássica do processo, fulcrada na intransponibilidade da forma posta. Fala-se em flexibilidade procedimental, em formalismo valorativo, e na concreção de um amplo acesso à Justiça.

¹⁰¹ Ibid., p. 171.

¹⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Na tentativa de, observando as novas correntes, apontar a existência de um novo contraditório, segue-se uma pequena digressão a respeito da forma no processo e da sua importância para o contraditório.

2 O FORMALISMO E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O CONTRADITÓRIO.

2.1 O FORMALISMO, PROCESSO E PROCEDIMENTO.

Para melhor se compreender o conjunto de tendências formadoras da nova dimensão de contraditório, torna-se imperioso um estudo mais acurado do formalismo, pontuando-se a essencialidade desse conceito para o processo e para o contraditório, seja na sua perspectiva clássica, seja na sua visão atual.

Processo e procedimento foram, por um longo tempo, expressões de um mesmo conceito, sendo que a afirmação científica daquele pode ser considerada um marco na distinção com o conceito deste. Tal evolução pode ser apreendida como fruto da aposição de novos temperamentos à própria noção de procedimento, tornando-a um elemento integrante do próprio conceito de processo¹⁰³. Em um primeiro momento histórico, apontado por Scarance, o do procedimentalismo, os estudos relativos ao processo giravam em torno do procedimento, de modo que “o processo era concebido em face dos atos que o compunham, da forma como eram realizados e da sequência observada na sua tramitação”.¹⁰⁴

A distinção entre os dois conceitos referidos só foi delineada com a afirmação científica do direito processual, tendo por marco reconhecido pela doutrina a obra de Bülow, na qual desenvolveu-se a ideia de processo como relação jurídica distinta da relação de direito material subjacente¹⁰⁵, como que despreendendo-se o direito processual do material, do qual era considerado um mero apêndice.

A definição de processo revela um caráter eminentemente teleológico, finalístico, voltado ao resultado almejado, sendo ele compreendido em sua acepção técnica como um instrumento pelo qual o Estado exerce a Jurisdição¹⁰⁶. Essa noção complexa contém um elemento de exteriorização representado pelo procedimento,

¹⁰³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 23.

¹⁰⁴ Idem, p. 23.

¹⁰⁵ Idem, p. 24.

¹⁰⁶ GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, p. 30.

valendo ressaltar que primitivamente o processo confundia-se com a sua compleição externa, o procedimento¹⁰⁷. A dimensão de continente e conteúdo existente entre os conceitos de processo e procedimento pode ser percebida nas concepções clássicas em torno do processo, valendo ressaltar a definição de Liebman, segundo o qual, “o processo é uma série de atos jurídicos que se sucedem”, ligados por uma finalidade que lhes é comum, qual seja, a sentença, sendo esta alcançada por meio do exercício de direitos, deveres e ônus entre os sujeitos do processo¹⁰⁸. Nesse mesmo sentido, ressaltando ainda mais o procedimento enquanto elemento do processo, Gajardoni assim o define:

Processo (...) é o conjunto de todos os atos necessários para a obtenção de uma providência jurisdicional em determinado caso concreto, podendo ele conter um ou mais procedimentos, ou, inclusive, apenas um procedimento incompleto¹⁰⁹.

Esse conteúdo procedimental que compõe a noção de processo nada mais é que um conjunto ordenado de atos que se exteriorizam por meio da forma ou das formas variadas. Logo, o procedimento se estrutura em fases, as quais são desenvolvidas em sequência em vista da obtenção do provimento final¹¹⁰.

Outro papel importante desempenhado pelo procedimento e reconhecido pela doutrina é a sua importância para o desenvolvimento teórico em torno do processo e de sua definição. A ideia primitiva que se tinha de processo como relação jurídica não era suficiente para explicar o feixe de relações diversas perceptíveis, não se podendo identificar um todo unitário. O procedimento surge, então, como elemento de unidade a ponto de se definir o processo como sendo o procedimento realizado em contraditório¹¹¹.

Em suma, o processo é formado por atos que se relacionam segundo um procedimento, sendo que o procedimento é a soma dos atos do processo interligados e combinados em uma unidade teleológica¹¹². Os atos processuais em

¹⁰⁷ GAJARDONI, loc. cit.

¹⁰⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. vol. I. 2 ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 33.

¹⁰⁹ GAJARDONI, Fernando Fonseca. op. cit. p. 32.

¹¹⁰ TEIXEIRA, Guilherme de Barros. op. cit. p. 30.

¹¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit. p. 30. Importante mencionar que a utilização do procedimento como elemento na definição de processo na forma apresentada é devida à construção de Elio Fazzalari em sua obra *Istituzioni di diritto processuale*.

¹¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 321.

sua relação ordenada formam, assim, o procedimento. Entendendo-se que a exteriorização dos atos processuais exige a forma em seu sentido amplo, tem-se que o procedimento sofre as determinações do formalismo. Na expressão de Watanabe, o procedimento é um elemento essencial à relação jurídica processual, pois sem ele “seria algo amorfo, disforme e sem ossatura”¹¹³. Se o formalismo é a expressão do ato processual, o procedimento é o elo entre os atos diversos, fazendo-se um caminhar rumo ao ato final, consubstanciado no provimento estatal.

Antes de se fixar a própria delimitação temática do formalismo é importante estabelecer que a adoção de formas especiais ou a simples tipificação dos atos processuais é uma exigência do contraditório. A garantia de informação necessária e a possibilidade de resposta dada às partes de forma igualitária torna imprescindível o estabelecimento legal de atos processuais, segundo forma, lugar e tempo preestabelecidos¹¹⁴.

A garantia de segurança no processo e de respeito ao devido processo legal cresce em proporção igual ao número de normas que tipifiquem e estabeleçam um regulamento pormenorizado dos atos processuais.

2.2 O FORMALISMO: DELIMITAÇÃO TEMÁTICA.

A identificação originária do formalismo remonta aos ideais liberais já esboçados em linhas anteriores. Com efeito, a atividade jurisdicional não poderia, considerando-se a necessidade de aplacar qualquer ato arbitrário do Estado, ser conduzida de modo aleatório pelo julgador. Neste sentido, as teorias imanentistas, seguindo um padrão também liberal, viam no processo nada mais que uma atuação formal do Direito Positivo, sendo como que um apêndice deste. Até os dias atuais afigura-se como intuitiva a apresentação do processo como forma em relação ao Direito Material, havendo um dualismo entre processo e forma; Direito Material e substancial¹¹⁵.

Tal dualismo representa uma projeção dos conceitos filosóficos de forma e

¹¹³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 122.

¹¹⁴ *Idem*, p. 33.

¹¹⁵ MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade*. Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais. 3ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 30.

matéria para o campo jurídico, como bem observou Oliveira ao afirmar que a forma se opõe à matéria, porém é considerada a essência necessária ou substância das coisas que têm matéria. (visão aristotélica)¹¹⁶.

Todavia, vive-se de há muito a superação das teorias monistas e já não se pode mais fazer tábula rasa de distinções importantes, como a que separa o processo e o procedimento do formalismo que a eles está subjacente. Sem adentrar-se em questões conceituais, é importante notar que a forma é substrato do ato processual isoladamente considerado e o procedimento representa uma cadeia ordenada de atos tendentes a um ato final, formando um todo.

Para se compreender o formalismo no seu sentido teórico é importante definir a forma em sentido estreito. Para Oliveira, “a forma em sentido estrito é o invólucro do ato processual, a maneira como deve este se exteriorizar”¹¹⁷. Já num sentido amplo, o mesmo autor identifica a forma considerando-se, além dos elementos acima descritos, o lugar e o tempo em que o ato processual deve se realizar.

Quando se analisa um ato processual de maneira isolada parte-se da ideia de que este ato encontra-se formalmente moldado pelo legislador. Todavia, nem todos os sistemas admitem a legalidade das formas, havendo sistemas que permitem a liberdade ampla das formas, outros que entregam tal regramento ao arbítrio do juiz (equidade das formas) e outros que assumem um grau menor de legalidade das formas, assumindo estas como instrumentos. O Código de Processo Civil admite a instrumentalidade das formas (art. 154), contudo, os principais atos processuais são eminentemente formais.

Distinguem-se as meras formalidades do formalismo. Para Oliveira, as formalidades representam o elemento mais pobre do formalismo, pois albergam aspectos exteriores ao ato e remontam a um tempo no qual o processo trazia conteúdos mágicos¹¹⁸. Havia gestos, palavras e posturas específicas. Essa dimensão mítica das formalidades foi abrandada e poderia até ter desaparecido por completo no período iluminista. Contudo, como já se analisou, os ideários do Estado

¹¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 3.

Liberal exigiam a formalidade imposta pelo próprio princípio da legalidade como um elemento de repressão ao arbítrio judicial. Tal elemento repressor servia também como base de garantia do cidadão, valendo ressaltar uma vez mais que, para esse período, marcado pelo individualismo, a maior garantia possível significava a maior igualdade possível, sem considerar as desigualdades materiais existentes entre as partes. Nesse sentido, surge, desde aquela época, a noção, hoje bastante cara, de que o formalismo é uma garantia de igualdade, de Justiça e principalmente de não-surpresa no caminhar do procedimento em contraditório.

O formalismo se identifica, pois, com a própria forma em seu sentido lato. Vale frisar que a expressão formalismo empregada neste texto segue o mesmo padrão conceitual adotado por Oliveira¹¹⁹, de modo que não pode ser ela confundida com a vertente patológica da expressão, representada pelo excesso de formalismo. Nesse sentido, o formalismo implica:

a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.¹²⁰

Acrescenta-se, pois, que o formalismo identifica o próprio contraditório, entendendo-se nessa expressão todo o instrumental do processo que tenha como única finalidade a concreção de sua função dialética. Trata-se de um elemento próprio do processo, tendo por finalidade a harmonização dos atos processuais dentro de uma sequência lógica, permitindo a concreção de uma série de garantias constitucionais das partes e dotando todo o procedimento de um padrão de previsibilidade.

Vale dizer que essa acepção de formalismo, ao contrário da acepção negativa do formalismo excessivo, constitui uma necessidade indispensável à concreção de um contraditório consentâneo com os valores constitucionais. O fato é que o formalismo puro, enquanto fim, colocado em um patamar de importância superior ao que na realidade possui, constitui um elemento de desagregação de valores salutares à realização da Justiça. Contudo, o formalismo não pode ser condenado como um todo, já que, sem um mínimo de regras referentes às formas,

¹¹⁹ Ibid., p. 6.

¹²⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 7.

o processo seria algo desordenado, imprevisível, o que redundaria em atos carregados de arbitrariedade e parcialidade. A respeito da essencialidade do formalismo, Dinamarco afirma, primeiramente, que as normas relativas à forma reduzem as opções de comportamento de cada um dos sujeitos processuais, incluindo-se dentre esses sujeitos o próprio juiz. Em segundo, o citado autor percebe que essa redução na opção comportamental é salutar na medida em que evita a extrema complexidade geradora de incertezas, acentuando-se que a incerteza coloca em xeque a integridade dos direitos¹²¹.

Por fim, deve-se dividir a influência do formalismo considerando o seu significado para o conjunto de comportamentos processuais próprios das partes e aqueles que são próprios do juiz. Em relação ao juiz, o formalismo processual ordena, organiza e sistematiza sua conduta, servindo, como de fato serviu no passado, como um elemento de limitação ao arbítrio, sendo, pois, uma verdadeira garantia de liberdade, bem ao gosto dos ideais da Revolução Francesa. Quanto a isso, a acepção do termo não se modificou e a necessidade dessa acepção encontra-se presente ainda nos dias atuais, mesmo que se admita um momento pós-positivista.

Já em relação às partes, o formalismo permite, por um lado, o maior acompanhamento dos atos processuais e, por conseguinte, uma maior fiscalização dos atos próprios do órgão jurisdicional. Assim, há um controle em relação aos excessos. Por outro lado, também é um elemento limitador da atividade das partes, já que, como se afirmou, reduz as opções de atos possíveis e torna, para uma das partes, previsível o comportamento da parte contrária.

Em suma, há um equilíbrio de poderes entre as partes, o que representa a plena efetividade do princípio do contraditório. Esse equilíbrio atende também ao imperativo constitucional de igualdade, atribuindo às partes, de forma harmônica, os mesmos poderes, faculdades e deveres.

2.3 A FORMA E SUA HISTÓRIA

O procedimento é um instrumento formal para o exercício, pelo Estado, de

¹²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 181.

sua função jurisdicional. Logo, a forma é uma das principais características do próprio procedimento. Contudo, tal entendimento traz consigo uma carga histórica que não poderia ser desconsiderada no presente estudo, já que o entendimento do estágio atual do formalismo necessita das bases conceituais que o estruturam.

Nas sociedades primitivas, as soluções dos conflitos precisavam de uma carga mítica para que se pudessem impor e, com isso, ganhar efetividade. De fato, a inexistência de um poder estatal impediria, se não houvesse o temor, a pacificação de qualquer conflito. Nesse sentido, a forma era um símbolo, mais importante que a própria Justiça enquanto valor¹²².

No Direito Romano primitivo, especificamente no período da *ordo iudiciorum privatorum*, o papel do magistrado resumia-se no ato de impedir o turbamento da paz pública preservando o interesse do Estado. A realização do Direito era ainda relegada à atuação das partes, que para isso ainda prendiam-se em padrões místicos de formalidade. A simples emissão de uma palavra diferente era suficiente para determinar a perda da lide¹²³.

No período formulário ainda não havia um regramento estatal relativo às formas¹²⁴, porém já se faziam presentes princípios que até os dias atuais são considerados fundamentais como o da publicidade, oralidade, imediatidade, da recepção das provas e ouvida de ambas as partes¹²⁵.

Com o passar do tempo, o Estado começa a interessar-se pelo processo e no período da *cognitio* o processo inicia sua publicização. Dá-se mais poder ao juiz, e o próprio formalismo perde relativamente sua força. Cria-se a noção de que a liberdade das partes necessita das formas e estas são igualmente necessárias para a contenção do arbítrio estatal¹²⁶. Esta noção ainda é importante nos dias atuais, conforme se verá nos itens posteriores.

Já no período pós-clássico, o processo romano ganha os primeiros modelos de prova legal, influenciando posteriormente o processo medieval e comum. O surgimento do comércio e de suas relações exigia um mínimo patamar de segurança. O poder do juiz é diminuído em relação ao que se estabelece na

¹²² BEDAQUE. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94.

¹²³ OLIVEIRA, op. cit., p. 17.

¹²⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 95.

¹²⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 17.

¹²⁶ BEDAQUE, loc. cit.

literalidade da lei, a Jurisdição ganha um caráter privado e a forma ganha uma dimensão exagerada¹²⁷.

No Estado Liberal há uma superação do modelo medieval de processo, sublimando-se a oralidade, a publicidade dos atos e a amplitude de acesso ao tribunal. É a dimensão de igualdade, própria dos ideais da Revolução Francesa, influenciando no processo e no formalismo de então. Percebe-se, num primeiro momento da revolução, uma aversão ao formalismo exagerado do período medieval, havendo uma sensível simplificação das formas processuais, extinguindo-se a figura do advogado e condensando-se toda a disciplina procedimental a dezessete artigos¹²⁸. Identifica-se nessa simplificação uma primeira manifestação em prol do acesso amplo à Justiça, na época reconhecido como o amplo acesso aos tribunais, já que a Justiça medieval era uma Justiça feita apenas para os nobres, não se falando em igualdade de julgamento entre um nobre e um plebeu.

A despeito da aversão à forma demonstrada num primeiro momento após a Revolução, tem-se com o Código de 1806 uma retomada na evolução do formalismo, havendo ao lado da valorização da publicidade e da oralidade, uma nova limitação aos poderes do julgador através da forma e a exibição de um novo processo igual ao anterior, extremamente lento, formalista e essencialmente escrito.

Essa retomada do formalismo excessivo no Estado Liberal se deve à aversão ao despotismo, justificadora do legalismo positivista então nascente. A ideologia liberal visava a dificultar o aumento dos poderes do órgão jurisdicional, dando maiores privilégios às partes. Por outro lado, o processo tinha características de Direito Privado, sendo que o único interesse público nele existente estava na pacificação dos conflitos.

No sec. XIX, atenta-se, o processo era algo privado, de modo que o órgão judicial assumia uma posição neutra, passiva, afastada dos fatores sociais, econômicos e demais impactos do resultado da demanda em termos coletivos. Identifica-se, assim, o processo liberal com um processo privatístico, caracterizado pela ampla liberdade de disposição das partes em termos dos direitos postos em

¹²⁷ BEDAQUE, op. cit. p. 96.

¹²⁸ OLIVEIRA, op. cit. p. 40. O autor faz referência ao decreto de 3 de brumário do ano II da Revolução, que disciplinou o processo em uma primeira tentativa de se estabelecer a igualdade de acesso aos tribunais.

juízo, além de uma amplitude formal legalista capaz de amarrar o julgador a uma atividade secundária dentro do procedimento.

A importância da atividade do juiz no procedimento é retomada na Suíça, com a chamada reforma de Bellot, que apresentou um projeto de lei processual civil para o Cantão de Genebra, sendo o mesmo aprovado e decretado em 1819¹²⁹. Nesse texto normativo, o papel do juiz se torna ativo, inclusive na investigação dos fatos da causa, podendo o mesmo dispor de ofício sobre inúmeros atos processuais relacionados à instrução probatória.

O texto também estimula, de modo revolucionário, a colaboração entre as partes e o juiz, devendo este assumir uma postura ativa na escolha do procedimento mais adequado à causa, havendo inclusive a possibilidade de livre apreciação da prova.

Contudo, a dimensão moderna de forma ganha seus contornos com a codificação austríaca de 1895, idealizada por Franz Klein. Pela primeira vez o enfoque do processo centra-se na noção de coletividade. No pensamento de Klein o conflito social transparece mesmo em um litígio puramente individual, em vista de seus reflexos sobre a tutela dos direitos do Estado e da sociedade¹³⁰. Por isso, é dado ao juiz atuar em concomitância com as partes, auxiliando, inclusive, as partes menos favorecidas e alterando o padrão estabelecido na lei.

A codificação austríaca, sob a influência de Klein, apresenta várias inovações, como é exemplo a possibilidade de alteração da demanda após a apresentação da exordial, como elemento de economia processual, e a possibilidade de correção de ofício de vícios quanto à forma. Deve-se também ao autor as ideias relacionadas à economia processual como imperativo de Justiça imposto não apenas ao legislador, mas também ao juiz na condução do processo. Este deve fazer o sopesamento entre os meios empregados em relação aos fins pretendidos, para que dessa relação nasça um mecanismo mais eficaz na concreção dos direitos. Portanto, o autor percebeu que a variedade de situações possíveis na prática impede que a legislação tenha a completude necessária para resguardar a finalidade última do processo¹³¹. Surge, então, a necessidade de se

¹²⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 47.

¹³⁰ Ibid., p. 50.

¹³¹ BEDAQUE, op. cit., p. 97.

dotar o juiz de poderes de direção da atividade processual, fazendo assim da forma um mero instrumento que, não sendo suficiente, pode ser trabalhado com relativa liberdade pelo julgador.

Esse pequeno exame da evolução do formalismo na história do processo revela a relação direta entre o modo pelo qual a doutrina enfrenta a questão da forma e os interesses dispersos pela sociedade no momento histórico. O processo, assim, se desenvolve realizando um movimento similar ao de um pêndulo, que ora leva o formalismo para as partes, ora o relega ao juiz. Deste modo, há momentos históricos nos quais impera o privatismo estrito, sobrepondo-se as formas à opinião do julgador e há momentos em que sobreleva-se o publicismo, em que o julgador liberta-se das amarras formais sob o enfoque do interesse do Estado.

2.3.1 O formalismo e os princípios.

Os princípios, conforme o que já se pontuou no primeiro capítulo, assumem uma posição de primazia em todos os ramos da ciência jurídica. Com o processo não poderia ser diferente, principalmente ao se considerar o fato de que sua função primordial é a realização da Justiça e não há qualquer sentido nesta finalidade se não houver o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e, por conseguinte, aos parâmetros constitucionais do devido processo legal e todos os seus consectários.

Essa visão da ciência processual, própria de um neoprocessualismo, trouxe consigo a necessidade de que o formalismo sofresse readequações a fim de que o processo não fosse apenas um instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas fosse visto, de forma correta, como um verdadeiro instrumento ético destinado a servir a sociedade¹³².

Quando se usa a expressão formalismo, não se está fazendo referência a uma pura técnica ou a um modo de realização ou exteriorização dos atos processuais. Trata-se, na verdade, de uma necessidade própria para a realização

¹³² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

de interesses que sustentam a atividade jurisdicional. Neste aspecto, vê-se que o formalismo é capaz de moldar o processo segundo as necessidades ou os princípios norteadores do Estado. Por tal motivo, surge o perigo do formalismo excessivo, que serviu, durante algum tempo, aos interesses das classes dominantes, fato bastante perceptível em relação à burguesia, que se utilizando de um processo extremamente formal garantiu sua posição, bem como a imposição de um sistema positivista.

Atualmente, a sedimentação dos Estados Constitucionais e a subjugação da lei em face dos princípios tornam absolutamente necessária a reformulação da ideia de formalismo, sendo possível dizer que, nesse novo padrão, o formalismo torna-se um instrumento de realização de vários princípios constitucionais do processo, como o princípio dispositivo, o princípio do juiz natural, a publicidade dos atos, a submissão do juiz à lei, a persuasão racional e muitos outros.

Alguns princípios confundem-se com técnicas e assim são identificados pela doutrina. Nesse sentido, se o formalismo for pensado como técnica garantidora de princípios, há que se reconhecer ter ele também natureza principiológica e, na medida de seu equilíbrio, há de ser identificado também como um verdadeiro princípio.

Conclui-se que a origem do formalismo moderno, no Estado Liberal, possibilitou o surgimento dessa nova noção de formalismo constitucional, haja vista o fato de que, muito embora o formalismo padrão adotado a partir do positivismo clássico gerasse situações de flagrante injustiça, sua matriz tinha por fim a domesticação do arbítrio do rei dentro da realidade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, o formalismo da atualidade é um instrumento da Constituição, já que não se pode negar a sua imensa capacidade de conformação dos atos e do caminhar procedimental.

Como afirma a doutrina, o Direito Processual, e especificamente o processo civil, não devem ser considerados de forma isolada, mas devem ser pensados em seu todo, inserido nas ideias predominantes em dado momento histórico e em dada sociedade.¹³³ A mesma sociedade que conforma o processo e que nele se reflete, tem seus anseios expressos em sua Constituição, de modo que os direitos

¹³³ OLIVEIRA. op. cit., p. 83.

fundamentais reconhecidos e sedimentados na Constituição assumem, sem maiores objeções, a natureza de “máximas processuais”¹³⁴.

A Constituição, afirma-se, influencia a posição jurídico-material dos sujeitos processuais, sejam as partes ou o juiz. Toma-se, pois, o formalismo como instrumento constitucional de conformação da atividade das partes, permitindo-se que o cidadão tenha um mecanismo de defesa perante os poderes públicos e perante o próprio poder do Estado de prestar a tutela jurisdicional. O cidadão pode, assim, saber como, onde e de que forma terá o seu bem da vida garantido por meio do processo.

Importante relação se estabelece particularmente entre o formalismo e o devido processo legal, sendo essa uma demonstração da influência dos princípios no formalismo e, em caminho inverso, da importância do formalismo na realização dos princípios. Conforme atesta Oliveira, no fundo, a garantia do devido processo legal constitui a expressão constitucional do formalismo¹³⁵. Tal princípio prova que a ausência de formalidade geraria uma insegurança perigosa, já que haveria sempre o risco do arbítrio e do abuso do poder estatal. Por outro lado, tal princípio também serve como justificativa para a maleabilidade do formalismo, evitando que, pelo formalismo excessivo, o Direito pereça em nome do respeito à forma.

2.3.2 Aspectos valorativos

Dentro da questão principiológica, que aproxima o formalismo da Constituição, está a questão valorativa. Os valores preenchem e orientam os princípios, daí a necessidade de se questionar quais os valores que fundamentam a existência de um formalismo no processo.

A noção axiológica de forma está interligada com os fins do processo, ou seja, depende dos valores a serem atingidos por meio da atividade processual¹³⁶.

Numa primeira reflexão, afirma-se que o processo tem dentre os seus principais valores a segurança. De fato, ao se pensar o processo como instrumento estatal de realização da atividade jurisdicional cria-se um limite para esta atuação,

¹³⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 83.

¹³⁵ Ibid., p. 86.

¹³⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 65.

de modo a se renegar qualquer tipo de discricionariedade, já que a decisão emanada do estado estaria sendo legitimada por uma técnica pré-estabelecida e conhecida de toda a sociedade.

Todavia, os valores do processo vão além da simples segurança jurídica. A doutrina fala também em Justiça, em paz social e em efetividade¹³⁷.

O valor primordial buscado por meio do processo, a Justiça, possui relação direta com o Direito Material, todavia, o processo independe do direito que o embasa, já que quanto à relação material a situação é de incerteza. De fato, essa incerteza acaba por justificar a própria existência do processo, que na sua independência em relação ao Direito Material deve respeitar o padrão de Justiça querido pela sociedade. Assim, diz-se que o aspecto formal do processo não pode, embora independa do Direito Material, ferir o padrão de Justiça, o que pode acontecer na hipótese de flagrante afronta à igualdade e a todos os demais princípios constitucionais do processo.

Por seu turno, a paz social é um valor tendente à realização do escopo social do processo. Por esse escopo o Estado realiza uma atividade educadora, pois demonstra à sociedade, em sua dimensão de totalidade, quais os padrões de comportamento essa mesma sociedade adota. Ao realizar essa demonstração, cria-se uma situação que também importa em segurança, pois há a criação de padrões comportamentais capazes de realizar a pacificação social. A certeza na realização da Justiça cria os comportamentos segundo essa Justiça. Nesse mesmo sentido, Dinamarca, com proficiência, pondera que o mais elevado escopo social da Jurisdição consiste em “eliminar os conflitos mediante critérios justos”¹³⁸. Tal função pacificadora depende igualmente da eficiência na administração da Justiça, porquanto, uma Justiça ineficiente, tanto do ponto de vista do acesso e da celeridade, quanto do ponto de vista do resultado da decisão, importa em insegurança no seio da sociedade e esta situação, por seu turno, redundaria na ausência de paz social. Esta perspectiva do valor pacificação está intimamente relacionada com a formalidade.

As soluções concretas, eficazes, em tempo razoável e seguras dependem

¹³⁷ Ibid. p. 66.

¹³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 220.

dos padrões formais adotados pelo sistema processual. Há uma íntima relação entre o poder, maior ou menor, dado ao órgão jurisdicional e a eficácia prática das formas adotadas. A finalidade do processo exige um padrão de equilíbrio que importe em segurança sem que se perca em efetividade. Logo, o órgão jurisdicional deve ter liberdade para buscar o aparato necessário para que se alcance o meio mais idôneo para se alcançar o resultado mais adequado.

Abre-se um parêntese para, desde já, fazer-se uma crítica à busca exagerada pela efetividade. A eficiência do resultado do processo é ligada sempre a um padrão de duração razoável do procedimento, o que não representa qualquer ameaça à segurança jurídica, conforme se verá, se houver um padrão de equilíbrio entre valores. Contudo, vê-se uma perspectiva de mercantilização da atividade jurisdicional, a ponto de se identificar na figura do jurisdicionado um consumidor, o que, por seu turno, torna a Justiça um produto. Entretanto, em que pese tal visão ser figurativa e haver muitos que utilizam indiscriminadamente os termos cliente e consumidor para as partes e cidadãos em geral, essa visão deve ser rechaçada sob pena de criar-se um ambiente relativista em relação ao valor Justiça. Nesse sentido, coisifica-se o cidadão e a Justiça, cria-se uma visão oposta àquela descrita no início do formalismo, ou seja, oposta ao sagrado. Esse sistema cria um Judiciário mais funcional, porém menos comprometido, já que as decisões são produzidas em escala, como se houvesse uma linha de produção. A população, por sua vez, cria a ideia, não de todo errônea, de que o serviço público prestado pelo Judiciário há de ser rápido e conforme seu interesse, já que há em contrapartida o pagamento de impostos. Isso cria uma pressão social sobre o Judiciário, que se vê acometido por cobranças de todo o gênero e, por tal motivo, tenta a todo custo produzir uma Justiça segundo os desejos da sociedade. Contudo, a Justiça não é produto de consumo e precisa de uma distribuição adequada, sob pena de não realizar seu escopo de pacificação social. Não se pode correr o risco de distribuir uma Justiça rápida, eficiente e segundo o desejo da massa, mas incapaz de realizar a pacificação social, perpetuando, assim, os conflitos¹³⁹.

Por fim, a efetividade enquanto valor também é estreitamente dependente do formalismo adotado. Esse é um valor do processo que atrai atualmente a

¹³⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 69.

atenção da doutrina, porquanto as modificações visíveis no constitucionalismo moderno, sob uma perspectiva social, tornam a tutela jurisdicional algo importante na concreção de muitos princípios e regras de cunho programático contidas no texto constitucional. Por outro lado, essa dimensão importa no reconhecimento de direitos sociais e comunitários, que transcendem a esfera individual. Esse reconhecimento, por sua vez, carece de uma melhor adequação formal do procedimento, que fora criado sob uma perspectiva mais individualista. Logo, o mesmo padrão formal até então adotado não é mais capaz de garantir a efetividade do Direito, mormente se se pensar em realização de valores contidos no texto constitucional. Esses valores, por seu turno transcendem à esfera individual, por representar uma dimensão coletiva de Justiça, que existe mesmo que a solução seja direcionada a um conflito entre indivíduos.

2.4 O FORMALISMO E A CONSTITUIÇÃO

A análise do formalismo não pode estar restrita àquilo que ele representa para o processo, porquanto o formalismo é também um fenômeno social e cultural e sofre, por conseguinte, as influências diretas do momento histórico-social por que passa a comunidade na qual ele se insere ou à qual ele serve. Como bem aponta Amaral em sua tese, “não se pode enxergar o formalismo como uma fria estrutura arquitetônica, ainda que perfeita e bela em sua sistematicidade interna”¹⁴⁰.

Do mesmo modo que o próprio Código de Processo Civil de 1973 sofre diretamente as influências da Constituição Federal e segundo os seus princípios é interpretado, o formalismo atua segundo os padrões estabelecidos pelo mesmo texto. Neste espaço, para se entender o papel que a Constituição cumpre em relação ao formalismo, pode-se utilizar a alegoria criada pelo mesmo doutrinador citado. Segundo ele o engenheiro, ao projetar uma ponte, deve antes ter uma ampla noção do terreno na qual ela deverá ser erguida. Não basta que o engenheiro projete perfeitamente a obra em todos os seus detalhes, se tal projeto não se

¹⁴⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método de aplicação*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 36.

coaduna com o terreno. Nesse caso, o desconhecimento do terreno faria com que todo o projeto estivesse fadado à ruína. No mesmo sentido, o formalismo não pode ser estabelecido sem que se conheça perfeitamente o terreno no qual ele deverá se desenvolver, isto é, sem que se tenha um amplo conhecimento da Constituição Federal. Se o formalismo não estiver adequado à Constituição, toda a sua estrutura não passará de uma mera formalidade vazia, ou pior, redundará em resultados práticos frontalmente contrários aos parâmetros de Justiça estabelecidos pela Constituição.¹⁴¹

Esse modo de pensar o formalismo identifica-se perfeitamente com o neoconstitucionalismo e representa a sua manifestação específica em relação à ciência processual. Para essa vertente, o formalismo precisa estar fundado em valores reconhecidos pela sociedade, sendo que tais valores são representados pelos princípios insculpidos na Constituição que forma essa mesma sociedade. Mas essa base valorativa para o formalismo vai além do próprio texto constitucional, porquanto há que se considerar também os costumes, as tradições e toda a idiosincrasia que forma aquilo que se pode reconhecer como a consciência de um povo.

Essa dimensão do formalismo pode assumir diversas denominações, como, por exemplo, aquela cunhada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira¹⁴², conhecida como “formalismo valorativo”. Contudo, independentemente do nome dado ao fenômeno e da forma de sua manifestação, o importante é que haja o reconhecimento de que o processo civil e o processo como um todo não pode ser escravizado pela forma pura, oca e sem valores, mas deve ser guiado por um formalismo que sirva aos padrões jurídicos, éticos e principiológicos insculpidos na Constituição Federal.

É importante reconhecer que, hoje, os direitos fundamentais constituem verdadeiros princípios do processo que determinam de forma mais ou menos direta a conformação deste mecanismo de tutela jurídica. A Constituição acaba, desta forma, por exercer influência na contenção do poder estatal em face do cidadão,

¹⁴¹ Idem, p. 36.

¹⁴² A obra *Do formalismo no processo civil*, representa um marco que deu origem a uma série de estudos relevantes acerca do formalismo e de sua nova perspectiva em face do neoconstitucionalismo.

determinando além das garantias processuais tradicionalmente reconhecidas, as posições processuais subjetivas, dando ensejo a várias possibilidades de intervenção do cidadão nos rumos de sua própria comunidade. Por outro lado, é também a Constituição que estabelece a conformação do Judiciário e a sua organização, o que, de forma indireta, implica no reconhecimento de diversos princípios e garantias a serem utilizados pelo cidadão em face de possíveis abusos do poder.

São inúmeras as possibilidades garantidoras obtidas por meio da conformação constitucional do processo e da aplicação principiológica do próprio formalismo. Para o presente, contudo, torna-se relevante a observação específica de algumas dessas garantias exercidas em face da utilização constitucional da forma no procedimento. A forma assume a dimensão de uma garantia democrática da decisão. Desse resguardo da democracia nasce a função legitimadora do próprio formalismo e do contraditório, não se podendo também olvidar que o formalismo garante a imparcialidade. Nesses termos fala-se em:

a) garantia democrática;

O formalismo harmoniza todo o procedimento e lhe serve como arcabouço, ou seja, a manifestação procedimental se dá por meio da forma e esta, por seu turno, está vazada em um mínimo de formalismo. Ocorre que, pelo procedimento, e, em última análise, pelo formalismo, o processo ganha legitimidade democrática, já que tanto a forma que perfaz o procedimento, quanto o próprio procedimento são realizações infraconstitucionais postas pela legislação que, numa perspectiva positivista, representa a manifestação da vontade popular manifesta por meio de representantes.

Contudo, não só para o padrão positivista o procedimento e o formalismo são garantias democráticas, mas também numa perspectiva neoconstitucional. Como assevera Amendoeira Jr., “pelo procedimento o legislador infraconstitucional incorporaria ao processo as garantias constitucionalmente previstas, daí que sua observância importaria na possibilidade de garantir às partes o devido processo

legal.”¹⁴³

O devido processo legal, por seu turno, representa também uma manifestação democrática. Embora sua raiz seja aristocrática, o princípio tornou-se o instrumento pelo qual se transfere ao processo os valores democráticos, porquanto, o processo, segundo a lei, nada mais é do que um processo segundo a Constituição e conforme os valores contidos em uma sociedade.

Já se acentuou, no tocante aos princípios, a importância do devido processo legal, contudo, por ora, vale dizer que a noção de devido processo legal pode conduzir a erros como o de considerar qualquer postura ativa do juiz como uma afronta à legalidade. Contudo, segundo advertência feita por Dinamarco, a absoluta legalidade na execução dos atos do processo não é algo inerente ao Estado de Direito e pode ser mesmo um fator de inconveniência quando se objetiva a bons resultados com o processo¹⁴⁴. Surge, neste caso, a antiga antinomia entre a formalidade e a Justiça.

Uma das formas de superação dessa antinomia está no reconhecimento de que o formalismo atende a uma exigência democrática na medida em que iguala as partes, porém, necessita de um formalismo maleável a fim de que o resultado seja adequado ao anseio de Justiça. Nesse sentido, a fluidez do conceito de devido processo legal permite afirmar que o princípio assume a dimensão de garantia de igualdade, na medida em que possibilita a ambas as partes e à própria sociedade uma participação igualitária no processo e no seu resultado. No mesmo sentido é de se dizer que a igualdade garantida pelo devido processo legal é democrática, isto é, representa uma forma substancial de igualdade, já que iguala de fato e não apenas formalmente.

Dentro dessa dimensão democrática do formalismo também se insere a motivação das decisões judiciais como uma garantia. O aspecto democrático dessa garantia está na publicidade dos motivos conducentes do ato decisório, constituindo-se em uma possibilidade de controle social do referido ato. Por outro lado, se houve no processo a intervenção efetiva das partes e da própria sociedade em uma dimensão dialógica, esse fato deve estar documentado na própria decisão,

¹⁴³ AMENDOEIRA JR, Sidnei. *A utilização racional dos Poderes do Juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 59.

¹⁴⁴ *Instrumentalidade do processo*, p. 127.

permitindo-se que a democracia seja também fiscalizada.

b) garantia legitimadora

O formalismo assume também o papel de elemento de legitimação dos atos judiciais e, por conseguinte, da própria decisão final. Essa dimensão não significa que o procedimento agregue o formalismo como único elemento de legitimação. Trata-se, na verdade, de uma maneira de se analisar o fenômeno da decisão judicial, que tem no contraditório o seu grande elemento de legitimação e de realização democrática, porém, de forma indireta, o formalismo fornece substrato aos demais elementos de legitimação do ato final, bem como a todos os atos judiciais.

Socorrendo-se do pensamento de Luhmann, Amendoeira Jr.¹⁴⁵ discorre sobre a legitimação pelo procedimento e elenca alguns dos frutos imediatos desse instrumento, ou seja, o procedimento deve favorecer a correção das decisões, possibilitar e canalizar a comunicação, garantir a realização das decisões e colaborar para afastar perturbações possíveis. Nesse sentido, a forma assume uma dimensão legitimadora juntamente com o procedimento, pois fornece ao cidadão uma espécie de garantia em face do arbítrio que poderia ser expresso na conduta livre do juiz, ferindo o próprio direito pleiteado. Ao impossibilitar a total liberdade do julgador, a forma, embora seja de fato um elemento burocratizante, realiza sua função garantidora e como tal legitima a decisão.

c) garantia de imparcialidade

A forma equaliza as partes, pois conduz o procedimento estabelecendo previamente o *iter* a ser seguido e as possibilidades de manifestação a serem feitas no correr dos atos.

Essa previsão permite que ambas as partes no processo tenham condições de preparar-se para o ato contrário e tenham a possibilidade de saber com precisão como se dará o debate.

Essa clareza só pode ser atingida pela forma, pois, ao vincular o próprio

¹⁴⁵ AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas. p. 63.

juiz, ela permite que as partes tomem conhecimento de tudo o que se passa dentro do processo, bem como de todas as decisões, sejam elas despachos ou decisões interlocutórias, de modo que não só as partes, mas a própria sociedade possa visualizar qualquer conduta do Judiciário que favoreça um dos contendores em detrimento de outros.

De outro modo, a forma também impede que o juiz conduza a caminhada procedimental de forma que favoreça a uma das partes. Vale ressaltar que, na condução do processo, o respeito ao contraditório, como se verá no capítulo seguinte, faz com que as partes tenham as mesmas oportunidades e diante de tais oportunidades tenham as mesmas armas de convencimento. Também há que se dizer que o simples ato prejudicial a uma das partes, por óbvio, configura atitude de favorecimento, já que é uma forma de quebra da isonomia.

2.5 MAZELAS DO (IN)FORMALISMO EXCESSIVO E A BUSCA PELO EQUILÍBRIO

A formalidade está presente na sociedade em diversos acontecimentos e perfaz a maioria dos atos públicos realizados pelo homem. Assim: os casamentos civis ou religiosos, as festas familiares tradicionais, a realização de negócios e as próprias regras de etiqueta utilizadas no trato social. Todavia, algumas formas têm um sentido bastante específico, outras representam uma verdadeira necessidade prática, e outras enfim não tem qualquer finalidade a não ser a de não deixar morrer uma tradição.

Durante algum tempo o processo conviveu com atos que representavam uma simples formalidade, segundo o que já se afirmou acerca da história da forma no processo. Não se pode negar que ainda hoje alguns atos podem ficar restritos ao sentido, sem alcançar uma finalidade. Todavia, não se pode pensar em um processo que não tenha por finalidade última a realização da Justiça e, nesse sentido, não se pode também imaginar um formalismo despido dos valores.

A existência de formalidades assume diversas justificativas. Quando tais justificativas fogem do objetivo central, que é a realização dos valores contidos na Constituição tem-se o formalismo ocioso. Por outro lado, quando o formalismo tem por mote a realização de valores, mas essa busca ultrapassa o limite do razoável beirando ao exagero, tem-se uma outra anomalia, qual seja, o formalismo excessivo.

O formalismo vazio, ou seja, vazio de conteúdo valorativo, não atende a imperativos de Justiça e pode estar calcado muito mais nos costumes e nas tradições que na própria lei, essa dimensão é visível na história do Direito sendo rara nas legislações modernas, com efeito, embora a evolução possa tornar obsoletos muitos atos processuais, a grande parte deles possui um motivo técnico que passa ao largo do formalismo puro, despido de motivos.

Por outro lado o excesso de formalidades, mesmo que justificado por motivos técnicos e até valorativamente positivos, pode criar barreiras ou entraves ao bom andamento do processo, gerando uma flagrante situação de injustiça. Portanto, mesmo o excesso justificado não pode deixar de ser considerado um excesso pernicioso se fere outros valores ou se impede indiretamente a realização dos escopos processuais.

Identifica-se, pois, duas espécies de anomalias referentes ao formalismo: o formalismo excessivo e o formalismo vazio. Além destas anomalias há o formalismo pernicioso, expressão utilizada por Amaral para representar a má ponderação de valores realizada pelo juiz quando do estabelecimento de procedimentos a serem adotados em um dado processo. Com efeito, a realização do formalismo depende estritamente das decisões interlocutórias e dos despachos a serem exarados pelo juiz no caminhar processual. Ao dar vazão a determinados valores em detrimento de outros o julgador realiza também um juízo de ponderação quando da conformação do formalismo processual. Assim, assumindo uma expressão comum na doutrina, o formalismo só será realmente pautado em valores (valorativo) quando houver uma ponderação específica e correta, sem que se torne, por ato do juiz, uma valoração perniciosa. Esse é, portanto, o formalismo pernicioso de que fala Amaral. Tal autor exemplifica o formalismo pernicioso com a interpretação comum na jurisprudência, que convertia a execução definitiva em provisória quando da interposição de recurso de apelação contra sentença que julga improcedentes os embargos do devedor de título extrajudicial antes da súmula 317 do STJ.¹⁴⁶

Já se afirmou no presente texto a imprescindibilidade do formalismo enquanto instrumento a serviço do próprio devido processo legal. Com efeito, o processo necessita de um padrão de ordem que lhe permita a realização dos ideais

¹⁴⁶ AMARAL, op. cit., p. 40.

de Justiça e lhe confira um mínimo de caráter público, dado o próprio reconhecimento desta sua característica. Ao restringir o arbítrio do juiz, o formalismo torna as partes iguais entre si perante o Judiciário, além disso, permite uma maior agilização dos atos que compõem o procedimento e dá previsibilidade às partes que não são surpreendidas com determinações ou atos inesperados.

Por tais motivos, do lado oposto ao formalismo excessivo e suas espécies de manifestações está o informalismo, que, diga-se, também constitui uma espécie de mazela a ser evitada na busca pela Justiça.

Oliveira acentua que “formalismo e informalismo, embora termos opostos encontram-se exatamente, por esse motivo, intimamente relacionados” e, justamente por tal motivo o “informalismo excessivo, ao permitir ou facilitar o exercício ilimitado da autoridade pelo órgão judicial”, não contribui e mesmo impede a realização plena da Justiça¹⁴⁷.

No sentido de se justificar a adoção das formas para o processo, é comum que os doutrinadores se utilizem do pensamento de Montesquieu, que afirmara ser o formalismo uma garantia de liberdade. Contudo, o mesmo pensador admite o erro do formalismo excessivo e condena sua adoção em uma lição que, a despeito da época de sua prolação, insere-se em uma discussão ainda atual, assim afirmando:

As formalidades da Justiça são necessárias para a liberdade. Mas o número delas poderia ser tão grande que iria de encontro à finalidade das mesmas leis que as teriam estabelecido: as questões não teriam fim; a propriedade dos bens ficaria incerta; dar-se-ia, sem exame, a uma das partes o bem da outra ou se arruinariam todas as duas de tanto examinar. Os cidadãos perderiam sua liberdade e segurança; os acusadores não mais teriam meios para convencer, nem os acusados meio para justificar-se.¹⁴⁸

Conclui-se que a relação entre processo e formalismo carece de um pleno equilíbrio, a fim de que não haja excessos ou escassez, de forma que tanto a dimensão publicística quanto a dimensão privatística do processo sejam contempladas e realizadas no *iter* procedimental que conduz à Justiça. Assim, torna-se possível conciliar a possibilidade de interferência do juiz e a maleabilidade do procedimento com a segurança obtida com o estabelecimento legal de uma formalidade.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, op. cit., p.11.

¹⁴⁸ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.74.

2.6 EFETIVIDADE *VERSUS* SEGURANÇA

Conforme se deduz do item anterior, a posição de equilíbrio é necessária como mecanismo para se evitar duas mazelas: de um lado o formalismo excessivo e de outro a informalidade total. Ambas as vertentes são perigosas e os seus aspectos negativos já foram apontados.

Há, porém, uma outra dualidade importante relativa ao formalismo e que influi também no contraditório. Trata-se da aporia estabelecida entre a necessidade de um processo justo e democrático e a necessidade de um processo eficaz e célere.

De antemão, deve-se afirmar que o formalismo serve a ambos os padrões, ou seja, pode ser tanto um instrumento a favor da Justiça e da democracia, quanto um instrumento a favor da celeridade e da efetividade. Contudo, essas duas dimensões se contrapõem na medida em que a dialogicidade do processo que garante o respeito aos padrões democráticos carece de um tempo, que em algumas situações pode implicar num atraso da demanda e numa eventual crise de efetividade. Por outro lado, a necessidade de se atender rapidamente a um anseio da parte, sob pena de perecimento do direito, relega a segundo plano a dialogicidade na medida em que algumas decisões seriam tomadas sem o respeito a um mínimo de contraditório ou mesmo sem a manifestação da parte prejudicada.

Logo, a garantia de efetividade pode prejudicar sobremaneira a segurança jurídica, ao passo que a garantia de segurança pode causar um prejuízo, algumas vezes irremediável, à efetividade.

A solução para tal aporia não é das mais fáceis. Num primeiro plano há que se considerar o fato de que, em um padrão democrático, tal solução deve partir primeiramente do legislador, já que a lei ainda se constitui numa das formas mais seguras de se garantir a concreção da vontade popular. Nesse sentido o legislador deve buscar, em primeiro lugar, uma situação de equilíbrio, sendo que tal noção deve estar perfeitamente abarcada na própria lei. Há que se compor os valores em conflito, dando-se maior liberdade ao órgão jurisdicional, já que as amarras formais podem implicar em um balanço errôneo do pêndulo publicístico/privatístico, de modo a dar-se uma sobrevalorização de um princípio em detrimento do outro.

O sistema não pode, assim, ser absolutamente fechado, contendo pesadas penas em face do atraso, colocando-se a efetividade à frente de outros valores. Por

outro lado, também não pode ser absolutamente aberto. Conforme a própria doutrina já reconhece, as posições extremas, na atualidade, não encontrariam um solo fértil para frutificar e seriam, de pronto, repudiadas em face das condições do mundo atual¹⁴⁹.

É preciso, portanto, que haja uma intervenção legislativa constante no procedimento e no formalismo, todavia, não se pode simplesmente ignorar o fato de que a incompletude do sistema legal impede que haja uma previsão para todos os possíveis casos, devendo-se afirmar que cada caso exige uma solução diferente, inclusive sob o ângulo estritamente processual. Nesse sentido, o julgador exerce um trabalho constante de adaptação procedimental, devendo-se em algumas situações, inclusive, exercer uma verdadeira atividade criadora.

Porém, é importante que se finalize o presente item afirmando que a solução para ambos os dualismos acentuados no texto deve ocorrer a partir de uma perspectiva legal, não importando tal afirmação em um reconhecimento do império da lei, mas, sob o enfoque da segurança, o ponto de partida para a maleabilidade deve ser sempre o texto legal. Não se fala, portanto, em ampla e total liberdade do órgão judicial, mas apenas em liberdade relativa de acomodação do texto às vicissitudes do caso.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 189.

3 O NOVO CONTRADITÓRIO: NOVAS PERSPECTIVAS DE UM ANTIGO PRINCÍPIO

3.1 O CONTRADITÓRIO NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Dentre as premissas estabelecidas no presente texto, acentua-se a existência irrefutável de uma sobrevalorização da Constituição Federal como padrão normativo principal dentro dos ordenamentos jurídicos na atualidade. Na sequência, seguindo a doutrina que elenca os pontos principais do neoconstitucionalismo, percebe-se, como um de seus marcos, a invasão de todos os ramos do Direito pela Constituição Federal e daí conclui-se que não se pode mais pensar o processo sem que se relevem os valores inscritos na Constituição Federal. Neste sentido, adentra-se na questão dos pilares conceituais que sustentam a ciência processual e conclui-se também que tais conceitos merecem ser revisitados segundo uma nova visão, capaz de adequar todo o arcabouço científico do processo a esses novos tempos, superando-se o legalismo e as influências do Estado Liberal.

Após uma análise acerca do formalismo sob uma perspectiva neoprivatista e neopublicista, isto é, sob uma perspectiva que busca um equilíbrio entre a liberdade das partes e a atuação do Estado, percebeu-se que toda a posição extremada afigura-se perigosa à segurança jurídica quando se trata da forma no processo e, por conseguinte, quando se discutem técnicas procedimentais destinadas a melhor adequar o processo à consecução de sua finalidade última, a Justiça.

Essa problemática em torno da adequação do formalismo e do procedimentalismo à busca efetiva da Justiça representa uma série de questões práticas que envolvem a realização dos princípios constitucionais do processo. Porém, dentre tais princípios, há um que se afigura mais próximo às questões relacionadas ao procedimento e à forma, qual seja, o contraditório.

Já se expôs, no presente estudo, algumas considerações acerca do contraditório, mormente no tocante aos aspectos conceituais e à sua inserção no neoconstitucionalismo e no neoprocessualismo, enquanto princípio constitucional do processo.

Contudo, a simples relação entre o contraditório e o neoconstitucionalismo nada traz de novo ao processo, já que, mesmo sem o reconhecimento da força normativa da Constituição e de seu texto, não se pode negar aplicação a esse princípio, porquanto, o mesmo está inserido no devido processo legal e encontra-se sedimentado em inúmeros institutos do processo.

Nesse sentido, considerando uma vez mais que o processo é um fenômeno da cultura¹⁵⁰, há que se admitir que o mesmo sofre as influências diretas do momento histórico-cultural no qual está inserido, de modo que todos os seus institutos e princípios carecem de uma leitura nova a cada passo dado pela sociedade que o utiliza.

Logo, os marcos que delineiam uma nova postura jurídica influem também no contraditório e permitem o surgimento de novas técnicas cujo fim último é a maximização dessa garantia tão cara na construção de uma tutela jurisdicional próxima da Justiça. É nesse sentido que se usa a expressão novo contraditório, ou seja, não com o fito de se estruturar uma total renovação do princípio até então conhecido e observado pelos processualistas, mas com o objetivo de acrescentar ao seu conteúdo valores que o tornem mais adequado à realização plena dos princípios elencados na própria Constituição Federal, mormente no tocante aos Direitos Fundamentais.

Alguns elementos podem caracterizar a nova perspectiva pela qual o neoconstitucionalismo influi no contraditório. Não se trata de um elenco de características novas, porém, há uma nova percepção de características antigas, que precisam de uma revisitação com novos olhares por parte da doutrina. Assim, discorre-se acerca de um contraditório como garantia democrática de participação e de influência; como elemento de legitimação das decisões e elemento formador da convicção popular. Também, como decorrência da nova visão do contraditório surge a noção de contraditório como elemento de cooperação entre as partes dentro do processo e cooperação da sociedade para com a realização da Justiça.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Garantia do Contraditório*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 132.

3.1.1 Elemento de participação e democracia

Segundo já se afirmou no primeiro capítulo, o contraditório compõe-se de um binômio clássico reconhecido como garantia de informação necessária e de resposta possível. Fala-se também no binômio “ciência e resistência” ou “informação e reação”¹⁵¹, sendo que a informação ou a ciência são sempre presentes em todas as situações e podem também ser identificadas como vertentes do princípio da publicidade que se impõe a todos os atos emanados do ente estatal.

Dessa publicidade ou dessa exigência de que as partes sejam informadas acerca dos atos processuais ou de qualquer acontecimento relacionado ao processo decorre a relação direta com a ideia de participação¹⁵². Nesse aspecto, não se pode deixar de mencionar a necessidade de que o processo sirva como instrumento de implementação dos direitos fundamentais e, no tocante à participação, está justamente um dos elementos mais caros a um Estado Democrático, ou seja, a própria concreção da democracia.

Justamente neste sentido, o contraditório não pode mais restringir-se a uma garantia de informação e de resposta, já que essa possibilidade é parte do próprio procedimento e das disposições legais a ele relacionadas. Com efeito, a estrutura dos ritos ordinário, sumário ou mesmo da Lei 9.099/95, estão em consonância com as determinações constitucionais relativas ao contraditório e permitem uma ampla publicidade dos atos e decisões em relação às partes e há sempre a possibilidade de resposta como elemento de contraposição e dialeticidade. Tais elementos somente são passíveis de relativização quando da urgência no ato decisório; havendo, então, um choque de princípios, que dá azo à concessão de tutelas jurisdicionais especiais de urgência das quais são exemplos clássicos os casos de antecipação dos efeitos da tutela e as medidas cautelares.

Porém, o contraditório, visto sob uma perspectiva neoconstitucional, não cabe nesse restrito binômio, repita-se. A garantia de participação, enquanto exigência democrática, significa a garantia de influência. Ou seja, “a possibilidade de o destinatário da atuação do Estado influenciar (...), em alguma medida, a

¹⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 126/127.

¹⁵² BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53.

decisão a ser proferida”.¹⁵³

Isso não significa, por óbvio, que o órgão estatal está vinculado às manifestações produzidas em razão do contraditório, ao menos no sentido de sempre decidir conforme tais manifestações. Porém, está o órgão estatal obrigado a demonstrar claramente às partes que as suas manifestações tiveram relevância nas ponderações que conduziram o caminho lógico da decisão.

3.1.2 Elemento legitimador das decisões

Já se afirmou que o respeito às formas constitui um elemento capaz de dar legitimidade às decisões judiciais, haja vista o fato de que o formalismo garante a igualdade, a imparcialidade e a própria liberdade de atuação das partes dentro do processo. Agora, observa-se que o formalismo e o procedimentalismo não prescindem de um elemento principiológico, já que a letra fria da lei não é idônea para a solução de todos os casos possíveis dentro da realidade concreta. Surge, portanto, uma necessidade de adequação e dessa necessidade surge a maleabilidade procedimental. Conforme já se observou no capítulo anterior, uma das principais objeções ao formalismo excessivo está justamente no fato de ele depender estritamente da lei, que, evidentemente, não é capaz de abarcar todas as possibilidades ou incidentes ocorrentes em um procedimento.

Essa maleabilidade procedimental, fruto da própria instrumentalidade, carece de um elemento de limitação, já que o perigo do arbítrio é o mesmo desde o surgimento do positivismo clássico. Portanto, o contraditório legitima as decisões independentemente do respeito irrestrito ao formalismo, porquanto o culto da forma despido do contraditório constitui uma flagrante violação à Justiça, ao passo que o desrespeito à forma, desde que se justifique na busca da consecução do contraditório, representa medida necessária em um Estado Democrático.

Fala-se, portanto, em legitimação pelo procedimento, que nada mais é que a legitimação pelo contraditório. Nesse sentido, o contraditório, enquanto mecanismo de participação e de democratização do procedimento, legitima o

¹⁵³ Ibid., p. 54.

resultado do processo em função da própria participação¹⁵⁴ e, além disso, permite que o juiz profira um julgamento mais adequado aos padrões sociais de Justiça e não apenas em concordância com suas convicções pessoais íntimas. Há que se acrescentar que essa adequação aos padrões sociais de Justiça não se restringe à simples percepção do sentimento das partes, mas também, deve-se reconhecer, pelo contraditório, é dado ao julgador conhecer um maior número de elementos da realidade fática que está subjacente ao processo.

Ainda quanto à importância legitimadora do contraditório constata-se que há também o elemento de fiscalização ou controle social dos atos emanados do Estado. Com efeito, pelo contraditório as partes não apenas vigiam umas às outras, mas também fiscalizam a conduta do juiz, sendo-lhes conferida a oportunidade de insurgência contra o arbítrio.

Por fim, quando se fala em legitimação pelo procedimento há que se mencionar a obra de Niklas Luhmann¹⁵⁵, específica sobre o tema, pois nela o referido autor lança as bases para as constatações posteriores em torno da importância do contraditório e do procedimento como elemento democrático e legitimador das decisões judiciais. Segundo o sociólogo, a legitimação seria “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”¹⁵⁶. Assim, o procedimento deve gerar uma série de resultados, todos eles favoráveis à Justiça e que previamente criem nos cidadãos o sentido de obrigatoriedade, como por exemplo: favorecer a correção das decisões judiciais; canalizar a comunicação entre os entes sociais envolvidos; garantir a efetividade das decisões dando-lhes concreção fática e social; ajudar a afastar as perturbações previsíveis.

Além disso, para Luhmann, os procedimentos seriam mais do que um instrumento, seriam uma garantia do cidadão contra o Estado¹⁵⁷, ou seja, configurariam direitos subjetivos do cidadão contra do Estado. Tal constatação permite a conclusão de que caberia ao cidadão o direito de exigir o respeito ao

¹⁵⁴ AMENDOEIRA JR, Sidnei. *A utilização racional dos Poderes do Juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

¹⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 30.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 24.

procedimento e, por conseguinte, ao contraditório, e, em contrapartida, haveria um dever estatal de cumpri-lo.

3.1.3 Elemento formador da convicção popular

Os atos emanados do Estado são, antes de qualquer coisa, atos de poder e, como tais, se impõem sob tal justificativa. Entretanto os mecanismos que orientam o comportamento dos cidadãos em uma dada sociedade utilizam-se de instrumentos diversos, pois tais cidadãos são levados por diferentes motivos a agir deste ou daquele modo.

Nesse sentido, uma vez mais utilizando-se do pensamento de Luhmann¹⁵⁸, afirma-se que a verdade é um mecanismo de transmissão de resultados ou de quebra da complexidade da realidade e, pela verdade, é possível conduzir a atuação dos indivíduos. De igual modo, o poder também é um mecanismo de transmissão de resultados, de modo que, quem detém o poder pode levar os outros a se comportarem desta ou daquela forma ao adotar a decisão. Onde estaria, então, a diferença entre o poder de condução da verdade e do Poder dentro do Estado?

A verdade carrega consigo o convencimento que seria o poder de levar à adoção de uma dada conduta como o resultado de um juízo lógico, ou seja, da razão. Já a decisão emanada do poder não tem esse condão, mas carrega consigo apenas a noção de dever ou de obrigatoriedade.

Essa noção, pode-se dizer sociológica, de verdade, em nada se afasta da verdade filosófica reconhecida como *veritas*, já que se fundamenta em juízos corretos capazes de conduzir a uma conclusão também correta. Desse modo, a verdade seria também fruto de uma correta argumentação.

Nesse sentido, o contraditório e a condução do procedimento por ele realizada, cria razões para a aprovação das decisões. Do mesmo modo, o contraditório é capaz de criar decisões que são observadas pelos cidadãos não apenas pelo simples fato de serem emanadas do poder, mas pelo fato de serem

¹⁵⁸LUHMANN, op. cit., p. 27.

legítimas, de seguirem um mínimo padrão de lógica e razão¹⁵⁹.

O contraditório, seguindo o sentido pretendido pelo texto, deve ser capaz de formar as razões para que as decisões judiciais sejam aceitas. Tal aceitação, não decorre simplesmente do poder, ou seja, o cidadão não cumpre a decisão porque foi o juiz que a proferiu, mas porque tal decisão é legítima e fora produzida segundo o contraditório, respeitando um procedimento e a forma na realização dos atos.

Por fim, o próprio Luhmann esclarece que a legitimação pelo procedimento não é capaz de conduzir a sociedade, ou no caso específico do processo, os litigantes, ao consenso ou à harmonia. Nesse sentido, quando se fala em contraditório como elemento formador da convicção popular acerca da decisão prolatada não se está pretendendo que o mesmo, por seu poder dialético, convença as partes de forma tão perfeita que os perdedores tenham plena noção de seu próprio equívoco e aceitem pacificamente este fato. Com efeito, o contraditório não tem o poder de realizar uma mudança interior no receptor da decisão. Assim, afirma-se que a legitimação configura um “processo de reestruturação das expectativas jurídicas, portanto, do estudo, no sistema social, que pode tornar-se consideravelmente indiferente” qualquer dos opositores, tenha ele ou não de mudar sua expectativa¹⁶⁰.

Melhor explicando a lição de Luhmann, tanto o perdedor quanto o vencedor da contenda têm expectativas diferentes que são ou não alcançadas com a decisão. Nesse sentido, para o perdedor a expectativa torna-se verdadeira decepção, contudo, pelo contraditório, ele teria tido antes a chance de expor seus descontentamentos e transformá-los em argumentos e informações. O que moveria o perdedor a esta atitude dentro do contraditório seria justamente o fato de não saber que futuramente seria o perdedor. Assim, a incerteza diante dos futuros resultados da demanda seria como uma espécie de força propulsora do contraditório, fazendo com que esta expectativa gere a cooperação. Com a decisão, o perdedor, se pretender manter o seu padrão anterior de comportamento, estará fadado a pagar um preço muito alto, pois será sempre visto como o diferente, já que entram em ação processos sociais tendentes a fazer com que o perdedor altere seu comportamento. Por isso sua expectativa jurídica diante do fato deve ser

¹⁵⁹ AMENDOEIRA JR, op. cit., p. 63.

¹⁶⁰ LUHUMANN, op. cit., p. 99-101.

reestruturada, não podendo permanecer a mesma que tivera antes da demanda, nesse sentido há, de fato, um poder de convencimento no contraditório.

3.2 O CONTRADITÓRIO E A COOPERAÇÃO ENTRE AS PARTES

Segundo observação feita por Bueno¹⁶¹, a doutrina brasileira, sofrendo fortes influências de estudos estrangeiros, começa a falar em um “princípio da cooperação”. Não seria um novo princípio dentre os já reconhecidos pela ciência processual, mas, seguindo o pensamento do citado autor, seria mais uma faceta ou mesmo uma “atualização” do princípio do contraditório.

Existem interesses diversos envolvidos no processo, sendo que de modo direto há interesses principais das partes, que se posicionam de forma contraposta, e interesse secundários de outros indivíduos. Não cabe nesse momento uma diferenciação específica entre os diversos interessados no processo ou no seu resultado, mas é importante deixar claro que há interesses que fundamentam a participação dos indivíduos no processo, reconhecidos como interesses jurídicos e interesses que não são suficientemente fortes para sustentar a necessidade de interferência.

Em relação ao juiz, não há que se falar, numa primeira análise, na existência de qualquer tipo de interesse, pois o juiz é um sujeito imparcial e a sua imparcialidade é vista como um dos sustentáculos da própria Jurisdição¹⁶².

Contudo, tanto em relação às partes, quanto em relação aos terceiros e mesmo em relação ao juiz, há que se reconhecer a existência de outro tipo de interesse, trata-se do interesse social na justa composição do litígio. Desse interesse surge a necessidade de cooperação entre todos os interessados nessa justa composição, de modo que a cooperação é um princípio que não se restringe apenas à atividade das partes, mas abarca toda a sociedade.

Tal princípio é uma expressão da atividade dialética ocorrente no processo, melhor dizendo, é uma expressão do contraditório com o qual se confunde. Essa

¹⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 55.

¹⁶² *Idem*, p. 55.

atividade dialética deve ser realizada por meio de uma “*intensa cooperação entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e de seus fatos (...)*”¹⁶³ valendo também para a melhor compreensão ou interpretação das normas. Reconhece-se, portanto, que o contraditório, em sua versão mais moderna, ou seja, sob a perspectiva da colaboração, abrange “*direito das partes ao diálogo com o juiz*”¹⁶⁴

Quando se fala em cooperação ou em colaboração das partes no Brasil está-se, na verdade, realizando uma ampliação interpretativa de cunho valorativo sobre o princípio do contraditório, porquanto não existe qualquer menção legal ou constitucional à colaboração. Porém, em âmbito mundial, é importante que se diga, o referido tema já ultrapassa os foros interpretativos e doutrinários e ganha expressão em algumas legislações dentre as quais cita-se o exemplo do Código de Processo Civil Português, que, em seu artigo 266, consagra a cooperação entre os sujeitos processuais no seguinte sentido:

Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

Referindo-se ao Direito alemão, Bueno lembra que recente alteração legislativa tornou obrigatória para o juiz a aplicação do princípio naquele país, porquanto, o § 139 do ZPO proíbe que o juiz utilize, em sua decisão, fundamentação diversa do ponto de vista apresentado pelas partes, ou que considere no mesmo ato, pontos irrelevantes ou valorados de modo diferente pelos contendores, sem que antes ouça a manifestação dos mesmos a respeito¹⁶⁵. Assim, as partes não podem ser surpreendidas por uma decisão que considere ou valore de modo diferente aspectos relativos à demanda, ou mesmo, releve pontos não visualizados pelas partes.

O dispositivo presente na legislação alemã nada mais é que o coroamento de uma nova visão a respeito do contraditório, uma vez que obriga o julgador a

¹⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 349.

¹⁶⁴ DINAMARCO, loc. cit.

¹⁶⁵ BUENO, op. cit., p. 57.

provocar a manifestação das partes mesmo que estas não tenham se atentado para pontos ou aspectos relevantes da demanda. Tal medida, embora possa parecer, não configura um coroamento do ativismo judicial, pois o juiz nada mais faz do que prevenir as partes e estas, diante da demonstração dos novos aspectos, podem ou não dissuadir o juiz a respeito do tema.

Outro aspecto relevante a ser considerado no particular é a aversão ao pré-julgamento, porquanto, ao prevenir sobre aspectos, argumentos ou valorações novas o juiz estará, de fato, dando às partes a noção de qual o sentido pretende tomar em seu ato decisório. Essa medida é considerada prejudicial por muitos doutrinadores. Segundo o pensamento de Luhmann, por exemplo, a incerteza a respeito da decisão é importante e deve ser mantida até o final do procedimento, por tratar-se de um elemento que impulsiona a cooperação, já que sempre há a esperança na vitória¹⁶⁶. De fato, ao demonstrar às partes qual o tipo de decisão pretende tomar, o julgador pode influenciar sua futura conduta dentro do procedimento, contudo, em certas situações essa influência pode ser positiva no sentido de provocar novas discussões e aclarar as ideias a respeito do direito e dos próprios fatos. Por outro lado, a surpresa na decisão insere-se num patamar de risco que não pode ser assumido pelo processo. Trata-se do risco da decisão injusta ou contrária à verdade. Ora, as partes são, muitas vezes, conduzidas pela emoção e, mesmo sob a orientação profissional ou estando assistidas, há o risco da interpretação do profissional, que é um terceiro que assume as vezes da parte e, por seu turno, tem uma visão da realidade que pode não ser a mesma das partes. Nesses casos, a prevenção produzida pela demonstração dos argumentos previamente feita pelo juízo pode fazer com que as partes trabalhem com um material até então desconsiderado e que, por seu turno, pode ser de real importância. De outro modo, há também o risco da visão errônea do juiz, que é evitada ao se permitir às partes conhecer de antemão quais as primeiras impressões acerca dos fatos e do próprio direito.

Justamente esta possibilidade de previsão dos argumentos e de clareza acerca das impressões traz o juiz para mais perto das partes e o torna partícipe e não apenas destinatário do contraditório. É importante frisar, ainda que em

¹⁶⁶ LUHUMANN, op. cit., p. 99.

repetição, que o novo contraditório não dá ao juiz a simples obrigação de ser um fiscal de seu cumprimento, mas o torna, na verdade, um de seus destinatários enquanto sujeito dialético em relação às partes. Com efeito, o juiz deve dialogar com as partes, com as testemunhas, com a própria sociedade, e desse diálogo deve nascer, com a ajuda de todos, a sua decisão.

Dissertando sobre o tema da cooperação, Daniel Mitidiero¹⁶⁷ fala em modelos processuais civis, dentre os quais elenca um modelo cooperativo de processo civil. Tal modelo estaria fundado em princípios constitucionais e na necessidade também elencada pela Constituição Federal de se criar uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse modelo, Estado e sociedade assumem posições coordenadas na busca da concretização do Direito, dando-se ao contraditório um local de destaque. Ressalte-se que, no estudo de Mitidiero não há uma identificação entre a cooperação e o contraditório, porquanto esse autor fala em um modelo processual cooperativo no qual o contraditório assumiria um papel de destaque.

No padrão cooperativo de processo, o contraditório torna-se um instrumento de viabilização do diálogo, implicando na necessidade de uma previsão de deveres de conduta para as partes e para o órgão jurisdicional¹⁶⁸. Essa previsão deve ser destinada a produzir, no correr do processo, padrões ótimos de dialeticidade, ou seja, deve ser capaz de fazer com que haja um diálogo entre as partes e que esse diálogo interfira de modo direto na decisão final emanada do Estado.

Esse contraditório cooperativo deve interferir na própria construção do formalismo processual, fazendo com que esse formalismo implique em deveres específicos de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio¹⁶⁹.

3.2.1 A dialogicidade do processo pela cooperação

O processo sempre constituiu uma espécie de relação dialógica, primeiro por se originar em um conflito interpessoal, segundo, por exigir um mínimo de

¹⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Porto Alegre, 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 74.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 75

¹⁶⁹ *Loc. cit.*

participação. Contudo, o nível de diálogo existente no processo variou ao longo dos séculos sendo que esse mesmo diálogo ora era deixado ao alvedrio dos contendores, ora era monopolizado pelo próprio Estado que então se arvorava no direito de ele mesmo dar mote e solução ao litígio. Assim, houve no decorrer da história momentos em que o diálogo atingia maior plenitude em contraponto a momentos nos quais esse mesmo diálogo praticamente era inexistente.

Na atualidade, vive-se um momento *sui generis* na história da ciência processual, porquanto a invasão da constituição trouxe para o processo um arcabouço valorativo capaz de sobrelevar o valor da forma e ao mesmo tempo capaz de quebrar seu rigorismo. Esse mesmo mote valorativo torna o processo algo menos individualista e, portanto menos privado e ao mesmo tempo dá às partes maior liberdade de ação e mais condições de, independentemente da força propulsora estatal, alcançar soluções alternativas ao litígio.

Diante dessa realidade, a própria doutrina reconhece que a cooperação e, por conseguinte, o contraditório, devem ser considerados as traves mestras do processo civil moderno, falando-se então em uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre todos os envolvidos na demanda (partes e tribunal) a fim de se buscar a concreção da função processual¹⁷⁰.

Quando se diz que o processo deve ser uma comunidade de trabalho pretende-se que o processo seja um ambiente aberto ao diálogo, ou seja, que se privilegie a comunicação entre seus atores evitando-se uma postura de duelo e de rivalidade.

Para que ocorra tal diálogo deve-se privilegiar sempre a oralidade, aumentado-se o compromisso do juiz perante as partes, já que sua atividade deverá ser aumentada, porquanto não será apenas um expectador do duelo das partes, mas conduzirá a atuação dialógica e participará do diálogo.

3.2.2 Condutas próprias da cooperação.

A dialogicidade do processo, como já se viu, deve ser privilegiada no novo

¹⁷⁰ GOUVEIA, Lúcio Grassi de A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo. n.172, ano 34. jun. 2009. p. 36.

contraditório, todavia esta realidade só será atingida quando houver a plena colaboração, formando-se a denominada “comunidade de trabalho”. Tal aspecto, relativo à colaboração, aproxima-se da própria natureza assumida pelo processo, que não se apresenta atualmente como uma luta das partes observada à distância pelo tribunal, mas como uma verdadeira “comunidade de trabalho” formada entre o tribunal e as partes, com a finalidade de possibilitar uma decisão mais justa, realizando-se o escopo social do processo, relativo à pacificação¹⁷¹. Porém essa dimensão do contraditório exige uma série de condutas das partes envolvidas, incluindo-se também uma série de condutas próprias do órgão jurisdicional. Há que se destacar que muitas dessas condutas decorrem dos princípios constitucionais e dos valores a eles subjacentes, porém há condutas cuja previsão já é uma realidade no ordenamento jurídico pátrio.

Quanto às partes, a legislação brasileira prevê uma série de normas tendentes a abolir a má-fé processual, privilegiando-se condutas que de fato contribuam para o bom andamento do processo. Traz-se para o processo as teorias diversas relativas à boa-fé objetiva e subjetiva, incrementa-se o próprio conceito de litigância de má-fé e coibi-se o abuso do direito de defesa¹⁷².

No tocante ao próprio órgão jurisdicional, destaca-se o dever de cooperação dos juízes expresso em quatro espécies de condutas, que correspondem ao dever de esclarecer as partes, de preveni-las, de consultá-las e de auxiliá-las.

Como se pode perceber, o novo contraditório aprofunda antigos deveres relacionados às partes, torna-as mais próximas entre si e, por conseguinte, mais comprometidas com o dever social de colaboração. Por seu turno, em relação ao juiz, o novo contraditório, ao torná-lo mais próximo das partes, o obriga a ser ator por carregar consigo o ônus de produzir o diálogo e resguardar a colaboração das partes.

3.3 CONTRADITÓRIO E O PÊNDULO PRIVATÍSTICO-PUBLICÍSTICO

O processo comum europeu do período medieval tinha por esteio o

¹⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 72.

¹⁷² GOUVEIA, op. cit. p. 33.

contraditório, porém, a acepção desse conceito sofria influências expressas da tópica e da retórica aristotélica. O processo era, nessa fase, concebido como *ars dissedendi e ars oponendi et respondendi*, o que necessitava de uma regulação precisa do diálogo entre as partes¹⁷³. Nessa fase era flagrante o caráter privatístico do processo e o juiz tinha uma função neutra, sendo apenas o fiscal do correto uso das regras impostas ao diálogo das partes. Esse diálogo não tinha por fim último a busca de um padrão argumentativo de verdade, mas premiava a forma, já que as matérias objeto de disputa permitam apenas um juízo de correspondência formal, jamais de probabilidade ou certeza.

Com o renascimento, surge a supremacia da evidência racional na procura da verdade, havendo uma valorização da vida e da própria natureza. Há o primeiro impulso no desenvolvimento das ciências, fruto de uma série de acontecimentos dentre os quais cita-se a invenção da imprensa e as descobertas marítimas de novas terras¹⁷⁴. Esses acontecimentos tornam-se importantes porque, a partir daí, o processo não se conforma mais com a simples e pura probabilidade dialética decorrente da lógica, já que as perspectivas do homem voltam-se para a realidade natural. Nada mais certo que uma verdadeira ânsia por um juízo de certeza também em relação à solução dos conflitos sociais.

No Antigo Regime, o processo é estatizado pela apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano. Nessa fase, o contraditório perde força e é visto como algo desnecessário e externo à atividade jurisdicional¹⁷⁵. O juiz, como uma *longa manus* do rei, passa a ter amplos poderes e as partes não tem a mesma liberdade já que a noção de verdade, tão incrementada com o iluminismo perde sua importância diante da vontade do rei. O processo e o contraditório assumem, então, uma feição publicística pura.

A Revolução francesa trouxe uma inversão no papel da Jurisdição, que assume um caráter estritamente privatístico, porém a desimportância do contraditório continua a mesma. É o que observa Oliveira, textualmente:

Claro está que essa concepção acanhada encontrou terreno fértil no chamado processo liberal, dominante no século XIX, em que a

¹⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.134

¹⁷⁴ MODIN, Battista. *Curso de filosofia*. Vol 2. 10ª ed. trad. Benoni Lemos. São Paulo: Paulus, 2006.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. op. cit., p. 135.

filosofia do *laissez faire* destinava ao órgão judicial um papel puramente passivo, quase de mero árbitro do litígio, cuja principal função era apenas a de verificar e assegurar o atendimento às determinações formais do processo.

O autor se refere claramente à concepção acanhada a respeito do contraditório, que, a despeito de ganhar um cunho privatístico, não era imbuído de garantias que permitissem sua efetivação e, ao mesmo tempo, carecia de um órgão que lhe desse guarida, viabilizando a realização de uma igualdade real e não apenas formal entre as partes.

Afirma-se que, com o ressurgimento de Estados totalitários na Europa, houve uma nova inflação dos poderes do juiz na condução do processo¹⁷⁶. Essa tendência de publicização da atividade jurisdicional abrandou a necessidade de um contraditório efetivo, porquanto a noção de Justiça estaria ligada de forma direta aos interesses supremos do Estado, na maioria dos casos identificado com os interesses do próprio governante.

Essa fase de desprestígio do contraditório só seria superada após a segunda guerra mundial¹⁷⁷, com a sublimação da noção de direitos fundamentais e a necessidade do estabelecimento de garantias efetivas para tais direitos.

Nesse período há uma retomada da noção privatística de processo, porém com valores diferentes daqueles assumidos pelo Estado liberal burguês, já que noção de Justiça não poderia mais coadunar-se com uma igualdade apenas formal e com o estabelecimento de valores que conduziram a uma nova retomada da exploração econômica.

A despeito dos novos valores assumidos no pós-guerra e das conquistas obtidas até os dias atuais, a noção de contraditório, conforme já se afirmou em linhas anteriores, permanece restrita, para muitos, em uma atividade própria das partes, a quem se deve dar informação (publicidade dos atos processuais) e oportunidade (resposta possível dentro de um prazo razoável).

Com isso, percebe-se um movimento pendular na valoração da atividade das partes em contraditório. No autoritarismo há uma supervalorização da atividade

¹⁷⁶ TEIXEIRA, Welington Luzia. *A construção do provimento jurisdicional no Estado Democrático de Direito*. Dissertação (mestrado). Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 85.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p.85.

do julgador a quem caberia o papel de conduzir com mão de ferro o processo a fim de se atingir, pela aplicação fria da lei, a vontade suprema do Estado. Já na fase de superação do autoritarismo há um retorno à visão privatística do processo e, por conseguinte, do contraditório, o que induz o jurista à velha noção burguesa de igualdade formal e de elevação dos valores individuais.

3.3.1 A superação do dualismo

O advento do neoconstitucionalismo abrandou o movimento pendular entre o público e o privado existente na atividade jurisdicional. A própria distinção clássica entre um Direito Público e um privado já não pode mais ser reconhecida sob o ângulo abstrato, mas para muitos só é mantida por necessidades de ordem didática.

Como já se analisou os direitos fundamentais assumem dimensão horizontal e são perfeitamente aplicáveis em relações puramente privadas. Por outro lado, o Direito Privado assume dimensão social e comunitária e não pode mais ser conduzido sem uma adequação com os interesses de ordem pública. Vale ainda ressaltar que, quando se fala atualmente em interesses de ordem pública, não se pode mais confundir a expressão com os interesses puros do Estado, mas deve-se relevar em tal conteúdo os interesses coletivos.

Portanto, a ideia original de um pêndulo a oscilar entre o publicismo e o privatismo processual passa por uma superação, ao se reconhecer que o contraditório não é uma garantia pura das partes, mas uma garantia coletiva que induz a atividade não apenas das partes, mas também do juiz, bem como a atividade de todos que, de forma direta ou indireta, têm a incumbência social de influir na decisão a ser tomada pelo julgador.

Diz-se que com sua evolução o contraditório não pode mais ser visto como a mera garantia de dizer e contradizer. Porquanto não é uma garantia individual. Trata-se de uma garantia dialógica, que permite a construção de um provimento próximo da verdade e de acordo com Justiça. Esta natureza dialógica do contraditório permite que se diga que a atuação dos diversos sujeitos processuais deve em seu conjunto produzir o provimento, que não é ato puro do juiz, que não é simples resultado de atividade de autor e réu, mas que é ato conjunto das partes, do juiz, dos intervenientes, das testemunhas, dos peritos, e da sociedade como um todo.

3.3.2 Os envolvidos no contraditório.

Conforme já se analisou, o processo assume uma feição política e, além disso, se destina precipuamente a uma decisão imperativa emanada do Estado. Por tal motivo a decisão final necessita de algum elemento substancial que lhe confira um mínimo de legitimidade democrática, haja vista estar-se analisando o fenômeno processual como um instrumento da democracia.

Daí a importância das partes no contraditório, como bem acentuou Dinamarco:

A participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da ideia, plantada na ordem política, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados.¹⁷⁸

Essa participação, por seu turno, necessita, para sua mais perfeita concreção, de um mínimo de regulamentação vinculativa ao próprio Poder Judiciário, sob pena de ser relegada a um segundo plano. Assim, quando a Constituição sobreleva a garantia do contraditório está, sob certo aspecto, dando um mínimo de regulação à participação das partes no ato decisório a ser proferido após um *iter* procedimental. Tais atos só são justificados e necessários em razão da referida garantia, haja vista o fato de que, se não houvesse a necessidade de participação das partes ou de sua manifestação, a quase totalidade das decisões a serem emanadas do Judiciário prescindiria de qualquer atividade procedimental.

Em relação às partes, o contraditório é mais que uma garantia, representa também um dever, dever esse destinado também ao juiz. Há que se abrir um parêntese neste ponto para se atentar à noção de sujeitos processuais. Originariamente, pode-se dizer que as partes são, de um lado, aquele que manifesta uma pretensão em juízo e, de outro, aquele que resiste essa pretensão. Atuando próximo às partes está o juiz, órgão que representa o Estado e como tal assume uma posição de destinatário da pretensão e da resistência, portador do ônus da decisão. Tanto as partes como o juiz figuram como sujeitos principais do processo¹⁷⁹ e, por tal motivo, são aqueles a quem o contraditório, nessa nova

¹⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol I. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 214.

¹⁷⁹ BUENO, op. cit., p. 362.

perspectiva, é direcionado de modo precípuo. Há também os chamados sujeitos secundários do processo, que podem ser identificados como sendo todos aqueles que, de alguma forma, contribuem para que o processo atinja a sua meta, são exemplos de sujeitos secundários os auxiliares da Justiça, peritos, intérpretes, testemunhas¹⁸⁰.

Feita essa consideração em relação à noção de partes, há que se observar que garantias o contraditório confere e que deveres esse mesmo princípio impõe.

Já se pontuou em item anterior que o contraditório, ao assumir uma dimensão de colaboração ou cooperação entre as partes acaba por anexar deveres próprios às partes e ao juiz. Porém, não se pode desconsiderar deveres outros não diretamente decorrentes da colaboração, mas que igualmente podem contribuir para o perfazimento de outras facetas do contraditório.

Para Dinamarco, a garantia se destina a uma tríplice participação, ou seja, permite à parte “participar pedindo, participar alegando e participar provando”. O que na expressão antiga do Direito Norteamericano significa oferecer às partes “*his Day in court*”¹⁸¹, sendo que para o autor essa dinâmica resume todo o contraditório.

Em que pese o acerto das conclusões esboçadas a respeito da tríplice dimensão assumida pelo contraditório, tal conclusão adéqua-se propriamente a um processo de cunho liberal, com acentuados enfoques privatísticos. Avançando-se em suas dimensões o processo deve abarcar, além de sua clássica estrutura individualista, uma nova gama de situações de cunho publicístico e coletivo. Não é objeto desse trabalho indagar dos motivos sociais e econômicos que levaram o processo a essa necessidade de adequação, mas pode-se afirmar uma vez mais que o processo sofre de forma direta as influências sociais e econômicas do mundo atual, onde novos direitos e novas estruturas jurídicas atuam a ponto de tornar o arcabouço processual clássico incapaz de atender a esses avanços.

Nesse sentido, sob a perspectiva proposta no presente trabalho, não se pode desmerecer o princípio da cooperação e seu correspondente dever de colaboração entre os sujeitos processuais, incluindo-se as partes. Acrescenta-se, portanto, à tríplice participação o dever de participar dialogando, ou mesmo,

¹⁸⁰ BUENO, loc. cit.

¹⁸¹ DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 215.

participar cooperando.

Destarte, acentua-se, uma vez mais, que o contraditório representa a dimensão dialógica do processo, de forma que, além de pedir, alegar e provar, as partes devem dialogar e produzir de modo conjunto e alternativamente a convicção do juízo ou o próprio convencimento a respeito da verdade. Nesse sentido, pode-se afirmar ainda que as partes, mesmo sem o querer, colaboram entre si para o descobrimento da verdade e atuam em nome do próprio convencimento, embora tenham por objeto a formação do convencimento do julgador.

Nesta dimensão de contraditório, as partes não podem ter atuação estanque, ou seja, presa por amarras de ordem formal. Daí a importância da superação do padrão formal clássico e do estabelecimento de novas técnicas processuais propícias a uma nova dimensão de contraditório, conforme será visto no capítulo seguinte.

O papel do juiz no contraditório, considerando-se sua perspectiva clássica, estaria reservado a uma atividade de preservação desse princípio e de formação de um convencimento judicial absolutamente imparcial. Todavia, no novo contraditório, essa participação ganha um enfoque especial. Não se pretende que ao juiz seja dado plenos poderes investigatórios na produção da prova e na busca pela verdade, haja vista o fato de que o processo jamais deixou de ser uma expressão da atividade jurisdicional, que, por seu turno, tem na inércia uma característica que garante o cidadão contra o próprio arbítrio do Judiciário e a ingerência inquisitorial desse poder na vida dos particulares.

Socorrendo-se uma vez mais dos ensinamentos de Dinamarco, é possível afirmar que em relação ao juiz, o contraditório consiste em atos de direção, de prova e de diálogo. O que diferencia essa participação do contraditório clássico é a postura ativa assumida pelo julgador no decorrer da atividade probatória. A esse respeito observa o citado autor:

Tal é a perspectiva do *ativismo judicial*, que vem sendo objeto de ardorosos alvites nos congressos internacionais de direito processual, marcados pela tônica da efetividade do processo. Opõe-se aos postulados do *adversary system* prevalente no direito anglo-americano, onde o juiz participa muito menos (especialmente no tocante à colheita de prova) e desenvolve, como se diz, a *relatively*

*passive role.*¹⁸²

Importa ressaltar, porém, que essa dimensão de ativismo por parte do juiz não representa uma negativa ao cunho privatístico da atividade probatória, uma vez que às partes há de ser dada a liberdade de atuação e o juiz não tem o condão de interferir em tal atividade. O curso da atividade probatória é conduzido pelo juiz com a ajuda das partes, e não pode ser apenas dirigido pelo juiz. Com efeito, ao juiz não é dado conhecer a melhor forma de se provar os fatos, já que é a parte quem dispõe do conhecimento acerca dos meios de prova mais adequados, sabe quem pode ser testemunha, e tem conhecimento acerca da existência ou não de documentos. De outro lado, não se pode negar ao juiz a capacidade de, diante dos elementos dos autos concluir pela maior digressão em torno das provas.

Conclui-se, pois, que o novo contraditório assume uma dimensão de equilíbrio, já que o processo não pode prescindir de elementos publicísticos e por outro lado não abandona sua estrutura privatística. O que se percebe na verdade é que o processo estruturalmente assentado na figura das partes não pode, ao menos por hora, deixar de existir, contudo, essa existência merece ser revisitada com olhares menos privatísticos.

3.4 DIMENSÃO PROCEDIMENTAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ANTE AS NECESSIDADES ATUAIS DO PROCESSO.

Existem certas questões, algumas de ordem estrutural, outras de cunho procedimental, que tem gerado imensos esforços por parte da doutrina no sentido de se adequar o processo ao problema da Justiça. Para muitos o grande problema do processo está inserido na questão da efetividade, estes reconhecem, por sua vez que a efetividade está intimamente ligada à questão da celeridade e da eficiência do processo enquanto instrumental utilizado pelo Estado. Há os que se firmam na questão do acesso à Justiça e mesmo esses identificam a efetividade da Justiça como uma questão que está atrelada ao acesso. Existem, por seu turno, outros questionamentos, de cunho menos prático e mais teórico, mas não menos

¹⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 220.

importantes. Alguns desses questionamentos envolvem o antigo problema da verdade, objeto de discussão no processo e que deveria ser reconhecida como resultado de uma instrução probatória bem realizada (argumentação e consenso). Outros, enfim, envolvem o plano democrático do processo e a legitimação das decisões emanadas do Poder Judiciário.

Tais questionamentos também perduram em relação ao neoprocessualismo e, por conseguinte, o novo contraditório deve estar adequado à sua solução. O tema envolve uma série de discussões que extravasam o objetivo deste trabalho, porém, algumas questões merecem ser consideradas quando se discute o contraditório, dada a sua íntima relação com o princípio em tela.

3.4.1 A questão do acesso à Justiça

A questão do acesso à Justiça pode ser relacionada diretamente com o surgimento dos Estados Democráticos e do próprio Constitucionalismo. Por lógica, não se pode imaginar a necessidade de garantia de acesso à Justiça em um Estado no qual a própria noção de Justiça é deturpada ou onde os cidadãos não possuem qualquer direito em face do Estado. Com efeito, a própria Justiça e sua efetividade são vistas, atualmente, como direitos do cidadão em face do Estado.

Como observa a doutrina¹⁸³, a igualdade do Estado Liberal estava fundamentada num elemento puramente formal e abstrato, ou seja, a generalidade das leis. Em outras palavras, se a lei era a mesma para todos, então, todos eram iguais. Porém, essa concepção não se realizava na vida concreta das pessoas por uma pura ausência de base material para tanto, já que, na prática, do ponto de vista material, existiam diferenças gritantes entre a grande massa de operários e a burguesia reinante. O Estado Social de Direito surgiu em uma tentativa de se corrigir essa desigualdade substancial, mas tal reconhecimento não foi capaz de assegurar a participação democrática do povo no processo político e, por conseqüência, a própria Justiça Social estaria comprometida¹⁸⁴.

¹⁸³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 122.

¹⁸⁴ SILVA, loc. cit.

Nesse contexto, surge o Estado Democrático, também comprometido com o bem estar social, porém, contendo uma expressão participativa de todos os cidadãos. A participação não estaria restrita apenas à elaboração de leis ou à possibilidade de ascensão, mas também na possibilidade de todos acessarem as instâncias estatais e junto a elas pleitearem a realização da Justiça.

Logo, essa noção de participação é o cerne dos movimentos de acesso à Justiça e dessa mesma noção de participação decorre a relação estreita entre o acesso à Justiça e o contraditório. O contraditório assegura ao cidadão a possibilidade de, não apenas dirigir-se ao Estado exigindo uma solução para a sua lide, mas também o direito de influir nessa solução.

Consoante já se afirmou¹⁸⁵, a dimensão atual de acesso à Justiça está inserida dentre os elementos caracterizadores da invasão constitucional do processo, e representa uma sequência de propostas capazes de conduzir a um acesso à ordem jurídica justa em seu todo e não apenas ao Judiciário enquanto estrutura estatal.

A condição ideal para a formação de uma ordem jurídica justa, segundo os padrões adotados pelo constitucionalismo da atualidade, é o estabelecimento de um regime aberto no sentido de uma democracia participativa. Não se pode, pois, falar em outro padrão de Justiça que não aquele aceito pela comunidade em sua totalidade. No tocante à democracia, importante a observação de Almeida:

A democracia aqui não tem um sentido simplesmente formal, como no Estado Liberal, mas precisamente substancial e se pauta pela efetivação dos direitos fundamentais e pela preservação da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁶

É dentro do Estado Democrático de Direito, portanto, que se pode, ou mesmo se deve, falar em acesso à Justiça sob o ângulo coletivo e não individualista. Nessa dimensão o Estado ultrapassa um novo degrau em sua escala de comprometimento com a realidade social. Com efeito, no Estado Social, o comprometimento era material, envolvendo a concretização de direitos positivos da população em face do Executivo e do Legislativo. Já no estágio democrático, o

¹⁸⁵ Item 1.2.2.

¹⁸⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55.

Estado-Jurisdição assume um compromisso de transformação da realidade social e de possibilidade de acesso universal.

Os direitos sociais, há que se dizer, não foram olvidados, já que com o reconhecimento de direitos sociais dos indivíduos e da necessidade de direitos que impusessem ao Estado obrigações de fazer perante a sociedade a visão individualista foi deixada de lado e atentou-se à necessidade de tornar efetivos os direitos do cidadão, isto é, acessíveis a todos.

O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.¹⁸⁷

Os direitos sociais, apenas proclamados no Estado Social, só tiveram efetiva garantia no Estado Democrático de Direito, daí o grande passo dado no sentido da efetivação dos direitos fundamentais até então conquistados. Em suma, a discussão sobre o acesso à Justiça é um resultado positivo da estruturação do Estado Democrático de Direito, sendo que tal discussão envolve fatores filosóficos, políticos, jurídicos e sociais.

É dessa relação entre democracia e Justiça que nasce também a relação entre o contraditório em sua perspectiva aberta e o acesso à Justiça. Os valores democráticos impõem ao Estado uma série de condutas positivas no sentido de se proteger o homem em sua plenitude. Contudo, de nada adianta um elenco de direitos básicos se não se criar um aparato capaz de produzir efetividade.

A despeito de toda essa problemática elencada, no plano endoprocessual deve-se reconhecer a necessidade de um aparato eficaz sob o ângulo prático, idôneo a realizar a legitimação da decisão judicial. Como já se afirmou, o próprio formalismo, aliado a um novo padrão de contraditório, formam os baluartes dessa dimensão endoprocessual do acesso. A concreção dessa realidade não se resume numa necessidade de aparatos legislativos, mas depende principalmente de uma renovação na mentalidade e no próprio preparo de todos aqueles que trabalham com o processo e o operam nas diversas esferas e nos diversos ramos do Poder Judiciário.

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 12.

3.4.2 O problema da celeridade

Segundo já se afirmou no tocante à questão do acesso à Justiça, há contingências de cunho social, econômico e político capazes de gerar problemas relacionados à efetividade. O entulho legislativo decorrente de uma política de apaziguamento dos anseios sociais aliado a dificuldades de ordem econômica causam um grande anseio generalizado, levando a população a recorrer ao Judiciário como um último instrumento para a realização de direitos sociais. Por outro lado, a noção atual de consumo, de cunho amplamente materialista, faz com que a sociedade esteja vulnerável a uma série de violações que vão desde a esfera consumerista e comercial até à esfera trabalhista e penal. Muitos desses conflitos, principalmente aqueles ligados à efetividade de direitos e garantias constitucionais em face do Estado, poderiam e até deveriam ser solucionados em outras esferas do aparelho estatal. Toda essa realidade colabora para que a população tenha uma profunda descrença no Poder Judiciário, já que o excesso de demandas diante de um aparato material modesto poderia redundar apenas em uma crise referente à celeridade.

A questão em torno da celeridade, enquanto demonstrativo de eficiência do órgão jurisdicional, merece uma análise cuidadosa, porquanto existem valores, também de cunho constitucional, que podem ser violados na ânsia por uma tutela mais célere. Com efeito, a celeridade está na contra-mão da dilação probatória exauriente e, como afirma Oliveira, essa realidade cria “um caldo de cultura propício à quebra do contraditório, estimulando liminares conservativas ou antecipatórias, correndo-se o risco de que a tutela de urgência passe a ser a Justiça tout court”.¹⁸⁸

A realidade exposta cria uma dissonância entre a urgência e a necessidade de um contraditório mais consentâneo com os padrões constitucionais. Com efeito, como se pode pensar em um dever do juiz de prevenção em relação às partes, de fomento ao diálogo, de ampliação do debate e sua democratização, se esse mesmo juiz encontra-se premido por uma necessidade óbvia de tempo e eficiência?

Não se pode negar, isso é fato, a necessidade de um processo célere. Esse valor encontra-se, inclusive, inserido na Constituição Federal do Brasil desde 2004,

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 146.

a partir de quando passou a constar como cláusula pétrea a garantia de uma razoável duração do processo. Essa mesma garantia, reconhecida como estrutural e como componente de um processo justo¹⁸⁹, já se encontrava presente em algumas constituições, citando-se o exemplo do artigo 111, §2º da Constituição Italiana e antes dela o artigo 6º da Convenção Européia de 1950. E mesmo na jurisprudência italiana já havia o reconhecimento de que essa mesma garantia constitui um elemento essencial do Direito, sendo um poder a todos reconhecido de agir na tutela dos próprios direitos¹⁹⁰.

Neste sentido, considera-se que, tanto o contraditório, estando nele contidos os elementos de que se discorre no presente texto, quanto a celeridade, encontram-se inseridos na Constituição Federal, assumindo a qualidade de princípios, cuja aplicação é indispensável à própria administração da Justiça. Desta forma, conclui-se que em determinadas situações ocorre um verdadeiro choque entre princípios, devendo-se, no caso, aplicar a regra da ponderação. Essa é a resposta ao questionamento feito em parágrafo anterior, ou seja, a solução desse entrave está na ponderação ou, para usar a expressão de Oliveira, está no “princípio geral da adaptação”.

Na prática, o juiz, assumindo a qualidade de guardião dos princípios constitucionais, deverá buscar um equilíbrio, atingindo uma proporcionalidade entre o prejuízo processual causado pela inobservância do contraditório, em algumas situações, e o eventual prejuízo causado a uma das partes em face do possível atraso que essa mesma observância do contraditório possa causar.

Para melhor aclarar o assunto, cita-se o exemplo da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, na forma do artigo 273 do CPC. Nesse caso, o juiz deve ponderar os efeitos negativos dessa antecipação em relação à necessidade de um contraditório colaborativo, ou seja, deve questionar se, diante das especificidades do caso, seria viável uma renúncia inicial ao diálogo. Por outro lado, o juiz também deve considerar, além da possibilidade de solução conciliatória, o tamanho do prejuízo causado à parte contra a qual se defere a tutela, ressaltando-se que tal prejuízo não se resume a um mero desfalque econômico, porquanto

¹⁸⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 151. 2007. p. 82.

¹⁹⁰ *Ibid*. p. 83.

existem valores, os mais diversos possíveis, ligados à solução de uma demanda judicial.

Para melhor compreender o entrave entre celeridade e o novo contraditório, há que se buscar subsídios na teoria de Dworkin a respeito da diferenciação entre princípios e regras. Na década de 60, esse doutrinador redefiniu a orientação principiológica que distinguia princípios de regras, dando-se uma nova perspectiva à análise da norma. Os princípios teriam conteúdos abertos, podendo ser preenchidos por argumentações e valores; não possuiriam vigência, mas validade, podendo abarcar todas as searas de um ordenamento jurídico ou não ser aplicáveis em outras situações; não haveria qualquer gradação entre eles. Já as regras possuiriam natureza biunívoca, ou seja, valem ou não valem.

A ponderação por seu turno constitui um efeito exclusivo dos princípios, já que esses não se conflitam entre si. Quando se diz que os princípios não são axiológicos, não se está negando o aspecto valorativo, mas está-se, na verdade, afirmando que há uma diferença entre valor e princípio, assim como há uma diferença entre princípio e regra. Os valores dificilmente escapam da interpretação, como a Justiça ou a igualdade, já os princípios são centrados em uma base jurídica concreta. As regras são objetivas e, segundo tal objetividade, fazem um relato acerca da realidade querida pelo legislador. Por isso, as regras aplicam-se pela subsunção¹⁹¹.

Com relação aos princípios, é necessário afirmar ainda, com Humberto Ávila¹⁹², que estes são prospectivos, pois estabelecem diretrizes valorativas, que encadeiam as regras que, por sua vez, contêm um grau maior de decidibilidade. Já a regra tem um valor primário retrospectivo, uma vez que deve respeitar normas fundamentais. Em resumo, seguindo o pensamento de Dworkin, afirma-se que princípios seriam proposições diretoras, às quais todos os desenvolvimentos do direito devem estar subordinados. Os princípios derrubariam, portanto, as regras e teriam o condão de influir na aplicação do Direito como um todo, segundo o seu preenchimento axiológico¹⁹³.

¹⁹¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008 p. 95.

¹⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁹³ MOREIRA, op. cit. p. 96.

Tanto o contraditório, quanto a celeridade, são princípios e, nessa qualidade, possuem um preenchimento axiológico que não lhes é próprio, mas que atende aos anseios típicos da sociedade que os ostenta. Ora, sendo assim, os princípios em questão são como cápsulas que devem ser preenchidas segundo os valores sociais e possuem, portanto, uma flexibilidade nesse preenchimento. Não se fala, portanto, em inaplicabilidade do contraditório em detrimento da celeridade e muito menos em inaplicabilidade da duração razoável em detrimento do contraditório. Por serem princípios, os dois conteúdos coexistem, porém o nível de preenchimento valorativo oscila, de modo que, em dado caso concreto, os valores considerados no contraditório são maiores que os valores considerados na duração razoável.

Atualmente, como se defende no presente texto, o contraditório possui um conteúdo valorativo mais complexo do que aquele admitido pela doutrina e ensinado na maioria dos manuais. Existem valores como a participação democrática, a colaboração, a conciliação, o apaziguamento social, dentre outros, que merecem ser alocados no contraditório. Contudo, se o caso concreto exige a celeridade máxima, a ponto de não ser possível o respeito a todos esses valores contidos no contraditório, alguns podem ser desprezados, contudo, sempre um mínimo valorativo será considerado. Por outro lado, há casos em que a duração razoável sofre prejuízo, já que o direito pleiteado exige uma maximização valorativa em relação ao contraditório, contudo, esse mesmo prejuízo não pode em hipótese alguma redundar em renúncia total à duração razoável. Deve-se então dar a maior efetividade possível ao contraditório dentro de um período razoável, segundo as exigências de ambos os valores.

Por derradeiro, há que se dizer que os novos valores contidos no contraditório não são antagônicos a uma duração razoável do processo e, contrariamente, contribuem sobremaneira com a celeridade e efetividade do processo. Com efeito, segundo o que já se afirmou acerca do poder de convencimento social e de legitimação da sentença pelo formalismo e pelo contraditório, tem-se que esse princípio permite uma maior possibilidade de conciliação entre as partes e pode, se respeitado em todos os seus valores, diminuir o número de recursos ante o convencimento das partes. Por sua vez, quando se fala em novo contraditório, diz-se também a respeito da flexibilidade procedimental, da fungibilidade dos meios, já que essas possibilidades estão, também, inseridas

em uma nova visão acerca do processo e permitem um maior aproveitamento dos atos e sua adequação a especificidades do caso concreto.

3.4.3 A cognição e o contraditório

Antes de se adentrar no tema faz-se necessária alguma reflexão em torno da verdade e seu conceito para o Direito. Não é o objetivo do presente texto um aprofundamento em questões de ordem filosófica, porém, o contraditório possui uma estreita relação com a noção processual de verdade, já que presume-se justa uma decisão conforme aquilo que, de fato, ocorreu ou ocorre no plano fático das partes. E a verdade processual é tributária dos conceitos filosóficos.

Existem diferentes concepções filosóficas sobre a natureza da verdade, porém tais concepções podem ser resumidas em três ideias centrais e predominantes. Três expressões identificam três modos pelos quais os gregos tentaram identificar a verdade: *aletheia*; *veritas* e *emunah*. No sentido da *aletheia* a verdade estaria nas próprias coisas e seria conforme a evidência. Para a teoria da evidência e da correspondência o critério de verdade é a adequação do nosso intelecto à coisa ou da coisa ao nosso intelecto¹⁹⁴.

Para o critério da *veritas* a verdade depende do rigor na criação e no uso de regras de linguagem. A noção de verdade seria fruto da coerência interna ou da coerência lógica das ideias e da concatenação de ideias que forma o raciocínio. O que marca esse tipo de verdade é a lógica dos argumentos e a coerência ou respeito às leis dos enunciados corretos¹⁹⁵. Grosso modo seria, assim, a verdade lógica, racional, que não se origina na simples percepção.

Por fim, no sentido da *emunah* a verdade depende de um acordo ou de um pacto de confiança entre os pesquisadores. Assim, a verdade seria fruto do consenso.¹⁹⁶

Diferente das anteriores há uma quarta noção de verdade, a pragmática, que julga o verdadeiro como sendo o útil. Ou seja, verdadeiro é aquilo que tem resultados práticos verificáveis.¹⁹⁷

¹⁹⁴ CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 6ª ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 100.

¹⁹⁵ Loc cit.

¹⁹⁶ Loc cit.

¹⁹⁷ Loc. cit.

A atividade de distribuição da Justiça realizada pelo Estado por meio de seus órgãos específicos, os juízes, não pode prescindir da busca pela verdade. O resultado da lide depende em maior ou menor medida da maneira como os fatos subjacentes ocorreram na realidade. A cognição é a medida do comprometimento exigido no processo para essa busca pela verdade.

Todavia, questiona-se que tipo de verdade busca a cognição processual?

Para a teoria egológica¹⁹⁸ a verdade processual possui uma substância axiológica verificável na influência dos valores sociais na decisão jurisdicional. Isso conduziria a uma relatividade da verdade jurídica, o que seria problemático quando se trata de uma questão de Justiça.

Transportando essa concepção processual para as teorias filosóficas expostas, pode-se de antemão eliminar a primeira e a última teoria. Para a *aletheia* a verdade é fruto da correspondência entre a coisa e o pensamento. Essa apreensão exige imediatidade, o que não é possível, já que o processo trata basicamente de fatos pretéritos e permite um resultado que não se identifica materialmente com os fatos, mas apenas os reproduz de forma argumentativa. Já no tocante à última teoria, tem-se que a verdade processual não é pragmática, pois independe de seus resultados para que possa ser verificada, não sendo, pois, fruto da experimentação. Então, a verdade processual depende da coerência ou do consenso. A coerência é própria da *veritas*, para a qual “a marca do verdadeiro é a validade lógica de seus argumentos”¹⁹⁹. Já o consenso, é próprio da *emunah*, e depende não apenas da razão, mas também da linguagem, da discussão e da avaliação pelos membros do debate.

Em suma, para o processo não são as ideias ou os resultados que são considerados verdadeiros ou falsos, mas os enunciados e os argumentos. A coerência (*veritas*) dá origem à sentença; o consenso (*emunah*) origina a transação, o acordo ou a concordância em relação a fatos pontuais.

É comum, no dizer dos manuais, a distinção entre verdade real e verdade formal. Diz-se também que o processo penal tem por característica a busca pela verdade real ao passo que o processo civil prima apenas pela verdade formal. Ora,

¹⁹⁸ BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 373.

¹⁹⁹ CHAUI, Marilena. *Op. cit.* p. 100.

tal distinção nada mais é que a relevância publicística e privatística de cada um desses ramos. Enquanto o processo penal tem um caráter mais publicístico, permitindo que o juiz tenha uma maior participação na formação do material probatório, o processo civil possui uma maior carga privatística, fazendo com que o juiz tenha de se contentar com os elementos probatórios trazidos pelas partes. Haveria uma possível gradação em relação ao número e a qualidade dos argumentos e teses debatidas.

Contudo, conforme observa a doutrina²⁰⁰, o estágio atual da processualística não permite mais tal distinção, de modo que, tanto o processo civil, quanto o processo penal devem voltar-se para uma verdade que corresponda, segundo as possibilidades do caso, àquilo que de fato ocorreu ou que ainda está por ocorrer no mundo fático.

Questiona-se no tocante à cognição o grau de comprometimento com a busca dos fatos dentro de uma demanda em relação ao seu objeto e às especificidades do caso concreto. Para Watanabe, o tema corresponde a uma técnica de adequação do processo à natureza do direito ou ainda uma adequação do processo às peculiaridades da pretensão a ser tutelada²⁰¹. Tais adaptações incidem de modo direto na forma com que se busca a verdade e, por conseguinte, incide também no contraditório.

A importância da cognição resulta da própria atividade do juiz, já que ele não está autorizado a exercer o seu mister de prestação jurisdicional sem um mínimo de conhecimento acerca das razões das partes. Por outro lado, ao se questionar acerca das razões das partes, o juiz o faz segundo uma gradação que, como já se afirmou, segue as especificidades do caso concreto ou do direito a ser tutelado. Assim, esse reconhecimento das razões e dos fatos relativos à lide pode dar-se em profundidade ou superficialmente; provisória ou definitivamente; totalmente ou parcialmente²⁰².

Independentemente da forma como deve ocorrer a cognição, segundo as hipóteses esboçadas, sempre há que se partir da premissa principiológica e, portanto, há que se respeitar o contraditório, também segundo os diversos graus.

²⁰⁰ BUENO, op. cit. p. 58.

²⁰¹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 36

²⁰² *Ibid.*, p. 47.

Quando se fala em grau de cognição Watanabe distingue dois planos de cognição: o horizontal, referente à quantidade de matérias a ser abrangidas pelo processo ou a extensão com que tais matérias serão enfrentadas pelo magistrado; e o vertical, que se refere à profundidade da reflexão feita pelo magistrado sobre as questões que se colocam no processo, ou melhor dizendo, diz respeito à qualidade ou forma com a qual o magistrado se debruça sobre as questões do processo.²⁰³

No plano horizontal a cognição seria parcial ou plena, conforme o número de matérias a serem levadas à apreciação pelo magistrado. Já no tocante à intensidade com que as matérias deverão ser apreciadas a cognição se classificaria em: *superficial, sumária e exauriente*.²⁰⁴ Neste caso, a diferenciação entre o tipo de cognição está no fato de que, em algumas situações, prevalece o princípio da celeridade sobre o próprio contraditório e as exigências de efetividade no plano temporal superam a própria necessidade de uma dilação probatória mais profunda. Assim, o julgador estará autorizado a decidir sem que se realize uma cognição mais próxima da perfeição, ou seja, considerando-se apenas indícios ou presunções.

Bueno relaciona diretamente os graus de cognição no plano vertical com a necessidade de tempo. Afirma textualmente:

Como fazer mais ou menos pesquisa em torno da descoberta da verdade leva “*tempo*”, a autorização para que o juiz decida sem maiores pesquisas ou provas definitivas é forma de abreviar o tempo para a decisão do juiz.²⁰⁵

Atenta-se que essa divisão entre os graus de cognição é um tanto quanto moderna aos parâmetros processuais. Com efeito, no processo clássico, a decisão final do juízo só seria possível após uma dilação probatória capaz de espantar qualquer sombra de dúvida sobre a mente do julgador, que só estaria, de fato, autorizado a decidir após uma cognição que exaurisse todas as possibilidades investigatórias, nos limites do processo.

Contudo, a história recente tem demonstrado que a maturidade democrática de muitas nações trouxe consigo uma profusão de demandas. Com efeito, o processo, nestes casos, serve como uma espécie de termômetro pelo qual se mede o grau de aprimoramento das funções estatais. No antigo regime aristocrático, o

²⁰³ WATANABE, *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 111/112.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 121.

²⁰⁵ BUENO, *op. cit.* p. 62.

autoritarismo dos detentores do governo fazia com que as normas procedimentais fossem incapazes de produzir qualquer resultado. Era a vontade do Estado que resumia a noção de Justiça. Nesse sentido, reconhece-se que a grande conquista do Estado Democrático é a de oferecer a todos uma Justiça confiável, independente, imparcial. Nesse mesmo Estado Democrático, as pessoas têm consciência de seus direitos referentes à tutela jurisdicional e passam, portanto, a dirigir-se ao Judiciário e dele exigir prestações.

Diante de tal realidade, cria-se uma situação de conflito entre princípios. De um lado a necessidade de se decidir num prazo razoável, o que se torna cada vez mais difícil ante a profusão de casos postos sob a tutela do Estado e a deficiência do próprio aparato estatal. De outro, a necessidade de se produzir uma decisão justa, próxima da verdade, respeitando-se os deveres impostos pelo próprio contraditório.

Por isso, os sistemas têm admitido, de forma expressa, que o juiz confira à sua decisão os efeitos concretos antes mesmo do exaurimento da atividade cognoscitiva. Cria-se a cognição sumária, comum no processo cautelar, e na antecipação dos efeitos da tutela, “tutelas de urgência” em geral²⁰⁶. Trata-se, pois, como bem atesta Bueno, de uma legítima autorização dada pelo legislador ao juiz, sob bases constitucionais, para que a decisão ocorra num prazo dentro do limite do razoável, que, nesses casos, não permite uma disponibilidade de tempo capaz de fazer com que o julgador reflita de modo exaustivo sobre os pontos da questão que lhe é submetida²⁰⁷. Perde-se em certeza, mas ganha-se em efetividade.

Há que se observar ainda que essas concessões têm, em sua maioria, uma característica de provisoriedade, não constituindo, no sentido exato, uma renúncia ao contraditório.

A premência que justifica a sumariedade na cognição não se coaduna com um contraditório pautado no diálogo, na participação democrática e na cooperação. Essas características demandariam uma cognição exauriente, cujo fim é a melhor decisão possível. Há casos em que a celeridade enquanto valor perde lugar para a necessidade de um pleno convencimento, beirando-se a uma condição certeza lógica. E tal condição de certeza ou a sua proximidade não pode, nesses casos,

²⁰⁶ BUENO, op. cit., p. 62.

²⁰⁷ Loc. cit.

sofrer qualquer restrição. Para esses casos, o novo contraditório deve realizar-se em sua plenitude, ou seja, deve utilizar-se de todas as possibilidades e técnicas de incremento possíveis a fim de que a decisão seja legítima. Tal contraditório só pode levar a dois resultados em relação à verdade, quais sejam: a coerência ou o consenso²⁰⁸. Bueno, interpretando o texto de Watanabe diz que a cognição exauriente deve ser entendida como aquela na qual o juiz poderá valer-se de todo o tempo que reputar necessário para a formação de seu próprio convencimento²⁰⁹. Deve-se acrescentar que, no novo contraditório, uma cognição exauriente há de ser capaz de dar às partes a oportunidade de colaboração e à sociedade a oportunidade de participação segundo os interesses envolvidos.

Por outro lado, a própria cognição sumária ou superficial não pode prescindir do contraditório em todas as suas manifestações. Não se afirma, pois, a necessidade de renúncia ao contraditório em prol da urgência e da celeridade que determinados casos exigem. Afirma-se, sim, que, em tais situações, deve-se admitir certo grau de concessões e, quando estas não forem possíveis, a possibilidade de postergar-se o contraditório.

Conforme já se afirmou alhures, um princípio não pode ser extirpado do ordenamento em prol de outro, mas ambos têm de coexistir harmonicamente. Portanto, o intérprete deve buscar integrar nas tutelas de urgência e na própria cognição sumária ou superficial os elementos mínimos de colaboração, participação democrática e de dialeticidade que o caso exige. Isso pode ser expresso na exigüidade do tempo para manifestações, na diminuição dessas oportunidades de manifestação, ou mesmo na postergação da possibilidade de manifestação.

Logo, é o caso concreto que vai desenhar o modo como se conduzirá o contraditório, segundo a adequação dos princípios envolvidos. Cita-se, nesse passo, o exemplo dos processos coletivos que, muitas vezes, aliam em uma mesma situação um interesse público flagrante e um risco de inefetividade decorrente de uma possível demora na decisão. O interesse público exige uma dialeticidade mais apurada e própria de um contraditório amplo, por outro lado o risco da inefetividade torna fundamental uma medida de urgência, que, por sua vez, deverá ser tomada segundo os elementos básicos já constantes dos autos.

²⁰⁸ CHAUÍ, Marilena. Op. cit., p. 100.

²⁰⁹ BUENO, op. cit., p. 63.

Em linhas gerais são essas as principais características enumeradas para o contraditório na atualidade, demonstrando a existência de uma nova perspectiva que pode, de fato, ser também identificada como um novo contraditório. A seguir, cabe uma descrição de algumas técnicas, muitas delas já adotadas, que, além de demonstrarem a existência fática desse novo contraditório, demonstram que o processo necessita de maleabilidade a fim de adequar-se às exigências de um novo tempo no qual prevalecem os valores humanos e não a forma.

4 PROPOSTAS PARA UM NOVO CONTRADITÓRIO

Partindo-se das premissas próprias do neoconstitucionalismo pontua-se a necessidade de um formalismo equilibrado. Com efeito, não se nega o formalismo, mas, pelo contrário, reconhecendo-se sua essencialidade para o processo, propõe-se a ruptura com o formalismo excessivo e o estabelecimento de um patamar de equilíbrio para a aplicação da forma. O formalismo, contudo, não pode ser analisado de forma isolada no meio processual, já que ele se constitui num elemento de realização do contraditório e de garantia de respeito a esse princípio.

Chega-se, assim, à análise do contraditório feita no capítulo precedente, propondo-se uma revisitação dos postulados precípuos desse princípio, tão caro à processualística moderna e tão importante à concretização do Estado Democrático. Esse contraditório não se resume a uma mera dualidade de percepções e de exigências para o processo, já que não basta a informação e a oportunidade de resposta, mas é necessária uma postura de colaboração, de dialogicidade, de abertura à participação.

A essa análise do novo contraditório há que se acrescer uma série de propostas concretas que demonstrem sua viabilidade enquanto instrumento de realização da Justiça.

Nesse sentido, o presente capítulo reúne uma série de propostas que podem, perfeitamente, ser caracterizadas como manifestações do novo contraditório. Acentua-se que não se trata de propor novas técnicas, já que todas as teses aqui expostas são encontráveis na doutrina, mas de reunir algumas manifestações que merecem ser ponderadas como sendo vertentes práticas de um novo contraditório.

Por uma questão meramente didática, as propostas apresentadas são divididas sob o ponto de vista dos sujeitos processuais, fazendo-se referência a algumas propostas direcionadas ao juiz, outras relacionadas às partes e à ampliação da noção de partes e, por fim, algumas propostas objetivas relacionadas ao procedimento e aos atos processuais.

4.1 A AMPLIAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ EM CONTRAPONTO COM O DEVER ARGUMENTATIVO.

4.1.1 Postura do juiz na concepção privatística

A Jurisdição, em sua acepção clássica, revela uma posição privatista em relação ao processo, de modo que esse instrumento para sua consecução, como já se analisou, tem contornos individualistas, que abominam qualquer esboço de interferência estatal nas relações privadas. Esta postura faz com que o próprio contraditório caminhe sem qualquer interferência do juiz. Contrariamente, esse tipo de interferência é, na maioria dos casos, visto como uma forma de desequilíbrio, já que a postura ativa do juiz, independentemente de sua tendência pessoal, acaba por privilegiar uma das partes em detrimento da outra.

Assim, na visão privatística da doutrina clássica, a preocupação com a igualdade entre as partes, com a imparcialidade do juiz e com o respeito irrestrito às regras sobre os ônus probatórios limita a iniciativa do juiz, reduzindo-o a um espectador da atividade probatória e do contraditório²¹⁰. O juiz atua no contraditório apenas com o intuito de preservação das posições igualitárias das partes, garantindo o conhecimento a respeito dos atos praticados e garantindo que haja uma possibilidade de resposta em tempo razoável.

A tradição doutrinária construiu um fosso entre os sistemas inquisitivo e dispositivo de atuação judicial. Por meio de tal dicotomia todos os sistemas processuais foram classificados como inquisitivos ou dispositivos. Os sistemas inquisitivos, nessa tendência, sempre foram relacionados a um padrão primitivo de Jurisdição, na qual o Estado assumia uma posição absoluta e arbitrária, interferindo indevidamente na vida de seus cidadãos. Assim, pensa-se em um sistema maléfico no qual o Estado interfere de forma violadora na conduta e na vida das pessoas e um outro sistema que traz consigo os ares da Justiça e tornam a Jurisdição uma atividade segura. Contudo, é importante que se diga de início que não existem

²¹⁰ BRAGA, Sidney Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 90.

sistemas processuais puros²¹¹ e que a criação dessa dicotomia se deveu muito mais a aspectos de cunho ideológicos que científicos.

Com base em tal dicotomia, a doutrina costumou fazer uma leitura do Código de Processo Civil brasileiro aceitando apenas a sua visão privatística. De fato, o Código de 1973 teve inspiração no chamado princípio dispositivo, conforme aponta sua exposição de motivos, sendo que o juiz não poderia julgar além dos elementos pedidos na exordial, e, de igual modo, não poderia considerar elementos de prova não existentes nos autos, tendo de contentar-se com aquilo que fora produzido pelas partes no correr da instrução.

Deve-se pontuar que a aceitação do princípio dispositivo representa uma garantia de cunho constitucional, evitando-se o arbítrio estatal e o avanço da atividade jurisdicional de forma desregrada na vida dos cidadãos e da sociedade. Com efeito, todas as reformas e todos os avanços assumidos pela ciência processual nos últimos anos estão adstritos à aceitação da importância do processo de partes e do cunho privatístico desse modelo processual. Contudo, houve uma alteração profunda na conflituosidade, e justamente essa alteração na dinâmica dos conflitos sociais tornou necessária a aceitação da afirmação de que o contraditório, enquanto princípio, já não é o mesmo. Essa transformação é devida a toda aquela dinâmica observada nos capítulos introdutórios quanto ao avanço do conceito de Jurisdição.

A atuação jurisdicional do Estado não se restringe à solução de conflitos individuais e, mesmo os conflitos individuais surgidos, representam alguma interferência importante nas relações sociais em seu todo. Fala-se então em processo coletivo e em coletivização dos próprios conflitos individuais. Essa nova dimensão não mais se coaduna com um sistema estritamente dispositivo, já que o interesse público inserto nas relações interindividuais sobreleva a importância da atividade judicial.

É importante também mencionar, nesse subtópico, que o abrandamento na dimensão privatística do processo e a aceitação de uma maior atividade do juiz não significa um rompimento com o padrão clássico de atividade do julgador. O fato é que, mesmo no contraditório clássico, a doutrina, por força do artigo 130 do CPC

²¹¹ CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei n. 11.690/2008. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 167, ano 34, jan 2009. p. 26.

passou a abrandar o rigor do princípio dispositivo.

Num primeiro momento, o citado artigo era tido como uma forma de exceção dentro do princípio dispositivo a ser empregada quando havia um flagrante interesse público em jogo. Amaral Santos era enfático ao afirmar que a iniciativa probatória do juiz no processo é meramente supletiva ou complementar em relação à atividade das partes, o que somente seria possível em havendo dúvidas por parte do julgador quando do encerramento da atividade instrutória²¹².

O que tem ocorrido, todavia, mesmo dentro da corrente privatística, é uma revisitação do princípio dispositivo, o que se percebe em estudos modernos, que, de forma conjugada, tentam analisar os artigos 130 e 333, ambos do CPC. Nesse sentido Braga sustenta que a análise conjunta dos dispositivos em questão revela a existência de uma certa compatibilidade entre eles. Para o autor, às partes incumbe o ônus da prova, contudo o juiz não está impedido de determinar as provas necessárias à instrução do processo²¹³.

Sustentando um posicionamento contrário e servindo como um exemplo de posição privatística extrema, João Baptista Lopes afirma, de forma enfática, que o artigo 130 do CPC representa uma possibilidade excepcional²¹⁴.

4.1.2 Postura do juiz na concepção publicística

Segundo a concepção publicística do processo, o princípio dispositivo merece uma análise mais branda, não sofrendo qualquer afronta em face da iniciativa probatória do juiz. Assim, a postura ativa do julgador não implicaria em quebra do dever de imparcialidade, mas seria uma necessidade própria da busca da verdade enquanto finalidade última do processo justo. Conforme acentua Bedaque, a análise dos institutos fundamentais do Direito Processual sob um ângulo publicista favorece a conclusão de que o juiz deve ter uma posição ativa na instrução do processo²¹⁵.

²¹² AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, P. 323.

²¹³ BRAGA, Sidney Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 92.

²¹⁴ Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 35, p. 35-36.

²¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 158.

Para tal corrente o princípio dispositivo deve estar limitado ao campo do Direito Material, representando a possibilidade dada pelo ordenamento jurídico às partes de realizarem atos processuais dispondo de seus direitos subjetivos.

Assim, a interpretação dada ao artigo 130 do Código de Processo Civil não sofre restrição alguma, de modo que o juiz teria a total liberdade para determinar a produção de provas, sem importar, inclusive, o momento processual para este ato, desde que isso fosse necessário à realização da Justiça quando da prolação da sentença.

Importa ressaltar a posição defendida por Nery, que, ao comentar o citado dispositivo do CPC considera o fato de que a atividade do juiz é ampla no sentido da determinação da realização de atos probatórios. Segundo o autor, o mesmo Código, no artigo 333 impõe uma limitação ao juiz que, ao desempenhar o seu ato de julgar terá de respeitar a distribuição legal dos ônus probatórios²¹⁶.

Seguindo também a tendência publicista e fazendo, inclusive, alusão ao trabalho de Bedaque, Braga observa a existência de limitações a essa postura ativa do julgador. Para o autor o juiz está adstrito ao objeto do processo, delimitado pelas partes na inicial, o que representa a premissa básica do princípio inquisitivo. Deve também respeitar e resguardar o respeito pelas partes ao princípio do contraditório. Há que fundamentar sua decisão que, por ventura, determine a produção de provas não produzidas espontaneamente pelas partes. E por fim, entende o autor que o juiz deve admitir que a verdade é algo relativo e que diante desta realidade imponderável deve buscar a realização de outros princípios como o da celeridade e da viabilidade econômica do processo²¹⁷.

Esse posicionamento, na verdade, supera o publicismo estrito, e admite temperamentos que são importantes para que não haja um total rompimento com a estrutura processual de partes, que, deve se admitir, confere toda a segurança ao sistema. Nesse sentido, o publicismo representa um avanço desde que admita a existência de exceções à ampla atividade do julgador e que tais exceções sejam necessárias a um mínimo de segurança jurídica.

Portanto, tendo por norte a realização da Justiça, não deve o juiz contentar-

²¹⁶ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 479.

²¹⁷ BRAGA, op. cit., p.100-101.

se com uma posição extremamente passiva dentro da relação jurídica processual. Contudo, por outro lado, também não pode violar os deveres de imparcialidade, de respeito ao contraditório e à segurança jurídica.

4.1.3 Neoprivatismo e neopublicismo: a postura do juiz no novo contraditório.

Conforme já se afirmou, não existe um sistema processual puro. Essa dimensão de pureza imaginária que teria criado um fosso entre os princípios dispositivo e inquisitivo é hoje relegada a um comparativo entre uma gama de características que aproximam ou afastam um sistema de um dos dois princípios expostos. Os avanços produzidos por uma série de reformas processuais havidas no cenário nacional, bem como o atual estágio dos estudos em torno da Constituição e da sua influência benéfica em todos os ramos do ordenamento jurídico faz com que se pense uma nova perspectiva na atuação do julgador, própria, também, de um novo contraditório. Nessa perspectiva a tenuidade da divisão entre o privatismo e o publicismo é ainda maior no sentido de que não se pode mais dizer que um dado sistema segue o princípio inquisitivo ou dispositivo. Nesse sentido precisa a colocação da doutrina:

Posições extremas, dispostas a privilegiar seja o lado privatístico seja o lado publicístico do processo, não encontrariam hoje solo fértil para frutificar e seriam de pronto repudiadas, em face das condições culturais, econômicas e sociais do mundo atual.²¹⁸

De igual modo, as correntes doutrinárias também não seguem um padrão de pureza em seus ensinamentos ou posições. Como visto, os privatistas, no Brasil, tem de conviver com a possibilidade elencada pelo artigo 130 do CPC, de modo que em muitos aspectos acabam por fazer concessões de ordem publicista, mormente em se tratando de direitos indisponíveis ou de natureza difusa. De fato, o crescimento do caráter publicista do processo deve muito ao avanço das tutelas coletivas e da própria coletivização dos conflitos, que significa um rompimento com a estrutura liberal-individualista. Por seu turno, aqueles que admitem uma postura mais ativa do juiz, também admitem temperamentos, conforme já se observou no

²¹⁸ OLIVEIRA, op. cit. p. 189.

pensamento de Braga, acima exposto.

Em posição intermediária e, por conseguinte, mais consentânea com o padrão constitucional do processo, Cambi fala em neoprivatismo e neopublicismo²¹⁹. O próprio autor atenta para o perigo de seu neologismo, já que nada há de absolutamente novo nessa tendência, porém admite uma nova postura tanto das partes em relação ao processo quanto do juiz em relação às partes.

O neoprivatismo propõe uma nova relação entre as partes e o órgão judicial. Assim, pela teoria da argumentação jurídica fala-se em um conjunto de novas técnicas capazes de munir as partes de poderes eficientes para convencer o juiz de que têm razão. Em contrapartida, o neopublicismo representa a nova postura que deve ser assumida pelo juiz na condução do processo, por meio da valoração de todas as provas que foram efetivamente produzidas pelas partes. Assim, no dizer do autor citado, ambos os fenômenos são complementares na medida em que devem caminhar juntos a fim de que a prestação jurisdicional seja, de fato, otimizada, não apenas do ponto de vista técnico e da celeridade, mas, sobretudo, sob o ângulo da realização da Justiça.

Nessa perspectiva, a postura do juiz, em um contraditório pautado em valores constitucionais, não pode mais ser a de um mero expectador. O juiz assume a condição de parte atuante na medida em que carrega consigo duas espécies de deveres processuais: **o do incentivo à dialogicidade** e **o da argumentação total**.

Quando se fala em deveres para o juiz, não se está utilizando a expressão na mesma acepção tecnicamente utilizada em relação às partes. Com efeito, as partes possuem deveres processuais em um sentido lato, sendo que tais deveres podem ser divididos em deveres em sentido estrito, como é o caso do dever de lealdade processual, e em ônus processuais. A noção de ônus processual, atribuída exclusivamente às partes, refere-se à possibilidade de atuação ou de inação processual e respectivo resultado favorável ou desfavorável segundo o interesse da parte. Socorrendo-se da clássica lição de Pontes de Miranda tem-se que “a diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda

²¹⁹ CAMBI, Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei n. 11.690/2008. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 167, ano 34. jan. 2009. p. 49.

que seja a sociedade (...) ao passo que o ônus é em relação a si mesmo"²²⁰. Assim, no dever há uma relação entre dois sujeitos, sendo que um deles é devedor; ao passo que no ônus, não há um segundo sujeito, sendo que não há dever, mas apenas resultado positivo ou negativo, conforme a atitude daquele que possui o referido ônus.

Assim, quando se atribui ao juiz algum ônus, está-se, em verdade, fazendo referência a um dever e não a uma possibilidade, já que o juiz não aguarda resultados do processo, mas garante que esses, de fato, sejam justos. Assim, dentre os muitos deveres do julgador classicamente considerados há que se observar o surgimento de novos deveres a fim de se adequar o processo a uma dimensão neopublicista.

Quanto ao incentivo à dialogicidade, o processo, no dizer da lei, surge por provocação do cidadão, mas caminha pelo impulso do Estado-juiz. Nessa atuação de condução da marcha procedimental, o juiz não pode assumir o papel de um simples guardião do formalismo, mas deve moldar esse formalismo a fim de que as partes possam, por meio dele, dialogar dentro do procedimento. Ou seja, o juiz deve sempre dar oportunidade de conhecimento e manifestação às partes. Esse dever se confunde com o respeito ao contraditório, contudo, o dever de dialogicidade é um substrato para a realização do contraditório, já que não se resume em dar conhecimento dos atos e oportunidade de manifestação às partes. Vai além, por importar no dever de provocação, sendo que o juiz deve também chamar as partes ao debate, manifestando-se junto delas a respeito dos argumentos já existentes nos autos.

Surge aqui uma questão que merece ser mencionada. Ao conclamar as partes ao debate o juiz poderia, desde já, manifestar sua tendência ou o argumento que mais lhe parece razoável?

A questão do pré-julgamento sempre foi rechaçada por supostamente ferir a imparcialidade e não ser consentânea com o contraditório. O fato é que tal conduta poderia induzir uma das partes à transação, ou mesmo à desistência, sem contar com outros prejuízos possíveis em relação a terceiros economicamente interessados no resultado da demanda.

²²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 4, p. 217.

O fato é que, muito embora os argumentos contrários sejam contundentes, sobretudo do ponto de vista prático, não se pode desmerecer tal possibilidade. Não existe, igualmente, qualquer empecilho do ponto de vista constitucional a que o julgador manifeste a sua tendência argumentativa. Primeiro, porque isso daria às partes a possibilidade de tentar dissuadir o juiz de sua primeira impressão acerca da demanda, de modo que o debate ganharia em qualidade e, de fato, o processo conduziria a um diálogo aberto. Segundo, porque a marcha processual também não pode conviver com a surpresa, que fere a segurança das relações, inclusive daquelas adjacentes à relação principal, deste modo, também ao estabelecer como o processo seguirá seu rumo, o juiz não poderia surpreender as partes com disposições não estabelecidas ordinariamente, sem que antes manifestasse sua intenção. Quanto à imparcialidade, a manifestação prévia e a abertura ao debate não fere o princípio da igualdade que lhe é subjacente, já que não se está favorecendo uma das partes, mas, contrariamente, dá-se oportunidades iguais, tanto para reforçar a intenção do julgador, quanto para dissuadi-lo de seu desiderato.

Já o segundo ônus atribuído ao juiz pela nova perspectiva do contraditório merece digressão em item apartado, pois não se trata apenas de uma nova técnica de concreção do princípio do contraditório, mas trata-se de uma velha exigência do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

4.1.4 A legitimação da sentença pelo contraditório – a questão do dever argumentativo.

É importante lembrar que a doutrina sempre considerou a importância da fundamentação, como elemento legitimador da sentença, sob o ângulo democrático. Nesse sentido, diz-se, por exemplo, que:

A fundamentação das decisões judiciais é ponto central em que se apóia o Estado Constitucional, constituindo elemento inarredável de nosso processo justo. Na fundamentação o juiz deve analisar o problema jurídico posto pelas partes para sua apreciação.²²¹

O dever da argumentação total está inserido no dever de fundamentação

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 421.

dos atos processuais, imposto constitucionalmente ao juiz, sendo que o artigo 165 do CPC aponta no sentido de que todas as decisões necessitam de fundamentação, ainda que concisa. Porém, a argumentação total não se confunde com a fundamentação pura e simples, já que esta é imposta a todos os atos processuais emanados do juiz e, diga-se, é um requisito próprio de todos os atos emanados do Estado, não importando qual a dimensão do Poder.

Indo além do dever de fundamentação, a argumentação total, insere-se nos requisitos das sentenças e dos acórdãos, especificamente no inciso II do artigo 458 do CPC, que trata dos três requisitos: relatório, fundamentação e dispositivo. Assim, a fundamentação pressupõe o dever de argumentação total.

Muito embora sejam próximos os termos fundamentação e argumentação, pode-se pensar em uma distinção sutil, capaz de confundir a mera fundamentação dos atos estatais com a específica fundamentação das sentença e dos acórdãos que devem conter a argumentação total.

Segundo o dicionário, fundamentação vem de fundamentar, que dentre as diversas acepções pode significar “*apoiar-se em fundamentos; fundar(-se); documentar(-se); justificar(-se)*”.²²² Nesse sentido, a fundamentação dos atos emanados do Estado significa primeiramente o respeito ao dever de publicidade e transparência, já que todo ato deve estar fundado, documentado, justificado, a fim de que haja sua legitimação. Contudo, o verbo *fundamentar* não traz a noção de convencimento e, de fato, não é essa a determinação constitucional quanto à fundamentação de todos os atos emanados do Estado, já que o Estado agindo nessa condição, não precisa convencer a coletividade, mas apenas demonstrar os fundamentos, ou seja, mostrar o porquê da decisão.

Já o termo argumentação, representa o ato de argumentar, que, no dizer do mesmo dicionário, significa “*apresentar fatos, ideias, razões lógicas, provas, etc. que comprovem uma afirmação, uma tese*”²²³, ou seja, não se trata de apenas demonstrar, mas o termo traz consigo a ideia de convencer, persuadir, ou ao menos tentar demonstrar a retidão da conclusão obtida.

Seguindo tal raciocínio lexicológico em torno de ambos os termos expostos, conclui-se que, dentro do dever de fundamentação expresso no inciso II do artigo

²²² Houaiss, p. 938, verbete : fundamentar e fundamentação.

²²³ Idem, p. 180, verbete argumentação e argumentar.

458 do CPC, está inserido também o dever de argumentação, ou seja, não basta a simples demonstração dos motivos da decisão, mas é preciso que o julgador, ao proferir uma sentença, utilize métodos persuasivos, a fim de que sua decisão seja aceita como a mais correta para o caso concreto.

Seguindo o mesmo raciocínio, há que se relevar a noção de totalidade dessa argumentação. Diz-se total a argumentação a ser realizada no ato decisório no sentido de que todas as teses consideradas pelas partes devem constar da fundamentação, seja para demonstrar a contrariedade dos argumentos, seja para demonstrar a retidão com que foram usados. Nesse sentido, o julgador não pode simplesmente desconsiderar um argumento da parte, mas deve trazê-los de forma expressa, ainda que com eles não concorde, para que, no seu ato decisório, demonstre os motivos da discordância. De igual modo, a totalidade da argumentação não representa apenas a obrigação de considerar os termos utilizados pelas partes, mas também representa a obrigação de, com clareza, demonstrar os motivos da utilização de qualquer tese ou jurisprudência, não se permitindo a utilização pura e simples da jurisprudência sem que se explique o porquê do seu uso e da sua adequação ao caso em tela.

Importa ressaltar que a posição doutrinária e jurisprudencial aceita, também distingue argumentação e fundamentação, porém, não inclui a argumentação dentre os deveres impostos ao julgador, sendo suficiente a fundamentação. Nesse sentido Marinoni e Mitidiero atestam que *o juiz não está obrigado a responder a todos os argumentos das partes na fundamentação da sentença*. Os mesmos autores citam jurisprudência nesse sentido e explicam que os fundamentos seriam os pontos levantados pelas partes dos quais decorrem a procedência ou a improcedência do pedido formulado, sendo que os argumentos constituiriam meros reforços utilizados pelas partes ao redor de seus fundamentos. Nesses termos, o contraditório demandaria a análise apenas dos fundamentos, não se observando nele a exigência de análise em torno dos argumentos²²⁴.

De fato não há exigência expressa no sentido de que o juiz também deva fazer uso da argumentação e de que tenha o dever de convencer as partes acerca

²²⁴ MARINONI; MIDITIERO, op. cit. p. 421. Os autores citam as seguintes jurisprudências: STJ, 1ª Turma, REsp. 681.638/PR, rel. Min. Teori Zavascki, j. 26.09.06 e STF, Pleno, MS 25.787/ Rel. Min. Gilmar Mendes. j. em 08.11.06.

da retidão de sua decisão. Contudo, também se deve reconhecer que não existe restrição, tanto no texto constitucional, quanto no texto legal. Observa-se na verdade que o dever de fundamentação constante da Constituição Federal (art. 93, IX e X) é mais amplo que o dever constante do artigo 458 do CPC, já que o princípio da motivação traduz uma exigência comum a todos os atos de império emanados do Estado. Atos dos quais a sentença é um exemplo.

O fato é que a sentença, ao contrário da maioria dos demais atos emanados do Estado, tem por finalidade o acertamento de uma relação conflituosa, sendo o ato jurisdicional por excelência. Justamente por envolver como pressuposto uma relação conflituosa, o ato decisório do juiz não pode constituir-se em uma mera imposição formal, abstrata em relação àquilo a que de fato se propõe, ou seja, a solução do conflito. Daí a necessidade de argumentos que busquem não apenas justificar o ato, mas realizar todos os escopos do processo, seja educando a sociedade, seja pacificando o conflito, seja constituindo pressuposto lógico para outros atos decisórios em casos semelhantes.

Além disso, a sentença parte de um órgão que não possui legitimidade democrática prévia, ou seja, o juiz não é portador de um mandato eletivo, como o é o chefe do Executivo ou o membro do parlamento, sendo assim, a legitimidade democrática da sentença há de estar fundamentada na Constituição Federal e no respeito aos parâmetros principiológicos por ela estabelecidos, dentre os quais o dever de motivação. Por outro lado, o principal elemento democratizante da sentença é o respeito ao contraditório, porque a realização plena do contraditório faz com que a sentença não seja uma construção apenas pretoriana, mas a torna um ato emanado diretamente da atividade das partes. Nesse sentido, diz-se que o contraditório é também uma garantia de influência das partes no ato decisório²²⁵.

Seguindo tal tendência, favorável à argumentação total, porém restrita aos órgãos de segundo grau de Jurisdição, Teresa Arruda Alvim Wambier fala no comprometimento do dever de inafastabilidade do controle jurisdicional se houvesse o direito de o órgão jurisdicional manifestar-se apenas sobre algumas das questões

²²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*. São Paulo. n. 168, ano. 34, fev. 2009. p. 110.

levantadas. Nesse sentido, a autora afirma que ao direito dado à parte de submeter sua pretensão ao Judiciário corresponde o dever de o Judiciário examinar todas as questões levantadas²²⁶.

Em contrapartida, a garantia de defesa, um dos pilares do contraditório, estaria também comprometida se não houvesse a obrigação de o Judiciário manifestar-se sobre todos os argumentos colacionados à contestação. Até porque, se assim não fosse, restaria, em parte, inútil o princípio da eventualidade.

Wambier também observa a possibilidade de uma terceira alternativa possível em relação às proposições existentes no processo. Muito embora o juiz precise relevar os argumentos de ambos os contendores, nada lhe impede que utilize uma terceira via de solução, desde que, obviamente, não desconsidere o que fora dito pelas partes e desde que fundamente sua nova posição.

Em reforço a tal posicionamento, torna-se salutar o ensinamento de Spadoni:

Deve a decisão revelar todo o contexto de sua justificação. Neste contexto revelado devem estar presentes, necessariamente, o enfrentamento e decisão de todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes e que são relevantes para se aferir a correção do julgamento. Ainda, e considerando que o juiz, no direito brasileiro, pode proferir decisão com base em argumentos jurídicos diferentes daqueles constantes nas defesas das partes, deve ele também demonstrar o porquê do afastamento destes fundamentos invocados e o porquê da aplicação de outro distinto dos que lhe foram apresentados.²²⁷

Como se observa, o autor traz um ponto importante, qual seja, a aferição da correção do julgamento. Com efeito, se a sentença releva todos os argumentos das partes, ela basta por si só para uma perfeita análise de sua correção, bastando para tanto uma reflexão acerca de sua lógica. Não há, pois, deste modo, a necessidade de uma releitura dos termos apostos nas peças das partes. Isso, sob certo aspecto, acaba por facilitar o trabalho dos julgadores em segundo grau.

²²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 168, ano 34, fev 2009, p 62.

²²⁷ SAPDONI, Joaquim Felipe. A função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. 8ª série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

4.2 A TÉCNICA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS

Mais que um princípio constitucional do processo, o contraditório é uma espécie de técnica de decisão judicial, ou técnica jurisdicional de aferição da verdade e concreção da Justiça ao caso concreto. Nesse sentido, o contraditório não pode estar restrito apenas aos atos instrutórios. Todos os atos processuais devem desenvolver-se de modo a respeitar o princípio, sendo, portanto, salutar que os avanços obtidos nos últimos anos em relação à técnica processual atinjam diretamente o contraditório. Estas constatações, já referidas em capítulo anterior e aqui resumidas servem para justificar a aplicação de novas técnicas no sopesamento do material probatório quando da realização da sentença.

O ato final do processo, qual seja, a sentença, envolve a aplicação de técnicas de sopesamento do ônus probatório. Sendo assim, diz-se que a aplicação do ônus da prova não é um elemento que conduz à realização da prova, já que, uma vez obtida, a prova pertence ao processo e não à parte, assim, a parte não está impedida de provar algo a que não estaria obrigada a demonstrar em face de seu ônus. Contudo, ao realizar seu ato decisório, o juiz, restrito ao material constante dos autos, deve aplicar regras concretas que lhe permitam dizer quem está com a verdade. Tais regras, conhecidas como ônus da prova, são, na maioria dos casos, fixadas pela legislação ou mesmo por padrões doutrinários, o que, sob certo aspecto facilita o trabalho do juiz, já que lhe permite decidir mesmo na ausência de material probatório.

É importante lembrar que, ao se questionar a posição do juiz no processo, há os que, sob a vertente privatística, defendem uma postura totalmente passiva do julgador. Para tais correntes, as regras sobre o ônus probatório são estanques, já que o juiz não pode realizar inversões a não ser que haja uma concreta determinação legal. O chamado pêndulo privatístico/publicístico pode também ser visualizado nas diversas posições doutrinárias e nos diversos sistemas em relação à maior ou menor liberdade dada ao juiz na condução e no desenvolvimento do caminho processual. Neste sentido, há os que limitam a ampliação do ativismo do julgador à fase instrutória e a grande maioria não aceita a interferência estatal no impulso inicial, de modo a não se aceitar qualquer violação ao princípio da demanda. Entretanto, a questão ganha temperamentos doutrinários quanto à análise final do material probatório carregado aos autos, por força da própria

disposição do artigo 333 do CPC.

Neste ponto, as tendências flexibilizadoras advindas do próprio avanço da Constituição e de seus princípios na seara processual parecem aplacar o rigor do texto legal, haja vista o reconhecimento de diversas situações de flagrante injustiça e de um conseqüente reconhecimento de falhas no sistema até então fixado legalmente.

Logo, ao discorrer sobre as técnicas do novo contraditório, segundo um padrão valorativo, faz-se mister uma análise da técnica das cargas probatórias dinâmicas.

4.2.1 O artigo 333 do CPC e o padrão clássico brasileiro

Antes de se adentrar no estudo de uma nova perspectiva sobre a análise da prova no ato final do processo é importante esclarecer como é feita a distribuição do ônus da prova no padrão clássico adotado pela legislação pátria. Neste ponto, também é importante analisar a relação havida entre o ato de valoração da prova e a própria produção da prova, o que representa um tema intrinsecamente relacionado com o formalismo processual e com o contraditório.

Os ônus probatórios, sob o ângulo conceitual, não podem ser considerados um dever das partes, já que a produção da prova é algo de interesse para a própria parte. Conforme já se estabeleceu em linhas anteriores, o ônus da parte não enseja um dever, já que não se fala em uma relação entre dois sujeitos, mas representa uma situação pessoal, na qual cabe à parte estabelecer se quer ou não cumprir com determinado ato a fim de obter um dado resultado que lhe é favorável do ponto de vista processual²²⁸. Daí a utilização do termo “ônus”, e não “dever”.

Nestes termos, por meio dos ônus probatórios, há uma distribuição acerca de quem deverá arcar, dentro da instrução, com o encargo de produzir a prova e a quem tocará a sucumbência pela não produção dessa mesma prova. Trata-se, pois, de uma regra de julgamento e também de uma regra de organização da atividade probatória das partes, possibilitando que cada um dos litigantes tenha um conhecimento prévio de sua parcela de responsabilidade em relação à produção do

²²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 4, p. 217.

material probatório que irá servir de base à fundamentação do ato decisório²²⁹.

Quando se fala em regra de organização da atividade probatório está-se, na verdade, questionando acerca de quem deve provar o que; ou seja, trata-se de uma distribuição subjetiva do ônus da prova. A doutrina reconhece, porém, na atualidade, a existência de um ônus objetivo da prova, afirmando que as regras sobre a distribuição do ônus da prova são também regras de julgamento, que devem, por isso, ser aplicadas no momento em que o juiz vai proferir sua decisão²³⁰.

Assim, sob o ângulo subjetivo, os ônus probatórios são importantes porque estabelecem a forma como as partes deverão se portar em relação ao material probatório e à produção da prova a fim de que atinjam os resultados almejados. A regra serve, portanto, para uma melhor estruturação da atividade probatória das partes²³¹. Deste modo, as partes têm a garantia de prévio conhecimento acerca das regras de sopesamento e das regras de aferição a serem consideradas pelo juiz, o que influencia diretamente sua conduta na construção da atividade probatória. Tal importância subjetiva do ônus probatório configura uma garantia decorrente do próprio contraditório e é também uma espécie de corolário do devido processo legal, na medida em que o cidadão sabe, já na execução dos negócios jurídicos, quais serão os elementos que lhe servirão de defesa em uma futura e possível demanda.

Já, sob o ângulo objetivo, a função dos ônus probatórios está relacionada com a obrigação legal imposta ao juiz, no sentido de jamais negar um pronunciamento judicial ou jamais pronunciar-se no sentido de inexistência de texto legal específico ou de prova para o caso concreto posto sob sua análise.

Observa-se que, na visão moderna do processo, a doutrina tem dado maior vazão à função objetiva dos ônus processuais, de modo que os mesmos são considerados precipuamente como regras de julgamento. Com isso, cria-se um método seguro de viabilização de decisões judiciais quando da ausência de material

²²⁹ CARPES, Artur Thompsen. Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais. Porto Alegre, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.. Porto Alegre, 2008, p.50.

²³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16ª ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 416.

²³¹ *Ibid.*, p. 51.

probatório. Ou seja, não havendo prova suficiente, a sucumbência cabe àquele que deveria provar e não provou.

Contudo, a doutrina atual, seguindo um padrão constitucional de análise do fenômeno processual, começa a valorizar as regras de distribuição dos ônus probatórios segundo uma dimensão subjetiva, ou seja, considerando-as como regras de participação, ou, melhor dizendo, de maximização da influência das partes na formação do material probatório. Essa vertente é muito bem percebida em trabalho realizado por Carpes junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. O referido estudo atenta para o fato de que, a partir do advento do Estado Constitucional e das teses referentes ao “formalismo-valorativo”, bem como da ampliação do significado da participação no processo, torna-se equivocada qualquer tentativa de minimização do papel dos ônus probatórios enquanto regras de participação das partes na formação e na estruturação do material probatório²³².

As regras acerca dos ônus probatórios no ordenamento pátrio encontram-se inseridas no artigo 333 do CPC, não havendo, pois, uma disposição aberta nesse sentido, e sendo perfeitamente possível o fechamento interpretativo no sentido de que tais regras são destinadas única e exclusivamente ao julgador. De todo modo, citado dispositivo permite a convenção entre as partes acerca da distribuição desses ônus. Em regra, aquele que alega deve prová-lo sendo que na defesa direta não cabe ao réu qualquer ônus probatório, o que só surge com a situação de defesa indireta, ou seja, quando o réu alega fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.

A rigidez do texto deixa transparecer a preocupação do legislador com a igualdade formal e esse elemento permite a afirmação de que também no aspecto relacionado à prova há uma nítida tendência individualista herdada do Estado Liberal. Pelo que já se analisou no primeiro capítulo desse trabalho, toda a estrutura e o próprio desenvolvimento da ciência processual estão marcados pela influência dos ideais do liberalismo. Seguindo tal tendência, o código busca limitar a atividade do julgador ao texto da lei, e acaba, sob certo aspecto, por limitar também a própria atividade probatória das partes. A limitação legal, contudo, torna-se um empecilho a

²³² CÂMARA, op. cit., p. 51.

própria atividade julgadora na medida em que as situações ocorrentes no âmbito fático não se restringem ao modelo descrito pelo texto.

No entanto, há que se superar a própria abstração contida no texto legal a fim de adaptar o processo à imensidão de casos surgidos na realidade fática. A inflexibilidade dos critérios de análise do material probatório nos termos contidos no dispositivo em estudo pode, na verdade, gerar situações de flagrante injustiça.

O parágrafo único do artigo em estudo permite o estabelecimento de regras particulares ou convencionais relativas aos ônus probatórios, o que dá às partes a liberdade de distribuição sem haver qualquer violação da ordem jurídica. Esse mesmo dispositivo veda ou desconsidera a convenção firmada em duas hipóteses: quando recair sobre direito indisponível da parte ou quanto tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Carpes observa que a segunda exceção aqui elencada apenas reafirma a regra contida no *caput* do dispositivo, e sedimenta uma certeza própria do pensamento positivista e individualista, porquanto reafirma que a dificuldade de produção da prova pode decorrer apenas das regras convencionais estabelecidas pelas partes²³³. Presume-se, pois, que, ao contrário das regras convencionais, a lei é capaz de solucionar todos os problemas fáticos possíveis relativos à prova. Decorre daí a conclusão de que o juiz não poderia jamais interpretar a distribuição legal dos ônus probatórios segundo as circunstâncias do caso.

Torna-se imprescindível para a presente argumentação a transcrição do pensamento de Carpes a respeito da inflexibilidade do texto legal e da pseudo-exceção relativa apenas aos casos de convenção:

Com efeito, ao positivar uma distribuição geral, abstrata e fechada, isto é, sem comportar exceções, o legislador, no seu ilusionismo liberal, pensou estar resolvendo todo e qualquer problema relacionado a tão importante aspecto da regulação do formalismo processual, qual seja, o procedimento probatório. A generalidade e abstracionismo característicos da lei reduziram a distribuição dos ônus probatórios a um dos símbolos da igualdade formal, ao qual não importava a vida real das pessoas e eventuais distinções concretas.²³⁴

Este padrão adotado e que ainda hoje consta da estrutura do processo civil

²³³ CARPES, op. cit., p. 68.

²³⁴ CARPES, op. cit., p. 69.

pátrio não pode mais ser considerado viável sob o ângulo de visada próprio do neoprocessualismo e segundo os parâmetros de um Estado Constitucional. Com efeito, o ideal de Justiça que move o Estado na prestação da tutela jurisdicional não pode conviver com modelos estagnados de conduta formal dentro do processo. Esse poderoso instrumento de atuação estatal, o processo, deve ter um conteúdo renovado a fim de atender aos reclamos de um novo padrão jurídico. Tais reclamos, por seu turno, exigem uma nova postura dos sujeitos processuais, a fim de que a atuação da partes e do juiz sejam unidas em apenas uma busca.

A sociedade atual configura uma dimensão de pluralismo jamais vista na história, uma vez que a conjunção de grupos e o seu intercalamento é por demais efervescente em face da globalização, que produz um imenso fluxo material e intelectual. Por outro lado, o ápice do capitalismo construiu uma sociedade ávida por bens e por produtos, fazendo com que toda a relação social tenha por substrato um interesse de consumo, sendo isso visível na própria relação havida entre o cidadão e o Estado. Nesse sentido, basta pensar que muitos dos serviços estatais, considerados de utilidade pública, tornaram-se, na economia de mercado, bens de consumo, como é o caso da própria assistência à saúde. Tanto o pluralismo, quanto a realidade consumista dão lugar a uma enorme diversidade de conflitos. Por seu turno, a diversidade de conflitos deve ser atendida por uma diversidade de tratamentos normativos. Nesse sentido, a derrocada do ideal de norma perfeita e aplicável a todos os casos é uma natural consequência da realidade estrutural da sociedade moderna.

Dentre as propostas próprias do novo contraditório, há que se encaixar uma nova visão da própria construção do provimento judicial. O que não se resume no modo de construção do provimento por meio da dialeticidade do discurso dentro da fase de instrução ou da própria sentença. O que se percebe é que o artigo 333 do CPC não está adequado a este novo padrão de contraditório, já que a sua matriz liberal o torna vulnerável a falhas próprias de um padrão normativo que se pretende suficiente em si mesmo.

4.2.2 A nova proposta.

A influência do Estado Liberal fez do processo um instrumento das partes,

sendo utilizado por elas como uma forma de se alcançar um bem pretendido, porém segundo parâmetros pautados na não interferência do Estado. Por isso, o processo assumia as feições de um jogo, posto que a sua condução e a própria resolução era um fruto do interesse e da provocação dos litigantes.

A influência do positivismo e das concepções individualistas foram constantes nas legislações do sec. XIX, notadamente na legislação italiana, que, por sua vez, serviu de matriz para o Código Processual brasileiro de 1973. Contudo, a partir de 1898, por influência de Franz Klein, houve um abrandamento dessa perspectiva individualista advinda das concepções liberais, já que o processo civil começa a ser visto, sob o ângulo de seus fins, como algo do interesse do Estado, ou seja, do interesse público²³⁵. Percebe-se, pois, que a revolução propiciada por Klein na perspectiva do formalismo e do embrionário surgimento de uma nova perspectiva em torno do contraditório influenciou sobre certos abrandamentos já observados no citado código de 1973.

O fato é que houve uma certa contribuição de Klein em dispositivos atuais do Código de Processo Civil brasileiro que legitimam o ativismo judicial, como é o caso do artigo 130 do CPC e pontuam a importância da influência das partes no contraditório, já esboçando o dever de cooperação, conforme se observa no artigo 339 do mesmo código. Entretanto, conforme já se estabeleceu desde o início do presente trabalho, a grande revolução percebida no processo civil pátrio só teve nascimento graças à Constituição Federal de 1988, considerada um marco do próprio neoconstitucionalismo no Brasil.

Essa realidade, propiciada pelo novo contraditório, fez com que tivesse acolhida no Brasil a teoria das cargas probatórias dinâmicas, ou da dinamização do ônus probatório. Trata-se de uma tendência observada pela doutrina moderna, no sentido de se relativizar a distribuição legal dos ônus probatórios. Essa possibilidade não está, acentua-se, prevista em lei, a não ser quando se fala em inversão do ônus da prova na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor ou de algumas situações já previstas desde 1943 na CLT²³⁶. É, pois, uma criação doutrinária, que, a princípio, não estaria sequer relacionada às novas tendências do

²³⁵ ALVARO DE OLIVERIRA, op. cit. p. 50.

²³⁶ A respeito da inversão do ônus da prova no processo do trabalho v. SAKO, Emília Simeão Albino. *A prova no processo do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2008

processo civil no neoconstitucionalismo.

Em seu trabalho Carpes diferencia os termos inversão e dinamização. Para o autor, a inversão prevista do CDC não fica a critério do juiz, porquanto há um vinculação da própria lei, cabendo ao juiz averiguar acerca da verossimilhança das alegações e da hipossubicência, e realizar, estando presentes os requisitos, a inversão. Se o juiz constata a presença dos requisitos legais para essa inversão, fica ele vinculado à sua realização²³⁷.

De fato, a técnica da dinamização difere substancialmente das inversões dos ônus da prova encontráveis na legislação. Porém, há que se reconhecer que as inversões, ao impor exceções pontuais à rigidez da regra do artigo 333 do CPC representam avanços que tornaram possível o reconhecimento doutrinário da necessidade da dinamização. Neste sentido, quando a CLT, por exemplo, prevê que cabe à empresa, quando possuir mais de dez funcionários, apresentar os cartões de ponto para demonstrar que o empregado não realiza trabalhos em horas extras, está-se, na verdade, reconhecendo a impossibilidade de o hipossuficiente demonstrar o fato constitutivo de um direito seu. Em outras palavras, está-se reconhecendo que, no caso concreto, a regra do artigo 333 do CPC afigura-se injusta e fere a Constituição Federal.

No plano histórico do instituto, segundo afirma Carpes, o mais contundente desenvolvimento doutrinário acerca da dinamização dos ônus probatórios ocorreu na Argentina, pelas mãos do processualista rosariano Jorge W. Peyrano, a partir do início da década de 80. No ano de 1978, o referido doutrinador, quando juiz na cidade de Rosário, lavrou sentença na qual aplicou a dinamização em um caso de erro médico²³⁸.

A técnica propõe a flexibilização do esquema básico, ou a dinamização do módulo estático previsto pela lei, quando esse esquema não for capaz de atender aos reclamos constitucionais de Justiça. Importa ressaltar que a técnica em estudo, no plano do novo contraditório está intimamente ligada, também, à questão da participação das partes na formação do provimento jurisdicional. Trata-se da concreção do princípio da colaboração e da solidariedade com o órgão jurisdicional

²³⁷ CARPES, op. cit. p. 74.

²³⁸ CARPES, op. cit. p. 74. GARCIA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005, apud CARPES, et. p. 74.

na confecção do provimento e na respectiva realização da Justiça.

No dizer de Carpes, o que se propõe é a:

Flexibilização do esquema básico, ou a dinamização daquele módulo estático previsto na lei, em determinados casos concretos, especialmente naqueles em que, face a suas peculiaridades, a prova se torna excessivamente difícil para a parte onerada e, em contrapartida, mais facilitada àquela inicialmente desonerada. Assim, serve a técnica para os casos em que se coloca uma dificuldade de prova de uma das partes, provocando, por via de consequência, o alívio do ônus da outra²³⁹.

Essa dimensão atende não só à perspectiva neoconstitucional do processo, mas também adéqua-se à nova visão de processo, que não se limita a um processo de partes, abrindo-se em uma vertente coletiva. Como já se viu, o processo não pode mais ser visto como um instrumento de regulação para casos individuais, sendo que muitas das demandas hoje ocorrentes perante o Judiciário, transcendem à mera relação de partes e envolvem uma relação coletiva capaz de gerar resultados imensuráveis uma vez que envolvem interesses difusos.

É justamente para o processo coletivo que se esboça uma primeira manifestação concreta da dinamização do ônus da prova. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, em sua última versão, já encaminhada ao Ministério da Justiça, de janeiro de 2007, previu de modo claro o instituto em seu artigo 11, § 1º. Dispõe, assim, o texto:

§1º . Sem prejuízo do disposto no art. 333 do CPC, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.²⁴⁰

O dispositivo não se confunde com a inversão do ônus da prova, acentuando-se que o texto do anteprojeto prevê semelhante inversão no § 2º do mesmo artigo, portanto, logo na sequência. De fato, não se trata de uma inversão, porque só é possível inverter algo que já está pré-estabelecido em uma determinada ordem. No caso, há uma relativização da regra imposta pela legislação processual com o escopo de se buscar a mais efetiva tutela jurisdicional do direito lesado ou ameaçado de lesão. Observa-se ainda que essa técnica de distribuição

²³⁹ CARPES, op. cit. p. 75.

²⁴⁰ O texto integral consta dos anexos da obra coletiva *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

do ônus probatório não se firma abstratamente segundo uma hipótese já fixada ou um certo número de hipóteses, mas, contrariamente, fixa-se a regra segundo as nuances do caso concreto, dando-se ao julgador a possibilidade de também efetuar um juízo valorativo sobre as condições das partes em face do tipo de demanda e de suas peculiaridades. A parte técnica, econômica ou intelectualmente mais preparada em face da situação teria, em tese, o ônus de demonstrar o fato.

Releva-se ainda que as aptidões para a produção da prova aferidas em relação às partes, não podem ser relacionadas com o caso em seu todo, mas em face de cada fato a ser provado em particular. Porquanto, em um dado processo, uma prova pode ser mais facilmente produzida pelo réu, enquanto outra, no mesmo processo, seria mais facilmente produzida pelo autor.

O que se estabelece como uma verdadeira necessidade no plano atual é que o esquema estático previsto no CPC deve ser superado, a fim de se conformar a participação das partes no procedimento probatório em favor da igualdade substancial. O sistema estanque, embora seja viável na grande maioria dos casos, pode produzir, e de fato produz, uma desigualdade gritante, já que, em diversas ocasiões, impõe à parte menos preparada e menos apta à demonstração, o dever de provar um fato, cuja prova, positiva ou negativa conforme o caso, seria mais facilmente atingível pela parte contrária.

Infelizmente há, em qualquer corrente surgida dentro do pensamento jurídico, o mito de que deve existir uma alteração no esquema legal adotado. Esse ranço liberal, que liga todo o acontecimento jurídico à lei, não pode ser considerado, ao menos em sua pureza, sob uma perspectiva constitucional. Portanto, a distribuição dinâmica do ônus da prova não precisa estar fundamentada no artigo 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor, que a princípio estaria restrito apenas às relações de consumo. Não precisa também depender da aprovação de reforma legislativa²⁴¹ específica ou do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo. A aplicação dessa teoria tem plena eficácia diante da necessidade estatal de realização do direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, na forma do artigo 5º, inc. XXXV da CF.

²⁴¹ O Projeto de Lei n. 3.015, apresentado à Câmara pelo Dep. Manoel Alves da Silva Junior, visa introduzir um novo parágrafo ao artigo 333 do CPC, facultando ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto.

Como afirma Carpes, por ter o dever de tutelar direitos fundamentais, o Estado deve criar estruturas procedimentais aptas a proporcionar a desincumbência desse mesmo dever²⁴². A criação desses mecanismos não é uma atribuição única do legislador, já que a violação de direitos fundamentais deve ser evitada a todo o custo, podendo o juiz agir diante dessas situações. Com efeito, no Estado Constitucional, não se pode pensar em uma distribuição de ônus probatórios que, nos casos concretos, violem de forma direta ou mesmo indireta direitos fundamentais. A rigidez da norma do artigo 333 do CPC não é capaz de garantir Justiça em todas as situações, e, contrariamente em muitas delas é apenas uma forma utilizada por algumas das partes para escamotear a verdade.

Portanto, o ônus da prova deve estar amoldado às especificidades do direito material, do caso concreto e à realidade das partes, considerando-se aspectos de ordem subjetiva como a capacidade intelectual, econômica e técnica. Logo, não se pode reduzir a imensa variedade de casos postos sob o amparo jurisdicional a uma regra estanque e a uma exceção legalmente prevista, como é o caso da inversão constante do Código de Defesa do Consumidor.

Não se pode, todavia, ignorar que qualquer relativização ao texto posto é perigosa à segurança das relações jurídicas e ao Direito como um todo. Deve-se ressaltar que o formalismo processual, no sentido já exposto, não pode prescindir de um mínimo de segurança e a sua própria existência se justifica como um imperativo de segurança jurídica dentro do processo. Há que se reconhecer que, mesmo a positivação da dinamização, tanto pela introdução de texto expresso em uma dos parágrafos do artigo 333 do CPC ou pela aprovação do texto do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo não servirão como solução, nem darão fim ao problema da adequação do processo à efetiva Justiça. É preciso que o juiz seja dotado de critérios para a operacionalidade dessa dinamização, sob pena de incrementar-se, na verdade, uma gama de condições propícias à arbitrariedade.

Portanto, há que se estabelecer um mínimo de critérios com o fito de operar tal dinamização de forma segura, sem que se prejudique sua conformação constitucional.

²⁴² CARPES, op. cit., p. 114.

Primeiramente, há que se estabelecer que a teoria está assentada em três argumentos fundamentais que são a pressuposição de uma visão cooperatária e publicista do processo civil; a busca pela promoção da igualdade das partes, superando a mera igualdade formal e por fim sedimenta-se nos deveres de lealdade e de colaboração das partes no processo civil.²⁴³

Tais balizas são as mesmas encontráveis em relação ao novo contraditório, segundo o que já se pontuou no terceiro capítulo. A visão cooperatária do processo civil é o pressuposto para todas as técnicas relacionadas ao novo contraditório, porquanto esse é o principal fator que faz com que o contraditório não se resuma ao binômio informação necessária e resposta possível. Considerando a cooperação como um dos fundamentos da dinamização dos ônus probatórios, há também que considerar tal fator como elemento balizador dessa aplicação, de modo que o juiz deverá, na aplicação dessa técnica, observar se, de fato, há necessidade de se quebrar o padrão clássico e se essa quebra importa em algum prejuízo à colaboração e em que grau. Não se pode, pois, sob pena de quebra do contraditório, utilizar de qualquer maleabilidade em relação ao ônus da prova, se tal fato de alguma forma for prejudicial à dialeticidade.

Como se sabe, o contraditório em sua dimensão clássica fora sempre visto como uma garantia de igualdade. Desta forma, a acomodação desse princípio visava sempre a garantia de que as partes tivessem as mesmas armas processuais, isto é, as mesmas oportunidades no curso do procedimento. Com esse objetivo, a própria regra do artigo 333 do CPC fora erigida, ou seja, com o fim de estabelecer um padrão de igualdade. Todavia, essa igualdade, que deu mote ao surgimento do princípio e à própria legislação específica relativa ao ônus da prova, sempre permanecera presa aos padrões formais de igualdade, gerando, no plano fático, flagrantes desigualdades, mormente nos casos em que a regra acabava por onerar de modo insuportável justamente a parte mais fraca na demanda. Com efeito, sempre foi claro que o estabelecimento de uma regra legal imutável para todos os casos concretos geraria, em algum momento, algum tipo de desigualdade no plano material. Portanto, a dinamização tem por uma de suas balizas a busca pela

²⁴³ CAMBI, *Tese para o encontro estadual do Ministério Público do Estado do Paraná*. In. www.ceaf.mp.pr.gov.br/arquivos/file/teses09/EduardoCambi2.doc. acesso em 12/01/2010.

realização da igualdade material. Sobre este fundamento, sedimenta-se uma regra importante na aplicação da técnica da dinamização, qual seja a de que o artigo 333 do CPC, tão comentado, não pode prevalecer ante uma situação na qual seja a causa de uma desigualdade formal, valendo-se o juiz dos próprios princípios constitucionais.

Por fim, a teoria sedimenta-se nos deveres de lealdade e colaboração das partes no processo. Importa ressaltar que, muito embora a técnica da dinamização dos ônus probatórios esteja aqui alocada dentre as propostas do novo contraditório em relação ao juiz, não significa que seja uma proposta dirigida somente ao julgador, trata-se apenas de uma questão de distribuição dos temas. Com efeito, a dinamização não prescinde da colaboração das partes, sendo justamente esse o principal elemento que faz dessa técnica uma das perspectivas importantes do novo contraditório. Nesse sentido, torna-se fundamental a noção de boa-fé processual, não sendo apenas uma postura ética das partes, mas constituindo-se num elemento importante a ser considerado pelo julgador na sua atribuição de condutor do contraditório. Há que se lembrar que as partes têm o dever legal de contribuir com a descoberta da verdade (arts. 14, inc. I, e 339 do CPC). O respeito à boa-fé processual (arts. 17, 129 e 273, II do CPC) deve ser um dos importantes limites no sopesamento dos valores quando do afastamento da regra insculpida no CPC acerca da distribuição dos ônus da prova.

A principal baliza para a aplicação da técnica da dinamização dos ônus probatórios encontra-se, a despeito dos três fundamentos citados, na própria existência de um padrão legal em vigor. Com efeito, o artigo 333 do CPC descreve de forma nítida o comportamento a ser atribuído às partes. Desse modo, antes de qualquer valoração o julgador deve buscar a solução no padrão legal, e não sendo isso possível, segundo um mínimo de respeito aos direitos fundamentais, deve superar a regra. Portanto, para a estruturação da própria aplicação da norma matriz ao caso concreto há que se conformá-la aos parâmetros constitucionais, sendo esse um exercício impossível de ser realizado abstratamente, devendo-se realizar tal conformação segundo as nuances do caso.

A conformação da norma ao caso utiliza-se da razoabilidade como diretriz e exige uma relação das normas gerais com as individualidades do caso. Assim pode-se perceber sobre qual ou quais perspectivas a norma deve ser aplicada, pontuando-se quais seriam as hipóteses em que o caso relacionado dispensa a

aplicação da norma geral do artigo 333 do CPC²⁴⁴.

Seguindo o raciocínio de Carpes, pode-se afirmar que uma regra somente pode ser aplicada a um dado caso em concreto *se, e somente se*, todas as suas condições de aplicação são satisfeitas e, ao mesmo tempo, somente se a sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou ainda pela existência de um princípio excepcionante.²⁴⁵

Em outras palavras, a regra do artigo 333 do CPC é perfeitamente aplicável. Todavia, para que tal aplicação ocorra, há que se estabelecer de antemão a sua razão motivadora, qual seja a realização da igualdade e do contraditório. Assim, surge uma primeira hipótese de exclusão de aplicação dessa regra nos casos em que a igualdade acontece apenas de modo formal, logo, não há o perfazimento de uma de suas razões de aplicação.

Por outro lado, ante a proibição da *probatio diabolica*, e a maximização dos esforços na busca pela verdade no processo, há que se considerar a possibilidade de existência de casos nos quais a prova é impossibilitada pela própria aplicação da distribuição dos ônus probatórios em sua formatação clássica. Ora, ocorre assim o ferimento de um importante direito fundamental, qual seja, o direito à prova e, por consequência, há o ferimento ao contraditório. Nesse sentido existem razões contrárias à aplicação do dispositivo e tais razões justificam a sua renúncia em face da dinamização.

Em resumo, há casos em que a aplicação do artigo 333 do CPC merece ser desconsiderada ante à necessidade de preservação da igualdade substancial entre as partes ou, em outros casos, a mesma aplicação revela um conflito com o princípio da proibição da *probatio diabolica*.²⁴⁶

Limitação de ordem formal referente à aplicação da técnica da dinamização, que merece menção desde já, é relacionada ao momento processual em que deve ser considerada. Neste ponto não há consenso doutrinário, havendo posição no sentido de que a dinamização deve ser considerada no momento da sentença; outros entendendo que a mesma teoria deve ser aplicada já na fase postulatória, após a apresentação da inicial; por fim, outros entendendo que a mesma técnica

²⁴⁴ CARPES, op. cit. p. 134.

²⁴⁵ Ibid. p. 134.

²⁴⁶ CARPES, op. cit., p. 135.

deve ser considerada no momento do saneamento do processo.

Como já se disse, o ônus da prova é dividido pela doutrina em ônus objetivo e subjetivo. O enfoque comumente dado pela doutrina clássica a essa regra de distribuição fazia dela, antes de mais nada, uma regra de julgamento, isto é, uma regra a ser considerada pelo juiz quando da elaboração da sentença. Assim, numa visão objetiva dos ônus probatórios, via-se neles uma regra de orientação para o julgador com o fito de se evitar um *non liquet*. Contudo, seguindo um novo padrão de contraditório deve-se privilegiar a colaboração entre os sujeitos processuais e o conseqüente diálogo daí decorrente. Essa preocupação com a cooperação e com o diálogo não é um elemento a ser considerado apenas na fase decisória, mas deve ser uma necessidade reconhecida socialmente em todos os momentos do processo. Logo, a dinamização dos ônus deve ser estabelecida já no início da instrução, devendo o juiz fazer apenas um pré-juízo quanto às possibilidades probatórias e as nuances do caso concreto a fim de definir a aplicação dinâmica dos ônus.

O reconhecimento da distribuição dinâmica dos ônus probatórios já no início do procedimento cumpre um dever de publicidade e atende à necessidade de argumentação total, evitando-se o surgimento de decisões surpresas, que são, na verdade, afronta flagrante às garantias da ampla defesa e do contraditório. Nesse sentido, reconhece-se que, desde a audiência preliminar, deve-se realizar a organização da atividade probatória definindo-se quais os pontos controvertidos, quais os fatos a serem demonstrados, quem são as partes mais aptas à demonstração desses fatos e quais os instrumentos idôneos a esta demonstração.

Ainda sobre os limites, há que se distinguir duas espécies de limitações, que também devem ser consideradas. De um lado existem limites materiais e, por outro, existem limites formais de aplicação.²⁴⁷

No aspecto material, há que se questionar se o litigante dinamicamente onerado encontra-se, de fato, em situação privilegiada em relação a seu opositor, devendo-se relevar que a situação de privilégio deve ser aferida em relação à prova. Assim há que se perquirir acerca do papel desempenhado por esse litigante em relação ao fato gerador da controvérsia, podendo ele estar ou não na posse da

²⁴⁷ CAMBI. *Tese para o encontro estadual do Ministério Público do Paraná. on line.*

coisa ou instrumento de prova ou mesmo por ser ele a única pessoa que dispõe da prova. Como exemplo cita-se o caso do empregador no processo do trabalho, que, por controlar o regime de trabalho, tem melhores condições de eliminar a alegação de trabalho extraordinário. Há que se citar também o exemplo do médico, que possui o prontuário, não sendo justo exigir do paciente a produção de uma prova que só seria possível na posse daquele documento.

Outra limitação material importante está no fato de que a técnica da dinamização não pode ser empregada como uma forma de punição contra a inércia do litigante inicialmente onerado, ou mesmo como uma espécie de compensação para esta inércia. A técnica deve, por outro lado evitar a chamada *probatio diabolica*, evitando-se a injusta situação na qual a prova do fato é imposta a uma das partes e esta parte não possui condições materiais de realizar semelhante prova, tendo, por esse motivo, uma sentença contrária ao seu interesse.

Quanto aos limites formais, há a questão do momento processual, já comentada em linhas anteriores, reforçando-se apenas que esta técnica deve, antes de qualquer consideração, primar pelo respeito ao contraditório, servindo como um fator de dialogicidade no sentido de levar as partes a contribuir com a descoberta da verdade por meio da atividade processual.

Com relação à necessidade de provocação das partes para a aplicação da dinamização, deve-se salientar que tal decisão é operada independentemente de qualquer manifestação. Quando a inconstitucionalidade na distribuição dos ônus probatórios prevista pela lei é evidente, cabe ao aplicador, isto é, ao juiz, realizar a conformação constitucional da norma. Logo, esse deslocamento dos ônus probatórios constitui uma obrigação, um dever jurisdicional do juiz, cujo fim é o de garantir a observância do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa. Os corolários da técnica da dinamização, conforme já se pode perceber, são a igualdade material entre os demandantes e a realização efetiva do direito à prova. Tratam-se, pois, de questões de ordem pública que prescindem de manifestação das partes.

Porém, não há impedimento a que as partes peçam a aplicação da dinamização²⁴⁸, acentuando-se que tal requerimento deve dar-se em tempo hábil à

²⁴⁸ CARPES, op. cit. p. 144.

análise e decisão do juiz, sem prejuízo à atividade probatória, portanto, antes do início da instrução.

Conclui-se, pois, que para o novo contraditório todas as técnicas têm por finalidade a adequação do rigorismo da própria lei, superando o racionalismo ainda presente em nosso meio. Com efeito, qualquer corrente que tenha por fim a relativização do texto legal é vista como uma corrente alternativa e, por tal motivo, é identificada como sendo perigosa aos padrões de segurança jurídica. Contudo, deve-se lembrar que se vive um novo paradigma, superando-se o momento positivista-legalista, devendo o intérprete conformar todo o aparato legal aos anseios sociais de Justiça. Nesse ambiente aberto e plural, o processo não pode conviver com parâmetros arcaicos e com técnicas formalmente fechadas, sendo de se reconhecer que tais técnicas, até então utilizadas como postulados intransponíveis, foram capazes de produzir na atualidade um verdadeiro caos, no qual impera a descrença popular em face de um Judiciário inoperante.

4.3 PROPOSTAS EM RELAÇÃO ÀS PARTES.

Em relação às partes o novo contraditório revela primeiramente a sua faceta de elemento de legitimação democrática das decisões judiciais e num segundo plano traz para o processo uma dimensão de cooperação das partes.

Sobre o aspecto democrático deve-se reconhecer a necessidade de legitimação da atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários. Se a lei é fruto do trabalho de um legislador que, para isso, fora anteriormente eleito pela comunidade na qualidade de representante específico para tal função, a decisão judicial, como resultado da interpretação e aplicação da lei, há de ser também emanada de um órgão municiado pela mesma legitimidade democrática. Contudo, a própria doutrina reconhece que ambas as situações de legitimidade identificam-se apenas na qualidade de serem democráticas, devendo-se reconhecer que os membros do Judiciário possuem uma legitimidade muito mais formal do que substancial²⁴⁹.

Dá a conclusão de que a legitimidade da decisão judicial pode e deve advir de um diálogo constante entre o órgão decisor e as partes envolvidas e, superando-

se a triangularidade processual, há que se abrir oportunidade para um diálogo entre o juízo e a sociedade civil.

Por outro lado, as partes, nessa participação, assumem um dever de colaboração. Não se trata de um ônus processual, mas de um dever, que importa o respeito aos padrões éticos de vivência processual e o compromisso com a própria realização da Justiça. Esse mesmo dever de colaboração é dividido com a sociedade, que, numa visão ampliada dos sujeitos processuais, é a destinatária final da decisão, que, muito embora solucione um conflito particular, gera efeitos em toda a estrutura social.

4.3.1 Novos deveres e garantias em relação às partes.

A necessidade de cooperação entre as partes como exigência própria do contraditório traz o diálogo para a instrução processual e torna esse elemento uma marca caracterizadora de uma nova vertente.

Entretanto, a tarefa de trazer o diálogo para a formação de um debate judicial não é das mais fáceis, haja vista o fato de que as partes situam-se em posições antagônicas, que fazem com que tenham uma visão parcial da realidade a ponto de considerarem-se inimigas entre si.

Por isso, o processo civil moderno reclama um procedimento adequado e um formalismo adaptado à necessidade de formação de um diálogo entre os sujeitos do processo e, como se verá logo adiante, essa mesma necessidade de conformação do diálogo deve adequar-se também a uma outra necessidade não menos importante, a necessidade de abertura desse diálogo.

Pelo fato de todas essas necessidades próprias de uma adequação do processo à Justiça fazerem parte do contraditório, esse princípio torna-se, na atualidade, um princípio absolutamente imprescindível. Com efeito, essa questão torna indiscutível a necessidade do diálogo, e, por tal motivo, faz com que se conclua que não basta a adequação formal do procedimento, já que a inclusão ou conformação de atos processuais, por si só, não é idônea a uma ampliação do debate judicial se as partes não se sentirem motivadas a essa cooperação e a esse diálogo. O debate deve ser encarado pelas partes como uma necessidade, e, nesse

²⁴⁹ BUENO, op. cit. p. 64.

aspecto, não basta a maior conscientização das partes, sendo necessário que haja a consciência de um dever. Portanto o diálogo deve ser inserido na moderna processualística como um dever das partes, diretamente, e da sociedade, indiretamente.

Como aponta Mitidiero, não basta outorgar o direito a influir na construção da decisão, se não se prevê um correlato dever de debate acometido ao órgão jurisdicional²⁵⁰.

Como já se pontuou acerca das propostas referentes ao juiz, esse dever ao diálogo deve ser primeiramente direcionado ao juiz, devendo ele, enquanto órgão prolator da decisão, demonstrar às partes que, de fato, relevou todos os seus argumentos trazidos para o debate, não bastando que a decisão aponte apenas os argumentos que foram úteis à formação do convencimento judicial. Além disso, o processo deve estar conformado à necessidade de diálogo, devendo, por isso, em seu procedimento, prever que as partes tenham sempre a possibilidade de pronunciar-se sobre todos os pontos que possam ser importantes para o deslinde da causa.

Conformado o processo ao diálogo; respeitando-se essa oportunidade constitucionalmente garantida às partes, o Estado cumpre o seu dever. Contudo, o dever de cooperação e diálogo não é dirigido somente ao Estado, mas comporta uma postura por parte dos interessados e por parte da própria sociedade. A parte tem um dever ético para com o processo e esse dever comporta uma postura que seja consentânea com a boa-fé processual, com condutas que contribuam para a formação da decisão e não atrapalhem o cumprimento dos atos relativos ao processo.

A ética sempre foi um bem constantemente buscado na história evolutiva do processo, primeiramente no tocante ao problema da articulação da boa-fé, que deve sempre pautar a conduta daqueles que participam do processo e, em segundo, no tocante à busca pela verdade.

Quanto à boa-fé, diz-se que o modelo de processo cooperativo, próprio do novo contraditório, além de somar as duas dimensões, objetiva e subjetiva, exige que todos os participantes do processo ajam lealmente em juízo²⁵¹. Tal dever de

²⁵⁰ MITIDIERO, op. cit. p. 99.

²⁵¹ Ibid., p. 70.

lealdade se perfaz nos imperativos referentes à conduta processual, contidos no capítulo II, do título II do primeiro livro do Código de Processo Civil. Esse trecho da legislação processual pátria merece uma releitura sob a ótica constitucional do novo contraditório, devendo-se nesse patamar considerar situações que impeçam a plena cooperação ou que dificultem o diálogo.

Nesse sentido, dentre os deveres das partes contidos no artigo 14 do Código, há que se incluir o dever de colaboração e de diálogo, visando-se impedir condutas como as de se opor imotivadamente à tentativa de conciliação ou de se negar a considerar os argumentos apresentados pela parte adversa, ignorando-os totalmente.

Muitas das condutas das partes, contrárias ao diálogo, apresentam-se como verdadeiros ônus processuais e, nessa qualidade, apresentam como resultado alguma situação não desejada pela parte inoperante. Todavia, existem situações em que a inoperância da parte é gratuita e representa uma total negativa de diálogo, em tal situação a parte acaba por ancorar-se em regras formais rígidas referentes à distribuição dos ônus processuais para beneficiar-se de alguma forma, seja da demora do processo, seja da proibição do silêncio estatal (*non liquet*).

Tais condutas, deve-se reconhecer, ao prejudicar o diálogo e contrariar o dever de colaboração, inserem-se perfeitamente na hipótese do inciso II do artigo 14 do CPC, sendo, pois, caracterizadas como desrespeito aos deveres de boa-fé e lealdade com que devem se pautar as partes no correr do processo.

A solução justa para o processo, que pressupõe um amadurecimento acerca dos fatos e do Direito, não pode se vista como uma necessidade própria das partes ou como um interesse que lhes é exclusivo. Ao dirigir-se ao Judiciário, levando o seu caso para solução estatal, a parte acaba por, sob certo aspecto, publicizar a questão. Muito embora no processo individual os interesses sejam restritos, os efeitos do processo têm impacto social, mesmo que seja um mero impacto de ordem jurisprudencial. Com efeito, é bom que se abra esse parêntese, no atual estágio evolutivo do ordenamento pátrio, ganha força um modelo judicial que prima pela valorização dos precedentes, embora seja o Brasil um adepto do sistema clássico do *civil law*²⁵². Diante desse fato, a necessidade de uma ampliação

²⁵² A criação da súmula vinculante é um exemplo claro dessa tendência.

do debate processual, ganha foros de necessidade democrática.

Porém, a liberdade de atuação dos litigantes não pode deixar de possuir limitações, daí a necessidade do estabelecimento de padrões formais. Esses padrões formais surgem da tensão histórica havida no processo entre a plena realização do Direito material, com a maior justiça possível, e o rápido e eficiente alcance desse fim²⁵³.

Oliveira enumera tais limitações, que merecem ser consideradas a despeito do dever de diálogo e cooperação²⁵⁴. Em primeiro plano há a preclusão, que está ligada intimamente ao princípio de responsabilidade da parte, que sofre os efeitos diretos de sua inoperância. O citado autor coloca a preclusão em um patamar de princípio inserido dentro da estrutura processual. Justamente por possuir esse caráter principiológico, a preclusão assume uma importância maior, porém também passa admitir a maleabilidade própria de todos os outros princípios que devem ser, assim, preenchidos por uma carga valorativa e admitem as adaptações que o caso concreto exige.

Daí a relação entre preclusão e formalismo processual ter de sofrer adaptações segundo as necessidades próprias do caso concreto. A maior ou menor rigidez da preclusão interfere na maior ou menor elasticidade do procedimento e na maior ou menor liberdade de atuação das partes. Nesse sentido, o contraditório, assumindo a preclusão como um princípio correlato, não pode se coadunar com padrões rígidos de ordem temporal e referentes às divisões do procedimento em fases, se tais padrões, no caso concreto, impedem o diálogo e a cooperação. Por outro lado, a preclusão, em outros casos, pode ser utilizada como uma forma de se fazer com que as partes cumpram esse dever de diálogo e cooperem para que o procedimento avance em suas fases.

A eventualidade também enumerada como um elemento de limitação à atividade das partes, deve, igualmente sofrer temperamentos a fim de que melhor se adéque a novos parâmetros constitucionais. Conforme salienta a doutrina a questão da eventualidade envolve, outrossim, a mesma questão entre a Justiça e a celeridade²⁵⁵. De fato, a não adoção da eventualidade importaria em infundáveis

²⁵³ OLIVEIRA, op. cit. p. 169.

²⁵⁴ OLIVEIRA, loc. cit.

²⁵⁵ Ibid., p. 173.

atos, já que, a todo momento, novas questões fáticas e mesmo jurídicas surpreenderiam as partes causando insegurança. Por outro lado, essa mesma garantia de segurança, pode representar um obstáculo, por impedir que o procedimento reflita de forma real a situação jurídica subjacente ao processo²⁵⁶. Com efeito, em muitas ocasiões, as omissões relativas a alegações ou demonstração probatória não representam uma verdadeira omissão por não haver culpa das partes. Basta, para exemplificar, pensar que em uma inicial a parte pode não possuir uma visão total do caso, desconsiderando-se, por mera ignorância, muitas nuances importantes para a realização de uma decisão próxima do que se estabelece como justo.

Uma vez mais, o rigorismo formal que impõe a eventualidade deve ceder lugar à maleabilidade procedimental segundo os nuances do caso. Se por um lado o prejuízo à celeridade é um risco que não permite a instabilidade nas questões debatidas, por outro o rigorismo quanto à eventualidade fará com que muitas decisões não atendam, de fato, à realidade do caso. Seguindo-se então a proposta de Oliveira²⁵⁷, seria recomendável que o julgador abra a oportunidade de modificação da demanda na primeira audiência dos debates, após o esclarecimento dos fatos da causa por meio do diálogo mantido entre as partes e órgão judicial. De igual modo, o juiz deve ter maior liberdade na apreciação de fatos secundários, podendo conhecer de certos fatos que decorrem diretamente daqueles que são alegados nos autos, bem como tendo condições de conhecer de outros fatos que, eventualmente, surjam na sequência do procedimento.

Tanto a maleabilidade em relação ao princípio da preclusão, quanto em relação ao princípio da eventualidade são imprescindíveis para a realização de um modelo cooperativo de contraditório, já que se evita que o rigorismo dos atos formais impeça que a verdade exsurja do conflito.

4.3.2 Contraditório democrático: um sistema aberto.

A lei constitui a manifestação da vontade popular por meio de

²⁵⁶ Ibid., loc. cit.

²⁵⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 176.

representantes eleitos. Esse postulado democrático demonstra a legitimação do órgão prolator do texto normativo e torna esse texto plenamente aceito pela comunidade. A decisão judicial, por seu turno, constitui um ato de interpretação e aplicação desse mesmo texto normativo, identificando no seio social uma situação concreta e conformando o texto legal a essa situação concreta. Todavia, conforme já se afirmou, o intérprete, ao aplicar a norma, não possui a mesma legitimidade democrática do parlamento, já que, no sistema adotado, o juiz não é um órgão escolhido pela maioria, mas é um agente político cuja escolha acontece independentemente de qualquer manifestação popular.

A democracia precisa ser inserida na Jurisdição e, para que esse desiderato aconteça de fato, o novo contraditório faz uso de elementos de legitimação, sendo ele próprio, segundo já se afirmou, um elemento de legitimação das decisões judiciais. Essa legitimação ocorre por meio da manutenção de um constante diálogo entre a Jurisdição e a sociedade civil, sendo que, aquela não pode em nenhum momento abandonar os anseios desta.

Esse diálogo entre sociedade civil e Jurisdição já é preconizado por Peter Häberle²⁵⁸, embora o referido autor faça alusão específica às situações de interpretação constitucional por meio das respectivas cortes. Todavia, a mesma orientação percebida pelo autor em relação à interpretação constitucional pode perfeitamente ser adequada à interpretação legal e à aplicação legal, mormente em um pensamento neoconstitucionalista. De fato, seguindo-se os padrões do neoconstitucionalismo, há que se admitir que toda e qualquer interpretação e aplicação legal insere-se em um contexto mais amplo de interpretação e aplicação da constituição, haja vista o fato de que todos os ramos do direitos passam por uma “invasão constitucional”.

O que o citado autor propõe é que haja uma abertura hermenêutica, possibilitando que todos os setores da sociedade possam auxiliar na construção da interpretação constitucional, encontrando alternativas interpretativas. Para o autor a interpretação da Constituição não pode ser vista como uma atividade estatal, já que as partes, ao realizarem suas manifestações no processo, fazem uma interpretação,

²⁵⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

inserindo-se nesse corpo interpretativo. Por outro lado, a própria sociedade, em suas manifestações, acaba por impingir no processo a visão coletiva.

Há, de fato, uma mudança de paradigma a exigir essa postura aberta na interpretação realizada pelo Judiciário. Não se pode mais pensar que o julgador é um mero intérprete do texto legal, negando-se sua atividade criativa. O Estado Liberal negava à Jurisdição o poder criativo sob o medo de privilegiar novamente o arbítrio e de se ferir a igualdade. O Juiz, para realização da vontade popular, não poderia em hipótese alguma alterar ou mesmo interpretar a máxima manifestação da vontade do povo, isto é, a própria lei.

Essa ideia de completude não existe, é uma ilusão que serviu como um instrumento utilizado no Estado Liberal, mas que, na atualidade, não pode ser aceita. Por isso, hoje, a afirmação de que o juiz não cria o Direito, mas apenas o aplica, torna-se incoerente com os padrões que ora se estabelecem. Observa-se, assim, que o paradigma de produção do ordenamento jurídico é diverso daquele sob o qual fora criado o sistema processual vigente no Brasil²⁵⁹, de modo que deve-se admitir novas formas de controle, tanto da constitucionalidade quanto da legalidade, conferindo-se uma ampliação da própria noção de legitimidade democrática.

Conclui-se, portanto, que, na prática, o procedimento deve considerar as oportunidades de manifestação das partes como sendo verdadeiras oportunidades de abertura interpretativa. O célebre brocardo que afirma que o juiz conhece o Direito, não pode servir como argumento no sentido de se negar oportunidade de as partes manifestarem qual a interpretação que consideram melhor aplicável ao caso em concreto. Por outro lado, o juiz precisa ser vinculado a essa interpretação manifesta pelas partes, não podendo simplesmente ignorar tais manifestações em seu ato decisório, mas devendo dizer dos porquês da negativa de aplicação e dos porquês da aplicação de outra interpretação (regra do ônus argumentativo total).

Ainda há que se dizer que a abertura interpretativa é uma necessidade do sistema, que precisa ser generalizada, reconhecendo-se a imposição do diálogo e da cooperação. Essa realidade transparece, com maior urgência ainda, quando se fala em ativismo judicial, judicialização da política ou politização do Direito²⁶⁰. Já

²⁵⁹ BUENO, op. cit., p. 67.

²⁶⁰ Ibid. loc. cit.

que há uma maior necessidade de legitimação quando, aparentemente, o Judiciário atua como complemento de outras manifestações do Poder.

4.4 ALARGAMENTO DO CONCEITO DE SUJEITOS PROCESSUAIS

Da necessidade de ampliação do diálogo, criando-se para o processo um ambiente democrático, decorre a necessidade de se repensar o próprio conceito de sujeitos processuais, porquanto, o modelo clássico de processo coaduna-se com um caráter individualista, que serve apenas para um processo de partes. Contudo, a coletivização dos conflitos leva o processo a um novo patamar doutrinário, para o qual não bastam os mesmos conceitos e padrões até então adotados.

O contraditório, portanto, não pode ser considerado uma garantia dirigida às partes juridicamente interessadas no resultado da demanda exclusivamente, mas deve ser entendido como uma garantia pública, isto é, direcionada à legitimação democrática do processo e, essencialmente, da própria decisão que do processo emana como resultado.

A decisão judicial é fruto da interpretação que se dá sobre o texto legal e, principalmente, sobre o texto constitucional. Reconhece-se, portanto, que toda norma jurídica, e, *ipso facto*, toda norma constitucional precisa ser interpretada²⁶¹. Essa atividade, mormente no tocante à Constituição, implica também em criação, já que, no tocante às normas constitucionais, o sentido aberto do texto exige do aplicador a perspicácia necessária para a colmatação dos vazios valorativos existentes nos princípios. Essa necessidade de preenchimento não poderia ser conferida a um ente, de forma isolada, sob o risco de esse mesmo ente desconsiderar os padrões socialmente aceitáveis ou socialmente desejados de Justiça. Nesse sentido, a aplicação da norma no neoconstitucionalismo não pode prescindir de uma atividade aberta na qual todos os socialmente interessados tenham acesso ao direito de influência. Surge assim a necessidade de revisão do próprio conceito de partes, o que se torna mais contundente no aspecto relativo ao processo coletivo.

Nesse ponto, surge uma vez mais o impasse do formalismo moderno que

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 106.

se situa na fronteira entre a efetividade, fruto da própria celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, e a segurança, fruto de um processo dialógico, refletido, pautado em uma cognição exauriente. Não se pode negar que a efetividade ganha terreno, principalmente no Brasil, com a edição de diversas reformas e que a visibilidade da efetividade no cenário nacional se acentua com o clamor popular, que se forma em face de um Judiciário considerado moroso pelo senso comum e constantemente criticado por esse fato na mídia. Nesse sentido, Bueno²⁶² cita as diversas leis que, desde 1994, transformam a própria estrutura do Código de Processo Civil em sua versão originalmente criada em 1973.

Todavia, mesmo reconhecendo que o valor da efetividade é essencial para a realização plena da Justiça, não se pode simplesmente abandonar a segurança jurídica, já que esta é, em essencial, a motivação da própria existência da Jurisdição. Nesse sentido, o órgão jurisdicional deve estar atento para perceber em que situações um dos princípios deve ser privilegiado em detrimento do outro, buscando-se sempre uma posição de equilíbrio. Essa a real exigência de um novo contraditório, que tende sempre a abarcar todos os valores constitutivos de um processo justo e eficaz.

4.4.1 A figura do *amicus curiae*

Da necessidade de abertura interpretativa surge como decorrência lógica uma nova visão do conceito de sujeitos processuais, de modo que a figura clássica que tende a identificar a posição dos sujeitos processuais como sendo formadora de um triângulo parece não atender, por simplista, o novo formato processual.

Nessa medida, surge a figura do *amicus curiae*, que, segundo a doutrina, parece ser indispensável para a plena realização do princípio democrático dentro do processo²⁶³.

O instituto do *amicus curiae* tem sua origem ainda no Direito Romano, tendo se desenvolvido particularmente no Direito Medieval inglês, contudo, sua origem histórica pouco se relaciona com a conformação assumida nos ordenamentos

²⁶² BUENO, op. cit. p. 72.

²⁶³ BUENO, op. cit. p. 72.

modernos.

Em princípio, o *amicus curiae* assumia um papel imparcial dentro dos processos individuais, compreendido como aquilo que ficou conhecido como adversarial system, sistema no qual as partes tinham a liberdade de impulsionar o processo imprimindo-lhe uma marcha peculiar²⁶⁴. Essa moderna percepção do instituto, absorvido em sua totalidade pelo sistema norte-americano, sofreu, já em períodos mais próximos, um abrandamento, de modo que a intervenção deste terceiro passou a representar uma interferência comprometida com os resultados, transcendentais ao conflito individual, advindos da decisão judicial. Em outras palavras, reconheceu-se a influência do resultado da demanda individual, na vida de pessoas cujos interesses jurídicos não permitiriam que figurassem como partes.

O sistema norte-americano, ao adotar o modelo do *stare decisis*, faz com que decisões proferidas em casos individuais, apontem rumos jurisprudenciais capazes de influir, objetivamente, na vida da coletividade. Surgiu, destarte, a necessidade de que setores sociais, diversos das partes litigantes, tivessem influência nas decisões judiciais²⁶⁵. Nos Estados Unidos, permite-se que entes da Federação, sociedades e associações civis, grupos de pressão (lobbies) e outras organizações utilizem-se do *amicus curiae* de forma livre, bastando haver relevância nos resultados da demanda.

Daí a importância do *amicus curiae* como instrumento democrático, porquanto o mesmo é identificado como sendo um verdadeiro instrumento de participação em processos nos quais os interesses envolvidos e mesmo a questão debatida possuam um caráter de transcendência, ultrapassando a simples esfera individual dos sujeitos juridicamente envolvidos. Essa transcendentalidade, embora seja mais facilmente verificável nos processos coletivos, também deve ser reconhecida como elemento constante dos processos individuais, pois estes, forçosamente, podem ter resultados relevantes em outras relações jurídicas ou na definição de interesses fáticos análogos.

²⁶⁴ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008. p. 28.

²⁶⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes*: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus curiae* e o *vertreter dès öffentlichen iteresses*. In. Revista de Processo, vol. 117. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set/out 2004. P. 12.

O Direito Processual Civil brasileiro, tradicionalmente ligado ao sistema da *civil law*, ao não adotar sistematicamente o *stare decisis*, ao menos até as recentes reformas constitucionais impostas pela Emenda Constitucional 45/2004, sempre teve suas raízes centradas na lei, não prevendo a intervenção de terceiros senão em casos específicos.

Há uma nítida diferença entre o *amicus curiae*, do Direito norte-americano, e as possibilidades de intervenção de terceiro previstas na legislação brasileira. No Brasil, a interferência de terceiros é admitida, não pelo mero interesse fático e econômico, devendo-se demonstrar a existência de interesse jurídico no resultado da demanda. Somente assim se permite que terceiros assumam a posição de assistentes simples e litisconsorciais ou, por exemplo, apresentem embargos de terceiro.

Todas essas possibilidades de intervenção são também comuns no Direito norte-americano, porém aquilo que no Brasil é identificado como assistência, nos Estados Unidos não passa de uma intervenção do *amicus curiae*.

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto não possui uniformidade de regramento, havendo diferentes dispositivos que tratam dessa possibilidade segundo uma diversidade também em suas formas de manifestação. Assim, distinguem-se três espécies de intervenção: i) a participação do *amicus curiae* por provocação do juízo, conforme dispositivos das Leis n. 9.868 e 9.882, ambas de 1999; ii) as hipóteses em que o *amicus* atua em decorrência de seu poder de polícia, como ocorrem nas intervenções da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); iii) as hipóteses nas quais a legislação permite a intervenção voluntária do amigo da corte, como decorrência de um direito próprio à manifestação, como aquelas voltadas ao controle de constitucionalidade, a uniformização da jurisprudência ou sobre questão de repercussão geral²⁶⁶.

A intervenção, como decorrência de poder de polícia, é a mais antiga que se tem notícia no ordenamento nacional. A Lei n. 6.385/1976, que disciplinou o

²⁶⁶ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Cord. Fredie Didier Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 62.

mercado de valores mobiliários, previa hipótese de intervenção diferenciada em relação às figuras categóricas existentes no processo civil. O seu artigo 31 determinava que a CVM deveria ser intimada para manifestar-se em todos os processos judiciais que envolvessem questões da competência do referido órgão. A intervenção da CVM em tais casos não seria obrigatória; porém, a intimação sempre seria necessária. Verificava-se, pois, a existência de uma espécie de auxiliar do juízo, porquanto não haveria, ao menos em tese, um interesse social que justificasse a ampliação do debate em torno do mérito. Sua intervenção serve para auxiliar o juiz sobre questões complexas que demandariam um grande esforço de compreensão por parte do magistrado²⁶⁷

Situação semelhante ocorre com o CADE, que deve intervir nos casos em que se discute a aplicação da Lei n. 8.884/94. O artigo 89 desta lei atribui ao CADE a qualidade de assistente, embora do ponto de vista técnico o órgão não possa ser assim identificado. Em verdade, o CADE exerce uma atividade fiscalizatória, e, portanto, não assume a qualidade de terceiro, tal como concebida no Código de Processo Civil.

Ressalta-se, pois, que tanto o CADE quanto a CVM podem intervir também intervir nos moldes do CPC, nos respectivos processos em questão, porém devem comprovar também o interesse jurídico, seguindo as determinações do artigo 50 e seguintes do referido código. Portanto, ambas as figuras, previstas respectivamente no artigo 31 da Lei n. 6.385/1976e no artigo 89 da Lei n. 8.884/1994 não se confundem com as tradicionais figuras da intervenção de terceiros previstas no CPC.

Essas figuras, contudo, não servem como exemplo de ampliação democrática do debate judicial, pois não constituem abertura a uma maior possibilidade de participação. Porquanto, tanto a CVM quanto o CADE não são órgãos de representação popular, mas são instituições da estrutura do Poder Executivo, tendo função essencialmente administrativa, exercendo funções típicas do poder de polícia.

Diferentemente, o que se propõe na perspectiva do novo contraditório, é uma figura que instrumentalize o exercício da democracia na função jurisdicional,

²⁶⁷ Ibid., p. 58

através do debate interpretativo, possibilitando que se forme de fato uma sociedade aberta de intérpretes. E, de fato, é isso que acontece quando se faz referência às hipóteses de intervenção do *amicus curiae* nos procedimentos de uniformização da jurisprudência, de repercussão geral e de controle concentrado de constitucionalidade.

A Lei 10.259/2001, ao disciplinar no artigo 14 o pedido de uniformização da interpretação da lei federal, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, disciplinou, no parágrafo 7º, a figura do amigo da corte, possibilitando a oportunidade de eventuais interessados que, não sendo partes no processo, se manifestem²⁶⁸.

Quanto ao procedimento de repercussão geral, o artigo 543-A do Código de Processo Civil admite, na análise da referida repercussão, a intervenção de terceiros, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal²⁶⁹. Este, por sua vez, no artigo 323, par. 2º, preceitua que *“mediante decisão irrecorrível, poderá o (a) Relator (a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão de repercussão geral”*.

Quanto ao controle abstrato da constitucionalidade, a Lei 9.882/99, ao regulamentar o procedimento para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em seu artigo 6º, § 1º, também prevê a participação do amigo da corte, possibilitando a realização de audiências públicas para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria²⁷⁰. Também o artigo 482, par. 3º, do CPC permite que o relator, em procedimento de declaração de inconstitucionalidade, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes,

²⁶⁸ “§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias”.

²⁶⁹ “§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

²⁷⁰ “§ 1º - Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejam a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

admita a manifestação do *amicus curiae*²⁷¹. Ainda, pela Lei n. 9.868/99, ao dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, restou claro que a natureza jurídica do instituto em nada se assemelhava à condição do terceiro interveniente do CPC. Isto porque o *caput* do seu artigo 7º foi expresso ao proibir a “*intervenção de terceiro no processo de ação direta de inconstitucionalidade*”. O § 2º, do artigo 7º, por sua vez, não é uma exceção ao *caput*, pois não se faz menção a terceiro, mas a uma figura processual diferente²⁷². Deveras, o conceito de terceiro é negativo, ou seja, é estabelecido como uma negação ao conceito de parte, de modo que se considera terceiro aquele que não assume no processo a condição de parte. Neste sentido, esclarece Cândido Rangel Dinamarco, “*considerado um certo processo que se tenha em mente, são terceiros em relação a ele todos os seres humanos e todas as pessoas jurídicas existentes no planeta, menos aqueles que estejam nele como partes*”²⁷³.

Dentre um universo de terceiros, há aqueles a quem a ordem jurídica concede a possibilidade de intervir em um determinado processo. Surge, pois, a diferença específica que faz do *amicus curiae* um terceiro especial ou enigmático²⁷⁴. De fato, quem no processo não é parte ou juiz, figura como terceiro; porém, o sistema processual previu hipóteses de intervenção de terceiro, sem fazer ressalvas, condicionando a intervenção à presença de um interesse jurídico. Assim, a intervenção do amigo da corte, na esteira desse raciocínio, configura uma espécie de intervenção de terceiro. Todavia, a conotação é diferenciada, posto que diverso o tipo de interesse que legitima tal intervenção. O interesse que move o *amicus curiae* não pode ser confundido com o de qualquer outro terceiro reconhecido pelo

²⁷¹ “§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

²⁷² “§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Não obstante, o artigo 131, par. 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal faz referência ao termo “terceiro”, ao prevê: “Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, ficando-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2a. ed. Vol. II. São Paulo: Malheiros editores, 2002. p. 272.caso, a regra do par. 2º do art. 132 deste Regimento”.

²⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 272.

²⁷⁴ BUENO, op. cit.

CPC, principalmente com o interesse do assistente, com quem possui uma maior proximidade, porquanto o interesse que move o *amicus curiae* identifica-se com o próprio interesse social na justa solução para o caso concreto.

4.4.2 O *amicus curiae* como técnica propícia ao novo contraditório

Já se afirmou que o novo contraditório assume o papel de elemento de legitimação democrática das decisões judiciais. Supedâneo para que esse ideal se realize no plano procedimental, o formalismo também se insere como elemento que dá legitimidade à decisão, porquanto, o desrespeito total à forma, além de conduzir ao caos processual, tira da decisão sua força vinculante, porquanto, não há garantias de que tal decisão fora imparcial.

Porém, dentre os diversos elementos que fazem do contraditório, na atualidade, um elemento de legitimação democrática, está a aceitação de que a abertura do procedimento ao diálogo com a sociedade é uma necessidade vital. Por isso, surge como necessária a generalização na aplicação do *amicus curiae* como técnica necessária em inúmeros casos, independentemente de sua conformação com a legislação pátria, porquanto, trata-se de uma possibilidade constitucionalmente aceita ou, mais que isso, constitucionalmente exigida.

O juiz, em casos de maior complexidade e repercussão social, pode necessitar da colaboração de terceiros em geral (custos legis, peritos ou amigos da corte), seja para a melhor elucidação dos fatos controvertidos, compreensão das provas ou das questões técnicas envolvidas, bem como para a melhor interpretação e da aplicação do direito aos casos concretos.

A aplicação uniforme da Constituição e da legislação infraconstitucional não deve ser prerrogativa de alguns procedimentos legislativos. Por isto, a disciplina da intervenção de terceiros nos processos em geral e no processo coletivo de forma específica, deve, no Brasil, ser aperfeiçoada para incluir a previsão genérica do *amicus curiae*.

Cumpra observar que mesmo o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos permanece em silêncio, devendo contemplar um dispositivo específico sobre a intervenção genérica do *amicus curiae* nos processos coletivos. Tal anteprojeto apenas apregoa, entre seus princípios (art. 2º), o acesso à Justiça e

à ordem jurídica justa, uma maior participação no processo coletivo e pelo processo coletivo, além da maior flexibilidade da técnica processual²⁷⁵.

A utilização da técnica processual, a partir de regras mais abertas e flexíveis, se bem compreendidas e interpretadas, pode propiciar a maior efetividade do processo coletivo. Aliás, na Exposição de Motivos do Anteprojeto faz-se referência à “transformação do juiz em um verdadeiro gestor do processo”, o que pode ser concretizado se bem utilizado o princípio da maior flexibilidade da técnica processual.

Não obstante a previsão de cláusulas processuais abertas, das quais se pode extrair a maior participação do *amicus curiae*, melhor seria a previsão de dispositivo específico que permitisse ao órgão judicial admitir a sua intervenção sempre que, em razão da complexidade da causa e/ou da relevância social da questão discutida, se revelasse útil à atuação do amigo da corte²⁷⁶.

Portanto, é possível concluir pela tese da mais ampla intervenção do amigo da corte como forma de conferir maior legitimidade às decisões proferidas, principalmente nos processos coletivos, não se negando, contudo, tal possibilidade, em alguns casos, também nos processos individuais.

Essa abertura de possibilidades interpretativas, aliada à crescente força vinculante ou meramente persuasiva dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, corroboram a necessidade de ampliação dos mecanismos de argumentação e de participação da sociedade na formação do ato decisório judicial.

Trata-se de uma forma eficaz de democratização de um dos principais instrumentos de poder utilizados pelo Estado, sendo, outrossim, um elemento de respeito ao pluralismo já que possibilita uma otimização na comunicação do Poder Judiciário com os diversos segmentos da sociedade.

Não há sentido na limitação da figura do *amicus curiae* apenas à fiscalização da constitucionalidade das leis no controle abstrato. Reconhece-se, por primeiro, que essa atividade de controle de constitucionalidade não se resume ao

²⁷⁵ O texto do anteprojeto pode ser encontrado na internet, no site do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP): www.direitoprocessual.org.br.

²⁷⁶ Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. asseveram: “Seria uma intervenção atípica de *amicus curiae*, ideia que nos parece louvável, tendo em vista a finalidade da participação deste especial auxiliar do juízo: legitimar ainda mais a decisão do órgão jurisdicional, em um processo de evidente interesse público” (Curso de direito processual civil – processo coletivo. Vol. 4. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2008. p. 262).

controle abstrato, havendo que se reconhecer que toda a atividade processual traz consigo a necessidade de adequação constitucional do ato decisório. Por outro lado, há outras questões levadas ao Judiciário que não são menos relevantes do ponto de vista social²⁷⁷.

Toda vertente flexibilizatória, tanto na interpretação quanto no procedimento, não pode prescindir de limitações. Esse é um postulado, já reconhecido em outros momentos do presente texto, que não pode ser ignorado. Por isso, é importante que se delimite o real significado da expressão “relevância social”, já que o impacto social da decisão é o elemento indicador principal da necessidade de abertura subjetiva do procedimento. Essa questão possui relevância em face do risco que se corre em termos de efetividade, sendo possível que intervenções inúteis e infundáveis dêem margem a um alargamento no espaço temporal entre a necessidade e a solução. Por isto, a *relevância social* há de ser compreendida tendo em vista critérios como a natureza do bem jurídico, as características da lesão ou da ameaça de lesão, além da abrangência da decisão.

Inobstante a inexistência de previsão específica quanto à intervenção do *amicus curiae* de modo generalizado, mesmo que apenas em sede de tutela coletiva, há que se observar que a aplicação do instituto, ao menos para os processos coletivos, representa uma adequação principiológica do processo a padrões neoconstitucionais que se afinam, outrossim, ao novo contraditório.

Para que melhor se compreenda a inserção de terceiros no debate judicial como proposta de um novo contraditório, há que se visualizar de forma bastante clara as modificações que tornaram o processo um meio coletivo de realização da Justiça. Há se perquirir destarte a natureza e os princípios que regem de modo específico essa postura²⁷⁸ processual.

4.4.2.1 Natureza do processo coletivo

Os processos coletivos, ou melhor dizendo, a tendência à coletivização das demandas judiciais representa uma das muitas manifestações claras do

²⁷⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. *Op. cit.* p.168.

²⁷⁸ O termo é aqui empregado no sentido de atitude assumida pelo processo perante o caso em concreto.

neoprocessualismo. Esse fato, por sua vez serve como mais um argumento de sustentação para o novo contraditório, principalmente considerando-se que a doutrina tradicional pensava o referido princípio como sendo uma garantia individual das partes e não como um direito público subjetivo, relacionado à sociedade como um todo ou relacionado com a democratização das decisões judiciais.

Os processos coletivos trazem em seu bojo uma carga de aspirações democráticas que os diferenciam dos processos individuais. Esse é um dos motivos, talvez, pelos quais se pode afirmar que a coletivização dos conflitos é um fato moderno, alcançado com o amadurecimento das democracias ocidentais, podendo-se, também, observar que as primeiras manifestações no sentido de coletivização do processo aconteceram em países de elevado grau de amadurecimento democrático.

Contudo, não se pode negar a unidade do processo, havendo de se reconhecer que as influências adjacentes aos processos coletivos impactaram de forma positiva também nas lides entre particulares. Assim, o mesmo processo, em sua unidade, passa a ser maleável e assume as exigências do caso concreto, podendo, segundo esse mesmo caso concreto assumir posições mais ou menos democráticas.

Não se discute no presente texto se a coletivização dos conflitos deu ou não azo ao surgimento de um novo ramo dentro da ciência processual, contudo, independentemente da natureza jurídica atribuída aos processos coletivos há que se reconhecer uma renovação principiológica importante.

O processo coletivo possui uma feição nitidamente constitucional de modo a afirmar-se que o Direito Processual Coletivo pertence ao Direito Processual Constitucional, podendo-se ainda fazer referência a um *“Direito Processual Constitucional Social”*²⁷⁹. Isto porque o processo coletivo visa solucionar pretensões que envolvem direitos dispersos no meio social, sob a titularidade de grupos de indivíduos não identificáveis ou identificáveis, com uma natureza comum ou uma relação jurídica básica comum, bem como veicular pretensões de cunho individual, que podem oportunamente ser tuteladas de forma comum.

Por isso, o processo coletivo traz, de forma mais pronunciada que o

²⁷⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit. p. 17.

processo individual, resultados sociais impactantes no meio da coletividade. Não se nega, contudo essa virtude ao processo individual, porém o impacto nesses casos é menos perceptível. Daí ser mais necessária, num primeiro momento, a abertura democrática nos processos coletivos, não se podendo restringir os mecanismos processuais que permitem a participação dos cidadãos na efetivação desses direitos socialmente relevantes.

Conclui-se, portanto, que a própria natureza do processo coletivo e das pretensões por ele veiculadas já são uma espécie de justificativa para a ampliação do contraditório e do debate judicial e justificam a existência de novos padrões valorativos para o princípio do contraditório. De fato, a ampliação do debate em contraditório, considerado o ângulo subjetivo, permite a consideração de um maior número de pontos de vista, todos relevantes para a solução de questões jurídicas. Afinal, nos processos coletivos é de fato possível vislumbrar o conceito de processo socialmente efetivo, que seria aquele capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo²⁸⁰.

Acrescenta-se ainda que a tutela coletiva deve ser orientada pelo *princípio do máximo benefício social*, o que importa no reconhecimento de que o padrão clássico de contraditório, de cunho individualista, não é capaz de atender a este mister. Logo, a utilização de técnicas processuais voltadas à maior participação da comunidade é uma necessidade óbvia de um novo contraditório, o que importa, inclusive, na intervenção de terceiros, não imediatamente envolvidos no conflito.

Dentro da natureza se insere uma gama de princípios que podem ser específicos da postura coletiva do processo ou gerais, mais revistos de uma forma peculiar ao fenômeno da coletivização. É nesse sentido que se fala em:

a) Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva

A fundamentação da intervenção do *amicus curiae* sedimenta-se não apenas na existência de uma tendência coletivizadora dos conflitos, mas também nos próprios princípios que orientam essa tendência, bem como nos princípios clássicos do processo de partes. Há que se observar, de início, que, embora se

²⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Por um processo socialmente efetivo*. In . Revista de Processo n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 2002. p. 181.

reconheça a existência de princípios peculiares aos processos coletivos, deve-se admitir que muitos dos princípios próprios das demandas individuais ganham novo conteúdo valorativo não apenas em decorrência das correntes neoconstitucionalistas ou neoprocessualistas, mas também como decorrência do próprio advento das tendências coletivizadoras. O que não se pode perder de vista, neste aspecto, é a noção de unidade do processo, o que conduz à conclusão de que os princípios processuais, criados de início para um procedimento de partes, têm de ser adaptados à ampliação subjetiva do processo.

Nesse sentido, o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva não é um dado novo na ciência processual, mas é o mesmo princípio que tem por mote a efetividade do processo em seu todo. Logo, tanto os processos individuais, como especificamente os processos coletivos não podem prescindir de nenhum instrumento que seja considerado eficaz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (artigo 5º, inciso XXXV da CF).

Desse modo, o processo coletivo deve revestir-se de todos os instrumentos necessários para que seja efetivo²⁸¹. Conclusão que precisa ser estendida também aos processos individuais, embora o interesse público nesses casos, por ser menor, não exija tanta abertura ou flexibilidade.

Como desdobramento desse princípio, não se pode impedir a intervenção ampla de terceiros, na qualidade de amigos do juízo, posto que o direito à tutela jurisdicional coletiva deve incluir todas as técnicas processuais capazes de promover a proteção integral dos direitos materiais, discutidos em juízo.

Tal princípio é expresso no sistema, conforme pode-se observar dos artigos 83 do CDC e do artigo 21 da LACP. O anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo, por sua vez, prevê, no artigo 2º, princípios outros que podem ser elencados como corolários dessa máxima amplitude e que, de igual forma, sustentam a intervenção ora defendida. Assim, pode-se citar o princípio da flexibilização da técnica processual e o próprio princípio da instrumentalidade das formas, trazido do processo tradicional. Tais princípios demonstram que a busca por uma tutela efetiva supera qualquer entrave formal que possa, além de emperrar o andamento processual, impedir a descoberta da verdade processual ou deixar de

²⁸¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. cit. p. 576.

promover a Justiça da decisão.

b) Princípio do acesso à Justiça e à ordem jurídica justa

Tal princípio encontra previsão constitucional (art. 5º, inc. XXXV, CF) e aplicação geral, sendo portanto comum a qualquer postura ou dimensão processual. Representa a consagração da terceira onda de acesso à Justiça, preconizada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth²⁸², pela qual a ideia de direitos coletivos nasceu como uma das formas de efetivação do acesso à Justiça. Com isto, permitiu-se que os direitos dispersos na sociedade de massas pudessem alcançar uma forma adequada, efetiva e célere de tutela jurisdicional.

Esse princípio também está expressamente previsto no artigo 2º do anteprojeto de Código de Processo Civil coletivo.

Na preocupação do acesso à ordem jurídica justa, delinea-se o conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional coletiva (art. 5º, inc. XXXV, CF), voltado a proteção integral e efetiva dos direitos materiais transindividuais ou individuais homogêneos.

Logo, de modo semelhante ao assinalado no tópico anterior, para a efetividade do processo coletivo, não se deve prescindir dos meios processuais para uma perfeita busca da verdade e promoção da Justiça da decisão.

Sendo assim, o princípio do acesso à Justiça deve atender ao primado da democracia participativa. Não se pode, pois, negar que outros interessados, diferentes das partes, desde que possuam representatividade adequada e a questão jurídica se mostre socialmente relevante, tenham acesso ao processo, para que nele possam manifestar opinião, contribuindo para a construção de precedentes adequados à proteção dos direitos coletivos.

c) Princípio da participação pelo processo e no processo

Esse princípio representa um objetivo a ser alcançado pelo processo coletivo e que deve ser estendido a todos os processos como decorrência do

²⁸² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

reconhecimento de um novo contraditório.

Constitui-se em um feixe de outros princípios que facilitam o alcance deste objetivo. Significa que, de forma democrática, as pessoas potencialmente atingidas pela decisão judicial devem poder participar, por meio dos mecanismos processuais, da construção da solução que melhor efetive os direitos coletivos²⁸³.

Implica, pois, a necessidade de uma ampliação do debate judicial nos litígios coletivos e serve de sustentáculo a qualquer intervenção saudável para o alcance dos fins estabelecidos para o processo coletivo.

Não se pode, destarte, negar a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, porquanto constitui exemplo de amplitude participativa no debate judicial voltado para a solução dos conflitos da sociedade de massas. A intervenção do *amicus curiae*, como salientado *supra*, torna-se uma necessidade democrática de abertura do processo, a fim de ele esteja conformado com os anseios e perspectivas de toda a sociedade.

O princípio da participação pelo e no processo está ligado ao princípio da cooperação processual, também considerado um sub-princípio do novo contraditório, no qual as partes atuam em conjunto com o juízo na busca da melhor solução para o caso concreto, dando-se legitimidade ao ato decisório proveniente do Judiciário.

O princípio da cooperação, aqui analisado dentro da participação no e pelo processo, representa uma forma de realização da dialética processual, por intermédio da viabilização de um constante diálogo, oportunizando iguais chances de argumentação aos atores processuais, reconhecendo-se também à própria comunidade a titularidade de ator processual na medida em que esta também se vincula à atividade decisória. Tal princípio permite ainda uma maior interação do juiz com as partes, sem, contudo, comprometer a imparcialidade judicial. Com efeito, a posição ativa do juiz confere maior liberdade aos sujeitos processuais, a fim de promover a mais ampla argumentação jurídica, indispensável a melhor efetivação dos direitos coletivos.

²⁸³ Conforme Cândido Rangel Dinamarco, a “efetividade do processo está bastante ligada ao modo como se dá a participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz (...) O grau dessa participação de todos constitui fator de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto-de-vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito” (A instrumentalidade do processo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 359).

Evidentemente, tal cooperação não envolve apenas as partes, mas todos os que, incluindo o *amicus curiae*, de modo relevante, possam contribuir de forma efetiva para a proteção judicial dos direitos dispersos no seio da sociedade²⁸⁴.

Nesta dimensão cooperativa, deve ser incluída a participação dos órgãos públicos na produção da prova, princípio expressamente arrolado no artigo 2º, letra “f”, do anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo. Assim, é possível mitigar o ônus processual, relativo a custas de perícias, evitando que a questão técnica deixe de ser elucidada, comprometendo a correta aplicação do direito ao caso concreto. Torna-se possível que, na produção de prova pericial, o julgador busque o auxílio de universidades públicas, órgãos de pesquisa e pessoal especializado. Além da específica colaboração para fins de produção da prova, é possível cogitar a intervenção, no processo coletivo, de entes públicos, com representatividade adequada, desde que o juiz considere socialmente relevante a sua manifestação. Por exemplo, em processos coletivos de natureza ambiental, no qual o IBAMA não seja parte, será possível a sua manifestação, em face da experiência do órgão em questões dessa natureza. Logo, pode-se pensar que a cooperação dos entes públicos é também uma forma implícita de intervenção de *amicus curiae*, contida no anteprojeto do Código de Processo Civil Coletivo, porquanto não se justifica apenas a cooperação para fins meramente de produção da prova científica, já que outras colaborações técnicas, igualmente relevantes, podem ser prestadas no processo coletivo.

Por fim, a cooperação processual envolve a noção de boa-fé. Por isto, assim como as partes, o amigo da corte estará sujeito às mesmas penalidades nos casos em que tenha contribuído para o falseamento da verdade ou abusado do direito processual. Ou seja, tudo o que se disse em relação aos deveres das partes no novo contraditório, aplica-se igualmente à sociedade, já que o compromisso com a verdade e com a realização da Justiça é um compromisso social direcionado a todo e qualquer cidadão. Importa, destarte, ressaltar que a intervenção do *amicus curiae* não pode ser elemento a causar tumulto processual, já que esse não é o

²⁸⁴ “Justamente em função da incidência concreta do ‘princípio da cooperação’, destarte, o *amicus curiae* legitima-se, ao lado das partes ou de quaisquer outros sujeitos processuais, como portador de informações, elementos, dados, documentos, valores que, de outro modo, poderiam não chegar ao conhecimento do magistrado, que não estaria, rigorosamente falando, apto a proferir a melhor decisão para o caso concreto” (BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 57).

objetivo da sua intervenção. O amigo da corte deve intervir somente quando demonstrar que possui representatividade adequada e que possa, efetivamente, contribuir com a melhor aplicação científica do direito nos casos concretos. Por isto, não se pode aceitar manifestações de cunho protelatório ou tumultuário, de modo que ao amigo da corte se impõem as mesmas possibilidades de sanção impostas às partes quando há litigância de má-fé ou abuso do Direito Processual.

Por último, cabe ressaltar que os princípios aqui estudados não são os únicos a fundamentar a intervenção do amigo da corte, tendo caráter meramente exemplificativo. Outros princípios, dispersos no sistema processual, também poderiam ser explorados para a promoção do Direito Fundamental à tutela jurisdicional efetiva, evitando-se a busca de decisões judiciais mais adequadas, por ausência expressa da técnica processual.

CONCLUSÃO.

As diversas reformas pelas quais tem passado do Código de Processo Civil brasileiro revelam uma preocupação do Estado para com o acesso à Justiça, porquanto, independentemente do teor das leis reformadoras, todas elas pretendem agilizar os procedimentos e criar mecanismos capazes de propiciar uma tutela jurisdicional mais ampla e efetiva.

A preocupação demonstrada pelo legislador e incentivada pela doutrina não é casual, pois revela um problema mundial referente ao aumento no número de demandas e na maior complexidade dessas demandas. Aliado a isso há um clamor social sempre presente, impulsionando politicamente tais reformas.

Em nada obstante tais acontecimentos, que constituem um dado a ser considerado, percebe-se que o processo também passa por mudanças internas em sede doutrinária e tais mudanças não podem ser desprezadas sob a justificativa de que é possível uma maior adequação do processo aos anseios sociais por meio da simples edição de leis atualizadoras.

Independentemente de reformas legislativas, há uma premência de mudanças na base hermenêutica do processo e nos padrões conceituais historicamente estabelecidos para este ramo do saber jurídico. No primeiro capítulo essa afirmação foi contextualizada ao se discorrer sobre o modo pelo qual o liberalismo burguês, historicamente identificado com a Revolução Francesa, influenciou as correntes positivistas e, de forma indireta, influiu também no próprio conceito de Jurisdição. Desta digressão histórica pode-se perceber como os conceitos basilares da ciência processual, no texto resumidos à ideia de Jurisdição, sofrem as influências ideológicas do positivismo e hoje passam a se adequar a um padrão pós ou neo positivista.

Esse novo padrão está intimamente ligado à ideia de invasão constitucional no processo, devendo-se ter em mente que a presente expressão quer apreender toda a nova leitura que deve ser feita dos conceitos e das normas constantes desse ramo da ciência jurídica. Nesse mesmo sentido, há que se sobrepor a noção de princípios, que, desta feita, assumem um caráter normativo, tendo aplicabilidade direta e imediata e constituindo, no mesmo sentido, efetivas garantias dos cidadãos. Tais garantias devem estar presentes na mente dos aplicadores do Direito,

principalmente, dos juízes que atuam diretamente por meio do processo.

No aspecto dos princípios, dois são particularizados no texto, o devido processo legal e o contraditório. A partir desses dois princípios pode-se perceber a importância do formalismo para o desenvolvimento do processo e para a conformação atual do procedimento.

Se no passado a forma tinha um caráter sacramental e o procedimento possuía foros de religiosidade, sendo respeitado como tal, o desenvolvimento do Estado e, posteriormente, a revolução francesa deram novo matiz à noção de forma, colocando-a, contudo, em um patamar de elevação sob o fundamento de segurança. Como se observou essa noção de segurança serviu de sustentáculo para o formalismo exacerbado, mormente, no tocante ao Estado Liberal, quando a atividade do juiz precisava de amarras que impedissem o arbítrio. Outro elemento importante do formalismo liberal é a utilização da forma como garantia de igualdade e segurança. Esses elementos do formalismo sobrevivem até os dias atuais, de modo que não se pode simplesmente desprezar a utilização da forma sob a justificativa de que se deve priorizar a realização da Justiça e a concreção dos direitos fundamentais.

Contudo, o formalismo atual, sob a influência de Klein, não pode seguir a mesma rigidez do formalismo liberal e inúmeros são os fatores apontados no presente texto a demonstrar essa conclusão. Nesse sentido, citam-se como elementos indicadores da necessidade de um novo formalismo: a dimensão coletiva assumida pelo processo nos dias atuais; a necessidade de efetivação de direitos sociais constantes da Constituição; a necessidade de ponderação quando, dentro de um caso em concreto, há choque entre princípios. Com relação a esse último exemplo, deve-se ressaltar que o constante embate principiológico, decorrente do pluralismo constante da maior parte das constituições ocidentais, é uma presença inegável na grande maioria dos processos. Decorrente, pois, deste embate está a necessidade de solução e, portanto, a necessidade de um formalismo também maleável, já que deve estar apto a conduzir o julgador a uma decisão que melhor atenda aos anseios presentes no corpo social.

Ainda no tocante ao formalismo, há que se estabelecer uma relação direta entre esse conceito e os princípios constitucionais. Dada a sua inegável necessidade, pode-se, inclusive afirmar que se trata de um verdadeiro princípio garantidor de um processo seguro, igualitário e legítimo. Além disso, o formalismo,

enquanto instrumento de efetividade constitucional para o processo, termina por tornar-se uma garantia democrática, na medida em que permite que o cidadão conheça os atos e deles participe, segundo os padrões estabelecidos. Trata-se, outrossim, de uma garantia legitimadora, pois a decisão só será legítima se respeitar a forma estabelecida democraticamente na lei e uma garantia de imparcialidade, por estabelecer posições jurídico-processuais igualitárias.

Das reflexões acerca do formalismo se depreende que o mesmo é absolutamente necessário, mesmo em se considerando uma nova postura para o processo civil sob o prisma constitucional. Todavia, o formalismo excessivo não possui mais espaço na dimensão atual do processo, o que não significa que o conceito deva assumir uma total e ampla liberdade de forma. O processo deve buscar uma posição de equilíbrio no tocante ao formalismo e, nesse sentido, deve adequar padrões extremos a um conteúdo que seja capaz de, ao mesmo tempo, garantir a efetividade sem prejudicar a segurança; garantir maleabilidade sem permitir o arbítrio; garantir o diálogo democrático sem que isso importe em tumulto processual. Daí falar-se em um neoprivatismo e em um neopublicismo, já que as posições extremas devem se unir numa nova vertente, única.

O formalismo é um instrumento do contraditório, de forma que a análise desse elemento é apenas um degrau para se atingir uma perfeita análise do próprio princípio constitucional.

Os marcos que delineiam a nova postura jurídica apregoada no texto influem também no contraditório e permitem o surgimento de novas técnicas cujo fim último é a maximização dessa garantia, tão cara na construção de uma tutela jurisdicional próxima da Justiça. É nesse sentido que se usa a expressão *novo contraditório*, ou seja, não com o fito de se estruturar uma total renovação do princípio até então conhecido e observado pelos processualistas, mas com o objetivo de acrescentar ao seu conteúdo valores que o tornem mais adequado à realização plena dos princípios elencados na própria Constituição Federal, mormente no tocante aos Direitos Fundamentais.

Parte-se, destarte, da ideia tradicional de que o contraditório importa em um binômio formado por duas garantias adjacentes: a informação sobre os atos e fatos do processo e o direito de resposta ou possibilidade de manifestação. Porém, percebe-se que esse dualismo torna-se simplista a partir da nova visão constitucional.

De fato, no neoconstitucionalismo, o contraditório assume uma postura mais abrangente atingindo uma maximização valorativa do princípio, podendo-se assim falar em contraditório como garantia de participação democrática; como elemento legitimador das decisões judiciais e elemento formador da convicção popular.

Como garantia de participação democrática o contraditório acaba por superar o restrito binômio entre informação e resistência, passando a abarcar a garantia de influência, de modo que, tanto às partes, quanto à própria sociedade deve ser garantida a possibilidade de influenciar na decisão em face de seus impactos diretos e indiretos. Por tal motivo, o princípio implica em uma obrigação do órgão jurisdicional no sentido de demonstrar à sociedade e às partes a realização do princípio por meio da decisão, que, portanto, deverá esmiuçar os argumentos trazidos à colação, a fim de demonstrar se houve a influência e em que medida ela ocorreu.

Enquanto elemento de legitimação das decisões judiciais, o contraditório é visto como uma forma de limitação do arbítrio estatal, já que sustenta a forma no procedimento, impossibilitando, assim, que o juiz privilegie uma das partes em detrimento de outra. Ainda nesse sentido, o contraditório permite uma adequação entre a convicção do juízo e os padrões sociais de Justiça, já que o julgador pode, por meio desse princípio, observar como pensa a sociedade e como pensam as partes diretamente envolvidas no litígio. Por outro lado, está o elemento de fiscalização da sociedade, já que o contraditório, ao permitir a ampla informação e o amplo debate dá à sociedade não apenas o direito de conhecer os atos do processo, mas, sobretudo, a possibilidade de influenciar o desenrolar desses mesmos atos fiscalizando o órgão sob o ângulo da eficiência, imparcialidade e adequação aos já comentados padrões sociais de Justiça.

Nesse ponto, cita-se a importância do pensamento luhumaniano relativo à legitimação pelo procedimento, entendendo-se que o contraditório enquanto sustentáculo da forma e do formalismo neoprocessual dá concreção à sentença do ponto de vista do sentimento social de sua obrigatoriedade. Deste modo, o ato Judicial não é um ato que se impõe pelo poder, mas que se impõe pela adequação à vontade social e pela dialogicidade. Nesse sentido, o contraditório acaba por ser considerado um direito do cidadão em face do Estado, podendo o mesmo exigir o respeito a esse padrão de Justiça sob pena de desconsideração da legitimidade do ato decisório produzido à revelia desse princípio.

Por fim, enquanto elemento formador da convicção popular o contraditório, usando uma vez mais o pensamento de Luhmann, atua na quebra da complexidade da realidade, produzindo finalmente um ato que assume foros de verdade perante a sociedade. Essa verdade conduz a atuação dos indivíduos eliminando a necessidade de imposição pelo poder. A aprovação social substitui a necessidade do poder e o contraditório serve como fator de criação para as razões dessa aprovação, devendo ser capaz de formar as razões para a aceitação das decisões.

Como parte do contraditório há o princípio da cooperação, sendo este também um dos elementos indicadores de novos valores componentes daquele princípio. Essa faceta decorre do interesse social na justa composição do litígio, o que torna a cooperação um dos elementos a justificar a ampliação do debate em contraditório, haja vista o fato de que há decisões que, inegavelmente, interferem na comunidade como um todo ou em grupos específicos, sendo que todas as decisões, mesmo que, de forma indireta, acabam por, de alguma forma, influir nos rumos da comunidade.

No âmbito específico das partes, a cooperação importa na existência de deveres específicos a serem observados. Neste aspecto, observa-se, não se fala em ônus, mas em dever, porquanto o prejuízo no desrespeito a esse princípio é amplo, envolve toda a sociedade e não pode circunscrever-se a uma mera opção. Deste modo, as partes devem colaborar para o descobrimento da verdade e para a dialogicidade do procedimento. Contudo, quando se fala em colaboração ou cooperação, não se quer dizer que as partes tenham o dever de reconhecer o direito alheio em prejuízo próprio ou que devam produzir provas em prejuízo do próprio direito. O dever está no fato de as partes terem a obrigação de dialogar, trazer elementos para o processo, demonstrar ao juiz novos pontos de vista e, acima de tudo, estarem sempre aptas à conciliação, ou seja, demonstrarem abertura a propostas e contrapostas.

Por outro aspecto, a cooperação envolve a figura do juiz. Este deve estar aberto a um diálogo com as partes, evitando decisões surpresa, possibilitando discussões e debates sobre pontos de vista ainda não observados pelas partes, fazendo com que estas atentem-se para aspectos relevantes da demanda.

Afirma-se que atualmente o processo assume um padrão cooperativo no qual o contraditório torna-se um instrumento de viabilização do diálogo o que implica na necessidade de uma previsão de deveres de conduta para as partes e

para o órgão jurisdicional. Sem essa previsão não se atingiria padrões ideais de dialeticidade. Assim, o processo torna-se capaz de possibilitar o diálogo e assume a influência desse mesmo diálogo como um fator de decisão.

O formalismo atual deve, portanto, ser apto a essa abertura dialógica, construindo técnicas que não apenas permitam sua realização, mas que também fomentem a colaboração e o diálogo. Sob um outro ângulo, essa nova realidade representa um abrandamento da oscilação histórica de um figurativo pêndulo publicístico/privatístico. Essa figura representa a oscilação constante entre a supervalorização da forma como garantia do contraditório e a supervalorização da atividade do juiz. Em alguns momentos históricos, a atividade das partes e suas garantias são privilegiadas, em outros, o poder de atuação do juiz e o caráter público do processo é agraciado. Por meio desta figura percebe-se que, no momento atual, a oscilação não pode ser identificada nem do lado publicístico, nem do lado privatístico, havendo, enfim, um abrandamento deste movimento pendular.

O novo contraditório assume, pois, uma dimensão de equilíbrio, já que o processo não pode prescindir de elementos publicísticos e por outro lado não abandona sua estrutura privatística. O que se percebe na verdade é que o processo estruturalmente assentado na figura das partes não pode, ao menos por hora, deixar de existir, contudo, essa existência merece ser revisitada com olhares menos privatísticos.

Por fim, percebe-se que o novo contraditório carece de um conjunto de técnicas procedimentais e formais mais adequadas aos valores por ele ostentados, mormente no aspecto relativo à participação democrática e à cooperação. As técnicas apresentadas no texto não constituem uma criação atual mas são fruto da observação das tendências doutrinárias atuais. Tais tendências possuem relação direta com essa noção de contraditório.

Com relação à pessoa do juiz e à sua função nessa nova perspectiva fala-se em ampliação da liberdade de atuação. Todavia, não se trata de um retorno ao publicismo tradicional, limitador da atuação das partes e centralizador. Mas trata-se de um novo publicismo, fruto da visão de um processo pluralista e voltado a valores comunitários. Reconhece-se assim que o processo individualista fora superado por uma noção coletiva de tutela jurisdicional e que, embora o processo de partes perdure na prática e tenha importância, o processo só de partes não pode mais ser aceito.

Por isso o juiz é obrigado a assumir uma nova postura, podendo, inclusive, ser considerado parte atuante pelo fato de carregar consigo o dever de incentivo a dialogicidade e o dever de argumentação total. No primeiro aspecto, deve o juiz possibilitar o diálogo e cooperar para que esse diálogo aconteça, provocando as partes, chamando-as ao debate e à própria conciliação, se esta for possível. Este chamado importa em um dever de previsão de seus próprios atos, a fim de que as partes tenham noção de como está o juiz conduzindo o diálogo e tenham também noção da dimensão de sua própria atuação no processo. Já no tocante ao dever de argumentação, fala-se em uma superação da clássica ideia de fundamentação dos atos decisórios. Os fundamentos, por terem o condão de dar legitimidade democrática à decisão, superam a mera ideia de descrição dos elementos de persuasão considerados pertinentes, assumindo o papel de demonstrativos da atividade dialógica e, portanto, inserindo nessa obrigação o dever de pontuação de todos os aspectos e argumentos trazidos pelas partes. Esse mesmo dever argumentativo adequa-se à ideia de legitimação pelo contraditório, pois vincula o juiz ao diálogo e o obriga a demonstrar como as partes e a sociedade influenciaram o seu convencimento.

Outra técnica importante relacionada no texto, a das cargas probatórias dinâmicas, faz com que haja uma flexibilidade na regra de distribuição dos ônus probatórios. Tal flexibilização aplaca a dureza do texto legal e permite que o sopesamento da prova nos autos não seja um fator de injustiça. Importa ressaltar que as regras destinadas à distribuição dos ônus probatórios são, em primeiro lugar, dirigidas ao juiz e prescrevem uma forma de se evitar a ausência de decisão por insuficiência de elementos. Num segundo plano, essas mesmas regras dirigem-se às partes, organizando sua atividade probatória.

Na forma como vêm expressas na lei, as regras de distribuição dos ônus probatórios, refletem um resquício do Estado Liberal, pois foram criadas para a preservação da igualdade formal na distribuição da prova. Justamente por isso, há a possibilidade constante de injustiça na aplicação de tais regras. Dinamizar esses ônus significa então possibilitar que o aplicador da lei, no caso concreto, diante de certas especificidades, aplaque a diferença material entre as partes, subvertendo o texto legal em nome da Justiça.

Dinamização não se equipara a inversão, porquanto a inversão é específica e aceita como uma exceção imposta pela própria lei, ao passo que a flexibilização

dessa lei, própria da dinamização é na verdade uma abertura à possibilidade interpretava, reconhecendo-se que mesmo a legislação não é capaz de abarcar todas as hipóteses possíveis na realidade prática.

Por fim, em relação às partes, as técnicas do novo formalismo implicam em um dever de diálogo e de boa-fé processual. Com efeito, para a existência de um diálogo produtivo entre os sujeitos processuais é preciso que a conduta desses mesmos sujeitos seja conforme padrões éticos. Portanto, crescem em importância os dispositivos constantes do Código de Processo Civil que dizem das responsabilidades e deveres das partes umas para com as outras e para com o juízo.

Ainda com relação às partes, fala-se em ampliação da noção de sujeitos processuais. Essa é uma necessidade advinda do reconhecimento do aspecto democrático do contraditório e da necessidade de diálogo. Com efeito, o contraditório é uma garantia pública, ou seja, uma garantia da sociedade em seu todo. Essa mesma sociedade é a legitimadora de todos os atos emanados do Estado.

Considerada a sentença um ato estatal, a sua prolação deve acontecer em um patamar de legitimidade democrática e tal legitimidade pode e deve ser maximizada com a ampliação das possibilidades interpretativas em torno da lei e do caso. Socorrendo-se, nesse sentido, do pensamento de Häberle, a interpretação constitucional e da lei, por via de consequência, não pode ser restrita a um único órgão estatal, principalmente considerando-se que os membros desse mesmo órgão não foram escolhidos de forma direta pela comunidade. Com efeito, a conformação dos textos da lei e da constituição à realidade concreta dos casos levados ao Judiciário necessita de uma atividade criadora constante, principalmente em uma era na qual o positivismo clássico não encontra mais guarida.

Propõe-se, pois, como técnica de alargamento do debate e da titularidade da interpretação legal e constitucional, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nos processos nos quais haja de forma flagrante um interesse supra-individual, mesmo em se tratando de casos formalmente individuais. Tal técnica supera a condição de mera proposta e apresenta-se como uma necessidade quando se fala em processos coletivos, devendo-se dizer que essa necessidade já fora apreendida no Brasil no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, havendo projeto de inclusão da mesma em um futuro Código

Brasileiro de Processos Coletivos.

Todavia, à guisa de proposta, essa mesma intervenção pode ser aceita em processos nitidamente individuais, desde que tenham um impacto social direto ou indireto. Isso porque a cooperação de que se fala no presente texto não é um atributo/dever da parte, mas da sociedade que deve estar pronta a auxiliar o juiz quando a decisão importar um grau de dificuldade que supere a simples técnica. Não se trata de perícia, nem mesmo de elemento de prova, mas de enriquecimento do debate judicial, necessário quando a relevância da decisão superar em impacto e em importância a mera triangulação dos sujeitos processuais tradicionais.

As técnicas apresentadas não esgotam as possibilidades propiciadas pelo reconhecimento de que o contraditório não se resume mais na mera dualidade entre informação e resposta. Trata-se de uma constatação importante para se identificar o momento histórico por que passa a ciência processual, constatando-se ainda na doutrina uma série de novas propostas que, de certa forma, atendem e demonstram um novo ângulo de visada para todo o processo. Não há, portanto, nada de revolucionário nas linhas precedentes, mas apenas a afirmação clara de que o equilíbrio é sempre o melhor caminho para que se construa um processo apto à plena realização da Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 71, jul/set.1993.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método de aplicação*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em : <[HTTP://hdl.handle.net/10183/13144](http://hdl.handle.net/10183/13144)>. Acesso em: 12/11/2009.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

AMENDOEIRA JR, Sidnei. *A utilização racional dos Poderes do Juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O que é “devido processo legal”? *Revista de processo*. São Paulo, n. 163, p. 50-59. ago. 2008.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, jan/mar. 1985.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*. São Paulo, n.31, 1983.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005.

Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 mar. 2008

_____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro* (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In. _____ (org). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n. 1, jan. 2004. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>> .Acesso em: 10 de Abril de 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, governo, sociedade*; por uma teoria geral da política. 11 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

_____. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. João Ferreira (coord.). 10 ed. Brasília: Unb, 1983, 2v.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

BRAGA, Sidney Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL JR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo*: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 53, p. 20-28, out/dez, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 117, p.9-41, set/out, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16ª ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

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

_____. *Direito constitucional à prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em : <HTTP://www.panoptica.org>. Acesso em 03 de março de 2008.

_____. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei n. 11.690/2008. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 167, ano 34. p. 25-51, jan. 2009.

_____. *Tese para o encontro estadual do Ministério Público do Paraná*. Disponível em : <www.ceaf.mp.pr.gov.br/arquivos/file/teses09/eduardocambi2.doc>. Acesso em: 12 de janeiro de 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GART, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Mandado de segurança – assistência e *amicus curiae*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo. n. 24, p.35-41, jul/ago, 2003.

CARPES, Artur Thompsen. *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em < http://hdl.handle.net/10183/14251 > . Acesso em: 13 de maio de 2009.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 6ª ed. São Paulo: Ática, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. II. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative ditutela. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 151, p.73-98, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Editora Moderna, 2002.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59-80.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Escopos políticos do processo. In. *Participação e Processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Revista dos tribunais. São Paulo: 1988.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 1987. n.139.

_____. *Intervenção de terceiros*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol 2. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito do common law. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 163, ano 33. p. 161-177. set. 2008.

_____. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O princípio da adequação no processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 164, ano 33. p. 121-134, set. 2008.

- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo. n.172, ano 34. jun. 2009.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el "neoprocesalismo". *Revista de Processo*. São Paulo. n.151, ano 32. p. 59-71. Set. 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1991.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. vol. I. 2 ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília. Unb, 1980.
- MACIEL, Ferreira Adhemar. *Amicus curiae*: um instituto democrático. *Revista de informação legislativa*. Brasília, São Paulo. n. 153, p. 7-10, jan/mar, 2002.
- MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. vol. I. 2ª ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem a Egas Direceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade*. Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais. 3ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1990.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Porto Alegre, 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/14251>> . Acesso em: 03 de abril de 2009.

MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. Vol 2. 10ª ed. trad. Benoni Lemos. São Paulo: Paulus, 2006.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.132-150.

_____. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 104, dez. 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 4.

ROTHENBURG, Walter Claudius; TAVARES, André Ramos. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SAKO, Emília Simeão Albino. *A prova no processo do trabalho: os meios de prova e ônus da prova nas relações de emprego e trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

SAPDONI, Joaquim Felipe. A função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. 8ª série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias. *O amicus curiae* no ordenamento positivo brasileiro. *Correio Brasiliense*, Brasília, 18 mar. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. Col. Temas atuais de direito processual civil. vol 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TEIXEIRA, Welington Luzia. *A construção do provimento jurisdicional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em : <www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_TeixeiraWL_1.pdf>. Acesso em : 03 de abril de 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*. São Paulo. n. 168, ano. 34, p. 107-141, fev. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1.

_____. Direito processual constitucional. *Revista trabalhista direito e processo*. Brasília: Anamatra/Ltr. Ano 7, n. 27. p. 35-44, jul-set 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIEIRA, José Ribas. *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 168, ano 34, p.53-65, fev 2009.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Acesso à justiça e sociedade moderna. In. *Processo e Participação*. Coord. Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. RT. São Paulo: 1988. p. 128-135

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos e justicia. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 1996.