

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

RAFAEL SIRANGELO BELMONTE DE ABREU

**O PROCESSO CIVIL ENTRE O JURÍDICO E O ECONÔMICO:
O Caráter Institucional e Estratégico do Fenômeno Processual**

**PORTO ALEGRE
2018**

RAFAEL SIRANGELO BELMONTE DE ABREU

**O PROCESSO CIVIL ENTRE O JURÍDICO E O ECONÔMICO:
O Caráter Institucional e Estratégico do Fenômeno Processual**

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

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2018

RAFAEL SIRANGELO BELMONTE DE ABREU

**O PROCESSO CIVIL ENTRE O JURÍDICO E O ECONÔMICO:
O Caráter Institucional e Estratégico do Fenômeno Processual**

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

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Daniel Mitidiero (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Professor Doutor Antonio do Passo Cabral (UERJ)

Professor Doutor Fredie Didier Junior (UFBA)

Professor Doutor Hermes Zaneti Junior (UFES)

Professor Doutor Leonardo Carneiro da Cunha (UFPE)

Professor Doutor Sergio Luis Wetzel de Mattos (UFRGS)

Média final: 10 (dez), correspondendo ao conceito “A”

Porto Alegre, 17 de maio de 2018.

AGRADECIMENTOS

Envolver-se na vida acadêmica é uma *estratégia* quase irracional. A escolha pelo trajeto do mestrado e do doutorado no início da vida profissional, com interface com disciplinas para além do direito, é uma *jogada* arriscada, que envolve bastante sacrifício pessoal, demanda tempo e esforço e significa pouco ou nulo retorno financeiro. Indivíduos racionais – os *Econs* de que falam Thaler e Sunstein no seu *Nudge* – dificilmente escolheriam esse caminho. Mas o doutorando em direito é um *Human*, que encontra recompensas para além da racionalidade econômica. As pessoas que cruzaram meu caminho são os *payoffs* que fazem tudo valer a pena. Por isso, meu agradecimento.

Res severa, verum gaudium. Em 2006 iniciei minhas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e descobri que seu lema estampava essa frase, então para mim apenas um jogo de palavras latinas. Naquele ano, por intermédio de meus “veteranos”, conheci um jovem professor da faculdade que lecionava direito processual civil com uma paixão pela docência e pelo processo que contagiava seus alunos. Em 2007, já seu aluno de Teoria Geral do Processo (Civil), passei a frequentar seu grupo de estudos com regularidade. Onze anos depois, quase encerrando um ciclo de iniciação científica, trabalho de conclusão de graduação, dissertação de mestrado e tese de doutorado como seu orientado direto – porque a relação aluno-professor, a amizade construída e o Projeto da Justiça Civil, pela perenidade, não se encerram –, devo agradecer por algumas lições que, hoje vejo, preenchem a moldura de significados do lema da minha *Alma Mater*. Daniel Mitidiero, obrigado por, entre outras coisas, me ensinar que pesquisa séria requer dedicação e renúncias, envolve senso de escola e respeito à tradição, mas pressupõe criatividade e *liberdade*.

Secondo. A vida acadêmica me proporcionou grandes amigos. Artur Carpes, Otávio Domit, Otávio Motta, Paulo Mendes e Vitor de Paula Ramos: a nossa parceria me mostrou, na prática, que *estratégias cooperativas* proporcionam *ótimas recompensas*. Esse trabalho não teria sido desenvolvido sem o diuturno estímulo de vocês.

Um agradecimento especial também aos Professores Klaus Koplin e Sérgio Mattos, da UFRGS, e Fabiano Coulon, da UNISINOS, pelas inúmeras sugestões ao trabalho quando do exame de qualificação. Devo agradecer, ainda, a Flávio Sirangelo, pelo diálogo constante, assim como a Antônio Zanette, Augusto Jardim, Éderson Porto, Greg Schneider, Guilherme Recena Costa, Guilherme Porto, João Máximo, Leonardo Abreu, Luís Felipe Kircher, Marcelo Torres, Marcos Iolovitch, Maria Angélica Feijó, Renzo Cavani, Ronaldo Kochem e Valternei Melo de Souza pelo apoio em diversos momentos desse ciclo. À equipe do Programa de Pós Graduação em Direito da UFRGS, agradeço na pessoa da Rosmari de Azevedo, pela cordialidade e apoio durante esses seis anos de mestrado e doutorado.

A Felipe Camozzato, Ana dal Ben, Frederico Cosentino, Fabrício Lunardi e Angela Cecatto, minha admiração pelo trabalho e agradecimento pela compreensão da ausência. Aos meus parceiros de liberdade – os NOVOS e os de sempre –, obrigado pelas lições de economia e de vida que muito serviram ao presente trabalho. Na pessoa do amigo Fabio Ostermann, que me emprestou um livro no meu segundo semestre de faculdade que acabou mudando a forma como passei a ver as interações entre direito, economia e sociedade, faço o agradecimento a todos vocês! Aos antigos colegas do Porto, Ustároz & Dall’Agnol Advogados, obrigado pelo exemplo de advocacia íntegra e de qualidade. Agradeço, ainda, profunda e sinceramente, à Di, pela compreensão das ausências e pelos inúmeros *nudges* do dia-a-dia, sem os quais esse trabalho não teria sido finalizado.

Por fim, à minha família, a quem dedico esse trabalho e devo todos os frutos que já tive a sorte de colher, obrigado pelos inúmeros gestos de apoio incondicional e por fornecerem toda a base – sobretudo de valores – que possibilitou que chegasse até aqui.

*Para Silvio, Ângela e Laura,
pelo apoio incondicional,
em todas as horas e para todas as coisas.*

There are these two young fish swimming along and they happen to meet an older fish swimming the other way, who nods at them and says: Morning, boys. How's the water? And the two young fish swim on for a bit, and then eventually one of them looks over at the other and goes: What the hell is water?

(David Foster Wallace)

Quando a narceja e o mexilhão brigam, quem sai ganhando é o pescador.

(antigo provérbio chinês).

RESUMO

O presente trabalho examina o fenômeno processual civil em seus dois aspectos: objetivo (estrutura normativa) e subjetivo (*locus* de interações humanas). Em ambas as perspectivas, pretende-se demonstrar a necessidade de abertura do fenômeno a considerações de ordem econômica. No que tange ao seu aspecto objetivo, busca-se, em primeiro plano, identificar o estado da arte da doutrina processual no que tange à natureza jurídica do processo, destacando o legado de cada uma das teorias a respeito do tema. A abordagem tem por finalidade caracterizar o processo como um fenômeno dinâmico, que se desenvolve mediante interações subjetivas. Essas interações são organizadas na forma de um procedimento qualificado pela participação. Esse procedimento serve ao desempenho da função jurisdicional (dever de dar tutela ao direito). Em segundo plano, busca-se identificar o caráter econômico da arquitetura institucional do processo, destacando variáveis que a compõem. A abordagem tem por finalidade demonstrar a necessidade de compreender esse fenômeno como uma instituição econômica que conforma incentivos aos comportamentos dos sujeitos que dele participam. No que tange ao seu aspecto subjetivo, busca-se, em primeiro plano, identificar a dupla perspectiva em que se desenvolvem as interações entre os sujeitos processuais (juiz-partes e parte-parte), destacando o modelo contemporâneo de divisão do trabalho entre os sujeitos processuais. A abordagem tem por finalidade permitir a caracterização de duas matrizes de ação no processo (agir cooperativo do juiz e agir estratégico das partes) e dos limites comportamentais impostos a esses sujeitos pelo direito processual. Em segundo plano, busca-se compreender as interações processuais das partes a partir dos axiomas de comportamento humano delimitados pela microeconomia tradicional e questionados pela economia comportamental. A abordagem tem por finalidade demonstrar a necessidade de compreender as relações entre as partes como situações de interdependência, que podem servir-se de bases microeconômicas para conformação das estratégias processuais.

Palavras-chave: Processo civil; Instituições; Cooperação; Direito e Economia; Estratégia.

RIASSUNTO

La presente tesi esamina il fenomeno processuale civile nei suoi due aspetti: obiettivo (struttura normativa) e soggettivo (*locus* di interazioni umane). In entrambe le prospettive, si intende dimostrare la necessità di aprire il fenomeno a considerazioni economiche. Riguardo al suo aspetto oggettivo, prima si cerca di identificare lo stato attuale della dottrina processuale intorno alla natura giuridica del processo, per evidenziare l'eredità di ciascuna di queste teorie. Lo scopo di questo approccio è caratterizzare il processo come un fenomeno dinamico, che si sviluppa attraverso interazioni soggettive. Queste interazioni sono organizzate sotto la forma di una procedura qualificata dalla partecipazione. Questa procedura serve all'adempimento della funzione giudiziale (dovere di tutela del diritto). Secondo, si cerca di identificare il carattere economico dell'architettura istituzionale del processo, per evidenziare le variabili che la compongono. Lo scopo di questo approccio è dimostrare la necessità di capire questo fenomeno come un'istituzione economica che fornisce incentivi ai comportamenti degli individui che partecipano al processo. Riguardo al suo aspetto soggettivo, si cerca prima di identificare la doppia prospettiva in cui si sviluppano le interazioni tra i soggetti processuali (giudice-parti e parte-parte), per evidenziare il modello contemporaneo di divisione del lavoro tra giudice e parti. Lo scopo di questo approccio è quello di individuare le due matrici di azioni nel processo (azione cooperativa del giudice e azione strategica delle parti) e dei limiti comportamentali imposti su questi soggetti dal diritto processuale. Secondo, si cerca di capire le interazioni procedurali delle parti come manifestazioni degli assiomi del comportamento umano delimitati dalla microeconomia tradizionale e messi in discussione dall'economia comportamentale. Lo scopo di questo approccio è dimostrare la necessità di capire le relazioni tra le parti come situazioni di interdipendenza, che possono utilizzare basi microeconomiche per la conformazione delle sue strategie processuali.

Parole chiave: Processo Civile; Istituzioni; Cooperazione; Diritto ed Economia; Strategia.

ABSTRACT

This thesis examines the civil procedural phenomenon in its two perspectives: objective (normative structure) and subjective (human interaction *locus*). In both perspectives, it is intended to demonstrate the need to open up the phenomenon to economic considerations. Regarding its objective aspect, first, it aims to identify the state-of-the-art of the legal science contribution to the nature of the judicial process, highlighting the legacy of each of the theories to the contemporary understandings on the subject. The purpose of the approach is to characterize civil litigation as a dynamic phenomenon, which is developed through subjective interactions. These interactions are organized in the form of a procedure qualified by participation. This procedure enables the performance of the judicial function (duty to provide an effective remedy to legal rights). Second, it seeks to identify the economic character of civil procedure's institutional architecture, highlighting the variables that compose it. The aim of this approach is to demonstrate the need to understand this phenomenon as an economic institution that provides incentives to individuals behaviors. With regard to its subjective aspect, first, it aims to identify the dual perspective in which the interactions between subjects are developed in civil procedure (judge-parties and party-party), highlighting the contemporary model of procedural division of labour between the judge and the parties. The purpose of the approach is to allow the characterization of two matrices of action in civil litigation (judge's cooperative behavior and parties' strategic behavior) and the behavioral limits imposed on these subjects by procedural law. Second, it seeks to understand parties procedural interaction as derived from human behavior axioms delimited by mainstream microeconomics and questioned by behavioral economics. The purpose of this approach is to demonstrate the need to understand the relations between the parties as interdependence situations. This would enable parties to use microeconomics for their own litigation strategies.

Key words: Civil Procedure; Institutions; Cooperation; Law and Economics; Strategy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1. Objeto	17
2. Objetivos, hipóteses de pesquisa e justificativa	19
3. Plano do trabalho	25
4. Metodologia.....	28
5. Opções formais.....	32
PARTE I – O FENÔMENO PROCESSUAL CIVIL E SEU ASPECTO OBJETIVO: DO JURÍDICO AO ECONÔMICO	34
CAPÍTULO 1 – O PROCESSO COMO FENÔMENO JURÍDICO: A NATUREZA JURÍDICA E O CARÁTER DINÂMICO DO PROCESSO CIVIL	35
1. O desenvolvimento teórico em torno da natureza jurídica do processo como uma tentativa de explicação do fenômeno processual (1): do contrato à relação jurídica processual.....	35
1.1. A importância do rito e da forma para a realidade processual	36
1.1.1. O processo como contrato ou como quase-contrato e a pré-história do direito processual	38
1.1.2. Acessoriedade e dependência do processo	43
1.2. A autonomia do direito processual e a abrangência do conceito de relação jurídica processual	44
1.2.1. O conceitualismo e sua influência para a autonomia científica do direito processual	45
1.2.2. A relação jurídica processual como explicação abrangente e totalizante do fenômeno processual	49
2. O desenvolvimento teórico em torno da natureza jurídica do processo como uma tentativa de explicação do fenômeno processual (2): perspectivas majoritárias (situação jurídica e instituição)	63
2.1. Do estático ao dinâmico: situações jurídicas processuais e a incerteza ínsita ao ambiente processual.....	63
2.2. O processo como instituição: centralismo e teleologia do processo	77
3. O desenvolvimento teórico em torno da natureza jurídica do processo como uma tentativa de explicação do fenômeno processual (3): processo e procedimento	84

3.1. Processo como ato-complexo e como procedimento	84
3.1.1. O caráter temporal da noção de procedimento	85
3.1.2. A série procedimental.....	91
3.2. A legitimidade pela participação: processo como procedimento em contraditório.	92
4. O legado da ciência processual para a compreensão do fenômeno processual... 96	
4.1. Liberdade e forma como controle de poder: o legado das noções primitivas de processo	96
4.2. Autonomia e estrutura relacional do processo: o legado da relação jurídica processual	97
4.3. Dinamismo e incerteza: o legado da situação jurídica	99
4.4. Abrangência e funcionalidade: o legado do processo como instituição.....	101
4.5. Participação e influência: o legado do processo como procedimento em contraditório	102
5. Síntese conclusiva: a reorganização do trinômio estrutural jurisdição-ação-processo a partir do caráter dinâmico do processo e o papel do contraditório.... 103	
CAPÍTULO 2 – O PROCESSO CIVIL COMO SISTEMA DE INCENTIVOS: EM BUSCA DE UMA VISÃO INSTITUCIONAL-ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL..... 109	
1. O processo civil como sistema de incentivos	109
1.1. As normas e seu papel de coordenação de comportamentos no direito e no processo	109
1.1.1. O papel de coordenação das normas.....	110
1.1.2. O papel de coordenação das normas processuais: ordem e organização.....	114
1.2. Incentivos processuais: moldando comportamentos dos sujeitos do processo através de desenhos institucionais	121
1.2.1. O problema econômico básico: recursos escassos e necessidades ilimitadas	121
1.2.2. Mecânica dos incentivos.....	124
2. Por uma nova perspectiva institucional do processo: o novo institucionalismo do direito à economia..... 133	
2.1. O direito como ordem normativa institucional: o neoinstitucionalismo de MacCormick e Weinberger	134
2.2. A Nova Economia Institucional	137
3. Variáveis processuais	142

3.1. O fator temporal.....	142
3.1.1. Tempo fisiológico do processo e sua repercussão na mecânica de incentivos...	144
3.1.2. Tempo patológico do processo e seu aspecto extrajurídico	149
3.2. O fator financeiro.....	152
3.2.1. Litigância aventureira	153
3.2.2. Custos de manutenção do litígio.....	155
4. Estruturação de desenhos institucionais	157
4.1. <i>Choice Architecture</i> e o aporte do libertarianismo paternalista na conformação de comportamentos por meio de <i>nudges</i>	159
4.1.1. A metodologia da arquitetura de escolhas	160
4.1.1.1. A função dos <i>nudges</i>	162
4.1.1.2. Tipologia dos <i>nudges</i>	168
4.1.1.3. Críticas e limites à arquitetura de escolhas.....	171
4.1.2. <i>Nudges</i> processuais: propostas de desenhos processuais baseados na economia comportamental	173
4.1.2.1. <i>Nudges</i> de incremento da informação para a tomada de decisão	174
4.1.2.2. <i>Nudges</i> da estrutura de tomada de decisão	178
4.1.2.3. <i>Nudges</i> de assistência para a tomada de decisão	182
4.2. <i>Mechanism Design</i> e escolhas institucionais eficientes	182
4.2.1. Metodologia do design de mecanismos.....	183
4.2.2. O design de mecanismos e o direito processual	187
4.3. <i>Comparative Institutional Analysis</i> e as soluções oriundas do teste das capacidades institucionais.....	189
4.3.1. As capacidades institucionais e a metodologia da análise institucional comparada	192
4.3.2. A utilidade da comparação institucional para a arquitetura processual.....	195
5. Síntese conclusiva: a perspectiva institucional-econômica do processo e a importância do desenho institucional para delimitação de incentivos adequados ao comportamento dos sujeitos processuais	201
PARTE II – O FENÔMENO PROCESSUAL CIVIL E SEU ASPECTO SUBJETIVO: DO JURÍDICO AO ECONÔMICO	207

CAPÍTULO 1 - AS INTERAÇÕES PROCESSUAIS EM DUPLA PERSPECTIVA: O AGIR COOPERATIVO DO JUIZ E O AGIR ESTRATÉGICO DAS PARTES	208
1. A divisão de trabalho entre juiz e partes e o modelo cooperativo.....	208
1.1. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes.....	208
1.2. A tensão entre os papéis do indivíduo e do estado no processo civil: critérios de distinção entre modelos processuais.....	210
1.2.1. Processo adversarial e processo inquisitorial: distinção estrutural.....	211
1.2.2. Vertente francesa e vertente austríaca: distinção histórica.....	213
1.2.3. Processo garantista e processo autoritário: distinção político-ideológica	220
1.2.4. Modelo isonômico e modelo assimétrico: distinção cultural	225
2. A síntese do modelo colaborativo como distribuição equilibrada dos papéis de partes e juiz	228
2.1. Os deveres cooperativos do juiz para com as partes e o novo CPC brasileiro	231
2.2. A discussão em torno do fundamento do modelo cooperativo.....	235
2.3. O agir cooperativo do estado-juiz.....	237
2.3.1. Os deveres de colaboração explicados pelo papel do estado em relação ao indivíduo: dever de viabilizar o livre-exercício do contraditório	241
2.3.2. Os deveres de colaboração explicados pelo papel instrumental do processo em relação ao direito material: dever de promoção da tutela dos direitos	244
3. O agir estratégico das partes	249
3.1. As posições processuais parciais e o papel da estratégia no desempenho de posições processuais.....	252
3.1.1. A estratégia do conflito judicial: agir estratégico voltado à vitória.....	254
3.1.2. Cooperação voluntária e cooperação obrigatória: proposta de reconstrução semântica	255
3.2. A cooperação das partes entre si: entre dever e estratégia	258
3.2.1. A tese da existência de deveres cooperativos das partes	258
3.2.2. Cooperação como estratégia: o caráter voluntário das condutas cooperativas das partes.....	261
3.2.3. Da inexistência de deveres cooperativos das partes	269
3.2.3.1. Em especial: os deveres éticos das partes.....	275

4. Limites ao exercício do contraditório como reflexo das exigências éticas do processo e não do modelo cooperativo.....	279
4.1. Da vedação à trapaça e ao <i>doping</i> processuais (ilícitos processuais) ao incentivo ao <i>fairplay</i> processual (cooperação processual): os comportamentos obrigatórios e os comportamentos incentivados no direito processual.....	281
4.2. O estatuto ético do processo como limite ao exercício do agir estratégico.....	286
4.2.1. Em especial: o controverso dever de veracidade.....	296
5. Síntese conclusiva: agir cooperativo do juiz e o agir estratégico das partes.....	315
CAPÍTULO 2 – AS INTERAÇÕES PROCESSUAIS NA PERSPECTIVA DAS PARTES: O COMPORTAMENTO HUMANO E O ASPECTO ESTRATÉGICO DO PROCESSO CIVIL.....	318
1. Premissas para a compreensão das interações humanas no processo.....	318
1.1. A importância da atenção ao comportamento humano para o estudo do processo	319
1.2. Os axiomas do comportamento humano e a microeconomia.....	321
2. Ajustes de rota para a compreensão do comportamento humano.....	327
2.1. Racionalidade limitada: a economia comportamental e os limites da razão.....	327
2.1.1. As limitações da racionalidade humana.....	327
2.1.1.1. Em especial: o papel das heurísticas na tomada de decisão.....	332
2.1.2. Limitação da racionalidade dos sujeitos processuais (em especial as partes)....	337
2.2. Assimetria informacional e o problema agente-principal: aplicações para a relação advogado-parte.....	339
2.2.1. Informações assimétricas e conflitos de agência.....	339
2.2.2. Espaços de aplicação do problema de agência no processo civil: relação advogado-parte.....	343
3. O processo como jogo: do bélico ao lúdico; do lúdico ao econômico.....	348
3.1. A metáfora do processo como jogo: do bélico ao lúdico.....	348
3.2. O processo como jogo: teoria dos jogos e a tomada de decisão em ambientes de interação entre diferentes sujeitos.....	354
3.3. As dificuldades de implementação de uma teoria dos jogos aplicada para o processo civil.....	360
4. A estratégia processual para além do direito.....	370
4.1. A estratégia como exigência de comportamento limitadamente racional dos sujeitos em interação processual.....	370

4.2. O caráter estratégico do fenômeno processual	377
5. Síntese conclusiva: o comportamento humano e o componente estratégico do processo civil	378
TESES.....	381
1. Teses Gerais.	381
2. Teses específicas.....	381
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	384

INTRODUÇÃO

1. Objeto

O direito processual, como ramo autônomo do direito, tem sido objeto de estudos há pelo menos cento e cinquenta anos¹ a partir de três pólos metodológicos bastante claros: jurisdição, ação (e defesa) e processo². Muitos são os estudos elaborados pela doutrina em torno desses três elementos. É possível contribuir para o aprimoramento desse ramo do direito com a elaboração de trabalho que permita compreender o fenômeno processual (o “processo”) a partir de uma determinada óptica,

¹ Utiliza-se, para fins didáticos, como marco temporal do nascimento da ciência processual a obra de BÜLOW, Oskar (1837-1907). *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964. Sobre as críticas a essa afirmação, ver considerações *infra*, no capítulo atinente ao conceito de relação jurídica processual.

² Essas três (ou quatro, entendendo a defesa como categoria autônoma) categorias compõem o objeto de estudo do direito processual e estruturam a teoria do processo civil. É tradicional na doutrina brasileira a estruturação do estudo do direito processual a partir desses três (ou quatro) pólos. Nesse sentido, exemplificativamente, três gerações do direito processual brasileiro, com ênfase em diferentes aspectos e a partir de diferentes matrizes metodológicas, AMARAL SANTOS, Moacyr (1902-1983). *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1 (1962). 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini (1933-2017); DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo* (1974). 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 1. *Teoria do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. Proposta similar já aparecia, na doutrina italiana, em CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Parte Prima (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, inclusive com explicação do porquê de utilização dessa sistemática (*giurisdição – attività – , ação – oggetto dell’attività – e processo – operazioni preparatorie dell’attività*). Também utilizando a divisão REDENTI, Enrico (1883-1963). *Diritto Processuale Civile*. Tomo I (1949). Milano: Giuffrè, 1957. Já LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile* (1955). Principi. 7ª Ed. Milano: Giuffrè, 2007, não utiliza o trinômio (ou quadrinômio, se separada a defesa) como pilares de seu manual, mas estrutura como noções preliminares a jurisdição e o processo, e, logo após o tratamento dos sujeitos processuais, aborda a ação. É sintomático, entretanto, que a doutrina italiana, como regra, não utilize esse trinômio. Diversa já era a perspectiva de CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965; CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, que constrói seu sistema a partir da ação e da relação jurídica processual, e de CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). *Sistema del diritto processuale civile*. Vol. I. Padova: CEDAM, 1936 e CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). *Istituzioni del processo civile italiano*. Vol. 1 (1941). 5ª ed. Roma: Foro Italiano, 1956, que constrói o seu sistema a partir da função do processo civil (*scopi*). Sistematização que utiliza o binômio ação (e exceção) e processo, entendendo a ação como direito à jurisdição, é a de COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos do Direito Processual Civil* (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946. Registre-se que a primeira estruturação autônoma dessa trilogia aparece em PODETTI, José Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil* (Ensayo de una sistemática del derecho procesal argentino). Buenos Aires: Editorial Ideas, 1942, pp. 64-66, conforme ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). *La Teoría General y la Enseñanza del Derecho Procesal*. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972). Tomo I. Ciudad de México: UNAM, 1974, 566, nota 192.

qual seja, a das interações entre o processo civil e a economia. É por isso que, no que tange ao objeto geral, o presente trabalho busca estruturar uma *leitura* diferente do fenômeno processual.

O objeto do trabalho, nesse intento de *releitura* do fenômeno processual, se desdobra em dois aspectos, aqui denominados de *objetivo* e *subjetivo*. O *aspecto objetivo* tem a ver com o próprio *objeto* de estudo (o processo civil), seja na perspectiva jurídica – discussão em torno da natureza jurídica desse objeto de estudo –, seja na perspectiva econômica – discussão em torno da função desempenhada pelo fenômeno na sociedade. De outro lado, o *aspecto subjetivo* (que se poderia denominar também *intersubjetivo* ou *interacional*) tem a ver com os *sujeitos* que participam do desenvolvimento desse fenômeno (o processo civil), seja na perspectiva jurídica – discussão em torno da divisão de trabalho entre juiz e partes –, seja na perspectiva econômica – discussão em torno do comportamento humano no ambiente processual.

Nessa medida, cada uma das partes do trabalho tem por tema central de pesquisa o tratamento – mediante o uso de ferramentas econômicas para a sua compreensão – e as repercussões que essa *leitura* do processo civil tem para o aspecto ligado à estruturação do procedimento (*ordo procedendi*) e para o aspecto ligado às posições de cada um dos sujeitos (*actus trium personarum*)³. Essa leitura está centrada no papel que o processo - como fenômeno que se desenvolve na realidade prática – tem como meio de conformação de comportamentos dos sujeitos nele envolvidos, especialmente da atividade dos sujeitos *parciais*⁴. Em última análise, o objeto do presente trabalho é a estruturação do caráter processual de conformação de comportamentos e o desempenho desses comportamentos pelos sujeitos processuais interessados na tutela de seus direitos no exercício de suas posições jurídicas. Daí a interface do fenômeno processual com a economia tanto na conformação do ambiente (o “processo”) quanto na atividade (“ação” e “defesa”).

³ Nesse sentido, Calamandrei: “Il processo è non soltanto una serie di atti che devono susseguirsi in un certo ordine stabilito dalla legge (ordo procedendi), ma è anche, nel compimento di questi atti, un ordinato alternarsi di più persone (actus trium personarum)” (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 27).

⁴ Adota-se aqui uma perspectiva metodológica focada nos sujeitos para quem o processo se organiza, uma perspectiva, portanto, de caráter individualista – e não estatalista – da organização do processo.

Prepondera na presente tese a preocupação com a atividade intercorrente entre as partes quando exercem sua atividade no processo (“ação” e “defesa”). Assim, pretende-se analisar a forma como o processo judicial se desenvolve a partir de duas posições específicas: a do comportamento dos sujeitos processuais e a dos condicionamentos que a realidade normativa do processo impõe para a atividade desempenhada por esses sujeitos nas suas relações entre si.

2. Objetivos, hipóteses de pesquisa e justificativa

O enfrentamento do tema da *conformação* e do *desempenho* dos comportamentos processuais depende da compreensão dos fundamentos da ação (humana em geral, e não estritamente jurídica). Para isso, faz-se necessário utilizar um conjunto de ferramentas distinto daquele tradicionalmente utilizado pela dogmática jurídica. Teorizar sobre a função de *coordenação de comportamentos* e sobre o *desempenho do agir* das partes a partir de marcos estritamente jurídicos explica apenas parcialmente o que, de fato, fazem as partes no processo judicial. A ação humana não é *conceitual*, mas *real*. A ação ocorre e se desenvolve, independentemente da apuração do conceito que dela tentou ser um retrato.

Por essa razão, esse trabalho tem por objetivo tratar de um fenômeno – o processo – partindo de suas condicionantes jurídicas em direção às suas condicionantes econômicas. Em última análise, tem por objetivo demonstrar que o estudo do comportamento humano tem *utilidade prática para a compreensão do agir das partes* (e de seus procuradores) ao longo do desenvolvimento do processo, e que isso permite, de um lado, conceber *opções interpretativas mais eficientes*, e de outro, propor a *reconstrução de alguns institutos*, com vistas a que *se obtenham melhores resultados para a nossa justiça civil*.

Em específico, pretende-se demonstrar, em primeiro lugar, que a discussão em torno da natureza jurídica do processo tem utilidade na medida em que permitiu que o processo seja concebido como fenômeno *dinâmico* e como um *espaço de ação* dos sujeitos processuais (primeira premissa). Em segundo lugar, que a discussão em torno

do papel das partes e do juiz na *divisão de trabalho* inerente ao processo tem utilidade na medida em que permitiu iluminar diferentes papéis que os sujeitos processuais podem desempenhar nas suas recíprocas ligações com os demais, sendo diversa a estruturação das posições jurídicas que deriva de cada uma dessas conexões – partes e juiz; juiz e partes; partes entre si (segunda premissa). Em terceiro lugar, é objetivo desse trabalho contribuir para uma compreensão mais adequada do papel que a norma processual tem como *sistema de incentivos* para o agir de cada um desses sujeitos parciais (terceira premissa). Em quarto lugar, demonstrar a utilidade do conhecimento produzido em outras áreas do saber a respeito da *ação humana* para uma adequada estruturação das normas processuais e para uma melhor compreensão dos seus efeitos sobre os agentes (quarta premissa). Como se verifica, a leitura proposta permite a construção de um diálogo entre essas premissas. Em um primeiro plano, conecta-se a primeira e a terceira premissas: o fenômeno processual concebido como uma estrutura jurídica e como uma estrutura econômica de conformação de comportamentos. Em segundo plano, conecta-se a segunda e a quarta premissas: o fenômeno processual concebido como modelo jurídico de divisão de trabalho entre juiz e partes e como um espaço de ação humana.

Em síntese, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar que o processo pode ser analisado como um *fenômeno dinâmico*, estruturado como uma *divisão de trabalho entre partes e juiz*, a partir de um *sistema de incentivos dados pelas normas*, com vistas a *normatizar os comportamentos* (a ação humana) desses sujeitos. Em sendo acertada essa forma de *leitura* desse instituto, a hipótese central a ser comprovada no desenvolvimento do trabalho é a de que assumem grande importância para o estudo do processo os seus *componentes institucional e estratégico*.

A hipótese da importância do componente institucional da realidade processual civil assume duas facetas. A primeira, de cunho instrumental. Busca-se dotar o processo de instrumentos metodológicos que sejam adequados a estruturar *adequados incentivos* para que o processo preste tutela de forma tempestiva, adequada e efetiva aos direitos. A segunda, de cunho prático. Busca-se compreender quais as melhores formas de estruturação das posições processuais e de progressão da cadeia procedimental (entendidas como *arranjos institucionais*) para que o processo possa desempenhar

adequadamente sua finalidade de tutela dos direitos. Assim, busca-se comprovar a hipótese de que *a abertura do processo civil às ciências que estudam o comportamento humano e a atenção ao componente institucional do processo têm utilidade para a obtenção de melhores resultados para o processo no sentido coletivo e público* do termo: melhores resultados na óptica da administração da justiça civil.

A hipótese da importância do componente estratégico na realidade processual civil assume duas facetas. A primeira, de cunho instrumental. Busca-se dotar o processo de instrumentos metodológicos que sejam adequados a permitir o exercício de *juízos de prognose de ação apurados*, para que os sujeitos parciais possam antever comportamentos dos demais agentes e, assim, obter – na posição de sujeito parcial – melhores resultados na defesa de suas posições. A segunda, de cunho prático. Busca-se compreender quais as melhores formas de desempenho das posições processuais e de progressão da cadeia procedimental (entendidas como *espaços de estratégia*) para que o sujeito parcial obtenha a satisfação de seus interesses. Assim, busca-se comprovar a hipótese de que *a abertura do processo civil às ciências que estudam o comportamento humano e a atenção ao componente estratégico do processo têm utilidade para a obtenção de melhores resultados para o processo no sentido individual e privado* do termo: melhores resultados na óptica autointeressada de qualquer dos sujeitos parciais.

A escolha do tema se justifica pela necessidade de que o processo civil, compreendido como um meio para a tutela dos direitos, seja também visto como uma instituição *humana* feita por e para indivíduos autointeressados com iguais chances de fazer valer suas próprias razões perante o estado-juiz. Essa justificativa assenta-se, em primeiro plano, em uma constatação prática que não escapa a quem já exerceu alguma posição em um processo judicial como sujeito parcial (parte ou procurador): além de um ambiente voltado à satisfação de um interesse público de consecução da justiça – tema de predileção da doutrina processual ao longo dos novecentos –, o processo é terreno do antagonismo de posições igualmente defendidas como legítimas (sinceramente ou não) e, portanto, ambiente de debate que tem como resultado a vitória de uma das versões.

Se é verdade que a doutrina majoritária dos novecentos outorgou a essa natureza pública da atividade desenvolvida pelo estado-juiz um protagonismo⁵, a finalidade de dar tutela aos direitos não se esgota na tarefa – de natureza pública – de reconstrução da ordem jurídica, e o princípio dispositivo em sentido material resta vigente na sua absoluta plenitude. Esse aspecto *parcial*, relativo ao espaço *privado* de atuação das partes autointeressadas, merece atenção, pois nem mesmo em sistemas como o brasileiro, no qual vige em larga medida o princípio inquisitório em sentido processual, é de se desconsiderar que o combustível principal do motor que desencadeia a marcha processual ainda é o interesse das partes.

Em segundo plano, a assunção do modelo cooperativo⁶ pelo direito positivo brasileiro, que encampa expressamente deveres do juiz para com as partes – de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio – ao longo de todo o procedimento, impõe ao juiz a necessidade de atender ao princípio da cooperação⁷ com vistas a que se alcance a possibilidade de decidir acerca do mérito da controvérsia. Porém, deixa dúvida – para não dizer questionável – a existência desses mesmos deveres para as partes⁸, na medida em que prevê (art. 6º, CPC) que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Realçar o componente estratégico permitirá construir uma solução para esse problema: além do juiz, as partes *devem* cooperar entre si e para com o estado-juiz?

Em terceiro plano, tem-se incrementado o papel da autonomia das partes em espaços de atuação a elas antes não permitidos, pelos menos ordinariamente. Mais do que a maior importância dada aos meios adequados de solução de conflitos (o que demonstra a proeminência dada à tarefa de *solução de conflitos* da jurisdição), institutos

⁵ De que são pilares a máxima Chiovendiana da “attuazione della volontà concreta della legge” e a natureza pública da relação jurídica processual.

⁶ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, em especial pp. 52-100.

⁷ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, em especial pp. 100-106.

⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, em especial pp. 100-106.

como o da cláusula geral de negociação processual (do art. 190 do CPC⁹) acabam por reconstruir alguns dogmas processuais perpetuados em função do protagonismo do aspecto público das normas processuais. Especial atenção tem recebido o tema do “processo antes do processo”¹⁰, que se consubstancia na possibilidade de convenções prévias à instauração do próprio processo (a exemplo da conhecida eleição de foro) que modulam sua dinâmica, “customizando-o”¹¹ mediante acordo pelas eventuais partes de um processo futuro. Justamente aqui ressalta com clareza o componente estratégico em uma situação ainda não litigiosa. A antevisão de quais os possíveis benefícios advindos daquela escolha e a comparação aos problemas que dela podem advir significam uma decisão estratégica a ser tomada pelo contratante na customização de seu processo futuro e eventual.

Em quarto plano, a proposta de analisar os comportamentos dos sujeitos parciais no processo permitirá aprofundar o estudo de certas posições processuais que cada vez mais têm surgido para as partes no processo como *opções livres* ou como *concorrência de opções* sobre como desempenhar um mesmo ato. Para utilizar a terminologia jurídica, situações processuais de liberdade a que tradicionalmente se convencionou chamar de *faculdades* e *ônus*, que nesse trabalho podem ser vistas como espaços de construção frutífera de incentivos para a indução a comportamentos. Se é verdade que é típico do agir *processual* a liberdade na ação, também é verdade que a escolha tem consequências potenciais – econômicas ou jurídicas dependentes da intercorrência de outros fatos ou atos – mais ou menos prováveis. Mesmo o próprio exercício da liberdade de ação pode ser abusivo ou disfuncional¹². Logo, os espaços de

⁹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹⁰ Sobre o tema, por todos, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 75-76.

¹¹ Utilizo essa expressão em trabalho anteriormente publicado para denotar o aspecto de personalização inerente ao tema dos negócios processuais. Sobre o tema, ver ABREU, Rafael Sirangelo de. ‘Customização processual compartilhada’: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v.41, n.257, p. 51-76, jul. 2016.

¹² Um exemplo disso é a concorrência de foros competentes e a tese propugnada de controle mediante utilização da teoria do *fórum non conveniens* em caso de exercício abusivo da escolha do foro concorrente, ver BRAGA, Paula Sarno. *Competência adequada*. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38,

liberdade serão, tendencialmente, espaços de estratégia lícitos às partes, ainda que no que tange ao comportamento possa haver limites ligados a um estatuto ético do processo.

A opção pelo tema do presente trabalho justifica-se, ainda, pela ausência de um tratamento do tema pela doutrina especializada. O tema da realidade estratégica do processo civil tem pouca expressão na literatura processual civil. As perspectivas institucionalistas existentes não dão conta da caracterização econômica do conceito de instituição aplicado ao processo¹³. De outro lado, muito embora haja na doutrina anglo-saxã algumas obras específicas analisando os elementos estratégicos do conflito judicial¹⁴, especialmente da estratégia judicial¹⁵, na literatura de língua portuguesa há apenas uma monografia enfatizando o aspecto estratégico, sem, entretanto, desenvolver o tema de forma abrangente¹⁶. Muitas das ferramentas utilizadas para explicar o *agir estratégico* são bem elaboradas nas aplicações processuais da análise econômica do

n.219, maio, 2013, pp. 13-42 e BENEDUZI, Renato. Forum non conveniens. In: MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Peixoto; FREIRE, Alexandre Freire. (Org.). vol. 1. Coleção novo CPC (doutrina selecionada). 2ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 799-818. Sobre o tema, em perspectiva diversa, advogando pela utilidade de agregar ao exame da competência adequada também o teste das capacidades institucionais, ver CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017, pp. 586-616.

¹³ Sobre o tema, ver GUASP, Jaime (1913-1986). Concepto y Metodo de Derecho Procesal (1944). Madrid: Civitas, 1997 e, no Brasil, para uma perspectiva absolutamente distinta, LEAL, Rosemiro Pereira. A teoria neoinstitucionalista do processo. Uma trajetória conjuntural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

¹⁴ Sobre o tema, a partir da perspectiva parcial adotada no trabalho, ver CELONA, John. Winning at Litigation Through Decision Analysis. Creating and executing winning strategies in any litigation or dispute. Cham: Springer, 2016 e DREIER, A. S. Strategy, Planning & Litigating to Win: Orchestrating Trial Outcomes with Systems Theory, Psychology, Military Science and Utility Theory. Lexington: Conatus Press, 2012. Há vasta literatura em torno das estratégias argumentativas, retóricas e linguísticas, tema que optamos por não evidenciar sob pena de ampliação do escopo do presente trabalho da economia para a linguística. Sobre o tema, ver O'BARR, William. Linguistic Evidence. Language, Power, and Strategy in the Courtroom. San Diego: Academic Press, 1982; NEUMANN JR., Richard. Legal Reasoning and Legal Writing. Structure, Strategy and Style (1990). 4ª Ed. New York: Aspen Law & Business, 2001 e ZILLMAN, Donald; ROTH, Evan. Strategic Legal Writing. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹⁵ A mais famosa delas MURPHY, Walter (1929-2010). Elements of judicial strategy (1964). Reimp. New Orleans: Quid Pro Books, 2016 trata dos elementos estratégicos do agir judicial (tema estranho ao objetivo do presente trabalho). Nesse mesmo assunto, na perspectiva específica das cortes supremas, ver BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph. Strategy on the United States Supreme Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

¹⁶ ABREU, Carlos Pinto de. Estratégia Processual. De uma visão bélica para uma perspectiva meramente processual. Coimbra: Almedina, 2014.

direito¹⁷. Um exemplo é a aplicação da teoria dos jogos¹⁸. No entanto, não há sistematização sobre a totalidade do fenômeno do processo civil à luz das ferramentas econômicas, em especial a partir das premissas utilizadas nesse trabalho, da nova economia institucional e da economia comportamental. Ainda que o presente trabalho não tenha a pretensão de esgotar todas as interfaces existentes entre a economia, a psicologia e o direito processual, esses elementos podem contribuir para uma estruturação inovadora de alguns institutos processuais. Adverte-se, entretanto, que não se trata de um trabalho de cunho exclusivamente econômico ou sociológico (ou de contornos *ajurídicos* ou *antijurídicos*); trata-se de uma abordagem de institutos jurídicos *lidos* também à luz de elementos de natureza *extrajurídica*.

3. Plano do trabalho

Para viabilizar a compreensão da proposta de leitura do fenômeno processual utilizada na presente tese, faz-se necessário desnudar a *estratégia* utilizada para enfrentamento do seu objeto.

¹⁷ Sobre o tema, em perspectiva processual, na literatura estrangeira, PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005; BONE, Robert. *Civil Procedure. Economics of civil procedure*. New York: Foundation Press, 2003 e MARCHESI, Daniela. *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 2003. Há inúmeros artigos na doutrina estrangeira, citados ao longo do presente trabalho. Na literatura nacional DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009 e GICO JR., Ivo Teixeira. *A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Economia, 2012. Tratando do tema, de forma parcial, no processo civil, em monografias, BODART, Bruno. *Tutela da evidência. Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC (2014)*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2015 e MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. Análise Econômica e Jurídica*. São Paulo: RT, 2017. Há alguns artigos na doutrina brasileira, citados ao longo do presente trabalho.

¹⁸ Em perspectiva geral, abrangendo o processo civil, BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert; PICKER, Randal. *Game Theory and the Law (1994)*. Reimp. Cambridge: Harvard University Press, 1998. No âmbito dos meios adequados de solução de conflitos, ver BRAMS, Steven. *Negotiation games. Applying Game Theory to Bargaining and Arbitration (1990)*. Reimp. New York: Routledge, 2003. Em perspectiva crítica, BECKER, Laércio A. (coord.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: SAFe, 2012. Para aplicação ao processo civil, ainda que relativamente a um tema parcial, ver GONÇALVES, Jéssica. *Acesso à Justiça e Teoria dos Jogos. Da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 e MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. Em perspectiva processual penal, o já bastante conhecido MORAES DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos (2013)*. 3ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. Outras referências não-monográficas serão citadas ao longo do trabalho.

A presente tese estrutura-se em duas partes. A primeira parte tem a função de organizar a passagem do direito à economia na compreensão do aspecto objetivo do fenômeno processual. Ela se organiza em dois capítulos que refletem, de forma preponderante, a concepção jurídica e econômica, respectivamente. A segunda parte tem a função de organizar a passagem do direito à economia na compreensão do aspecto subjetivo do fenômeno processual e também é composta de dois capítulos.

O primeiro capítulo da primeira parte assume o ponto de vista do processo como *conceito jurídico* – e, portanto, como objeto de conhecimento do jurista. Busca-se na discussão sobre a *natureza jurídica do processo* elementos que possam definir o fenômeno em perspectiva dinâmica, como uma concatenação de atos no tempo, estruturada a partir de condicionamentos recíprocos entre todos os sujeitos participantes da cadeia. O trabalho toma como *ponto de partida* a teorização em torno do *conceito* de processo para dela extrair elementos que permitam defini-lo como um ambiente normativo, estruturado na forma de um procedimento. Busca-se assentar, com isso, que o processo, como fenômeno jurídico, funciona como um *locus* adequado e promotor do exercício de posições jurídicas – e, por isso, estratégias lícitas – pelos sujeitos parciais interessados na obtenção da tutela de seus direitos.

O segundo capítulo da primeira parte assume o ponto de vista do processo como *estrutura de incentivos normatizados pelo direito* – e, portanto, como instituição política, jurídica e econômica. Busca-se na discussão sobre a *função de coordenação das normas processuais* elementos que possam definir as diferentes formatações normativas do fenômeno processual como fator de influência para o comportamento estratégico dos sujeitos processuais parciais. O trabalho toma como *ponto de partida* a teorização em torno da influência do tempo, do custo financeiro e de outras *variáveis econômicas nos comportamentos humanos* para dela extrair elementos que permitam demonstrar que as diversas estruturas normativas processuais – as diferentes “regras do jogo” – funcionam como uma estrutura de incentivos aos litigantes. Busca-se assentar, com isso, que o processo determina, a partir da sua formatação normativa e em função de variáveis econômicas, os comportamentos que serão desempenhados pelos litigantes, sendo necessária a *delimitação de incentivos adequados pelas normas processuais*.

A segunda parte inicia seu primeiro capítulo assumindo o ponto de vista do processo como *comunidade de trabalho e organização de poder* – e, portanto, como conjunto de situações e posições jurídicas subjetivas. Busca-se na discussão sobre a *divisão de trabalho entre juiz e partes* elementos que possam definir as relações entre juiz e partes e das partes entre si como derivações diretas da relação entre estado e indivíduo e dos indivíduos entre si em uma sociedade. O trabalho toma como *ponto de partida* a teorização em torno dos *modelos* de processo para dela extrair elementos que permitam demonstrar a sua suficiência no que tange às relações entre juiz e partes (explicando-se, assim, o agir *cooperativo* do juiz) e ao mesmo tempo a sua insuficiência parcial no que tange às relações *interpartes* (propondo-se, assim, o agir *estratégico* das partes como sua matriz de ação). Busca-se assentar, com isso, que o processo como fenômeno jurídico viabiliza o exercício da liberdade das partes, mediante *espaços de ação estratégica* limitados por deveres éticos, mas não por deveres de cooperação

O segundo capítulo da segunda parte assume o ponto de vista do processo como *espaço de ação humana* – e, portanto, como ambiente de interações estratégicas. Busca-se na discussão sobre a *interação entre o direito e a economia* elementos para a definição de axiomas sobre o comportamento humano dentro e fora do processo. O trabalho toma como *ponto de partida* as teorizações acerca da *escolha racional* e das *limitações cognitivas* estudadas pela economia comportamental para delas extrair elementos que permitam compreender o comportamento humano em situações de conflito, cooperação e coordenação e na tomada de decisão sobre a ação. Busca-se assentar, com isso, que a *maximização de resultados* – resultados, esses, que serão definidos de maneira autointeressada pelos sujeitos processuais parciais em função de suas preferências e de suas limitações cognitivas – é o objetivo central das partes no processo, sendo necessária a *utilização de um ferramental alheio ao direito* para compreendê-lo e tratá-lo adequadamente.

Assentadas as premissas a partir das quais se propõe ler o atual processo civil, o presente trabalho desenvolve essa proposta de *leitura do processo* propugnando, pontualmente, formulações jurídicas e econômicas, e enfrentando alguns problemas processuais práticos. O objetivo dessas intervenções pontuais é, portanto, demonstrar possíveis espaços de *aplicação prática* das propostas de leitura institucional e

estratégica do processo civil, buscando contribuir para a solução de *problemas* que derivam da inevitável *incompletude* do arcabouço normativo que rege o processo civil brasileiro. Essa aplicação pode se dar pela via de propostas de interpretação dos textos normativos ou mediante propostas de alterações pontuais de institutos. Por óbvio, nessa medida, o trabalho tem uma finalidade *propositiva*, de modo a que possa se estruturar um processo civil com resultados efetivos no respeito à dignidade da vida, à liberdade, à propriedade e ao contrato.

4. Metodologia

Estudar o fenômeno processual a partir de elementos puramente dogmáticos é, certamente, uma tarefa fadada a uma parcial utilidade para a compreensão do efetivo funcionamento das organizações sociais. A expressão “elementos puramente dogmáticos”, aqui, é utilizada no sentido de “elementos ligados estritamente à semântica dos textos normativos”. Essa primeira observação permite diferenciar a compreensão de ciência do direito¹⁹ limitada à *descrição* de significados normativos apreendidos a partir da linguagem do direito²⁰ daquela que compreende a tarefa da dogmática jurídica como uma atividade cuja “função não é fundamentalmente *descritiva*, mas *adscritiva* e *criativa*, embora sempre limitada e suscetível de controle intersubjetivo”²¹.

Entende-se por puramente dogmática a visão que reduz o estudo do direito às normas sistematizadas e ordenadas, tendo em vista sua aplicação²², desconsiderando os efeitos que essas mesmas normas têm na conduta dos sujeitos. O presente trabalho

¹⁹ Utilizam-se, nesse trabalho, as expressões “ciência jurídica” e “dogmática” como sinônimos, a partir de GUASTINI, Riccardo. Teoria del Diritto. Approccio metodologico. Modena; Mucchi Editore, 2012.

²⁰ Atividade desempenhada pela ciência do direito, entendida como discurso que, “para ser elevado à categoria de Ciência, deveria limitar-se à descrição, com objetividade e exatidão, do positivo, do dado, do apreensível, com exclusão de qualquer tipo de consideração metafísica, resultante do convencimento pessoal, mas não de conhecimento”. ÁVILA, Humberto Bergmann. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. Revista Direito Tributário Atual, São Paulo, n.29, jan. 2013, p. 182

²¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. Revista Direito Tributário Atual, São Paulo, n.29, jan. 2013, p. 183.

²² É o conceito de dogmática jurídica de REALE, Miguel (1910-2006). Lições Preliminares de Direito (1973). 10ª Ed. São Paulo: RT, 1983, p. 317.

tem por objetivo desenvolver mais a cultura de *projeto* do que a cultura do *sistema*²³ para a justiça civil. A redução da compreensão de um fenômeno jurídico ao mero estudo da sua estrutura normativa corre o risco de acarretar isolamento da própria realidade social²⁴. O presente trabalho assume o papel central do *processo* na teoria do processo civil, porém vendo-o, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza²⁵.

Se o direito busca normatizar comportamentos mediante proibições, permissões e induções, é absolutamente imprescindível conhecer os efeitos dessa estrutura normativa nesses comportamentos. Na feliz expressão de Miguel Teixeira de Sousa: “se é verdade que um prático do direito sem teoria é um ignorante, também é verdade que um teórico do direito sem preocupações práticas não passa de um diletante”²⁶.

Daí porque a análise a ser desenvolvida no presente trabalho pode ser reconduzida, em primeiro plano, a uma postura *realista*²⁷: tem por finalidade identificar

²³ Utiliza-se, aqui, a clássica passagem de DENTI, Vittorio (1919-2001). *Sistematica e post-sistematica nell'evoluzione delle dottrine del processo*. In: DENTI, Vittorio (1919-2001). *Sistemi e Riforme. Studi sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 38: “Se dovessi tentare una definizione del passaggio alla fase post-sistematica degli studi processuali, direi conclusivamente che ad una cultura del *sistema* si è andata sostituendo una cultura del *progetto*”.

²⁴ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. (1988). *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 49

²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo* (1997). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, em especial p. 23 e p. 92.. Essa proposta tem uma linha de desenvolvimento bastante clara, entre outros, em ZANETTI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição* (2007). 2ª Ed. Ver., amp. e alt. São Paulo: Atlas, 2014; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015. Para um desenvolvimento com interface bastante clara com a sociologia, ver CHASE, Oscar. *Law, culture, and ritual : disputing systems in cross-cultural context*. New York: NYU Press, 2005; MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014. Com uma abordagem recente e bastante parecida com a do presente trabalho OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017.

²⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina. 2016, p. 24.

²⁷ Utiliza-se, aqui, a classificação de GUASTINI, Riccardo. *Il realismo giuridico ridefinito (Legal Realism Restated)*. In: *Revus*, nº 19, 2013, pp. 97-111. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2426885>. Acesso em 26/12/2017. Realismo no sentido metodológico (como uma teoria cética da interpretação), no sentido epistemológico (ciência do direito atuando como programa de reforma) e no sentido ontológico com ressalvas (que assume uma ontologia empirista do direito, assumindo, porém, que o direito não é somente um conjunto de entes abstratos – normas, direitos, etc.), mas também composto de fatos sociais (ou, em outras palavras, um conjunto de normas *vigentes* –

como *operam*, na prática, as engrenagens do sistema processual civil no plano dos comportamentos humanos, em especial dos sujeitos parciais no processo. Como tentativa de compreender a *realidade*, parte de um viés *descritivo* (mas nem por isso meramente avalorativo), que assume a premissa econômica de que os sujeitos agem (no plano jurídico e na vida em geral) de maneira autointeressada e com restrições cognitivas e que, portanto, o processo deve ter em conta essa realidade. A essa postura *realista descritiva* pode-se encontrar paralelo na chamada postura *positiva* da análise econômica do direito (*positive law and economics*)²⁸, muito embora a proposta do trabalho não seja a de formular modelos econômicos de ação de natureza eficientista²⁹. As ferramentas de análise econômica utilizadas aproximam-se mais da corrente chamada *behavioral law and economics* (direito e economia comportamental), com influência também da *new institutional economics* (nova economia institucional), em função da adesão às premissas de racionalidade limitada³⁰. A análise de inspiração da nova economia institucional pode ser vista como uma derivação diferente da análise econômica do direito, no que tange à aplicação da ciência econômica ao direito³¹.

Porém, em um segundo plano, a presente tese tem o objetivo de construir soluções normativas que levem a uma prática processual mais bem conformada aos comportamentos humanos dos sujeitos parciais. Daí a dizer que tem também um viés *construtivo*, no sentido de propor opções interpretativas possíveis, bem como alterações úteis, ao direito na forma como está posto. Para tanto, essa tese adota uma postura *institucionalista*³² relativamente ao direito, entendendo-o como uma “*ordem normativa*

efetivamente aplicadas (usadas para motivar decisões) no passado e previsivelmente no futuro pelos órgãos incumbidos de aplicar formulações normativas).

²⁸ Sobre a distinção entre a *normative* e a *positive economic analysis of law*, ver POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law* (1972). 3ª Ed. Boston: Little Brown, 1986, pp. 20-22.

²⁹ Vertente mais conhecida da análise econômica, que encontra em Posner o seu expoente.

³⁰ Conforme MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15 e ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 27.

³¹ Sobre o tema, ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. Prefácio. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). *Direito e economia em dois mundos: pesquisa jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 13.

³² Nos moldes de MACCORMICK, Neil (1941-2009); WEINBERGER, Ota (1919-2009). *An institutional theory of law. New approaches to legal positivism*. D. Reidel: Dordrecht, 1986; WEINBERGER, Ota (1919-2009). *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Springer, 1991; MACCORMICK, Neil (1941-2009). *Institutions of Law. An essay in legal theory*. Oxford: OUP, 2007; LA TORRE, Massimo. *Law as Institution: Normative Language between Power and Values*. Dordrecht: Springer, 2010.

institucional”, que equivale a uma moldura comum de compreensão e interpretação compartilhada entre pessoas do mesmo contexto social e que depende de como os seres humanos agem e interpretam as suas ações e também as ações dos outros³³. Nessa tentativa de construção e proposição, em certa medida a presente tese também acaba valendo-se de uma análise econômica do direito no sentido normativo (*normative law and economics*), apontando possíveis estruturações normativas processuais que construam um projeto de justiça civil mais efetivo na promoção de seus fins, funcionando institucionalmente melhor. Haverá, por certo, o reconhecimento do uso de outros instrumentos metodológicos nesse trabalho. Esses, no entanto, serão os de utilização prioritária.

Não se trata, a presente tese, de uma proposta de ruptura de paradigma do processo, em seus contornos jurídicos. Bem ao contrário, não se propõe o abandono de nenhuma das ferramentas teóricas utilizadas. No entanto, propõe-se uma *ampliação* desse repertório. Dessa maneira, pode-se dizer que a presente tese é um *manifesto* no sentido de que o processualista passe a servir-se de ferramentas de outras áreas do conhecimento (no presente trabalho, da ciência econômica e da psicologia, a segunda em menor medida) no seu manancial teórico. Essa proposta alinha-se com a compreensão de que o processo é um âmbito do direito que lida diretamente com o caráter dinâmico das interações subjetivas e atenta para o fato de que, muitas vezes, a ciência processual deixa de atentar para esses comportamentos humanos de maneira realista³⁴. Muitas das aplicações econômicas são defendidas como panacéia para a solução de problemas jurídicos. Não é essa a visão compartilhada nessa tese. Como bem advertem Baird, Gertner e Picker, “laws matter because they affect the way people behave. To understand these effects, we must have some means of predicting behavior”³⁵. É justamente nesse intento que se propõe a utilização do manancial teórico

³³ Utiliza-se, aqui, a síntese exposta por MACCORMICK, Neil (1941-2009). *Retórica e o Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 8.

³⁴ Uma postura parecida com a de Steven Levitt e Stephen Dubner, quando afirmam que: “I am the kind of person who is always trying to concoct some scheme to beat the system or avoid getting scammed, so I presume the people I’m studying are thinking the same way” (LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J.. *Freakonomics. A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*. Exp. Ed. New York: Harper Collins, 2005, p. 147).

³⁵ BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert; PICKER, Randal. *Game Theory and the Law* (1994). Reimp. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 271.

oriundo da economia: desenvolver meios para tentar prever comportamentos. Outras áreas do direito já se desvencilharam desse exclusivismo teórico. A presente tese propõe que o processo civil também passe por essa evolução.

Essa tese é uma proposta de adoção de *mais um conjunto* de ferramentas para a análise do direito processual, sem, entretanto, defender que esse seja o único ou mesmo o melhor deles. Não se trata, também, de uma tese pela utilização do parâmetro efficientista como única métrica de avaliação do direito processual; ao contrário, o que se propõe é que, utilizado esse ferramental de análise, seja possível uma *mais fidedigna predição* em torno dos *comportamentos* esperados dos agentes que interagem com o ambiente normativo e, assim, seja possível uma *mais adequada conformação* do *processo civil* aos fins a que se propõe realizar.

5. Opções formais

Algumas opções formais fazem parte da *estratégia de desenvolvimento* do presente trabalho.

Em primeiro lugar, optou-se por utilizar as referências bibliográficas sempre por extenso, de modo a facilitar o acesso do leitor à obra referida, na medida em que foi frequente a citação de mais de uma obra do mesmo autor. Além disso, as referências seguiram a regra de sempre indicar o ano de nascimento e morte daqueles autores já falecidos, bem como a data da primeira edição da obra citada, quando a referência é de edição subsequente. Ambas as *estratégias* têm a função de permitir a *contextualização* das referências ao seu momento histórico.

Ainda no que tange às referências, optou-se por manter seus textos, quando citados em rodapé, sempre que possível no original. De outro lado, não foram utilizadas citações diretas com recuo haja vista não ter sido utilizada nenhuma citação com mais de três linhas de extensão. Essa *estratégia*, para além de conferir *transparência* ao trabalho, na medida em que não se incorreu, na maioria dos casos, na necessidade de tradução (evitando a aplicação da máxima “*traduttore, traditore*”), busca facilitar a

leitura fluida do texto, permitindo a consulta às referências e às expressões utilizadas pelos autores, mediante leitura do rodapé.

Por fim, faz-se necessário explicitar a mais trágica das opções estratégicas do presente trabalho. Pode causar certo desconforto no leitor a não utilização das maiúsculas em uma série de expressões. Trata-se de uma opção deliberada de desobediência às regras da gramática portuguesa. Por transparência, é preciso deixar claro: ela atende a um *projeto ideológico* do autor. As expressões cuja não utilização da maiúscula fica evidente são conectadas por um denominador comum. Todas elas são *manifestações específicas do poder*. Tendo em vista que as manifestações do *indivíduo* e da *pessoa* (que, ainda na visão ideológica que perpassa a elaboração do presente trabalho, devem ser a razão de ser de toda e qualquer organização social), na língua portuguesa, são grafadas com minúscula, a retirada da maiúscula nas expressões que refletem manifestação de poder é uma forma simbólica de retomar o equilíbrio nas relações entre indivíduo, sociedade e estado.

**PARTE I – O FENÔMENO PROCESSUAL CIVIL E SEU ASPECTO
OBJETIVO: DO JURÍDICO AO ECONÔMICO**

CAPÍTULO 1 – O PROCESSO COMO FENÔMENO JURÍDICO: A NATUREZA JURÍDICA E O CARÁTER DINÂMICO DO PROCESSO CIVIL

“O direito processual só pode estar fundado no liberalismo ou não pode prosperar”³⁶ (James Goldschmidt, 1925)

1. O desenvolvimento teórico em torno da natureza jurídica do processo como uma tentativa de explicação do fenômeno processual (1): do contrato à relação jurídica processual

O fenômeno a que se convencionou chamar de processo civil é, antes de tudo, uma realidade operativa que mantém sua engrenagem funcionando com vistas à tutela dos direitos. Para que se possa compreender o funcionamento dessas engrenagens, no entanto, faz-se necessário analisar o produto do desenvolvimento científico resultado de menos de duzentos anos de trabalho da doutrina processual. Um tema que teve bastante protagonismo nos estudos da ciência processual é o da natureza jurídica do processo. Seu estudo constitui, em síntese, uma tentativa de se categorizar o fenômeno processual em alguma das figuras jurídicas aplicáveis a outros institutos jurídicos ou, ao contrário, enquadrá-lo em alguma categoria especial³⁷. Diversas foram as tentativas de

³⁶ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des Prozessualen Denkens*. Springer: Berlin, 1925, p. V (tradução livre).

³⁷ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos do Direito Processual Civil* (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 88. Guasp defende que a definição da natureza jurídica do processo é atividade distinta daquela que fixa o *conceito* de processo: “Un análisis completo del proceso exige no solamente precisar, como se ha hecho en el apartado anterior, su noción, esto es, los elementos que integran su concepto, sino, a continuación, averiguar la naturaleza que debe atribuírsele dado el concepto conocido. No bastan en efecto, con decir que el proceso es una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión conforme con el derecho objetivo; hay que determinar la índole de dicho complejo de actos, la calificación que permita encuadrarlo dentro de alguna de las categorías generales de realidades jurídicas; no nos preguntaremos ya, por tanto, en qué consiste un proceso sino cuál es la naturaleza de tal consistencia”. GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 29. Na nossa visão, trata-se de um jogo de palavras: ao definir a *natureza jurídica* de algo se está fazendo menção a algo que, por sua vez, é conceituado. Afirmar que algo tem, *juridicamente*, a *natureza de contrato* é remeter à definição *conceitual* do que é um contrato. Logo, trata-se de distinção sem grande utilidade metodológica. Como ficará claro adiante, o *conceito* de processo fornecido por Guasp é, em verdade, uma definição *teleológica* (ele destaca o conceito de processo da sua natureza jurídica afirmando que o conceito de processo (*rectius: finalidade* do processo) é o de “una serie o sucesión de actos que *tienden a la actuación de una pretensión conforme con el derecho objetivo*” (GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho*

enquadramento, resultando disso uma pluralidade de explicações que, juntas, permitem identificar algumas das características que serão úteis para a proposta de sistematização do presente trabalho.

1.1. A importância do rito e da forma para a realidade processual

A autonomia do direito processual diante do direito material (no que tange à categorização em separado de suas situações subjetivas) é um produto típico de um dado momento histórico que finca suas bases teóricas no caldo cultural do conceitualismo e em uma concepção publicista do processo³⁸. A elevação da importância da forma no procedimento, e sua visão como uma garantia de direitos do cidadão, finca suas raízes em momento anterior, qual seja, o do primeiro movimento de codificação processual. O fato histórico que determina a guinada para uma concepção técnica e racional da atividade judicante – e que se expressa na categoria *procedimento* – é uma transformação da função judiciária de modo a torná-la parte da estrutura burocrática do poder³⁹. À racionalização do aparato judiciário corresponde a estruturação da categoria *procedimento*, assim como sucedeu com a racionalização do aparato administrativo e a correlata estruturação da categoria *ato administrativo*⁴⁰.

Em verdade, ainda que a teorização em torno da relação jurídica processual (autônoma da relação jurídica material) não tivesse espaço na virada dos setecentos aos

Procesal (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 25). Sobre a natureza jurídica do processo para Guasp, ver considerações *infra*.

³⁸ É bastante comum a afirmação de que o conceitualismo de orientação pandectística teria sido responsável direto pela separação do processo em relação ao direito material. “Com a obra de Bülow e a autonomia do direito processual, inicia-se outra fase metodológica, o conceitualismo ou processualismo, em que predomina a técnica e a construção dogmática das bases científicas dos novos institutos processuais. (...) A nova empresa volta-se para acentuação da separação entre direito material e processo e para construção e aperfeiçoamento conceitual do processo. O processo definitivamente se separa do direito material” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19. Denti, entretanto, afirma que não é tanto a autonomia do processo como categoria formal autônoma, mas a “tipologia das situações subjetivas sobre as quais se baseia o direito de ação” que de fato deriva das construções científicas alemãs do final dos oitocentos (Bülow, principalmente). DENTI, Vittorio. Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione. In: DENTI, Vittorio. Un progetto per la giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 107.

³⁹ DENTI, Vittorio. Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione. In: DENTI, Vittorio. Un progetto per la giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 100.

⁴⁰ DENTI, Vittorio. Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione. In: DENTI, Vittorio. Un progetto per la giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 101.

oitocentos, a passagem do *iudicium* ao *processus*⁴¹ permitiu a sistematização do aspecto formal externo do fenômeno (o procedimento) assim que a “função judiciária foi despersonalizada e atribuída a um juiz concebido como *homo burocraticus*”⁴². A necessidade de controle dessa atividade permitiu que se concebesse um procedimento formal, que transcrevesse o diálogo em termos de direitos e obrigações⁴³. Formação de uma carreira administrativa judiciária, com estrutura hierárquica, reforço do dever de motivação⁴⁴, submissão dos juízes a regras disciplinares, entre outros aspectos dessa burocratização, tudo isso respondendo a um programa político de *racionalização* da forma de agir do *poder judiciário* (com bases claras no ideário iluminista)⁴⁵.

Bem se vê que o caráter formal do fenômeno processual, que passava a ser a realidade com alvorecer de uma estrutura judiciária burocratizada, funcionava como um anteparo à desordem, arbitrariedade e confusão⁴⁶ e, portanto, um instrumento de controle de poder. Por óbvio, se é certo que o rito e a forma funcionam como uma garantia de segurança e repercutem para o poder como uma forma de racionalização⁴⁷, também fica claro que, nesse momento histórico, o valor da forma despia-se de qualquer

⁴¹ PICARDI, Nicola (1934-2016). Processo Civile (dir. moderno). In: Enciclopedia del Diritto. Vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-117, em especial p. 116. A passagem é retratada a partir dos modelos isonômico e assimétrico por MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, em especial pp. 75-85.

⁴² PICARDI, Nicola (1934-2016). Processo Civile (dir. moderno). In: Enciclopedia del Diritto. vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-117, em especial p.117.

⁴³ PICARDI, Nicola (1934-2016). Processo Civile (dir. moderno). In: Enciclopedia del Diritto. vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-117, em especial p.117.

⁴⁴ Sobre os diversos motivos pelos quais se adotou um reforço do dever de motivação na época das primeiras codificações “burguesas”, ver TARUFFO, Michele. La Motivazione della Sentenza Civile. Padova: CEDAM, 1975, pp. 333-336.

⁴⁵ DENTI, Vittorio. Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione. In: DENTI, Vittorio. Un progetto per la giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 1982, pp. 100-101. Taruffo ressalta que a concepção burocrática do aparato judiciário, ao menos no que diz respeito à vertente austríaca (*Regolamento Giuseppino*), significou a antecipação de um movimento que posteriormente acaba ganhando forma, de “publicização” da justiça civil (TARUFFO, Michele. La giustizia civile in Italia dal ‘700 ad oggi. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 38). Sobre a influência da vertente austríaca na concepção publicista de processo, ver ABREU, Rafael Sirangelo de. Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado liberal ao Estado social e a atualidade de sua discussão. Revista de Processo, São Paulo, v.39, n.229, p. 89-120, mar. 2014.

⁴⁶ CARRÉ, Guillaume-Louis-Julien (1777-1832). Les Lois de la Procédure civile. Tome I (1821). 3ª Ed. Atual. CHAVEAU, Adolphe (1802-1869). Paris: Lib. de Jurisp. de Delamotte et Robillard, 1840, p. iv: “les règles et les formalités de la procédure écartent en général de l’administration de la justice le désordre, l’arbitraire et la confusion, et qu’elles empêchent que les citoyens ne soient traduits devant des juges qui ne leur seraient pas donnés par la loi”.

⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89.

elemento democrático⁴⁸. A forma, na realidade processual, aparecia apenas como elemento do aspecto externo do procedimento (forma em sentido estrito) e não como formalismo (forma em sentido amplo) e, portanto, fator de estruturação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos e organização do processo⁴⁹. Nessa etapa de desenvolvimento do tema, o esforço de toda a atuação processual tendia a dar aos atos processuais um aspecto formalista, sem se preocupar com os problemas jurídicos de fundo, os quais ainda se mantinham entregues a um empirismo e à rotina⁵⁰.

1.1.1. O processo como contrato ou como quase-contrato e a pré-história do direito processual

É lugar-comum na literatura processual identificar-se o nascimento da ciência processual na clássica obra de Bülow sobre as exceções e os pressupostos processuais⁵¹. Ainda que a correção dessa afirmação possa ser questionada⁵², fato é que a moderna ciência processual reconhece na doutrina alemã da segunda metade dos oitocentos o seu ponto de partida⁵³. Antes disso, são escassas as tentativas de

⁴⁸ “A racionalização do poder para se legitimar deve levar em conta a democracia, que é o princípio diretivo da ordem do processo político. (...) O princípio democrático só pode se expressar na idéia da soberania popular, que traz consigo uma resposta normativa ao problema da legitimação política no plano material e formal. (...). No plano formal, que aqui mais de perto nos interessa, porque representa simultaneamente uma fórmula de racionalização do processo político e uma forma de limitação do poder estatal”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91.

⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

⁵⁰ PRIETO CASTRO, Leonardo (1905-1995). Cuestiones de Derecho Procesal. Madrid: Reus, 1947, pp. 4-5.

⁵¹ BÜLOW, Oskar (1837-1907). La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

⁵² Para um apanhado da crítica feita por Knut Wolfgang Nörr (em sua obra *Naturrecht und Zivilprozess*), repetida em NÖRR, Knut Wolfgang. La Scuola Storica, Il Processo Civile e Il Diritto delle Azioni. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: v. XXXVI, anno 57, 1981, pp. 23-40, que imputa a alguns jusnaturalistas germânicos - ainda no século XVIII - as primeiras sistematizações doutrinárias do processo civil, ver DENTI, Vittorio (1919-2001). *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione*. In: *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982, pp. 97-99.

⁵³ É sintomática a esse respeito a seguinte afirmação de Dinamarco: “A obra de Bülow, conquanto escrita no trato de temas específicos hoje sem atualidade e destituídos de qualquer interesse, em suas poucas páginas iniciais é apontada como a *certidão de nascimento da ciência processual*”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I (2001). 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 258. Nesse mesmo sentido a afirmação de Ovídio Baptista da Silva: “O estudo do processo como uma relação jurídica de direito público que se estabelece entre o Estado (juiz) e aquele que busca este tipo de tutela jurídica, deu origem, sem dúvida, ao *nascimento do Direito Processual Civil*”. BAPTISTA DA

conceituação do instituto “processo” senão pela sua exteriorização formal. Razões de natureza histórica explicam a ausência de tentativas de conceituação do instituto. A mais importante delas assenta-se no fato de que o processo (entendido como assunto ligado à *praxe judiciária*, uma mera sucessão de formalidades⁵⁴) não havia encontrado sua autonomia em face do direito material. Trata-se, como bem aponta a doutrina, de uma tendência *procedimentalista*⁵⁵.

No entanto, ainda no século XVIII, a doutrina francesa buscava compreender o fenômeno processual realçando seu caráter contratual e, portanto, privado⁵⁶. A concepção de processo entendido por sua natureza jurídica como *contrato* nasce mais como uma ideia filosófica do que jurídica⁵⁷, na medida em que pretende ver na base de todo processo um acordo de vontades de se submeter ao litígio e à sua futura regulação⁵⁸. Para tanto, alçando a *litiscontestatio* romana⁵⁹ a um papel central,

SILVA, Ovídio Araújo (1929-2009). Curso de Processo Civil. Vol. I (1987). 2ª Ed. Porto Alegre: SAFe, 1991, p. 12.

⁵⁴ Sobre o tema, ver, por todos, PICARDI, Nicola (1934-2016). Processo Civile (dir. moderno). In: Enciclopedia del Diritto. vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-117. No Brasil, por todos, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, em especial pp. 17-23.

⁵⁵ MARQUES, José Frederico (1912-1993). Manual de Direito Processual Civil. Vol. I (1974). 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2082, p. 42.

⁵⁶ Picardi afirma que essa concepção, inclusive, prenuncia a posição posterior de Kohler, para quem a relação jurídica processual não incluiria o estado-juiz: “La concezione contrattuale del processo si impone alla attenzione, non tanto per il suo valore sistematico e le conseguenti applicazioni (oggi, del resto, largamenti superati), quanto perchè, da un lato, taglia fuori dal giuoco processuale il giudice e preannunzia la concezione privatistica del rapporto processuale dovuta al Kohler” (PICARDI, Nicola (1934-2016). La successione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, p. 29, nota 22).

⁵⁷ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). El proceso como institución (1948). In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 354.

⁵⁸ Nesse sentido, por todos, a posição de Pothier: “Lorsque nous faisons quelque convention par rapport à une chose qui nous appartient, nous sommes censés stipuler tant pour nous que pour tous ceus qui nous succéderont à cette chose, lesquels sont compris sous le terme d'ayans-cause; et en conséquence le droit, qui résulte de cette convention, passe à tous nos dits successeurs ou ayans-cause, comme nous l'avons vu supra, au commencement de ce Traité, n. 67 et 68: de même, lorsque nous plaidons par rapport à une certaine chose qui nous appartient, nous sommes censés plaider tant pour nous que pour non ayans-cause et successeurs à cette chose; et le droit, qui résulte du jugement qui est rendu sur cette contestation, doit passer à tous non successeurs et ayans-cause: *Eadem enim debet esse ratio judiciorum in quibus videmur quasi contrahere, ac conventionum*”. POTHIER, Robert Joseph (1699-1772). Traité des Obligations (1761). In: Ouvres. Tome Premier, Partie IV, Chapitre III, n. 904, Paris: Bechet Aîné, 1824. p. 521. Para um inventário dos doutrinadores que propugnavam essa visão, ver PICARDI, Nicola (1934-2016). La successione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, p. 29, nota 22 e COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos do Direito Processual Civil (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, pp. 90-92.

⁵⁹ Há na doutrina debate em torno do aparecimento da *litiscontestatio* no direito romano. Aponta-se que ela surge no período pré-classico (*legis actiones*), como o fechamento da fase *in iure*, no caso de ser tida como existente pelo magistrado a *actio*, funcionando da seguinte forma: as partes pediam àqueles que

propugnava-se o caráter privado e contratual do processo⁶⁰. Para essa perspectiva, o processo pressuporia, ainda que de forma tácita, uma convenção entre as partes, por força da qual ambos os litigantes concordavam em aceitar a decisão de sua contenda pelo juiz⁶¹. Em síntese, propugnava-se que “a origem da coisa julgada é a convenção, ou seja, o acôrdo entre as partes chamado ‘contrato judicial’, pelo qual ambos os litigantes se põem de acôrdo em submeter à decisão do juiz o litígio”⁶².

Interessante conexão que pode ser feita está na relação de paralelismo dessa forma de ver o fenômeno processual com uma determinada doutrina filosófica relativamente à formação do estado: a doutrina contratualista⁶³. Como ressalta Picardi, não é difícil estabelecer esse paralelo, na medida em que não se diferenciam em sua essência: o estado (em perspectiva macro) e o processo (em perspectiva micro) são manifestações sociais que encontram, para essas doutrinas, seu fundamento em um suposto (no caso da primeira, sempre tácito) acordo de vontades de mais de um indivíduo⁶⁴.

acompanharam o debate para que se comprometessem a testemunhar sobre o que viram, diante do *iudex*. Para Ovídio Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo (1929-2009). Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 66), *Litis contestatio* queria dizer, assim, “aceitar a lide perante testemunhas” (no mesmo sentido SANFILIPPO, Cesare (1911-2000). Istituzioni di Diritto Romano (1944). 10ª Ed. Soveria Mannelli: Rubbettino Editore, 2002, pp.113-119 e PUGLIESE, Giovanni (1914-1995). Giudicato. I. Giudicato civile. a) Storia. In: Enciclopedia del Diritto. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969, pp.727-733). Entretanto, o papel por ela desempenhado, de fixação do debate (“limitação objetiva e subjetiva da lide” para NEVES, Celso (1913-2006). Estrutura fundamental do processo civil. Tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento (1995). 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 162), aparece de forma mais compreensível no momento da introdução do processo formulário, com a bipartição entre procedimento *in iure* e *apud iudicem*. De qualquer modo, a noção de *litiscontestatio* já no século V subsiste apenas como uma ficção jurídica (COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos do Direito Processual Civil (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 91).

⁶⁰ Sobre o tema, ver PUGLIESE, Giovanni (1914-1995). Processo privato e processo pubblico. In: Rivista di diritto processuale. v. 3, n. 1, Padova: A. Milani, 1948, p. 63–109.

⁶¹ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos do Direito Processual Civil (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 91.

⁶² COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos do Direito Processual Civil (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 91.

⁶³ De que são expoentes, com profundas distinções na sua concepção da formação do estado, HOBBS, Thomas (1588-1679). Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiastical and Civil (1651). London: Green Dragon; LOCKE, John (1632–1704). Second Treatise of Government (1690). London: Awnham Churchill; ROUSSEAU, Jean-Jacques (1712-1778). Du contract social ou Principes du Droit Politique (1762). Amsterdam: Marc-Michel Rey.

⁶⁴ PICARDI, Nicola (1934-2016). La successione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 29-30, nota 22. Nesse sentido também CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini (1933-2017); DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo (1974). 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 279.

Em verdade, o advento do estado como mecanismo de monopólio do poder nega essa concepção. O processo, como mecanismo que viabiliza o monopólio do exercício do poder pelo estado-juiz, da mesma forma. A submissão ao estado (e ao processo) não é voluntária e não depende de um acordo de vontades⁶⁵. Como ressalta a doutrina, a concepção contratual do processo não satisfaz as exigências dogmáticas do direito moderno⁶⁶, assim como a metáfora do contrato social é um mero experimento mental, criado intencionalmente para justificar o nascente estado-nação da época⁶⁷.

Diretamente derivada dessa concepção, como justificação subsidiária ou suplementar do superado conceito de processo como contrato⁶⁸, é a teoria que via no processo a natureza de quase-contrato. O conceito de quase-contrato, como forma de explicação do *iudicium*, estaria fundado em fragmento da Lei 3, §11 (De Peculio), de Ulpiano, do Título I do Livro XV do Digesto. Assim, ao menos, fundamentou o primeiro jurista da tradição francesa a defender tal posição (De Guenyveau⁶⁹), para quem a *litiscontestatio* teria a natureza de quase-contrato: “*in iudicio quasi contrahimus*”. Em verdade, como bem retrata Couture, trata-se de uma interpolação inadequada, já que não há no referido texto do Digesto tal expressão. A citação correta

⁶⁵ Nesse sentido GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 30.

⁶⁶ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *El proceso como institución* (1948). In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 356.

⁶⁷ GIANTURCO, Adriano. *A ciência política. Uma introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 91-92. Sobre a antecedência da “ordem espontânea” às organizações (cuja formação se dá artificialmente com base na força) e a relação da filosofia de Locke com a primeira e de Hobbes com a segunda, ver HAYEK, Friedrich A. (1899-1992). *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principals of justice and political economy*. Vol. 1. Rules and Order (1973). London: Routledge & Kegan Paul Ltd, 1982. Em verdade, o contrato social para Hobbes dissolve-se em um pacto de submissão e para Rousseau na metafórica renovação diuturna do pacto. Sobre o tema, ver WIEACKER, Franz (1908-1994). *História do Direito Privado Moderno* (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 302.

⁶⁸ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *El proceso como institución* (1948). In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 356.

⁶⁹ DE GUENYVEAU, Arnault (1831-1905). *Du Quasi-Contrat Judiciaire*. Poitiers: A. Dupré, 1857, p. 14: “Il faut donc voir dans la *litiscontestatio*, acte bilatéral en sa forme, le fait générateur d'une obligation bilatérale elle-même. Comme elle ne présente ni le caractère d'un contract, puisque le consentement des parties n'est pas entièrement libre, ni celui d'un délit ou d'un quasi-délit, puisqu'on n'y fait qu'user de son droit, loin de violer celui d'autrui, les auteurs allemands, s'autorisant du texte de la loi 3, ff. *de Peculio*, lui ont reconnu le caractère d'un quasi-contrat: *in iudicio quasi contrahimus*. Au temps de la procédure formulaire, ce quasi-contrat par la *litiscontestatio* est nécessaire pour introduire l'instance et rendre possible la décision du juge.” Registre-se que o próprio autor faz menção a autores que comungariam da mesma tese, porém sem citá-los.

seria “*Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio ita iudicio contrahi, proinde non originem iudicii spectandam sed ipsam iudicati velut obligationem*”⁷⁰.

Após afirmar que é de Poncet a posição de que a fonte primária do ato judicial seria um “*quasi-contrat de comparution*”⁷¹ (que poderia ser traduzida como o comparecimento do réu), De Guenyveau o critica, afirmando que, em verdade, é o “ajournement”⁷² (aquela época termo utilizado como sinônimo de “assignation” - citação para comparecimento) o que caracteriza o quase-contrato judicial. Para comprovar a sua tese, o autor francês busca no *code napoleon* a definição da figura do quase-contrato (art. 1371 da redação originária⁷³) e pretende encaixar o ato de citação para comparecimento como um quase-contrato, dada a sua natureza voluntária para o demandante e a consequência de criar para a contraparte obrigações. A teoria do processo como quase-contrato⁷⁴, em realidade, “procede por eliminação, partindo da base de que o juízo não é contrato, nem delito, nem quase-delito”⁷⁵ e, sendo fonte de obrigações, deveria estar enquadrado em algum dos conceitos⁷⁶. Porém, se esquece, como bem observa Couture, que o processo tem como fonte justamente a lei⁷⁷, e que a submissão do indivíduo ao poder judiciário se deve ao monopólio estatal da solução de conflitos⁷⁸, consequência da proibição de autotutela. Por essa razão, ainda que do ponto de vista prático a figura da *litiscontestatio* possa fazer sentido como um momento

⁷⁰ Tudo conforme COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos del derecho procesal civil (1942). 3ª Ed. Buenos Aires: De Palma, 1958, p. 131. A referência à interpolação não consta da primeira edição de língua espanhola (1942), nem na tradução brasileira (1946).

⁷¹ DE GUENYVEAU, Arnault (1831-1905). Du Quasi-Contrat Judiciaire. Poitiers: A. Dupré, 1857, p. 27.

⁷² GUENYVEAU, Arnault (1831-1905). Du Quasi-Contrat Judiciaire. Poitiers: A. Dupré, 1857, p. 29.

⁷³ “Art. 1371. Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l’homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties.”

⁷⁴ Sobre o tema, ver MICHELON JR., Claudio. Direito Restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. São Paulo: RT, 2007.

⁷⁵ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos do Direito Processual Civil (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 94.

⁷⁶ Sobre esse aspecto *per exclusionem* da concepção quase-contratual do processo, ver também, com ampla exposição bibliográfica e comentários acerca da importância das teorias, PICARDI, Nicola (1934-2016). La successione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, p. 28, nota 22. Ressalte-se, ainda, que Picardi identifica também em alguns práticos espanhóis a mesma posição quase-contratualista, o que demonstra que não se trata de posição ligada à tradição francesa. Essa posição é afirmada também por ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). Evolución de la doctrina procesal. In: Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Tomo II. Ciudad de México: UNAM, 1974, p. 301, nota 31.

⁷⁷ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos do Direito Processual Civil (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 94.

⁷⁸ GUASP, Jaime (1913-1986). Concepto y Metodo de Derecho Procesal (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 31.

específico de determinação do objeto do litígio, especialmente para aqueles processos de natureza bifásica como os da tradição anglo-saxã ou para procedimentos naturalmente voluntários como o arbitral, não é possível encontrar, seja na figura contratual ou na controversa figura do quase-contrato, qualquer semelhança com o fenômeno procesual.

1.1.2. Acessoriedade e dependência do processo

De um lado, a despreocupação da doutrina com a delimitação da natureza jurídica do processo resultava na sua compreensão como meras regras de cunho prático (daí a denominação *praxismo*⁷⁹) e na sua redução ao aspecto externo e formal do procedimento (daí a denominação *procedimentalismo*⁸⁰). Juntamente com a relação de

⁷⁹ A classificação – mas não a denominação de um determinado modo de conceber o direito do ponto de vista de sua operacionalidade prática, típico da tradição ibérica, mas não só (WIEACKER, Franz (1908-1994). *História do Direito Privado Moderno* (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 240-24) - surge, nesses moldes e com essa denominação – ainda como “modelos processuais” - em MITIDIERO, Daniel. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. Gênese*. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 33, p. 484-510, 2004 e depois é reeditada em MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, sem aludir ao instrumentalismo. Posteriormente, já entendida como uma “fase metodológica” e incluída a fase do instrumentalismo, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015 (desde a primeira edição) e ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013); MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. Vol. I*. São Paulo: Atlas, 2010. A nomenclatura teve a adesão, exemplificativamente, de JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 e de DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. I* (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Usando o termo praxismo, como um momento anterior ao procedimentalismo, MARQUES, José Frederico (1912-1993). *Manual de Direito Processual Civil. Vol. I* (1974). 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 42.

⁸⁰ Reside dissenso sobre a autonomia do período do procedimentalismo como posterior ao praxismo (nesse sentido, MARQUES, José Frederico (1912-1993). *Manual de Direito Processual Civil. Vol. I* (1974). 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2082, p. 42 e ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). *Evolución de la doctrina procesal*. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972). Tomo II. Ciudad de México: UNAM, 1974, pp. 301 e ss., para quem antes da fase praxista (*praticista*), há ainda uma fase *judicialista* e um período *primitivo* (a mesma distinção aparece em ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). *Momento y figuras del procesalismo italiano*. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972). Tomo II. Ciudad de México: UNAM, 1974, pp. 502-503). A distinção entre fase prática e fase procedimentalista aparece em ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo* (1997). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 18-19, para quem a primeira fase (ligada à ordem isonômica) ligava-se ao aspecto prático, e a segunda fase (ligada à ordem assimétrica) ligava-se ao aspecto formal-procedimental. O procedimentalismo é, em verdade, ligado às primeiras codificações processuais. Nesse sentido ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). *Evolución de la doctrina procesal*. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972). Tomo II. Ciudad de México: UNAM, 1974, p. 303: “El advenimiento del procedimentalismo obedece, a nuestro entender, a una causa política, La Revolución francesa, y a outra jurídica, La codificación napoleónica”.

incindibilidade entre o plano material e o plano processual, dominantes à época, significavam uma visão *sincrética*⁸¹ do fenômeno jurídico. Essa ausência de uma construção científica autônoma em torno do processo significa, para a sua estruturação, uma necessária *acessoriedade* em relação ao direito material. E para sua compreensão, uma consequente *dependência* metodológico-conceitual em relação à ciência do direito.

Do ponto de vista do próprio tratamento normativo, o processo funcionava como um verdadeiro *acessório* do direito material. A alcunha de *direito adjetivo* (que se refere, necessariamente, ao substantivo) não significa tão somente um rótulo; ela carrega consigo o problema jurídico de se conceber o exercício da ação (do direito de demandar) como uma posição vinculada à própria titularidade da posição jurídica material. Do ponto de vista da compreensão acerca do fenômeno jurídico-normativo (da ciência do direito, portanto), o processo funcionava como um objeto de estudo *dependente* do estudo do direito material. A sua dependência (metodológica e conceitual) significava uma dificuldade para determinar a natureza desse fenômeno que, pela sua própria *finalidade*, necessariamente adquire contornos distintos daqueles utilizados na caracterização do direito material. Não à toa, o foco do estudo estava muito mais na sucessão de atos (o procedimento como rito e forma) do que na definição das posições exercidas pelo sujeito ao longo dessa progressão.

1.2. A autonomia do direito processual e a abrangência do conceito de relação jurídica processual

A autonomização do direito processual em relação ao direito material se deu, basicamente, em duas frentes: de um lado, a partir da polêmica em torno da *actio*; de outro, e naquilo que interessa ao objeto do presente trabalho, a partir da estruturação do conceito de *relação jurídica processual*. Ambos os desenvolvimentos têm em comum a instituição de um *objeto* próprio de análise e a preocupação no estabelecimento de *conceitos* para explicar o fenômeno processual, o que se explica dado o momento da história do direito. Trata-se, em primeiro plano, de uma

⁸¹ Essa a denominação de CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini (1933-2017); DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo (1974). 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

preocupação *metodológica* própria da passagem do setecentos aos oitocentos. Em segundo plano, de uma preocupação *prática* de resolver problemas de insuficiência inerentes ao tratamento eminentemente ritual até então outorgado ao fenômeno. Em suma, um intento de *racionalização* da atividade processual e do conhecimento a respeito dessa atividade, que é legado do jusracionalismo⁸².

1.2.1. O conceitualismo e sua influência para a autonomia científica do direito processual

No caldo de cultura dos oitocentos, não é de se surpreender a tentativa de construção de *conceitos* próprios para o *direito processual* e sua conseqüente autonomização em relação ao *direito material*. Essa guinada em torno de uma perspectiva conceitualista⁸³ do direito deita suas bases no jusracionalismo, que preparou o racionalismo das modernas teoria e ciência do direito⁸⁴, e passa pela influência inequívoca da escola histórica⁸⁵ e seu novo ideal de uma ciência jurídica ao mesmo

⁸² “São os traços metodológico-sistemáticos do jusracionalismo e a sua emancipação em relação à teologia moral que caracterizam o jusnaturalismo moderno do continente europeu. Como *teoria*, ele liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específicos – a construção a partir de conceitos gerais; como exigência *prática* fornece desde logo à crítica do direito, e depois à própria legislação, um novo padrão moral”. WIEACKER, Franz (1908-1994). *História do Direito Privado Moderno* (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 306.

⁸³ “Com o sistema do jusracionalismo, a ciência jurídica positiva adoptou também a sua *construção conceitual*. Numa teoria que tinha de se comprovar perante o *fórum* da razão através da exactidão matemática das suas premissas, o conceito geral adquiriu uma nova dignidade metodológica. Agora, ele não era já apenas um apoio tópico, um artifício na exegese e harmonização dos textos, mas o símbolo central que exprimia a pretensão de ordenação lógica da ciência jurídica”. (WIEACKER, Franz (1908-1994). *História do Direito Privado Moderno* (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 310).

⁸⁴ WIEACKER, Franz (1908-1994). *História do Direito Privado Moderno* (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 298. A bem da verdade, o próprio Wieacker afirma que é difícil “um juízo seguro acerca da pré-história dos conceitos gerais”, pois o “jusracionalismo reportou-se, por sua vez, em grande parte à alta-escolástica e à teologia moral, bem como, em menor medida, à própria ciência do direito comum”, o que cria “um paradoxo para a complicada estrutura da história dogmática”, já que “uma ciência jurídica essencialmente exegético-casuística, avessa à generalização e axiomatização, constituiu a preparação prévia própria dos conceitos axiomáticos do jusracionalismo, da pandectística e da actual teoria do direito civil”. Tudo conforme (WIEACKER, Franz (1908-1994). *História do Direito Privado Moderno* (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 254-255).

⁸⁵ Para um apanhado da metodologia da Escola Histórica, em especial de Savigny, ver LARENZ, Karl (1903-1993). *Metodologia da Ciência do Direito* (1960). 3ª Ed. da trad. da 6ª Ed. (1991). Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 9-19. Sobre o historicismo e sua importância na construção das bases do direito processual, cumpre ressaltar que, em momento posterior, a própria escola sistemática italiana se serviu da história como forma de (por vezes forçada) justificação de determinados

tempo positiva (autônoma) e filosófica (sistemático-metódica)⁸⁶. Para além da perspectiva histórica, trata-se de um legado relativo à ideia de sistema como sistema científico construído a partir de conceitos jurídicos⁸⁷.

A construção do sistema como estrutura “geometrizada” atende a pressupostos filosóficos do racionalismo, que pretendia ao direito outorgar a possibilidade de sua demonstração rigorosa como ocorre nas ciências exatas e encontra em Leibniz um de seus expoentes⁸⁸. Esse sistema teria a característica de ser estruturado a partir de uma lógica formal⁸⁹: o direito como um sistema de proposições – verdadeiras

institutos conceitualmente construídos. CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile* (1902). *Saggi di Diritto Processuale Civile*, v. I. Roma: Foro Italiano, 1930, em seu famoso ensaio, é exemplo dessa tentativa de justificação histórica de determinados institutos, principalmente no Direito Romano. É de se ressaltar, entretanto, que muitas vezes carecem de maior rigor as constatações apresentadas, principalmente no que tange à diferenciação entre os regimes processuais dos períodos históricos romanos (arcaico, clássico e pós-clássico) e suas conseqüências. Exemplificativamente, “Noi vediamo dunque, per dare una rapida occhiata al processo che suol chiamarsi romano-canonic, unico il giudice all'uso romano e con le funzioni del giudice romano (...).” (p. 199). Como se sabe, a função do juiz romano é bastante diversa no período pós-clássico, quando comparada aos períodos anteriores. A indistinta afirmação, por isso, aparece com um artifício retórico utilizado por Chiovenda na busca da justificação da tradição histórica dos institutos. Chama atenção na teorização da Escola Histórica (especialmente em Savigny) a desconsideração do período medieval. Nesse sentido, NÖRR, Knut Wolfgang. *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*. *Rivista Di Diritto Processuale*. Padova; CEDAM. v. 59, n.1 p.1-10, genn/mar, 2004, pp. 2-3.

⁸⁶ WIEACKER, Franz (1908-1994). *História do Direito Privado Moderno* (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 419. “A Escola Histórica do direito tem-se a si própria ao mesmo tempo como vencedora do direito natural e sua herdeira; o positivismo científico, na ulterior interpretação que dele fez a Escola, não fez senão realçar aquela oposição” (WIEACKER, Franz (1908-1994). *História do Direito Privado Moderno* (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 425). Wieacker (p. 425) fala ainda em legado jusnaturalista da Escola Histórica, incluindo, nele, o próprio sistema pandectista, que está na base da teorização autonomista da ciência processual do final do séc. XIX.

⁸⁷ LARENZ, Karl (1903-1993). *Metodologia da Ciência do Direito* (1960). 3ª Ed. da trad. da 6ª Ed. (1991). Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 19.

⁸⁸ Para um inventário da influência de Leibniz na codificação brasileira, em especial no direito civil, ver MARTINS-COSTA, Judith. *O Sistema na Codificação Civil Brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999, pp. 189-204. Uma crítica a esse legado do racionalismo, especialmente de Leibniz, para o processo civil, pode ser encontrada em BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo (1929-2009). *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica* (1996). 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, em especial o capítulo IX (O racionalismo moderno e a ciência do processo).

⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (1969). 3ª Ed. da trad. da 2ª Ed. (1983). Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

– que conectam a sujeitos (jurídicos) predicados (jurídicos)⁹⁰. Essa escola inequivocamente influenciou a construção da pandectística oitocentista⁹¹.

O componente lógico-dedutivo desse caldo cultural recebe, ainda, grande contribuição da sistemática da jurisprudência dos conceitos⁹². Esse método jurídico, “ao lado da dedução axiomática a partir do sistema e dos conceitos”, utiliza também “processos ‘tópicos’ ou de recurso a autoridades, a partir de normas não obtíveis por dedução, mas recebidas pela tradição” que funcionam a partir de “raciocínios indutivos, a partir de analogias jurídicas, da ‘natureza das coisas’, da ‘natureza das relações jurídicas’”⁹³.

Dessa miríade de influências resulta a formação de um movimento que se denominou chamar de positivismo científico (*formalismo científico*⁹⁴) e que significou, para o direito, a pretensão de construção de um sistema fechado (autônomo e coerente, portanto dotado de *plenitude*⁹⁵) de instituições e normas. Esse permitiria – independentemente da realidade social – decidir com base em valorações hipotéticas e lógicas a partir de princípios gerais de caráter dogmático e de conceitos científicos⁹⁶. É

⁹⁰ TARELLO, Giovanni. Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione nel diritto. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 133.

⁹¹ TARELLO, Giovanni. Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione nel diritto. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 133.

⁹² “Na sistemática de Puchta, a lógica é dominante” (LARENZ, Karl (1903-1993). Metodologia da Ciência do Direito (1960). 3ª Ed. da trad. da 6ª Ed. (1991). Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 23).

⁹³ WIEACKER, Franz (1908-1994). História do Direito Privado Moderno (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 494

⁹⁴ A confusão semântica entre o positivismo legalista, o positivismo científico de Comte e o positivismo científico entendido como um método sistemático é explicada por WIEACKER, Franz (1908-1994). História do Direito Privado Moderno (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 493-494, em especial nota 7. Para um apanhado analítico das inúmeras possibilidades semânticas da expressão “positivismo jurídico”, ver CHIASSONI, Pierluigi. Positivismo Giuridico. Una investigazione analitica. Modena: Mucchi, 2013.

⁹⁵ A crítica ao dogma da plenitude aparece em WIEACKER, Franz (1908-1994). História do Direito Privado Moderno (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 498. Para uma crítica em torno do dogma da plenitude que perpassa a noção de “codificação”, ver IRTI, Natalino. L’età della decodificazione (1979). 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.

⁹⁶ WIEACKER, Franz (1908-1994). História do Direito Privado Moderno (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 494.

nesse arranjo metodológico que surgem as primeiras obras dedicadas à construção de uma ciência processual⁹⁷.

Para o processo, essa influência atua, em um primeiro plano, como consequência direta da influência da Escola Histórica. Ela se dá a partir da tentativa de reconstrução de formas jurídicas típicas da tradição romana, na forma de conceitos e institutos próprios. Uma das linhas evolutivas que deriva diretamente dessa vertente⁹⁸ é justamente a discussão em torno da *actio*, que constitui um dos pilares do movimento de autonomia do direito processual em relação ao direito material⁹⁹. Essa influência também aparece de modo bastante claro na construção em torno da natureza jurídica do processo, o segundo pilar do movimento *autonomista*. É nessa base teórica que se abre espaço para um período de grande produção científica do direito processual, que hoje se convencionou chamar de *processualismo*¹⁰⁰.

⁹⁷ Mantém-se aqui a advertência feita por Nörr (NÖRR, Knut Wolfgang. *La Scuola Storica, Il Processo Civile e Il Diritto delle Azioni*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: v. XXXVI, anno 57, 1981, pp. 23-40) e referendada por DENTI, Vittorio. *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione*. In: DENTI, Vittorio. *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982, pp. 97-99 e DENTI, Vittorio. *Sistematica e post-sistematica nell'evoluzione delle dottrine del processo*. In: DENTI, Vittorio. *Sistemi e Riforme. Studi sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1999, pp. 13-14, de que o desenvolvimento do jusracionalismo de matriz jusnaturalista (Leibniz, Wolff) levou à construção de conceitos processuais ainda no início dos oitocentos (por obra de Nettelbaldt).

⁹⁸ Denti tece críticas justamente à (falta de) profundidade da discussão em torno da *actio*, quando a sua construção Chiovendiana deixa de buscar sua fonte histórica em momentos anteriores à própria escola histórica, limitando-se a, no máximo, à obra de Savigny. Essa situação está conectada a uma crítica mais profunda relativa ao método da escola histórica, que basicamente buscava sua legitimação no direito romano, desconsiderando o desenvolvimento operado no direito comum. Sobre o tema, ver DENTI, Vittorio. *Sistematica e post-sistematica nell'evoluzione delle dottrine del processo*. In: DENTI, Vittorio. *Sistemi e Riforme. Studi sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1999, pp. 13-14.

⁹⁹ A discussão travada entre Windscheid e Muther encontra-se compendiada em WINDSCHEID, Bernhard (1817-1892); MUTHER, Theodor (1826-1878). *Polemica sobre la 'actio' (1856-1857)*. Trad. Tomás Bahhaf. Buenos Aires: EJE, 1974. No Brasil, para uma discussão atual, ver MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). *Polêmica sobre a ação. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. A influência da escola histórica na discussão em torno da *actio* é defendida por NÖRR, Knut Wolfgang. *La Scuola Storica, Il Processo Civile e Il Diritto delle Azioni*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: v. XXXVI, anno 57, 1981, pp. 31-38.

¹⁰⁰ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). *Momento y figuras del procesalismo italiano*. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. Tomo II. Ciudad de México: UNAM, 1974, p. 505 enumera quatro pilares da mudança: (a) independência do direito processual em relação ao direito material; (b) apuração dos conceitos próprios do direito processual; (c) superação do método expositivo pelo método sistemático e (d) utilização de técnica distinta (da *filosofia* da justiça e da função judicial e da *descrição* das instituições processuais à *teoria* do direito processual e do procedimento). Para uma síntese da influência desse movimento no processo civil brasileiro, ver MITIDIERO, Daniel Francisco. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 165-194, maio 2010.

1.2.2. A relação jurídica processual como explicação abrangente e totalizante do fenômeno processual

No intuito da pandectística alemã de decompor e recompor o processo nos seus elementos essenciais, para consolidar a estrutura orgânica de sua matéria e delinear, assim, o “sistema” processual¹⁰¹, surge como explicação do fenômeno processual a sua natureza de relação jurídica. A ideia já havia sido adiantada, em termos bastante questionáveis, por Hegel¹⁰², e parcamente tratada por Bethmann-Hollweg¹⁰³,

¹⁰¹ FERRARA, Luigi (1875-?). La nozione del rapporto processuale. In: Saggi di diritto processuale civile. Napoli: Jovene, 1914, p. 5.

¹⁰² Conforme CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Principii di Diritto Processuale Civile (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 89 e FERRARA, Luigi (1875-?). La nozione del rapporto processuale. In: Saggi di diritto processuale civile. Napoli: Jovene, 1914, p. 5. A obra de Hegel, entretanto, não permite que se construa a noção de relação jurídica processual, senão apenas como uma tentativa de encontrar um percurso histórico. Assim consta em HEGEL, Georg Wilhelm F. (1770-1831). Grundlinien der Philosophie des Rechts. Berlin: Nicolai, 1821: “§222 Von der Gerichten erhält das Recht die Bestimmung, ein erweisbares sein zu müssen. Der Rechtsgang setzt die Parteien in den Stand, ihre Beweismittel und Rechtsgründe geltend zu machen, und den Richter sich in die Kenntnis der Sache zu setzen. Diese Schritte sind selbst Rechte; ihr Gang muss somit gesetzlich bestimmt sein und sie machen auch einen wesentlichen Teil der theoretischen Rechtswissenschaft aus”. Na tradução brasileira (Princípios da filosofia do direito. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997): “§ 222 - Perante os tribunais, o direito tem o caráter de um dever-ser demonstrado. O processo dá às partes as condições para fazerem valer os seus meios de prova e motivos jurídicos e ao juiz as de conhecer o assunto. As fases do processo são elas mesmas direitos. As suas ligações também devem, por isso, ser definidas juridicamente, o que constitui uma parte essencial da ciência teórica do direito”. Na tradução italiana (Lineamenti di filosofia del Diritto. Trad. Vincenzo Cicero. Milano: Bompiani, 2006): “§ 222 - Davanti ai tribunali, il diritto riceve la determinazione di dover essere un diritto suscettibile di prova. La procedura giudiziale pone le parti nella condizione di far valere ciascuna i propri mezzi di prova e le proprie ragioni giuridiche, e il giudice nella condizione di venire a conoscenza della causa. Questi passi sono essi stessi dei diritti; il loro corso dev'essere quindi determinato legalmente, ed essi costituiscono anche una parte essenziale della scienza giuridica teorica”. Como se verifica, o autor explica que o curso do processo deve ser determinado por legames jurídicos, mas disso não extrai a ideia de que o processo é, em si, uma relação jurídica.

¹⁰³ Conforme BÜLOW, Oskar (1837-1907). La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 1; CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Principii di Diritto Processuale Civile (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 89; FERRARA, Luigi (1875-?). La nozione del rapporto processuale. In: Saggi di diritto processuale civile. Napoli: Jovene, 1914, p. 5 e GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 45, nota 2. A obra citada é BETHMANN-HOLLWEG, Moritz August Von (1795-1877). Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Bonn: Adolf Marcus, 1865, § 22, p. 13, de onde se extrai: “Reihe einzelner, unter einander verknüpfter Acte, deren jeder der Ausdruck eines Rechts ist, deren Gesamtheit ein Rechtsverhältnis organischer Natur (iudicium Gericht in diesem Sinn) bildet”. É curioso notar que nessa passagem o próprio Bethmann-Hollweg cita o trecho acima transcrito de Hegel. Outra passagem que se aponta como precursora da tese da relação jurídica processual é: “Begründet, gleichsam geboren wird der Rechtsstreit (lis) als Rechtsverhältnis vielmehr durch die ganze zweiseitige Instructionsverhandlung (legis actio), deren förmlicher Schluß jene Zeugenaufufung (contestatio litis) bildet. Seine contractähnliche Wirkung aber zeigt sich in den gegenseitigen Verpflichtungen der Partheien, z. B. dem Sacramentum, und ihrer Bürgen, z. B. den praedes litis et vindiciarum. Nicht minder darin, daß dieses Rechtsverhältnis in der

mas foi por Bülow estruturada. A obra de Bülow teve o papel de ser pioneira na construção do conceito de relação jurídica processual, muito embora ele mesmo reconheça¹⁰⁴ que o tema já havia sido tratado, “em poucas linhas”, “sem nenhuma fundamentação ou exame mais preciso” e, sobretudo, “sem extrair as devidas consequências” que ele extrai, em obra de Bethmann-Hollweg.

Buscando demonstrar que a doutrina processual sempre se preocupou em destacar unicamente o aspecto de marcha gradual (procedimento), mas não considerou o processo como uma relação de direito público que se desenvolve de modo progressivo, entre o tribunal e as partes, Bülow explica que o próprio uso da palavra *processo*, na sua visão, fora deixado de lado, normalmente substituído pela ideia de “*iudicium*” (como “*actus trium personarum*”) ou de “*processus iudicii*” (como desenvolvimento dessa relação)¹⁰⁵. Teria sido assentada na história a ideia superficial de processo como pura série de atos do juiz e das partes, sendo sua natureza a de uma relação jurídica unitária (*iudicium*)¹⁰⁶. Com o intuito de reconstruir o conceito a partir de sua natureza jurídica, ele inicia sua pioneira obra explicando que “os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos”, que o processo envolve “função dos oficiais públicos”, e que “às partes cumpre analisar o aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial”¹⁰⁷. Daí porque essa relação pertence ao direito público e o processo “resulta, portanto, uma relação jurídica pública”. Trata-se de uma relação “que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo”¹⁰⁸. Essa relação se difere das demais por ser uma relação contínua, em constante movimento e

Durchführung des Rechtsstreits mittelst Untersuchung und Entscheidung desselben seine Bestimmung erreicht, sich also gleichsam erfüllt und damit auflöst, wenn es nicht außerordentlicher Weise stirbt (lis moritur).” BETHMANN-HOLLWEG, Moritz August Von (1795-1877). Der civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Bonn: Adolf Marcus, 1865, § 31, p. 103.

¹⁰⁴ BÜLOW, Oskar (1837-1907). La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 1.

¹⁰⁵ BÜLOW, Oskar (1837-1907). La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, pp. 3-4, nota 4.

¹⁰⁶ BÜLOW, Oskar (1837-1907). La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 4.

¹⁰⁷ Nesse sentido, também, Liebman: “O conteúdo fundamental da relação processual é o poder, para o órgão judiciário, de exercer sua função em relação ao assunto deduzido em juízo”. (LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). Processo de Execução. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 95).

¹⁰⁸ BÜLOW, Oskar (1837-1907). La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, pp. 2-3 - tradução livre.

transformação¹⁰⁹. Diferentemente da relação jurídica privada – que constitui o objeto do debate e já está concluída –, a relação processual ainda está em fase embrionária e se prepara por meio de atos particulares, perfeccionando-se pela via da *litiscontestatio*¹¹⁰. Chama atenção, entretanto, a despreocupação conceitualista de Bülow em torno, justamente, do conceito chave de sua teoria: o próprio conceito de *relação jurídica*.

Para compreender a teoria é necessário valer-se da definição estipulativa fornecida pelo autor cujo método serve de base, entre outros, ao *conceitualismo* da segunda década dos oitocentos. Para Savigny, a relação jurídica é a “relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña”¹¹¹. Como consequência, toda relação *jurídica*, explica o autor, se compõe de dois elementos. São eles a própria relação e a determinação jurídica dessa relação. O primeiro, o elemento material da relação; o segundo, o “elemento plástico, el que ennoblece el hecho y le impone la forma del derecho”¹¹².

Em linhas gerais, a relação jurídica poderia ser concebida, no plano dos comportamentos qualificados pelo direito, de um lado, como relação entre sujeito e norma, e de outro, como combinação de figuras subjetivas elementares (ou posições jurídicas correspectivas)¹¹³. No processo, o conceito de relação jurídica processual teve

¹⁰⁹ BÜLOW, Oskar (1837-1907). La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 2 - tradução livre.

¹¹⁰ BÜLOW, Oskar (1837-1907). La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 3 - tradução livre

¹¹¹ SAVIGNY, Friedrich Carl von (1779-1861). Sistema del derecho romano actual. Tomo I (1840). Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: F. Gongora y Compañía Editores, 1878, p. 223.

¹¹² SAVIGNY, Friedrich Carl von (1779-1861). Sistema del derecho romano actual. Tomo I (1840). Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: F. Gongora y Compañía Editores, 1878, pp. 223-224. Na tradução italiana a expressão “elemento plástico” vem entendida como “elemento formale”. (SAVIGNY, Friedrich Carl von (1779-1861). Sistema del diritto romano attuale. Tomo I (1840). Trad. Paride Zajotti. Venezia: Eco dei Tribunali, 1856, p. 321. No original, a palavra que consta é “formelles” (formal). SAVIGNY, Friedrich Carl Von (1779-1861). System des heutigen römischen Rechts. Vorsatz I. Berlin: Veit, 1840, p. 333.

¹¹³ PICARDI, Nicola (1934-2016). La sucessione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, p. 47. Sobre as diferentes acepções da expressão relação jurídica, ver GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 175, nota 785. Para uma distinção entre as relações jurídicas básicas e as relações intra-jurídicas, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1892-1979). Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo I (1954). Atual. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: RT, 2012, pp. 199-204. Nas definições

seu desenvolvimento a partir da noção de relação jurídica como combinação de posições jurídicas subjetivas simples¹¹⁴.

A partir dessa estruturação, que nas palavras de Liebman “proporciona ao processo sua autossuficiência lógica, o fundamento de sua existência objetiva”¹¹⁵, buscou-se determinar a estrutura dessa relação. Quanto a isso, consenso não há na doutrina. De um lado, para Bülow, não fica clara se haveria uma relação jurídica também entre as partes, ao menos na sua formulação originária, quando destaca o caráter exclusivamente público dessa relação. Nisso é seguido por Wach, que, porém, deixa clara a existência de relações das partes entre si, constituindo, de fato, uma relação triangular¹¹⁶. De outro lado, Planck¹¹⁷ e Hellwig¹¹⁸, que defendem tratar-se de uma relação angular, excluindo qualquer relação entre as partes. Por fim, Kohler, que defende a existência de uma relação que se desenvolve apenas entre as partes¹¹⁹. Em

do autor “relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica” (p. 199). “Se a relação sobrevém à incidência e dela decorre, é no campo da eficácia” (p. 199). “As relações inter-humanas são fatos do mundo; a regra jurídica fá-las jurídicas. Não se podem confundir com seus efeitos. Onde os fatos jurídicos ocorrem, todas as relações que deles emanam são eficácia, porém o fato jurídico em si pode já ser relação jurídica” (p. 203).

¹¹⁴ Nesse sentido, ver LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale. In: LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). Problemi del processo civile. Milano: Morano, 1962, pp. 132-146, em especial p. 144. Para uma exposição completa sobre o avanço do conceito de relação jurídica, incluída a - pouco aprofundada, na visão do autor - aplicação processual do conceito, ver PICARDI, Nicola (1934-2016). La successione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 25-51.

¹¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). Processo de Execução. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 95.

¹¹⁶ WACH, Adolf (1843-1926). Manual de Derecho Procesal Civil. T. I (1885). Trad. Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 70. “Las relaciones de estas personas entre sí sólo muestran las diversas facetas de una misma relación jurídica”.

¹¹⁷ PLANCK, Julius Wilhelm. Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts. Band 1. Nördlingen: C.H. Beck'schen Buchhandlung, 1887, p. 201.

¹¹⁸ HELLWIG, Konrad. Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Band 1. Leipzig: Deichert, 1903, pp. 4-5.

¹¹⁹ Nesse tema, em especial, KOHLER, Josef (1849-1919). Der Prozess als Rechtsverhältnis: Prolegomena zu einem System des Civilprozesses. Mannheim, J. Bensheimer, 1888, pp. 1-35, apud FERRARA, Luigi (1875-?). La nozione del rapporto processuale. In: Saggi di diritto processuale civile. Napoli: Jovene, 1914, pp. 36-52. Interessante observar a justificativa de Kohler para a existência de uma relação apenas entre as partes: “Quando lo Stato, mediante la pronunzia del giudice, interviene ed influisce sulle parti, esso non si converte in un fattore del processo di grado eguale a quello delle parti, nè compie questa sua funzione in forza di uno speciale rapporto (*nickt Kraft eines speziellen Verhältnisse*) in cui sai indotto ad entrare con le parti e in forza di un dovere derivatogli da un tal rapporto (*und Kraft einer durch diese Verhältnis ihm erwachsenen Pflicht*). No: Esso compie questa sua funzione come un'autorità sovrastante alle parti, come un potere ad esse superiore; e quindi non contratta con le parti, non agisce con loro, ma decide e comanda. Si incorre in un pieno disconoscimento di questa alta posizione del giudice quando lo si vuole involgere in un rapporto giuridico con le parti. Se il giudice agisce di sua autorità, all'infuori di tale rapporto, si tratta di una posizione e di un potere che stanno più in

verdade, a tônica está em saber: existem direitos e deveres recíprocos entre todos os sujeitos processuais? Esses direitos e deveres nascem da propositura da demanda ou são a ela anteriores? As explicações em torno da estrutura da relação jurídica processual tentam, cada uma a seu modo, demonstrar que os deveres de atuação do estado-juiz nascem da propositura da demanda (na concepção angular e na concepção triangular) ou, ao contrário, já preexistem ao processo (na concepção privatista). De outro lado, cada teoria, a seu modo, busca demonstrar que as partes têm uma relação nova, para além da relação material, que envolve direitos e deveres (na concepção triangular e na concepção privatista), ou, ao contrário, que não pressupõe direitos e deveres senão aqueles intermediados pela atuação estatal (na concepção angular).

Bülow, na sua pioneira obra, prossegue com a seguinte indagação: se o processo é uma relação jurídica, quais são os requisitos a que se sujeita o seu nascimento¹²⁰? Elenca o autor, portanto, quatro ordens de problemas que podem ser reconduzidos a essa indagação: aspectos relativos aos sujeitos (competência, capacidade e insuspeitabilidade do tribunal; capacidade processual das partes e legitimação do representante), ao objeto (qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigosa cível), à instauração do processo (redação e comunicação – ou notificação – da demanda e a obrigação do autor de estabelecer cauções processuais) e à relação entre processos (ordem entre vários processos). Um defeito em qualquer desses pontos impediria o *surgimento* do processo, já que nesses pontos estão elencados os *elementos constitutivos da relação jurídica processual* ou, utilizando a expressão que eternizou a obra, os *pressupostos processuais*¹²¹. A obra prossegue, ainda, buscando legitimar a distinção a partir da história, em especial do direito romano, na figura central da *litiscontestatio*¹²².

alto” (pp. 40-41). Como se verifica, não se trata de uma diminuição do papel do juiz a estruturação da relação jurídica processual como uma relação entre as partes; ao contrário, para Kohler, o juiz está em uma posição “più in alto”. Porém, para Kohler, explica Ferrara, “il processo è una lotta di parte e non già una proposizione di opposti reclami dinanzi al giudice” (p. 43).

¹²⁰ “Se precisa saber entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar tal acto”. BÜLOW, Oskar (1837-1907). *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 4.

¹²¹ BÜLOW, Oskar (1837-1907). *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 5.

¹²² A discussão em torno dos pressupostos processuais e do duplo exame (processo e mérito) não é objeto do presente trabalho. No entanto, é relevante destacar, aqui, assim como em inúmeras passagens da obra

O legado de Bülow, para além da consequência direta dessa construção – a teoria acerca dos pressupostos processuais – é ter conseguido, com ela, explicar o fenómeno processual de forma abrangente, na medida em que permitiu não só a definição de seu aspecto externo (pode-se dizer, meramente formal), mas incluiu no escopo da nascente *ciência processual* também o aspecto interno, das ligações existentes entre os sujeitos que fazem parte do processo¹²³.

No que tange à figura da relação jurídica processual, é consenso, entretanto, que essa relação nasce com a demanda¹²⁴, que, como bem observa Calamandrei, ao estruturar a relação também funciona como limite ao poder de julgamento do juiz¹²⁵ e como fonte de deveres para as partes¹²⁶. Além disso, da *unidade* da relação jurídica processual retira-se a imutabilidade dos limites fixados à litispendência pela demanda judicial¹²⁷. Isso porque, uma vez proposta a demanda, cria-se um estado denominado

Chiovendiana, a perspectiva histórica como fator de legitimação da construção conceitual típica do processualismo.

¹²³ Chiovenda, que foi quem desenvolveu de forma sistemática o conceito de *relação jurídica processual*, deixa clara essa ligação entre o aspecto externo e interno do fenómeno: “Questa serie di atti non è che il modo di svolgersi, la veste esteriore di un rapporto giuridico, che si dice *rapporto giuridico processuale*”. CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 89.

¹²⁴ “La domanda giudiziale è la somma condizione d'esistenza del rapporto processuale”. CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 659. Nesse sentido também SCHÖNKE, Adolf (1908-1953). *Derecho procesal civil* (1938). Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1950, p. 16: “Por la presentación de la demanda se origina entre las partes y el Tribunal una relación jurídica, o conjunto de vínculos juridico-procesales establecidos por medio del proceso entre el Tribunal y las partes, y entre éstas entre si”.

¹²⁵ “Non si può dimenticare che l'idea del rapporto processuale sorge proprio dal considerare l'attività delle parti come *limite e condizione di questo potere* [do estado-juiz]: sicchè il vario giuoco di potestà e di oneri attraverso il quale le parti possono stimolare colle proprie iniziative o impedire colla propria inerzia l'attività del giudice, si riassume in sostanza una *continuativa collaborazione delle parti volte a render concreto ed attuale, segnandone i limiti, il dovere dell'organo giudiziario di render giustizia nell'interesse pubblico*” (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima* (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 173).

¹²⁶ “Non si può escludere che veri e propri obblighi possano sorgere dal rapporto processuale a carico delle parti: ma si tratta di obblighi a favore dello Stato, non della controparte, come accade quando il diritto processuale impone alle parti di tenere nel processo un certo comportamento nell'*interesse della giustizia*, anche se al contrario al loro interesse individuale, e questo comando accompagna con apposite sanzioni” (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima* (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 171).

¹²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 8, n. 1, Padova: CEDAM, 1931, p. 22.

por Chiovenda de “stato di pendenza”¹²⁸. Esta pendência, que coincide com a própria noção de relação jurídica¹²⁹, nada mais é do que um estado de incerteza, de expectativas, que se resolve quando da atuação da vontade da lei pelo juiz¹³⁰. A noção de relação jurídica processual permite, portanto, juridicizar a atuação combativa dos sujeitos processuais¹³¹.

Chiovenda, que desenvolveu de modo pormenorizado a teoria de Bülow, explica que essa é uma relação de *direito público, autônoma e complexa*. De *direito público*, porque derivada de normas que regulam a atividade pública; *autônoma* em relação à ação, porque sua existência e suas condições independem de ser esta fundada ou não; *complexa* porque não compreende apenas um direito e um dever, mas um conjunto indefinido de direitos¹³². Essa relação jurídica é o que outorga unidade ao

¹²⁸ “Prima che la domanda di attuazione della legge possa essere giudicata, deve essere esaminata: ciò produce uno stato di pendenza nel quale non si sa se la domanda sia fondata o no, ma si fa il necessario per saperlo. Durante questo stato di pendenza adunque le parti (attore e convenuto) devono essere poste in grado di far valere le loro eventuali ragioni: vi sono *doveri e diritti*”. CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 89.

¹²⁹ “Litispendência e relação jurídica processual são expressões não equivalentes, mas coincidentes”. CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 56.

¹³⁰ “Se é incerto durante o processo, a qual das partes assiste o pronunciamento *favorável*; se, durante o processo, a tendência de cada uma delas só se pode considerar uma *aspiração*; representa, em vez disso, verdadeira e própria *expectativa* jurídica, ou seja, um direito, embora de natureza formal ou instrumental, aquela que, durante o processo, cada uma das partes tem, relativamente ao pronunciamento do juiz. O processo apresenta-nos, assim, em potência ou em ato, duas ou mais *aspirações* normalmente contrastantes, e outras tantas *expectativas* jurídicas coincidentes, concedidas às partes a serviço das respectivas aspirações. Por isso é uma relação jurídica. *A litispendência consiste exatamente nessa pendência de aspirações e expectativas; e dura enquanto uma parte, a serviço de suas próprias aspirações, pode pretender um pronunciamento de autoridade judiciária*”. CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 56.

¹³¹ “Il processo ha una finalità, e quindi una funzione strumentale rispetto al diritto, e in esso le parti devono lottare se vogliono vincere, usando le armi che la legge loro concede; ma il processo è a sua volta un evento di carattere giuridico, la cui essenza e struttura sono nettamente distinte e indipendenti dal diritto, per il cui riconoscimento le parti combattono, e la sua validità ed efficacia sono condizionate soltanto dalle esigenze della sua propria disciplina. Il concetto ormai tradizionale del rapporto giuridico processuale è servito e serve tuttora ad esprimere quest'autonomia: cioè la giuridicità, l'unità e l'astrattezza del processo” (LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*. In: LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *Problemi del processo civile*. Milano: Morano, 1962, p. 146).

¹³² CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 91.

fenômeno processual¹³³, unidade que se caracteriza “pelo fato de ir-se desenvolvendo progressivamente desde a proposição até a terminação do processo”¹³⁴.

A tônica de desenvolvimento progressivo, de movimento¹³⁵, é o que atribui a esse conjunto de espaços de ação (normalmente previsões normativas de atuação dos sujeitos) a característica de uma relação jurídica única¹³⁶. Para compreender o conceito de *relação jurídica processual*, afirma Calamandrei que não se deve ater ao conceito tradicional de relação jurídica como conflito intersubjetivo regulado pelo direito, mas utilizar um conceito “più vasto e comprensivo, che abbracci non soltanto il regolamento giuridico dei conflitti di interessi tra due soggetti”, mas também o regulamento jurídico da *colaboração de interesses* “in cui possono trovarsi due o più persone, quando cooperano al raggiungimento di uno scopo comune”¹³⁷. Deve-se imaginar a *relação jurídica processual* como *unitária, complexa e continuativa*, idônea a “plasmarsi in mutevoli situazioni giuridiche di cooperazione o di contrasto che via via si maturano in

¹³³ “Entretanto, o processo não é uma unidade apenas porque os diversos atos, de que se compõe, se associam com um objetivo comum. Essa unidade é característica de qualquer empresa, ainda que não jurídica, a exemplo de uma obra de arte, a construção de um edifício, uma experiência científica. O processo, ao contrário, é unidade *jurídica*, uma empresa *jurídica*, em outros termos, uma *relação jurídica*”. CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 55. No mesmo sentido Liebman: “Il processo è un'unità ed essa si esprime su piani diversi coi concetti del procedimento e del rapporto processuale. È proprio il rapporto che, nella sua unità e continuità, manitene il collegamento fra i vari soggetti del processo e contiene la disciplina delle loro reciproche relazioni, pur nel mutare delle vicende, delle situazioni e dei momenti diversi che si susseguono nel corso del processo”. (LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*. In: LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *Problemi del processo civile*. Milano: Morano, 1962, p. 136).

¹³⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1954, pp. 90-91.

¹³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 60. As expressões já aparecem em CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 94.

¹³⁶ “Il processo non è soltanto una serie di atti compiuti da diverse persone nell'ordine stabilito dalla legge, ma è anche, dall'inizio alla fine di questa serie, un continuativo rapporto tra queste diverse persone, ciascuna delle quali si determina ad agire nel modo prescritto dalla legge in conseguenza ed in vista di questa relazione personale in cui si trova colle altre: così la dialetticità del processo porta naturalmente a concepire gli atti che lo compongono come manifestazione esteriore di un rapporto giuridico intercorrente tra i soggetti del medesimo: e sorge così la nozione di rapporto processuale”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Parte Prima (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 168.

¹³⁷ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Parte Prima (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 168.

funzione della attività con cui ciascuno dei soggetti si muove verso lo scopo comune”¹³⁸.

A noção de *relação jurídica processual*, porém, não é imune a críticas¹³⁹. Uma crítica contundente ao conceito de relação jurídica processual está justamente no abandono de um conceito central para a sistemática germânica do início dos oitocentos, qual seja, o de procedimento¹⁴⁰, tema que viria a ser novamente explorado alguns anos depois pela doutrina processual. Outra crítica à noção está na sua suposta unidade e unicidade; não se poderia falar em uma única relação¹⁴¹, assim como o processo não se

¹³⁸ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima* (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 169.

¹³⁹ Para um compêndio, ver GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal* (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 47. A crítica mais ferrenha parece ser a de RICCA-BARBERIS, Mario (1877-1959). *Due concetti infecondi: negozio e rapporto processuale*. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1930, II, Vol. VII, pp. 191-197, respondida por Carnelutti no mesmo volume. Para Ricca-Barberis, seria possível apenas falar de prescrições previstas em lei e não de uma relação. A resposta de Carnelutti (pp. 198-199) é bastante sucinta, mas cinge-se a deixar aberta a pergunta: “come si fa, senza la nozione di rapporto, a parlare di diritto e di obbligo processuale?”. Ricca-Barberis então responde (RICCA-BARBERIS, Mario (1877-1959). *Progresso o regresso intorno ai concetti di negozio e rapporto processuale*. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1931, I, Vol. VIII, pp. 170-173) afirmando que não convém a utilização da noção de “relação” e sim de “estado”, que caracterizaria a posição processual (p. 172). Outra crítica bastante forte é de INVREA, Francesco (?-?) *Contro il concetto dei presupposti processuali*. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Cedam VIII, parte II, 1931, pp. 100-113, para quem a tese da relação jurídica processual não seria apenas inoportuna, mas “erronea” (p. 102). Por fim, há uma crítica pouco trabalhada à noção, feita por SATTA, Salvatore (1902-1975). *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, XIV, Parte I, 1937, pp. 32-49, que se insere em um contexto maior de crítica à natureza jurídica – na visão dele – técnica, das normas processuais. Assim explica Satta: “L’errore di considerare il processo come lo svolgimento del rapporto, è simile a quello di chi considerasse la costruzione di un edificio come lo svolgimento del contratto di appalto. È chiaro che il contratto segnerà i diritti e gli obblighi delle parti, ma l’edificio sarà costruito con l’applicazione di norme tecniche che col contratto non hanno nulla a che fare” (p. 35). E segue: “La tutela degli interessi di parter è il solo elemento essenziale del processo, punto di partenza e punto di arrivo. Tutto il resto è, dal punto di vista strettamente tecnico, accessorio e secondario” (p. 49). Sobre a pluralidade de explicações sobre o significado de “relação jurídica”, a ponto de desnaturar o conceito para fins de explicação do processo, ver REDENTI, Enrico (1883-1963). *Il giudizio civile con pluralità di parti* (1911). 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1960, p. 16, nota 13. Também Rosenberg diminui a importância da teoria: “Por otra parte, la relación jurídica procesal no tiene la gran importancia que quería atribuirle su creador Oskar Bülow (...). Tampoco para la sistemática del derecho procesal desempeña un papel necesario la relación jurídica procesal” (ROSENBERG, Leo (1879-1963). *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I (1927). Trad. da 5ª ed. Angela Romera Viera. Buenos Aires: EJE, 1955, p. 9).

¹⁴⁰ “In tal modo, restava ignorata proprio la nozione central della sistemática germanica, elaborata come teoria generale del processo agli inizi dell’Ottocento sotto la diretta influenza giusnaturalistica, e che è alla base della giustizia moderna. Intendo riferirmi alla nozione di ‘procedimento’”. DENTI, Vittorio. *Sistemática e post-sistemática nell’evoluzione delle dottrine del processo*. In: DENTI, Vittorio. *Sistemi e Riforme. Studi sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 15.

¹⁴¹ “É claro que o processo não pode ser considerado como uma série de atos isolados. Mas um complexo de atos dirigidos para um mesmo fim, ainda quando haja vários sujeitos, não chega a ser só por isso uma

explica na sua unidade em razão dessa relação¹⁴². A bem da verdade, entendida a relação jurídica, na sua acepção normativa, como conjunto de posições correlativamente ligadas (tradicionalmente na dicotomia direito-dever, mas também a partir de outras correlações como poder-sujeição¹⁴³), não é possível sustentar a noção de processo como uma relação jurídica processual única¹⁴⁴. Quando muito, é possível entender o fenômeno como um conjunto de relações jurídicas¹⁴⁵, de múltiplas facetas, implicadas entre si¹⁴⁶. Como observa Carnelutti, uma rede ou um “groviglio” de relações

relação jurídica, a não ser que se empreste a êsse termo uma acepção inteiramente nova” COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos do Direito Processual Civil* (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 96.

¹⁴² Para Couture, a unidade do fenômeno processual está no seu objeto, que é, via de regra, o direito subjetivo material ao qual o ato dá eficácia (COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos do Direito Processual Civil* (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 97); “Esse complexo de direitos e deveres dá ao processo uma situação de unidade, porquanto os diversos atos estão unidos entre si pelo fim comum a que se destinam” (COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos do Direito Processual Civil* (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 95). Sobre o conceito de processo como relação jurídica (ou, da mesma maneira, como situação jurídica), Sandulli tece críticas no sentido de que “altro è il processo e altro è il rapporto o la situazione processuale”. A unidade do processo não deve ser buscada na ideia de uma relação jurídica processual única, mas justamente na ideia de que o processo é um *meio* volado à realização de um *fim*. A unidade, na visão de Sandulli, está muito mais próxima à noção de procedimento, portanto (SANDULLI, Aldo (1915-1984). *Il procedimento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 19, nota 8). Calamandrei, de outro lado, vê na *relação jurídica processual* a unidade do processo: “perchè il processo, quantunque possa svolgersi come già si è visto in fasi separate e in tempi e luoghi distinti, rimane lo stesso dall’inizio al fine? perchè questa successione di attività si considera appartenente a un unico individuo giuridico, quasi come manifestazione di vitalità di un organismo che nasce con certi caratteri e, pur evolvendosi fino alla sua estinzione, è identificabile attraverso di essi fino a che dura il suo ciclo vitale? La risposta a queste domande è data dal rapporto processuale” CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima* (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, pp. 173-174. Nesse mesmo sentido, SCHÖNKE, Adolf (1908-1953). *Derecho procesal civil* (1938). Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1950, p. 20.

¹⁴³ Noção criticada por FAZZALARI, Elio (1925-2010). Note in tema di Diritto e Processo. Milano: Giuffrè, 1957, p. 66.

¹⁴⁴ “un impiego così fatto della nozione del rapporto giuridico non sembra utile nè alla scienza del processo nè in genere alla scienza del diritto” (CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). *Sistema del diritto processuale civile. Vol. I*. Padova: CEDAM, 1936, p. 901). Há quem defenda que defender a relação jurídica processual é, além de inútil, danoso: “inutile perchè l’unità del processo può essere spiegata altrimenti [a partir da ação]. Dannoso, perchè costringendo allo schema della bilateralità del fenômeno normativo, crea una serie di problemi tanto insolubili quanto inutili” (MANDRIOLI, Crisanto. *La rappresentanza nel processo civile*. Torino: UTET, 1959, p. 54).

¹⁴⁵ A crítica aparece em CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). *Sistema del diritto processuale civile. Vol. I*. Padova: CEDAM, 1936, p. 901: “Considerare il processo non più solamente come una successione di atti ma come un *fascio di relazioni giuridiche*, fu senza dubbio un merito e un progresso, in quanto avviò a comprendere come anche per la sua disciplina l’ordine giuridico si debba servire di quegli stessi mezzi, dei quali si compone il meccanismo del diritto materiale, e così rese possibile il distacco tra i fenomeni giuridici materiali e processuali”.

¹⁴⁶ PICARDI, Nicola (1934-2016). *La successione processuale. I. Oggetto e limiti*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 50. Nesse sentido GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 35, para quem “el proceso no tanto *es* sino que *se compone* de relaciones jurídicas; la relación jurídica no es, pues, la noción que designa unitariamente la naturaleza del proceso sino los diversos elementos que la componen”.

jurídicas¹⁴⁷. Mesmo a utilização da noção de complexidade da relação não é suficiente¹⁴⁸. De outro lado, a crítica análoga a essa, de que a noção de relação jurídica não poderia explicar adequadamente o caráter de progresso do processo, seu aspecto temporal (o “dinamismo” que se exige de qualquer explicação acerca do fenômeno processual)¹⁴⁹, não parece prosperar. A relação jurídica pode ter contornos dinâmicos¹⁵⁰, porém entendida como conjunto e não na sua unidade. A doutrina, inclusive, trata a obrigação como um processo (e, portanto, também o é a relação jurídica a que ela faz parte)¹⁵¹.

¹⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 35. No mesmo sentido, CORDERO, Franco. *Studi sulle dottrine generali del processo penale; le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1956, p. 19: “del concetto originario del processo come rapporto non rimane che la traccia di una vaga aspirazione a ridurre nei termini di una visione unitaria l'eterogenea varietà dei fenomeni processuali”. Nesse sentido também ALLORIO, Enrico (1914-1994). *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, in: *Problemi di diritto*, III, Milano: Giuffrè, 1957, p. 203.

¹⁴⁸ “Il rapporto giuridico è schema semplice, che non può contenere la complessità del processo, né, quale schema statico, può rappresentarne la dinamica. I processualisti furono, appunto, astretti a distorcere l'originaria nozione di ‘rapporto giuridico’, assumendo che quello processuale è rapporto ‘complesso’: una pura convenzione di linguaggio, che tiene conto della realtà, ma non la spiega implicitamente rimandando ad altro” FAZZALARI, Elio (1925-2010). *La Dottrina Processualistica Italiana dall'azione al processo: 1864-1994*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, ano 49, n° 4, 1994, p. 916. Nesse sentido Guasp: “Si se caracteriza al proceso como una relación jurídica (compleja) que es una mera agregación de relaciones jurídicas (simples), no se consigue una fórmula unitaria explicativa de dicha naturaleza; si, por el contrario, la relación jurídica procesal es algo superior y distinto a dicha mera agregación, la fórmula podrá lograrse pero la inconveniencia de mantener la terminología es evidente” (GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 35). “Porque o processo, na sua essência, não pode ser descrito como um estar, ele não é passível de ser *unitariamente* descrito como uma relação” (COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 97).

¹⁴⁹ Por exemplo: “Se si resta fedele alla nozione classica del rapporto giuridico processuale come relazione tra due o più soggetti, si deve prendere atto che in quella nozione non c'è posto per il fattore ‘tempo’, senza il quale, d'altra parte, non si potrà mai esprimere una dinamica”. MANDRIOLI, Crisanto. *La rappresentanza nel processo civile*. Torino: UTET, 1959, pp. 52-53.

¹⁵⁰ Essa afirmação merece uma precisção. É verdade que “descrever o processo como relação dinâmica é admitir uma situação, que muda. Mas, como a situação é aquilo que é num dado momento, se muda o momento, porque verificado o facto, muda a situação. Há uma situação nova ou há uma situação, cujo conteúdo se alterou. Não há uma situação dinâmica” (COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 97). Por essa razão, pode haver mais de uma relação, mais de uma situação, que juntas configuram uma *rede* de situações ou relações.

¹⁵¹ Sobre o tema, ver COUTO E SILVA, Clóvis do (1930-1992). *A obrigação como processo* (1964). Reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. “A obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor. A relação jurídica, como um todo, é um sistema de processos” (p. 167). Essa é a opinião de Araken de Assis: “Mesmo a obrigação, típica do Direito Material, sustenta Clóvis do Couto e Silva, se movimenta na direção do adimplemento, e, por isso, importa “processo”. Logo, a progressão que o processo sinaladamente contém e que, por suposto, não estaria justificada na relação jurídica processual, se encontra compreendida em suas notas essenciais”. ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. São Paulo, RT, 1989, p. 31. No mesmo sentido: “Ora, se é a ideia de obrigação como processo que se presta a modernizar o direito obrigacional, e isto se faz justamente a partir da noção de processo como “relação jurídica” complexa e dinâmica, por que razão haverá a

Entretanto, a crítica mais profunda exercida sobre a noção de *relação jurídica processual* foi feita por Goldschmidt. Essa crítica atua em duas frentes¹⁵². Em primeiro lugar, ataca a base romanística de Bülow na tentativa de demonstrar equívocos e interpolações na interpretação dada por Bülow, especialmente no que tange ao papel da *litiscontestatio* ao longo do desenvolvimento do processo romano e de sua suposta utilidade para entender o que seriam os pressupostos processuais¹⁵³. Nesse tema, conclui que “la parte 'presupuestos procesales' no trata de los presupuestos de una ‘relación jurídica procesal’, sino de una parte de los ‘presupuestos de la sentencia sobre el fondo’”¹⁵⁴. Essa crítica, porque endereçada a uma das consequências específicas que podem ser extraídas da noção de relação jurídica processual, não faz parte do escopo do presente trabalho¹⁵⁵.

Em segundo lugar, Goldschmidt tenta deixar clara a inexistência de deveres processuais entre os sujeitos processuais, o que excluiria a afirmação de que o fenômeno processual instituiria uma nova “relação jurídica”. É com relação a essa segunda crítica que resulta útil uma análise mais aprofundada. Sobre os deveres que consubstanciarão essa relação jurídica processual, Goldschmidt inicia afirmando que nem mesmo aqueles que tradicionalmente eram imputados ao órgão judiciário (tramitação do procedimento,

doutrina processualística de repudiar a construção clássica da relação jurídico-processual, tendo-a como imprestável ou inútil à compreensão da natureza jurídica do processo? Complexidade e dinamismo prestam-se a especializar a relação jurídico-processual, mas não a afastá-la da figura geral das relações jurídicas” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I (1985). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 133).

¹⁵² Essa síntese ligada aos dois aspectos da crítica de Goldschmidt é bem vista também em CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come situazione giuridica. Rivista di Diritto Processuale Civile, v. 4, n. 1, p. 219-226, 1927, p. 219. Para Paula Costa e Silva, são três os argumentos fundamentais: (a) afastamento do direito de acção do nível do processo; (b) inexistência de situações jurídicas processuais reconduzíveis às categorias do direito e do dever; (c) natureza estática do conceito de relação (COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 95).

¹⁵³ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 48-112.

¹⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 185.

¹⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. Para um diálogo com a teoria de Bülow, com a crítica de Goldschmidt e com a estrutura fornecida pela nova codificação processual, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, pp. 542-556, para quem os pressupostos atuam como condições para a concessão da tutela jurisdicional do direito.

imparcialidade, recepção das alegações das partes, documentação, prática de prova, decisão, entre outros), seja no direito romano, seja no direito moderno, surgiriam da relação jurídica processual ou mesmo entendidos como de natureza processual. Para o autor, são emanções da relação estatal e pertencem ao Direito Constitucional. Para alguns, como a “pretensión de otorgamiento de justicia estatal” (outorga de justiça pelo estado), seriam parte do *status civitatis* e elemento essencial da personalidade, oriundos de uma relação de Direito Público. Não à toa, ele defende que a denegação de justiça não é somente uma lesão do dever funcional do titular de um cargo, senão uma afronta ao dever de outorga de justiça do estado¹⁵⁶.

No que diz respeito aos deveres apontados como deveres das partes derivados da relação jurídica processual, Goldschmidt afirma que, em verdade, não são propriamente deveres. Quanto ao chamado “dever de defesa e deveres de personificação (*Einlassungspflicht*)”, afirma, na nossa visão acertadamente, que não se trata (nem nunca se tratou, nem mesmo no direito romano¹⁵⁷), de um dever, haja vista que o demandado não tem um dever jurídico de se pronunciar sobre os fatos alegados pelo demandante (e por isso, trata-se de um ônus)¹⁵⁸. Quanto aos supostos “dever de substanciação”, “dever de provar”, de “prestar juramento”, “de caucionar”, “exibir documentos”¹⁵⁹ e “de informar”, o autor afirma que são verdadeiras cargas ou ônus, visto que a parte a quem a atuação incumbe tem interesse em evitar os prejuízos associados à sua omissão. Em especial quanto ao dever de “exibição de documento”, afirma-se que pode ser visto como um dever cívico resultante da relação de Direito Público¹⁶⁰ ou, como ocorria na ZPO em sua redação da época – em função das

¹⁵⁶ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 112-114.

¹⁵⁷ Para o autor, no Direito Romano, o comparecimento devido do réu nascia diretamente da relação de Direito Público - algo como um dever de submissão à soberania estatal. (GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 120).

¹⁵⁸ Tudo conforme GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 118-141.

¹⁵⁹ Quanto a este (e – de forma mais ampla - ao “dever de provar”), há necessidade de se repensar a sua natureza, atualmente, com a criação de mecanismos coercitivos para induzir o sujeito a exercer a atividade. Sobre o tema, ver PAULA RAMOS, Vitor de. Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. São Paulo. RT, 2015.

¹⁶⁰ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 144.

consequências, segundo o autor –, um verdadeiro ônus¹⁶¹. O mesmo raciocínio é levado a efeito no que tange ao comparecimento para conciliação e ao dever de prestar juramento declarativo (prática que não encontra paralelo no nosso direito pátrio nem no direito alemão atual)¹⁶². Situação especial é a das custas e despesas processuais, relativamente às quais o autor defende existir um verdadeiro dever de com elas arcar, porém tal dever estaria fundamentado em um dever geral de direito do estado de pagar tributos¹⁶³. De outro lado, o dever de ressarcir as custas pagas pela contraparte repousaria em uma relação de Direito Privado e não na relação jurídica processual¹⁶⁴.

Por fim, o autor busca compreender a natureza jurídica dos supostos “deveres de omissão das partes”, especialmente, o “dever de não mentir” e de “não formular requerimentos claramente injustificados” (ou má-fé processual)¹⁶⁵. A resposta do autor, entretanto, não é satisfatória quando explica que não haveria um dever de não formular requerimentos claramente injustificados, pois busca no direito positivo a explicação para algo que perpassa a situação específica de um determinado ordenamento¹⁶⁶. O fato de pontualmente não existir, em um determinado momento de tempo, em um ordenamento, sanção pela prática da conduta, não é suficiente para assegurar a adequação da afirmação do ponto de vista teórico. No que tange ao suposto “dever de veracidade”, após concluir que não se trata de um dever que nasce com o processo, afirma o autor que se baseia no mesmo fundamento que legitima a questão envolvendo a desobediência: trata-se de dever de polícia de justiça (*justizpolizeiliche Pflichten*), cujo fundamento está na relação de soberania¹⁶⁷.

¹⁶¹ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 145.

¹⁶² GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 150-151.

¹⁶³ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 151.

¹⁶⁴ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 153.

¹⁶⁵ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 155.

¹⁶⁶ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 159-160. Sobre o tema do comportamento das partes, trataremos adiante.

¹⁶⁷ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 164.

A síntese de Goldschmidt é, portanto, bastante clara nesse aspecto: da “relação jurídica processual” não resulta nenhum direito. As obrigações das partes, resultantes das diferentes situações processuais, são ônus e não obrigações. Todos os verdadeiros direitos que supostamente deviam ser outorgados ao Tribunal e às partes para cumprir a finalidade processual resultam não da “relação jurídica processual”, mas, diretamente, da natureza de Direito Público¹⁶⁸. E conclui: “a ‘relação jurídica processual’ é tão pouco útil pelo seu conteúdo quanto por seus pressupostos. Cabe perguntar, entretanto, se tem algum outro valor”¹⁶⁹.

2. O desenvolvimento teórico em torno da natureza jurídica do processo como uma tentativa de explicação do fenômeno processual (2): perspectivas minoritárias (situação jurídica e instituição)

Como tentativa de um retrato *conceitual*, a noção de relação jurídica processual foi encampada por boa parte da doutrina processual durante os novecentos. Houve, porém, algumas tentativas de explicar o fenômeno processual a partir de outros institutos jurídicos. Duas dessas perspectivas permitem a incorporação de características à realidade processual e, portanto, na estrita função de servir de base para a compreensão do processo utilizada nesse trabalho, serão apresentadas. São elas, a concepção de processo como *situação jurídica* e a concepção de processo como *instituição*.

2.1. Do estático ao dinâmico: situações jurídicas processuais e a incerteza ínsita ao ambiente processual

Demonstrada a insuficiência do conceito de relação jurídica processual, Goldschmidt, então, busca um conceito de processo, por ele denominado “empírico”:

¹⁶⁸ “Quizá, deberes a admitir, ya sean del Estado, como el deber de otorgamiento de justicia, ya sean de las partes, como el antiguo deber de personación (*Einlassungspflicht*) y el moderno deber de comparecer (*Erscheinungspflicht*), brotan directamente de la relación estatal”. GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 185.

¹⁶⁹ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 168 - tradução livre).

“processo é, no estrito sentido de puro – regulamentado – procedimento de decisão (sentença), o procedimento dirigido à obtenção da força de coisa julgada”¹⁷⁰. Coisa julgada, essa, que ele denomina como uma “força judicial” (*Gerichtskraft*), como a “validez judicial de uma pretensão (em sentido processual), como juridicamente fundada ou não fundada”¹⁷¹.

A seguir, Goldschmidt propõe que se passe a ver a ciência do direito processual a partir de uma perspectiva dinâmica (opondo-a à perspectiva da ciência do direito material, por sua vez estática)¹⁷². O autor o faz a partir da seguinte distinção: as normas jurídicas não são somente “leis que ordem a vida”, senão também “normas que resolvem litígios” ou, em outras palavras, não somente imperativos que pretendem a submissão ao direito, mas também critérios de resolução, dirigidos ao juiz a quem compete zelar por essa submissão ao direito¹⁷³. Haja vista ser o direito um critério para suas sentenças, não poderá o juiz ser sujeito ou objeto de uma relação jurídica¹⁷⁴. Daí porque a essência da perspectiva processual está em sua conexão com a sentença que ela impõe ao juiz. Assim, todas as posições jurídicas, no processo, são caracterizadas pela insegurança (seja em razão da relativa liberdade judicial para decidir, seja em razão da subjetividade inerente à apreciação dos fatos e do direito). Para o autor, essa

¹⁷⁰ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 187 - tradução livre.

¹⁷¹ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 241. *Gerichtliche Geltung eines Anspruches (im prozessualen Sinn) als rechtlich begründet oder unbegründet*, no original (GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des Prozessualen Denkens*. Springer: Berlin, 1925. Cumpre observar que no original alemão, o título do §17 é escrito de forma distinta no sumário e na abertura do capítulo. A distinção é apontada pelo tradutor. No sumário aparece a expressão “*rechtlich begründet oder unbegründet*”, já no título a expressão “*berechtigt oder unberechtigt*”. Aparentemente, são duas formas de explicar o caráter de “juridicamente fundada ou infundada” da pretensão (em sentido processual).

¹⁷² GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 256. Em outra passagem: “En último lugar, todo derecho en sentido jurídico material (estático) es un dominio sobre algo mientras que todo derecho en sentido procesal (dinámico) es una perspectiva de obtener algo” (p. 276).

¹⁷³ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 271.

¹⁷⁴ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 271.

insegurança se adapta perfeitamente a essa concepção dinâmica¹⁷⁵. Em suma: o direito material trabalhando no terreno da certeza, o direito procesual no da incerteza.

O autor parte da concepção de que o proceso é um combate no âmbito do direito. O acento dado por Goldschmidt ao caráter competitivo permite que descreva o processo a partir de categorias diferentes daquelas a que se acostumou o jurista de inspiração pandectística¹⁷⁶. Isso significa que decisões favoráveis (e seus efeitos) dependerão da prática de um ato exitoso pela parte. De outro lado, decisões desfavoráveis (e seus efeitos) dependerão da omissão quanto à prática de um ato exitoso. Assim sendo, na atividade procesual, a obtenção de *possibilidade*, *oportunidades* e, conseqüentemente, *decisões favoráveis*, dependerá sempre de um ato existoso prévio. Essas situações podem ser reconduzidas à categoria dos *direitos em sentido processual*¹⁷⁷: o que um direito em sentido material autoriza é o domínio sobre um imperativo; o que o direito em sentido processual autoriza é o domínio de uma situação¹⁷⁸. De outro lado, *prejuízos* processuais e, por conseqüência, *decisões desfavoráveis*, dependerão sempre de uma desatenção aos *ônus processuais*. Estes funcionam como uma indução à realização de um ato, voltado a impedir um prejuízo procesual que poderia evitar uma sentença desfavorável¹⁷⁹. Em alguns casos, pode haver, ainda, situações de liberação de um ônus procesual¹⁸⁰. Por essa razão, a partir de uma concepção processual de direito que o entende como um critério para prolação de

¹⁷⁵ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 275.

¹⁷⁶ Sobre o tema, ver CORDERO, Franco. Studi sulle dottrine generali del processo penale; le situazioni soggettive nel processo penale. Torino: Giappichelli, 1956, p. 26.

¹⁷⁷ Que se contrapõem aos “derechos en sentido material del término, que maneja Zitelmann, derechos obligatorios (*Sollrechten*), derechos permitidos (*Darfrechten*) y derechos potestativos (*Kannrechten*)” GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 276.

¹⁷⁸ “En el primer caso, un obligado está sometido a un imperativo, en el segundo, la persona que sufre la carga procesal, queda sometida a una situación” (GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 277).

¹⁷⁹ A caracterização do ônus, para Goldschmidt, não é enquadrada como direito em sentido processual, mas como um paralelo processual do conceito de obrigação. “Esta última categoría de las relaciones jurídicas es propia de una consideración procesal del derecho y, si atendemos al concepto de derecho desde un punto de vista jurídico material, se correspondería con la categoría de las obligaciones jurídicas”. GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 276.

¹⁸⁰ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 276.

decisões¹⁸¹, o processo – à luz das categorias que surgem de *diritto em sentido processual* e de *ônus processual* – não pode ser uma *relação jurídica*, mas uma *situação jurídica (Rechtstage)*: a relação de uma pessoa com uma esperada sentença judicial¹⁸².

Goldschmidt afirma que o conceito de “situação processual” já teria sido exposto por Kohler, porém em sentido não exato, como “elemento” ou “grau” de origem ou desenvolvimento de um direito subjetivo¹⁸³. A sua crítica a essa estruturação se deve, em primeiro lugar, ao fato de que “o momento do inseguro e do inacabado está, sempre, inseparavelmente unido ao conceito de situação jurídica, ainda que nem todo o inseguro e inacabado seja uma situação jurídica”, mas também ao fato de que o conceito, para Goldschmidt, é puramente processual¹⁸⁴. O próprio Chiovenda também já havia tratado ao enfrentar o tema da preclusão¹⁸⁵: “dalla preclusione può nascere un

¹⁸¹ Assim sintetiza Calamandrei: “Ed eccoci a quello che vuol essere la chiave di volta di tutto il volume: alla contrapposizione tra l'aspetto sostanziale o statico e l'aspetto processuale o dinamico del diritto” (...) “Il diritto insomma non dev'essere considerato soltanto come un sistema di regole di vita, ma anche come un sistema di norme per la decisione delle liti”. (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Il processo come situazione giuridica*. Rivista di Diritto Processuale Civile, v. 4, n. 1, p. 219-226, 1927, p. 221.)

¹⁸² Tudo conforme GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal* (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 277.

¹⁸³ KOHLER, Josef (1849-1919). *Der Prozess als Rechtsverhältnis: Prolegomena zu einem System des Civilprozesses*. Mannheim: J. Bensheimer, 1888 apud GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal* (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 278

¹⁸⁴ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal* (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 278-279. Para Chiovenda, assim como para Kohler, a situação jurídica não é uma figura apenas do direito processual: “è una figura del diritto privato come del diritto processuale: essa si distingue dal *diritto* perchè contiene soltanto un *elemento* del diritto o di un effetto o di un atto giuridico futuro; cioè si ha una circostanza che col concorso di altre circostanze successive può condurre a un dato effetto giuridico, mentre, se queste circostanze non si verificano, essa rimane senz'alcun effetto”. CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 859. Chiovenda ainda afirma que, no processo, “la sentenza che dichiara la capacità oggettiva o soggettiva del giudice; l'omessa eccezione di nullità; la mancata risposta a un interrogatorio e simili” (CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 859) portam consigo a aquisição de outros tantos elementos, que juntamente com o concurso de outras circunstâncias posteriores conduzem à sentença de mérito, determinando seu conteúdo. Seriam, portanto, todos esses casos, meras *situações jurídicas*.

¹⁸⁵ “La preclusione del diritto di affermare con effetti giuridici (e quindi del diritto di provare) fatti incompatibili coi fatti acquisiti: e con ciò si produce una situazione processuale, che non può esser distrutta dalla parte che vi diede origine”. CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 750.

diritto (ad es. *actio iudicati*): ma può nascere più comunemente una semplice *situazione giuridica*¹⁸⁶.

Para Goldschmidt, o conceito de situação jurídica é puramente processual, pois existe uma situação em sentido jurídico quando o estado de determinada questão titularizada por um sujeito entra em jogo do ponto de vista de sua judicialização, com vistas a uma decisão favorável ou desfavorável. Assim, uma situação jurídica é o “estado de la causa de una persona contemplado desde el punto de vista de una sentencia judicial esperada, con arreglo a derecho” ou “la perspectiva jurídicamente fundada de obtener una sentencia judicial favorable o desfavorable” e, conseqüentemente, “del reconocimiento por los tribunales de que la pretensión alegada está jurídicamente fundada, o de que es infundada (fuerza judicial, cosa juzgada)”¹⁸⁷. Assim como uma relação de direito objetivo está vinculada a um suporte fático “existente”, a situação jurídica está vinculada a um ato processual dirigido a criar “evidências”¹⁸⁸, com certas características¹⁸⁹. Em síntese, situação processual pode ser definida como “o conjunto de expectativas, possibilidades, ônus e liberações de ônus que uma parte tem no processo”¹⁹⁰.

As possibilidades, ônus e expectativas são o conteúdo primário de uma situação processual, que tem como conteúdo – em relação com uma sentença favorável

¹⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 859.

¹⁸⁷ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal* (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 279. “Goldschmidt não se refere à *Rechtslage* como uma situação jurídica processual, mas como a relação que se estabelece entre a parte e o direito que se arroga ou que quer ver negado. A *Rechtslage* é o ponto de referência do sujeito para a aferição do resultado processual, que considera provável” (COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 96).

¹⁸⁸ “La situazione giuridica non è quindi, come il rapporto processuale, un 'contenente astratto' o 'formale', in cui viene introdotta, come suo contenuto, la controversia materiale, ma la fusione dell'uno e dall'altra in una sola figura, densa di significato sostanziale” (LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *L'opera científica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*. In: LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *Problemi del processo civile*. Milano: Morano, 1962, p. 138)

¹⁸⁹ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal* (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 282.

¹⁹⁰ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal* (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 283.

ou desfavorável – apenas uma expectativa longínqua e pouco segura¹⁹¹. A característica da situação jurídica é justamente ser uma expectativa¹⁹², mas não um direito; é a expectativa de uma sentença e de seu efeito declaratório, visto que essa situação sempre terá relação com um processo efetivo ou com um possível processo futuro¹⁹³. Por isso dizer-se que a situação é sempre “inacabada” e “insegura”, já que a sentença futura é de conteúdo incerto. Como bem explica Barja de Quiroga na apresentação à tradução espanhola da obra de Goldschmidt, são “*relaciones de tensión ante la sentencia judicial que se espera, es decir, las perspectivas, posibilidades y cargas*”¹⁹⁴.

Sobre os diferentes direitos de natureza processual (situações jurídicas processuais), Goldschmidt os divide em três classes: expectativas (*Aussichten*), possibilidades (*Möglichkeiten*) e liberações de um ônus processual (*Befreiungen von einer prozessualen Last*). Quanto ao conteúdo da primeira classe (*Aussichten*), são “expectativas – jurídicas – de obter um benefício processual, que pode chegar, em último lugar, a uma sentença favorável”¹⁹⁵. A expectativa deriva de um ato processual que, por seu exercício, cria em uma das partes a expectativa de obter vantagens ou benefícios. Normalmente, a expectativa é só um efeito indireto, secundário, do ato prévio¹⁹⁶. O possível, embora criticável, paralelo material das expectativas (que são situações processuais) seria a classe dos “direitos”, no plano material¹⁹⁷. São exemplos a expectativa do demandado de que se prolate decisão favorável a si em caso de uma demanda infundada, mas também a expectativa da parte recorrida de que o recurso com defeitos processuais não seja conhecido, a expectativa do vencedor de que as custas processuais sejam impostas à parte vencida, a expectativa da parte que requer a

¹⁹¹ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 283.

¹⁹² Conectando o conceito de situação jurídica ao de expectativas, ressaltando seu caráter de incerteza, ver SANDULLI, Aldo (1915-1984). Il procedimento amministrativo. Milano: Giuffrè, 1959, pp. 298-299.

¹⁹³ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 280.

¹⁹⁴ BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Presentación. In: GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 16.

¹⁹⁵ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 290.

¹⁹⁶ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 298.

¹⁹⁷ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 299.

produção de prova de que se obrigue o perito e as testemunhas a comparecer, entre outros¹⁹⁸.

A seguir, o autor explica o que seria, na sua visão, a classe das possibilidades (ou oportunidades) - *Möglichkeiten*: a situação através da qual um ato processual pode obter a expectativa de um benefício processual para conseguir, em último lugar, que advenha uma sentença favorável¹⁹⁹. Somente existe uma possibilidade quando a ação exercida pela parte tem uma alta possibilidade de ser eficaz²⁰⁰. Produz-se uma situação processual quando a possibilidade pode alcançar, atendendo a sua finalidade e segundo o estado do processo, “uma fase a mais no caminho em direção a um resultado processual favorável”²⁰¹. São exemplos a possibilidade de demandar, o “direito” do litisconsorte preterido de adentrar ao processo, querendo, o “direito” das partes de formular perguntas às testemunhas, o “direito” de apelar da sentença, entre outros, mas explica o autor ser impossível uma relação exaustiva já que esse é um campo de “possibilidades ilimitadas”²⁰². Como regra, a lei processual trata das possibilidades como um “direito”, referindo-se à consequência possível que se associa ao prévio exercício de um ato processual.

A terceira classe de direitos de natureza processual é a da liberação de um ônus processual - *Befreiungen von einer prozessualen Last*: trata-se da situação em que é possível deixar de exercer um ato, sem que essa omissão signifique um prejuízo processual. Esse tipo de situação ocorre tão somente quando, em regra, haveria um ônus

¹⁹⁸ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 292-297.

¹⁹⁹ Em outro momento o autor assim conceitua a possibilidade: “una posibilidad procesal existe cuando una parte está en la situación de ocasionar, con un alto índice de probabilidades, una situación procesal, a través del ejercicio de un acto procesal, la cual debe examinarse, según la finalidad del acto y atendiendo a la fase de proceso, como la siguiente fase en el camino que conduce a una resolución favorable del proceso”. GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 302.

²⁰⁰ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 300.

²⁰¹ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 300.

²⁰² GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 302.

de exercer o ato, mas no caso específico esse ônus é liberado²⁰³. São exemplos desse tipo de situação jurídica as liberações eventualmente outorgadas em casos de isenção de custas pontuais, as liberações relativas a determinadas exigências na defesa em caso de réu ausente, a liberação da necessidade de comparecimento pessoal, em certos casos específicos, entre outros²⁰⁴.

Os direitos em sentido processual não guardam relação causal com um suporte fático, mas com um ato processual voltado a “crear evidencias” ou, ao menos, “con un hecho que origine un medio adecuado para crear evidencias”. Os direitos em sentido processual terão sempre uma relação final com uma resolução judicial, qual seja, a expectativa geral de uma decisão favorável²⁰⁵. Por fim, os direitos em sentido processual não têm relação com nenhum dever em sentido contrário; não podem ser infringidos e sua frustração não significa nenhuma antijuridicidade (ao contrário, o seu exercício pode ser eventualmente antijurídico)²⁰⁶. Disso tudo deriva, para o autor, que o direito processual, tomando em consideração as interrelações jurídicas das partes, não é um direito público, mas um direito “dispositivo”²⁰⁷. Esse direito processual “dispositivo” (analogamente ao que ocorre com o princípio dispositivo) permite que as partes deixem de exercer voluntariamente suas posições e, portanto, também possam a

²⁰³ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 306.

²⁰⁴ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 306.

²⁰⁵ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 310.

²⁰⁶ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 312.

²⁰⁷ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 322. Interessante é a observação do autor sobre o tradicional brocardo *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, afirmando que nem todo direito público será obrigatório, outorgando sentido à expressão *ius publicum* como direito estatal e não direito das relações com o estado. Essa explicação abre um grande espaço de trabalho para a legitimação dos negócios processuais, hoje em voga no direito processual civil brasileiro em função da abertura normativa operada pelo art. 190 do CPC. Observa o autor: “la consideración procesalista concibe el Derecho procesal, en esencia, como un conjunto de promesas - de obtener ventajas en el proceso - y de amenazas - de sufrir perjuicios en el mismo -, las cuales dependen de que las partes realicen eficazmente ciertas conductas, o las omitan; de manera que el Derecho procesal también otorga valor, bajo ciertas circunstancias, a la voluntad de las partes para que éstas configuren la situación procesal de modo diferente al recogido en las disposiciones legales” (GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 322-323).

elas renunciar: “el objeto de la ‘renuncia’ es siempre una expectativa o una posibilidad procesal, en especial la posibilidad de alegar una infracción procesal”²⁰⁸.

De outro lado, para além dos direitos de conteúdo processual (situações jurídicas processuais de natureza ativa), há uma faceta passiva da situação jurídica processual (*prozessualen Rechtslage*): o ônus (*Last*). Este pode ser conceituado como a *exigência de evitar, mediante a realização de um ato processual, um prejuízo processual, em última instância, uma sentença desfavorável*²⁰⁹. A consequência do não cumprimento do ônus é o de debilitar a situação jurídica da parte, isto é, aumentar a expectativa de uma sentença desfavorável²¹⁰.

Para o autor, no plano do processo, não existe correlação similar àquela do direito material entre direito e dever. A relação que existe é entre ônus e possibilidades – portanto, direitos da mesma parte –, na medida em que toda possibilidade processual suscetível de ser perdida impõe à parte um ônus de realizá-la para evitar sua perda ao longo do avanço do processo²¹¹. Isso fica bastante claro quando se trata do exercício de atividades cujo não-exercício acarreta preclusão: alegação de incompetência relativa, alegação de existência de convenção de arbitragem, interposição de recursos, entre

²⁰⁸ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 324. No entanto, há espaços em que não há essa disponibilidade. Daí a se dizer que só há direito processual “dispositivo” onde a lei autoriza aos interessados configurarem, sozinhos, suas relações ou situações jurídicas.

²⁰⁹ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 355. Veja-se que a conceituação da figura do ônus (que, diferente das figuras ligadas aos “direitos em sentido processual”, é bastante conhecida da doutrina processual) é aqui conceituada de forma bastante distinta daquele que tradicionalmente a doutrina utiliza. Por todos, ver a crítica ao conceito Carneluttiano, em PAULA RAMOS, Vitor de. Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. São Paulo. RT, 2015, em especial pp. 53-68. Interessante observação é feita por LENT, Friedrich (1882-1960). Obblighi e oneri nel processo civile. In: Rivista di diritto processuale. Padova, A. Milani, v. 9, n. 1, genn./dic., 1954, p. 156, sobre a relação entre “ônus” e o “princípio dispositivo”: “il dominio delle parti sul procedimento, che trova particolare espressione nel principio dispositivo, si integra col concetto che la parte che non fa il giusto uso delle possibilità che sono offerte non può che rimprovare se stessa delle conseguenze che dovrà sopportare”. É o que defende Calamandrei, para quem, através da estipulação de ônus, “si trova messo in valore e stimolato il sentimento della libertà e della responsabilità individuale: anche nel processo, in quanto vi si applichi il principio dell’*agire a proprio rischio* si può dire che ‘faber est suae quisque fortunae’ (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 172).

²¹⁰ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 355.

²¹¹ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 356.

outras situações bastante conhecidas. À parte que é titular de uma possibilidade sempre incumbirá o ônus de desempenhar essa possibilidade, sob pena de perdê-la²¹². Aquele que deixa de exercer a oportunidade estabelecida para fazer valer seus interesses acaba por vulnerar em razão dos prejuízos que derivam do seu não-exercício (ônus de agir)²¹³. O fundamento jurídico, para Goldschmidt, de se prever tão somente *mandados instrumentalizados através de ameaça de prejuízo na forma de ônus* (e, portanto, sem a estruturação de deveres estritamente processuais) está na “lucha entre partes que constituye la esencia del proceso y que trae consigo, de manera general, la exigencia para las partes de actuar y de usar medios de ataque y defensa”²¹⁴. São exemplos de ônus os bastante conhecidos “ônus de personificação”, “ônus de impugnação específica das alegações do autor”, “ônus de provar”, “ônus de antecipar as despesas”, “ônus de intervir” do terceiro nas intervenções coactas, entre outros.

A compreensão das situações jurídicas (na forma como elaboradas por Goldschmidt) passa pela sua ligação umbilical com o problema do ato processual (que exerce posição central no fenômeno processual visto sob essa óptica). Isso precisamente porque são os atos processuais – das partes e do juiz – que constituem a situação jurídica, isto é, que fundamentam, alteram ou anulam expectativas, possibilidades, ônus ou liberações de ônus²¹⁵. A ideia de processo como situação jurídica coaduna-se à proposta metodológica de Goldschmidt, segundo a qual o processo civil deve ser lido à luz do princípio de liberdade (constante no próprio prólogo do livro), já que as situações

²¹² GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 357.

²¹³ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 358. Sobre o tema, ver, ainda, ROSENBERG, Leo (1979-1963). La carga de la prueba (1923). Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956, p. 54: “también el afirmar y el probar de las partes son simples presupuestos de su triunfo; el propio interés indica a cada parte la creación de estos presupuestos. Consecuentemente, la actividad afirmadora y probadora de las partes se manifiesta como emanación del interés natural que tienen en el éxito del proceso, como una necesidad práctica sin cuya satisfacción las partes perderían el proceso”.

²¹⁴ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 355.

²¹⁵ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 382.

jurídicas se criam através dos atos das partes, como efeito direto do princípio dispositivo²¹⁶.

Uma primeira crítica feita a Goldschmidt foi a de que ele estaria descrevendo a realidade processual a partir de uma óptica metajurídica: “de que descreve, não o processo como deve tecnicamente ser, senão tal como resulta das suas deformações na realidade”²¹⁷. Como observa Calamandrei, trata-se de uma concepção realista do processo, que “potrà anche in qualche caso (e nessuno lo sa meglio di chi guarda il processo con occhi di avvocato) esser la vera”, mas que certamente é passível de críticas por aqueles que, na esteira do conceitualismo, buscavam definições estipulativas para o processo a partir de institutos já delimitados no plano do direito material. E prossegue: “ci domandiamo, insomma, se per riedificare il sistema del diritto processuale, destinato a rappresentarci il processo quale deve essere, sia lecito porre a base di ogni indagine il processo quale è in realtà”, ainda que essa realidade apareça

²¹⁶ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 280. Essa ode ao aspecto liberal, também vista na obra de Couture, é uma marca da tentativa de explicação do processo de Goldschmidt. É sintomático dessa linha clara de desenvolvimento de uma concepção liberal de processo que o próprio livro de Couture (COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos do Direito Processual Civil (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946) seja dedicado à memória de James Goldschmidt.

²¹⁷ “La impressione più viva che si ha leggendo il libro del G. è che egli guardi il processo non quale dovrebbe essere secondo il diritto processuale, ma quale esso, indipendentemente e fuori dal diritto, si riduce ad essere nella realtà pratica, in conseguenza delle manchevolezze del giudice che non sa o non vuole decidere secondo il diritto, e della maggiore o minore destrezza con cui le parti riescono a profittar delle circostanze e a sfruttare a loro vantaggio gli istituti giudiziari che per definizione dovrebbero servire soltanto alla giustizia. In fondo, par che dica il G., il processo non è, come lo credono gli ingenui, un mezzo per attuare il diritto; ma è al contrario un mezzo per fare apparire e valere come diritto ciò che diritto non è”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come situazione giuridica. Rivista di Diritto Processuale Civile, v. 4, n. 1, p. 219-226, 1927, pp. 224-225. No mesmo sentido COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos do Direito Processual Civil (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 100. Também essa é a crítica de Cordero, para quem Goldschmidt teria buscado desenvolver um programa teórico no processo, a partir da distinção entre o caráter estático do direito material e dinâmico do direito processual, afastando o processo dos fenômenos jurídicos e reduzindo-o, em termos finalísticos, econômicos e psicológicos, para além do limite normativo (CORDERO, Franco. Studi sulle dottrine generali del processo penale; le situazioni soggettive nel processo penale. Torino: Giappichelli, 1956, p. 25). Nesse sentido: “Enfim, ofende ao senso comum dissolver os rijos contornos do processo na líquida e mutável perspectiva do seu resultado final. Não é o processo, como realidade, que é incerto, mas o objeto litigioso” (ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Vol. I. Parte Geral. São Paulo: RT, 2015, item nº 84 na versão eletrônica).

apenas em casos “anormali e patologici, in cui serve a scopi diversi da quelli ai quali secondo il diritto dovrebbe servire!”²¹⁸.

Essa passagem de Calamandrei é bastante sintomática de um momento de sua obra, que pode ser reconduzido ao período da sistemática processual (que aqui chamamos de *processualismo*)²¹⁹: um autor preocupado em sistematizar a *ciência do direito processual*, na esteira dos trabalhos de seu mestre Giuseppe Chiovenda, mediante a estruturação de um conjunto de conceitos próprios. Isso porque, mais de vinte anos depois, já depois da morte de Goldschmidt, Calamandrei escreve sobre a sua obra em sentido diametralmente oposto (“ma a questa critica oggi non mi sentirei più di associarmi”), afirmando que “se la scienza giuridica dev’essere una tra le scienze utili, cioè fatte per servire alla pratica”, a dogmática jurídica deve se valer da abstração dos *conceitos jurídicos* com cautela, “per non cadere nell’astrattismo; altrimenti a certi astrattisti della dogmatica giuridica può accadere quello che ai cubisti è accaduto nella pittura”, ou seja, “che a forza di vedere il mondo in forme cubiche, nei loro quadri il mondo è scomparso, e non son rimasti che i cubi, come scatole vuote”²²⁰. Essa mudança, que é notada pela doutrina²²¹, é vista também quando o autor refaz a crítica em torno da ausência de juridicidade e ceticismo processual de Goldschmidt²²². Calamandrei afirma que a teoria “pur portando la costruzione dogmatica fino ai margini

²¹⁸ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come situazione giuridica. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 4, n. 1, p. 219-226, 1927, pp. 224-225. No mesmo sentido, Cordero tece fortes críticas ao que chama de “orientamento decisamente agiuridico”, que se alimenta de uma posição de pensamento de fundo excessivamente pragmático e individualista (CORDERO, Franco. *Studi sulle dottrine generali del processo penale; le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1956, p. 20).

²¹⁹ Sobre a passagem da sistemática para a pós-sistemática, ver DENTI, Vittorio. *Sistemática e post-sistemática nell’evoluzione delle dottrine del processo*. In: DENTI, Vittorio. *Sistemi e Riforme. Studi sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1999, pp. 13-40. É interessante observar a seguinte passagem da apresentação de DENTI, Vittorio (1919-2001). *Dall’azione al giudicato. Temi del processo civile*. Padova: CEDAM, 1983, p. VI: “Sui problemi del *processo* prevalgono, quindi, i problemi della *giustizia* civile; sui problemi della costruzione del sistema, per usare l’espressione di Chiovenda, prevalgono quelli della efetividade della tutela e del suo adeguamento ai bisogni della società contemporanea”.

²²⁰ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Un maestro di liberalismo processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 1, parte I, p. 1-8, 1951, p. 5.

²²¹ Sobre a mudança de pensamento de Calamandrei acerca da obra de Goldschmidt, ver CORDERO, Franco. *Studi sulle dottrine generali del processo penale; le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1956, p. 20, nota 15.

²²² “Con questo ‘scetticismo’ processuale, il quale concepisce sistematicamente la giustizia come uno strumento obbediente a chi meglio sappia servirsene contro il diritto, si arriva a giustificare anche il giudice di Rabelais, che decideva le cause secondo la sorte dei dadi!” CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come situazione giuridica. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 4, n. 1, p. 219-226, 1927, p. 225.

estremi oltre i quali comincia la indagine sociologica o psicologica”, mantém-se no plano jurídico e atinge, mais do que qualquer outra (“più di ogni altra”), o resultado de dar ao processo uma reconstrução jurídica “adattabile e flessibile, capace di accostarsi a tutti gli accidenti della tattica processuale, e di individuarne con appropriate formule la specifica funzione”²²³. Vê-se aqui o segundo Calamandrei, o da passagem da *estrutura à função*, o processualista da fase pós-sistemática²²⁴.

Ainda do ponto de vista geral, mesmo que se assuma a adequação da estrutura situacional, a tentativa de dar unidade ao processo a partir do conceito de *situação jurídica* também esbarra na constatação de que são variadas as situações jurídicas no processo, não havendo falar em uma situação jurídica única²²⁵. Outro espaço de crítica é justamente o apequenamento da posição do juiz²²⁶. Liebman também tece críticas à teoria no que tange ao seu ponto de vista metodológico: a situação jurídica seria o objeto do processo e não o processo²²⁷. Essa mesma posição é

²²³ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Un maestro di liberalismo processuale. Rivista di Diritto Processuale, n. 1, parte I, p. 1-8, 1951, p. 6. Ou ainda quando, ao tratar da teoria da situação jurídica, assim afirma: “una teoria che, pur essendo rigorosamente giuridica, è tuttavia più di ogni altra aderente alla realtà viva del processo a tipo dispositivo” (p. 6).

²²⁴ “Una concezione funzionale del processo è caratterizzata principalmente dallo studio degli *effetti* della tutela giurisdizionale sui rapporti sociali: in altri termini, dallo studio dei rapporti tra processo e società”. DENTI, Vittorio. Sistematica e post-sistematica nell’evoluzione delle dottrine del processo. In: DENTI, Vittorio. Sistemi e Riforme. Studi sulla Giustizia Civile. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 31.

²²⁵ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos do Direito Processual Civil (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 100.

²²⁶ “Tal como Goldschmidt o construiu, representa com alguma propriedade a posição em que as partes se encontram com relação às chances, esperanças e possibilidades de conseguir uma sentença favorável; mas não pode exprimir a essência jurídica do processo, porque deixa de tomar em conta a posição e a atuação do juiz (...) Poderá ser interessante apreciar no decorrer do processo as variáveis perspectivas das partes de vencer ou perder afinal e as possibilidades que o direito lhes oferece de modificá-las num ou noutro sentido: isso tudo representa somente um dos aspectos do que acontece no processo e será sempre insuficiente a representá-lo em sua totalidade, pois ignora o que há de preponderante e essencial, ou seja, a posição jurídica do órgão julgador” (LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). Processo de Execução. São Paulo: Saraiva, 1954, pp. 92-92).

²²⁷ “la sua conclusione principale non può essere accolta, perché la situazione giuridica, così, com'egli l'ha configurata, non è il processo, ma l'oggetto del processo. Le aspettative e prospettive di vittoria o di sconfitta sono un modo geniale di rappresentare ciò che le parti portano nel processo, ma appunto perciò non possono essere il processo in se stesso”. (LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). L'opera científica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale. In: LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). Problemi del processo civile. Milano: Morano, 1962, p. 140). “Gli elementi componenti del processo hanno forme precise, sicure, solidamente costruite e non si lasciano dissolvere nella liquida e mutevole incertezza delle opposte prospettive intorno al suo risultato finale”. (LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). L'opera científica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale. In: LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). Problemi del processo civile. Milano: Morano, 1962, p. 146)

encampada por Cordero, para quem há uma verdadeira miscelânea metodológica²²⁸. Em verdade, o objeto do processo é o direito material, é a relação material afirmada. A situação é justamente a perspectiva processual dessa afirmação, por isso a sua incerteza e seu caráter potencial, de expectativas e possibilidades. O processo não se esgota no seu objeto (o direito material afirmado), mas compõe-se também de posições processuais que instrumentalizam esse caráter afirmativo, mediante *situações* como a das possibilidades e expectativas.

Relativamente a questões específicas da teoria de Goldschmidt, Cordero critica a afirmação de que o dever de decidir não estaria fundamentado na “relação jurídica processual”, mas, sim, em um dever de direito público, ligado à posição orgânica ocupada pelo juiz. Na sua visão, o autor se equivoca ao desconsiderar que é justamente o exercício do direito de demanda que permite que o juiz desempenhe esse poder e, portanto, é a partir da instauração da demanda que surge o dever de julgar²²⁹. Outra crítica que pode ser feita à obra de Goldschmidt é relativa à insuficiência do tratamento dado por ele aos deveres de comportamentos das partes. Na sua visão, esses seriam deveres morais ou ônus (aqueles ligados à abstenção de comportamentos desleais, como a chicana, por exemplo). A cominação de sanções quando da infração desses comportamentos esperados denota tratar-se, o componente ético do processo, de um conjunto de verdadeiros *deveres* para as partes, nas suas relações com o processo (com o estado-juiz e com a contraparte)²³⁰.

²²⁸ Cordero afirma que o desenvolvimento das situações processuais, por Goldschmidt, acaba trabalhando em três planos distintos: do ponto de vista do estado emotivo e cognoscitivo das partes (como exemplo, o direito como “expectativa”), do ponto de vista de uma valoração objetiva de um interesse médio do indivíduo (ônus como exigência de realizar uma determinada conduta para obter um resultado favorável) ou ainda do ponto de vista fortemente pragmático (o processo resolvendo-se como uma sequência de “ocasiões”). Observa Cordero que isso significa uma sobreposição de planos, já que o processo é confundido com seu objeto (e o objeto é descrito na forma de metáforas não-jurídicas). CORDERO, Franco. *Studi sulle dottrine generali del processo penale; le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1956, p. 26.

²²⁹ CORDERO, Franco. *Studi sulle dottrine generali del processo penale; le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1956, p. 23.

²³⁰ Assim GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, pp. 34-35, para quem “las partes tienen del deber, no simplemente moral sino también jurídico, de no faltar a la verdad en sus alegaciones, de no actuar dolosa o negligentemente, de prestar la debita colaboración”. Sobre o tema do comportamento das partes, ver considerações *infra*.

2.2. O processo como instituição: centralismo e teleologia do processo

Uma das críticas mais contundentes, seja à teoria da *relação jurídica processual*, seja à teoria da *situação jurídica*, é a de que buscam unidade em um fenômeno que, por sua natureza, é complexo. O processo não se esgota em uma única *relação jurídica*, assim como não pode ser entendido como uma única *situação jurídica*. Para responder a essa crítica, na nossa visão fundada, buscou-se explicar a natureza jurídica do processo, ainda no quadro das categorias gerais do direito, mediante utilização de outra noção, qual seja, a de *instituição jurídica*. Essa construção se deve, originariamente, em 1942, a Manuel Giménez Fernandez²³¹, porém ficou conhecida na formulação feita por Jaime Guasp, em 1943²³².

²³¹ A referência é de Alcalá-Zamora y Castillo, para quem teria sido o autor de direito canônico o primeiro a ter feito referência ao conceito de instituição para a natureza do processo. O processo seria “la institución reguladora de los actos de las partes y del juez, encaminados a la justa efectividad de los derechos subjetivos mediante la coaccionabilidad jurisdiccional”. (GIMÉNEZ FERNANDEZ, Manuel (1896-1968). Instituciones jurídicas en la Iglesia Católica. Tomo II. Madrid: S.A.E.T.A., 1942, p. 236 apud ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). Concepciones Menores Acerca del Proceso (1952). In: Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972). T. I. México: UNAM, 1974, pp. 422-424).

²³² GUASP, Jaime (1913-1986). Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil. Vol. 1. Madrid: M. Aguilar, 1943, p. 22 e ss. O texto é repetido *ipsis literis* em GUASP, Jaime (1913-1986). Concepto y Metodo de Derecho Procesal (1944). Madrid: Civitas, 1997, pp. 36 e ss. Como observa o apresentador do livro, Manuel Alonso Olea, em que pese a data de publicação seja 1997, “Concepto, Método, Fuentes y Programa de Derecho Procesal fue escrito en fecha que no consta, pero que debe situarse hacia finales de 1943 y mediados de 1944. En efecto, el original contiene más de una referencia a los Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, la primera edición de cuyo tomo primero es de 1943” (p. VII). A conexão entre a noção de instituição e a realidade processual aparece, pela primeira vez, em Hauriou, quando afirma que são instituições “toute organisation créée par la coutume ou la loi positive, fût-elle un simple moyen de la technique juridique; en ce sens l'action possessoire ou l'action en revendication ou le recours pour excès de pouvoir sont des institutions. Nous ne nous arrêtons pas à cette première acception (...)” HAURIOU, Maurice (1856-1929). Principes de Droit Public (1910). 2ª Ed. Paris: Recueil Sirey, 1916, p. 109. Note-se que o autor nem mesmo utiliza essa acepção. Em paralelo e em sentido bastante diverso, chama a atenção o desenvolvimento do tema pelos realistas estadunidenses no que tange ao papel da Constituição e sua existência independentemente de uma dada estrutura normativa. Sobre o tema, ver LLEWELLYN, Karl. N (1893-1962). The Constitution as an Institution. Columbia Law Review, vol. 34, n. 1, 1934, pp. 1-40, em especial: “An institution is in first instance a set of ways of living and doing. It is not, in first instance, a matter of words or rules. The existence of an institution lies first of all and last of all in the fact that people do behave in certain patterns a, b and c, and do not behave in other conceivable patterns d to w. And the probability that an institution will continue coincides with whatever probability there is that people will continue so to behave. *Every living constitution is an institution; it lives only so far as that is true.* And the difference between a “written” and an “unwritten” constitution lies only in the fact that the shape of action in the former case is somewhat influenced by the presence of a particular document, and of particular attitudes toward it, and particular ways of dealing with its language” (pp. 17-18). Esse conceito será desenvolvido *infra*.

Utilizando um conceito bastante amplo de *instituição*, Guasp explica que a natureza *institucional* do processo adviria justamente da necessidade de se reconhecer a complexidade das relações jurídicas nele contidas²³³. Se instituição jurídica significa “un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva a la que figuran adheridas, sea ésa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad”²³⁴, então é possível ver no processo essas características. A noção de instituição seria composta de dois elementos fundamentais: a ideia objetiva, situada fora e acima da vontade dos sujeitos, e o conjunto dessas vontades, que aderem à ideia para lograr a sua realização²³⁵. No processo, a ideia objetiva comum seria a “actuación o denegación de la pretensión” e as vontades a ela aderidas são “las de los diversos sujetos que en el proceso figuran entre los que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico también”²³⁶. Isso significaria para o processo a seguinte caracterização: (a) o processo é uma realidade permanente²³⁷; (b) tem caráter objetivo²³⁸; (c) é hierárquico²³⁹ e (d) não é modificável pela vontade dos sujeitos senão em espaços reduzidos que não

²³³ “La serie de actos que integran el proceso determinan, entre los sujetos que los realizan, la existencia de relaciones de diversa índole. (...) precisamente el problema de la determinación de la naturaleza jurídica del proceso se reduce a la determinación de la naturaleza de tales vínculos o relaciones”. GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, pp. 29-30.

²³⁴ GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 36. Para Couture, entretanto, esse conceito acaba por ser bastante nebuloso (“inorgánico” ou “brumoso”) (COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *El proceso como institución* (1948). In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 353) e, até mesmo, impreciso a ponto de não ser útil (COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos del derecho procesal civil* (1942). 3ª Ed. Buenos Aires: De Palma, 1958, p. 143).

²³⁵ GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 36. Essa caracterização é, por muitos, prova do caráter estatalista e autoritário do conceito de instituição de Guasp. Nesse sentido,

²³⁶ GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 36. Como observa Couture (COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos do Direito Processual Civil* (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 101), a obra toda de Guasp está construída sobre o *conceito* de pretensão (em sentido processual). Não à toa, ele conceitua o processo *teleologicamente* como Guasp, que define o *conceito* de processo como “uma série ou sucessão de atos que tendem à atuação de uma pretensão fundada mediante a intervenção de órgãos de Estado instituídos especialmente para isso” (GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 25 – tradução livre).

²³⁷ O fato de nascerem e extinguirem-se processos em concreto não retira o caráter permanente da instituição (GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 36).

²³⁸ Sua existência é determinada não pelas vontades em concreto, mas pela ideia objetiva superior (GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 36).

²³⁹ GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 36-37.

alterem sua ideia objetiva²⁴⁰. Seus vínculos, por sua vez, poderiam ser reduzidos a direitos subjetivos e obrigações²⁴¹. A noção de instituição, na forma como estabelecida por Guasp, pressupõe uma finalidade²⁴² abrangente do processo, de manutenção de uma paz justa na comunidade²⁴³. Essa finalidade está diretamente ligada à tendência do próprio arranjo dos atos processuais em conjunto: fazer atuar uma pretensão²⁴⁴.

Na visão de Couture, em razão dessa ênfase na finalidade, trata-se de uma “expressão teleológica do fenômeno: o processo caracterizado por seu fim²⁴⁵”.

²⁴⁰ GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 37. Para Couture, “Todas esas proposiciones son correctas y ellas obligan nuestra adhesión; pero pertenecen a planos diferentes, concepciones diversas, y sobre todo, cuando se ligan al concepto de institución, surgen en equívocos que han provocado críticas que en cuanto a nosotros se refieren hoy consideramos en buena parte fundadas” (COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos del derecho procesal civil* (1942). 3ª Ed. Buenos Aires: De Palma, 1958, pp. 144-145).

²⁴¹ GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 37. Mesmo os ônus e poderes seriam, na visão de Guasp, potencialmente reconduzidos a simples “aspectos o perspectivas o modos de considerar las dos figuras fundamentales” (GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 37). O ônus seria meramente a consideração do resultado prejudicial que se produz pela falta de exercício de um direito subjetivo (p. 38) e o poder (ou atribuição) seria justamente inerente aos poderes necessários à realização de uma determinada conduta (obrigação) (p. 39).

²⁴² A finalidade do processo não se confunde com a tendência dos atos ou com seu efetivo resultado: “el punto de referencia que singulariza al proceso como entidad jurídica específica no dice nada en contra puesto que lo que ha de buscarse en cada acto no es la modificación de la realidad que produce sino la que *tiende a producir*; esto no equivale, no obstante, a una explicación teleológica del concepto del proceso: la tendencia del acto es una noción que ha de mantenerse tan apartada de la de fin como de la de resultado”. GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 10.

²⁴³ GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 42.

²⁴⁴ “Tampoco cabe insistir en la objeción fijándose en que la actividad de alguno de los sujetos procesales no tiende precisamente a obtener la actuación de la pretensión sino su denegación, como ocurre con el demandando que se limita a oponerse a la pretensión del demandante sin formular reconvención puesto que tal oposición no se debe configurar a su vez como una auténtica pretensión: lo cierto es que la oposición del demandado, aunque forme parte de las actividades procesales, no sirve para caracterizar el proceso ni menos para definir su tendencia; lo mismo cabría decir, en último término, de la actividad del demandante puesto que ésta no tiende a la actuación de una pretensión fundada sino a la actuación de su pretensión, sea fundada o no. Pero no cabe confundir la tendencia de las actividades procesales, considerado el proceso como institución, con la tendencia particular de las actividades procesales de los diversos sujetos que en él intervienen”. GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 24, nota 7. Bem se vê que para a concepção institucional de Guasp é irrelevante a atividade prática e real das partes.

²⁴⁵ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *El proceso como institución* (1948). In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 353. Ou ainda: “o conceito de instituição se refere à estrutura e aos fins do processo, acentuando a pluralidade de elementos que compõem o processo, assim como sua direção. (COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *El proceso como institución* (1948). In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 353 – tradução livre).

Inicialmente um entusiasta da perspectiva institucional²⁴⁶, Couture tornou-se ferrenho crítico²⁴⁷ do uso que dela pode ser dado para projetos autoritários, na medida em que a concepção institucional tem contornos mais sociológicos que jurídicos. Isso porque ela serve a que se acentue o predomínio dos valores comunitários aos valores individuais, o que permite “que la concepción puede ser utilizada desde las ideologías políticas de extrema izquierda hasta las de extrema derecha, para la justificación de sus postulados”²⁴⁸.

Na terceira edição de seus *Fundamentos*, já póstuma, Couture afirma que o vocábulo instituição, em uma primeira acepção comum e direta, equivale a instituto, criação, organização. Assim, a família, a empresa, o estado e, também, o processo: “un complejo de actos, un método, un modo de acción unitario, que ha sido regulado por el derecho para obtener un fin”²⁴⁹. A essa acepção, justamente pela sua amplitude, o autor presta sua concordância²⁵⁰. Porém, a instituição – o processo – passa a ser definido em

²⁴⁶ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos do Direito Processual Civil* (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, pp. 100-103. A primeira adesão de Couture ocorreu justamente na tradução brasileira, já que no original, em 1942, a teoria nem havia sido desenvolvida por Guasp. Utilizando também a noção de processo como “instituição jurídica”, sem aprofundá-la, PRIETO CASTRO, Leonardo (1905-1995). *Cuestiones de Derecho Procesal*. Madrid: Reus, 1947, p. 2.

²⁴⁷ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos del derecho procesal civil* (1942). 3ª Ed. Buenos Aires: De Palma, 1958, p. 143 e ss.

²⁴⁸ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos del derecho procesal civil* (1942). 3ª Ed. Buenos Aires: De Palma, 1958, p. 144. No sentido dessa posição coletivista do conceito de instituição aplicado ao processo, Couture aponta a adesão de Schönke (SCHÖNKE, Adolf. *Il bisogno di tutela giuridica un concetto giurisprudenzialistico fondamentale*. In: *Rivista di diritto processuale*, v. 3, n. 1, 1948, p. 132-153. Publicada também em espanhol: *La necesidad de la tutela jurídica. Un concepto fundamental del derecho procesal civil*. In: *Revista Jurídica de Córdoba*, nº 2, 1948). O próprio Guasp advoga o predomínio dos fins sociais – “idea objetiva” - aos fins individuais – “conjunto de las voluntades” (GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 36).

²⁴⁹ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos del derecho procesal civil* (1942). 3ª Ed. Buenos Aires: De Palma, 1958, p. 143-144. Ou ainda, processo é “uma instituição submetida ao regime de lei, a qual regula a condição das pessoas, a situação das coisas, e o ordenamento dos atos que tendem à obtenção dos fins da jurisdição”. COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos do Direito Processual Civil* (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 103.

²⁵⁰ “Nuestro pensamiento ha debido plegarse en retirada, por lo menos hasta el día en que la concepción institucional del derecho proyecte sus ideas hacia planos más rigurosos de la dogmática jurídica. Consideramos hoy nuestro deber subrayar, apenas, que el vocablo institución sólo puede ser utilizado en su primera acepción, la común y genérica, que no excluye la concepción del proceso como relación jurídica”. COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos del derecho procesal civil* (1942). 3ª Ed. Buenos Aires: De Palma, 1958, p. 145.

função de seu fim²⁵¹. Aí está justamente o problema da postura institucional: passa da perspectiva *ontológica* à perspectiva *teleológica*, abrindo espaço para que o processo seja pensado como um objeto em função de uma finalidade coletiva.

A instituição, para Couture, seria o fenômeno jurídico complexo que “por su posición en el sistema del derecho, afecta simultáneamente los intereses de carácter público con los de carácter privado”²⁵². Na tentativa de encaixar esse aspecto teleológico do processo com seu conceito de instituição, o autor explica que, em primeiro lugar, o processo tem a finalidade de servir como instrumento idôneo ao demandante, que, tolhido da possibilidade de fazer justiça com as próprias mãos, busca “obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad”²⁵³. Essa primeira concepção é, por sua natureza, eminentemente privada: o direito serve ao indivíduo, e tende a satisfazer suas aspirações²⁵⁴. Há, porém, outra forma de se ver o problema, que é a perspectiva dos interesses públicos que o processo deve perseguir²⁵⁵. Couture afirma

²⁵¹ Essa consideração é de ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). *Concepciones Menores Acerca del Proceso* (1952). In: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso* (1945-1972). T. I. México: UNAM, 1974, p. 426, nota 227.

²⁵² COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *El proceso como institución* (1948). In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 370. Em outra ocasião, tratando dos fins do processo: “Ese fin es privado y público (...) Satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción” COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *Fundamentos del derecho procesal civil* (1942). 3ª Ed. Buenos Aires: De Palma, 1958, p. 146.

²⁵³ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *El proceso como institución* (1948). In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 362.

²⁵⁴ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *El proceso como institución* (1948). In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 363. Ressalte-se que, do ponto de vista do demandado (obviamente, levando em consideração que ação e defesa são duas faces da mesma moeda, e que as posições são dinâmicas e intercambiáveis – sobre o tema, ver CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização do processo e 'zonas de interesse': sobre a migração entre polos da demanda*. In: *Revista da SJRJ*, nº 26. Rio de Janeiro, 2009, pp. 19-55), o processo tem a função de garantia individual, amparando o indivíduo e o defendendo do abuso de autoridade do estado-juiz, da prepotência do pretense credor e da “saña de los perseguidores”. Assim, a partir de ambas as ópticas, o processo tem, portanto, uma finalidade eminentemente privada (COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *El proceso como institución* (1948). In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 364).

²⁵⁵ Sobre o tema, na doutrina brasileira, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo* (1987). 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, que, centrando-se no polo metodológico da jurisdição, opta por tratar de escopos diversos que não o meramente jurídico, para o exercício da atividade judicante. Para uma visão diversa, centrada no polo metodológico do processo, propugnando a noção de que o processo tem uma dupla finalidade (a partir da dupla perspectiva do processo como meio para a tutela dos direitos), ver MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, pp. 16-28, em especial p. 25. As ideias estão desenvolvidas também em MITIDIERO, Daniel. *A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional*. In: *RePro*, v. 39, n. 229, São Paulo: RT, 2014, pp. 51-74.

que essa perspectiva está no mesmo plano da perspectiva privada²⁵⁶. Ainda assim, “el proceso sirve al derecho como un instrumento de creación vivificante”, já que “el derecho se realiza cada día en la jurisprudencia”. Disso deriva que, “satisfecho el interés individual, queda todavía un abundante residuo de intereses no individuales que han quedado satisfechos”²⁵⁷. Esse interesse público estaria, na visão de Couture, justamente no caráter substitutivo do processo: “el proceso asegura la vigencia de la *lex continuitatis*, del derecho, porque si la voluntad jurídica omisa pudiera interrumpir la vigencia de dicha ley, los fines del derecho se desnaturalizarían”²⁵⁸.

A plasticidade dessa noção de instituição, conciliando os interesses individuais e sociais²⁵⁹, do direito privado e do direito público, permite uma visão de unidade apesar da pluralidade de elementos que compõem o fenômeno processual²⁶⁰. Para Couture, é compatível admitir a existência de situações jurídicas, que em conjunto possam se configurar como várias relações²⁶¹, assim como faz-se necessário buscar um significado teleológico do conceito; um conceito que se refira não somente à estrutura,

²⁵⁶ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). El proceso como institución (1948). In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 365. “El Estado no tiene en el proceso un interés superior a la suma de los intereses individuales. Lo que ocurre es que la calidad de esos intereses individuales es de tal índole y adquiere tal magnitud, que termina por poner de relieve la existencia de un interés público *paralelo* al interés individual”. Aquí Couture distancia-se de Guasp, para quem a “ideia objetiva” estaria sempre acima das “vontades dos sujeitos”.

²⁵⁷ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). El proceso como institución (1948). In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 366.

²⁵⁸ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). El proceso como institución (1948). In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 368. Em outra passagem: “el proceso es una forma de asegurar la unidad del derecho y su *lex continuitatis*” COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). El proceso como institución (1948). In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 368.

²⁵⁹ Essa tentativa de conciliação permite que se critique a noção para processos de natureza não-civil. Nesse sentido, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). Concepciones Menores Acerca del Proceso (1952). In: Estudios de Teoria General e Historia del Proceso (1945-1972). T. I. México: UNAM, 1974, p. 437.

²⁶⁰ “A idéia de 'instituição', entretanto, tem sobre a de relação jurídica a vantagem de abarcar a totalidade do objeto. Além da própria relação em si, aquela idéia abrange o conjunto de relações jurídicas que nascem por força do processo. A variedade destas relações é praticamente ilimitada, já que o processo compreende uma infinidade de vínculos e de liames de toda ordem (...) Pela mesma razão porque se afirmou que o processo não é uma situação, mas um conjunto de situações, também se pode afirmar que mais que uma relação, ele é um conjunto de relações. Esse conjunto de relações constituirá uma instituição desde que, por tal se entenda, como faz a doutrina francesa, o conjunto de regras estabelecidas para assegurar a satisfação de interesses coletivos ou individuais” COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos do Direito Processual Civil (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, pp. 102-103.

²⁶¹ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). El proceso como institución (1948). In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 360.

mas também à função²⁶². A noção de instituição, desde que dogmaticamente utilizada sem que se sobreponha interesses públicos aos interesses individuais, se adapta à particular visão do processo como um *meio*, que tem uma estrutura apontada a um ou mais *fins*²⁶³.

Algumas críticas adicionais podem ser tecidas à noção de processo como instituição. Em primeiro lugar, trata-se de definição por demais ampla e genérica²⁶⁴, se, como Couture, utiliza-se a definição de instituição como complexo de atos, método, modo de ação unitário, regulado pelo direito com vistas a um fim²⁶⁵. Tamanha abertura acaba por transformar a noção em um expediente verbal inútil²⁶⁶. De outro lado, utilizada a tradicional (defendida em parte por Guasp) definição de instituição como estrutura dotada de elementos formais (normatização própria e organização permanente) e materiais (plurisubjetividade)²⁶⁷, não pode o processo fazer uso da noção. Isso porque o processo não é dotado de autonomia normativa, ao menos naqueles países que contam com legislação escrita sobre a matéria, e sua organização não precede o direito positivo, nem mesmo em suas linhas gerais²⁶⁸.

²⁶² COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). El proceso como institución (1948). In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 361.

²⁶³ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). El proceso como institución (1948). In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 373. Essa dupla perspectiva pode ser adaptada à tese da tutela dos direitos como finalidade do processo, em dupla dimensão (sobre isso, MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013, pp. 16-28, em especial p. 25 e MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. In: RePro, v. 39, n. 229, São Paulo: RT, 2014, pp. 51-74).

²⁶⁴ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). Concepciones Menores Acerca del Proceso (1952). In: Estudios de Teoria General e Historia del Proceso (1945-1972). T. I. México: UNAM, 1974, p. 436.

²⁶⁵ COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). Fundamentos del derecho procesal civil (1942). 3ª Ed. Buenos Aires: De Palma, 1958, p. 143-144.

²⁶⁶ PICARDI, Nicola (1934-2016). La sucessione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, p. 56. Nesse sentido: “Pouco se clareia da essência do processo afirmá-lo como conjunto de atividades atadas à ideia comum e ao objetivo único de satisfazer pretensões. Por óbvio, o processo constitui um fenômeno social permanente, à semelhança da família, mas é também um fenômeno jurídico. Em última análise, a teoria do processo como instituição compreendeu a natureza sociológica do processo, sem precisar-lhe a feição jurídica”. ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Vol. I. Parte Geral. São Paulo: RT, 2015, nº 85 (versão eletrônica).

²⁶⁷ PICARDI, Nicola (1934-2016). La sucessione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 53-54.

²⁶⁸ PICARDI, Nicola (1934-2016). La sucessione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, p. 54.

3. O desenvolvimento teórico em torno da natureza jurídica do processo como uma tentativa de explicação do fenômeno processual (3): processo e procedimento

3.1. Processo como ato-complexo e como procedimento

O fenômeno processual, na forma como concebido pela doutrina processual do final dos oitocentos e da primeira metade dos novecentos, era explicado com base em noções extraídas da teorização desenvolvida no âmbito do *conceitualismo* setecentista e oitocentista. Seja utilizando a figura clássica da *relação jurídica*, seja buscando sua explicação na dúbia noção de *situação jurídica* (figura essa que, em outro sentido, está na base da teorização acerca das posições jurídicas de direito privado), o processo era concebido mediante uma tentativa de *sistematização* a partir de figuras forjadas em um determinado momento da ciência do direito²⁶⁹. Mesmo a explicação absolutamente abrangente e genérica da *instituição* finca suas raízes no intento construtivo de um *sistema*.

O grande calcanhar de aquiles dessas teorizações, entretanto, sempre foi o de desconsiderar ou diminuir a importância do elemento temporal na realidade processual. O processo é – e aqui uma contribuição notável de Goldschmidt – *dinâmico*. Analisado à luz de sua estrutura, ressaí claramente o papel central do *tempo*²⁷⁰ para

²⁶⁹ Picardi defende que o processo pode ser construído, ainda, à luz de diferentes teorias a respeito do direito: teoria relacional – processo como *relação jurídica* -; teoria institucional – processo como *instituição* -; teoria normativa – processo como *procedimento*. PICARDI, Nicola (1934-2016). La successione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 23-25. Pode-se dizer, ainda, que do ponto de vista metodológico, a tentativa de conceituar o processo como *relação* (unitária ou complexa) ou como *situação* é sempre a construção de um conceito a partir de seus efeitos. Na esteira da teoria do fato jurídico, a(s) relação(es) jurídica(s) seria(m) efeito(s) jurídico(s): processo como conjunto de relações que se estabelecem entre os sujeitos processuais (agregamos: em função de normas processuais que assim o determinem). Nesse sentido, ver DIDIER JR., Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida (2012). 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, pp. 82-83.

²⁷⁰ Para uma discussão filosófica sobre a natureza jurídica do tempo e a distinção entre prazo como *distantia temporis* e prazo como momento no tempo, ver PICARDI, Nicola (1934-2016). La successione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 63-78. Essa distinção tem sentido para determinar que o procedimento é composto não só de atos, mas também de fatos, uma vez que o tempo (estruturado na forma de prazos) funciona como fato jurídico quando de seu transcurso, fato esse que desencadeia situações jurídicas e, portanto, serve como base para outros atos. Assim sendo, o procedimento, como veremos adiante, não se forma apenas por atos concatenados, mas também pela ligação entre atos que, muitas vezes, se dá em razão de fatos.

compreensão do fenômeno. Se inevitavelmente o desenvolvimento da realidade processual se dá mediante “il susseguirsi di determinazioni temporali”²⁷¹, então é necessário buscar em outros institutos a explicação completa da natureza jurídica do processo.

3.1.1. O caráter temporal da noção de procedimento

O dinamismo do fenômeno processual repousa sua base no fato – inescapável – de que a atividade desempenhada pelos sujeitos que nele interagem demanda tempo até que possa ser exercida a jurisdição, na sua plenitude, outorgando-se tutela aos direitos. O processo é, por essência, um movimento²⁷² e não um repouso, “como algo que deviene y no simplemente que es”²⁷³. Ou, para utilizar a doutrina brasileira, “processo, pois, ontologicamente, é o movimento dirigido para deante”²⁷⁴. Trata-se, em primeiro lugar, de um fenômeno jurídico que se situa no plano dos fatos²⁷⁵. Ainda que a noção de relação jurídica possa ser reconstruída para abarcar esse movimento (como efeito jurídico), o processo deve ser explicado, em seu aspecto temporal, a partir de outra noção. Essa noção é, justamente, a de procedimento²⁷⁶.

²⁷¹ PICARDI, Nicola (1934-2016). *La successione processuale. I. Oggetto e limiti*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 73.

²⁷² “O que o processo apresenta de paradigmático é a respectiva conformação. Ele é uma espécie de dever permanente, extremamente complexo” (COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 98).

²⁷³ GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 9.

²⁷⁴ FERRAZ, Manuel Carlos de Figueiredo (1885-1967) *Apontamentos sobre a noção ontologica do processo* (1936). Campinas: Julex, 1984, p. 99. Registre-se que o procedimento nem sempre direciona-se “avante”: “el curso del proceso no sigue una línea uniforme, constante e ininterrumpida de desarrollo sino que, en ocasiones, se paraliza, se desvía o incluso retrocede para volver sobre su propios pasos” (GUASP, Jaime (1913-1986). *Concepto y Metodo de Derecho Procesal* (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 8).

²⁷⁵ Nesse sentido, COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 98; No mesmo sentido, aludindo a esquema normativo no âmbito do qual os fatos em específico são dispostos em ordem (crono)lógica, ver PICARDI, Nicola (1934-2016). *La successione processuale. I. Oggetto e limiti*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 77. No Brasil, aludindo expressamente a essa solução, DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida* (2012). 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, em especial p. 80; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, em especial p. 85 e, em alguma medida, também BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015, em especial p. 115.

²⁷⁶ Il richiamo alla nozione di procedimento consente di superare l'apparente tautologia della definizione, e di evitare l'ormai inaccettabile riferimento dell'atto alle vicende del 'rapporto processuale', proprio della tradizionale e diffusa nozione chiovendiana” (DENTI, Vittorio (1919-2001). *Concetto e*

A partir de seu perfil objetivo, o procedimento pode ser considerado como uma “estrada pela qual passa o poder para concretizar-se em um ato”²⁷⁷, ou seja, como a manifestação sensível da função, o modo de externalização da função em um ato final. Em suma, o procedimento nada mais é do que a história da transformação do poder em ato, assinalada por uma série de atos necessários para que o poder se resolva em uma realização concreta²⁷⁸. É nota fundamental do conceito de processo a ideia de *cedere pro*: o fenômeno de que uma coisa ocupe o lugar de outra. Mais do que num mero “avanço”, uma série ou sucessão de acontecimentos que modificam uma determinada realidade²⁷⁹, que não se realiza de uma só vez, mas em vários momentos. Em outras palavras, que se consubstancia em uma pluralidade de atos²⁸⁰. A tônica no aspecto procedimental, mais do que um retorno à perspectiva *procedimentalista* (de que já se tratou *infra*), permitiu que se compreendesse o processo na sua completude. Ganha ênfase o desenvolvimento prático, em concreto, das atividades tendentes à formação do provimento jurisdicional²⁸¹, que nada mais é do que a função jurisdicional se

classificazione degli atti processuali (1959). In: Dall'azione al giudicato. Padova: CEDAM, 1983, pp. 130-131).

²⁷⁷ BENVENUTI, Feliciano (1916-1999). Funzione amministrativa, procedimento, processo. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, Anno II, parte I, 1952, p. 128.

²⁷⁸ BENVENUTI, Feliciano (1916-1999). Funzione amministrativa, procedimento, processo. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, Anno II, parte I, 1952, p. 128.

²⁷⁹ “Es frecuente decir que, etimológicamente, proceso equivale a avance, a la acción o efecto de avanzar. Pero no cabe duda de que, en sentido propio, *cedere pro* no significa sino el fenómeno de que una cosa ocupe el lugar o sitio de otra, es decir, que a lo que se hace referencia no es tanto a un avance como a una serie o sucesión de acaecimientos que modifican una determinada realidad. Esta es, precisamente, la primera nota fundamental que sirve o puede servir para construir el concepto del proceso: la de que éste constituye, en su íntima esencia, una serie o sucesión de acaecimientos o hechos o, puesto que en la mayor parte de estos hechos se manifiesta una intervención de la voluntad humana, una serie o sucesión de actos”. GUASP, Jaime (1913-1986). Concepto y Metodo de Derecho Procesal (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 8.

²⁸⁰ “Proceso significa tanto como avance, pero realizado no de una sola vez, sino en varios momentos; y ya que consta de una pluralidad de actos, se le llama también procedimiento” SCHÖNKE, Adolf (1908-1953). Derecho procesal civil (1938). Trad. Leonardo Prieto Castro Barcelona: Bosch, 1950, p. 13. O processo é “integrado por um conjunto de atuações tipificadas, praticadas por múltiplos sujeitos, que se sucedem no tempo numa ordem predeterminada por, às quais o legislador dá o nome de actos processuais. Esta circunstância permite-nos afirmar que, seja qual for o termo da classificação a que o processo se possa reconduzir, esse termo deverá classificar o facto atendendo à quantidade de actos em que se analisa” (COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 98).

²⁸¹ “Il processo civile non è che il processo di formazione del provvedimento giurisdizionale (di merito): ogni provvedimento richiede un proprio processo di formazione, onde se nell'un caso si ha un provvedimento, si avrà un processo” (REDENTI, Enrico (1883-1963). Il giudizio civile con pluralità di parti (1911). 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1960, p. 15). Essa é apontada como a primeira obra a tratar do tema do procedimento como resposta à teoria da relação jurídica processual (PICARDI, Nicola (1934-2016).

externalizando na forma de um ato final. Essas atividades, organizadas e combinadas, dão forma a um esquema formal, variável, dependente dos sujeitos e do direito envolvido. A esse esquema, deve-se dar o nome de procedimento²⁸².

Alguns aspectos desde logo sobressaem. Em primeiro lugar, a tônica no seu desenvolvimento, que se dá mediante *concatenação de atividades* ao longo de um determinado tempo. Fala-se, quanto ao procedimento, que este é a “sequência ordenada em lei” das atividades dos sujeitos, quanto a “seu modo de expressão, ao conteúdo, ao tempo, ao lugar (prazos e formas processuais)”²⁸³, ou que é “uma combinação de actos de efeitos jurídicos causalmente ligados entre si”²⁸⁴. Essa ênfase na relação de sequência ordenada permite vislumbrar a cadeia de interdependência de cada atividade “per modo che ogni posizione componente presuppone quella o quelle che la precedono e condiziona quella o quelle che la seguono”²⁸⁵. Nesse sentido, o procedimento pode ser entendido como a totalidade da atuação das partes e do tribunal, que se executam sucessivamente, tendo cada uma a anterior como pressuposto e a seguinte como consequência²⁸⁶.

La sucessione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, p. 56 e FAZZALARI, Elio (1925-2010). Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana. In: Rivista di diritto processuale. Padova: CEDAM, Anno XVIII, n° 3, 1963, pp. 362-380). Também, do mesmo autor, “Nel linguaggio tecnico delle nostre fonti, a cominciare dal codice di procedura civile, si dà più precisamente il nome di *processo* allo svolgimento pratico concreto di attività intese alla formazione di provvedimento giurisdizionali” (REDENTI, Enrico (1883-1963). Diritto Processuale Civile. Tomo I (1949). Milano: Giuffrè, 1957, p. 91).

²⁸² “Essa preordina così degli schemi formali non tanto e non solo dei singoli atti, quanto anche delle loro varie possibili combinazioni in serie e sono schemi vari, a seconda della natura ed entità dei provvedimenti che si tratti di formare, e dei giudici e degli altri soggetti che vi possano o vi debbano concorrere. Questi schemi predisposti per i possibili processi prendono o dovrebbero prendere nome di procedimenti” (REDENTI, Enrico (1883-1963). Diritto Processuale Civile. Tomo I (1949). Milano: Giuffrè, 1957, p. 92).

²⁸³ CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 51.

²⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). Teoria geral do direito (1940). Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 476.

²⁸⁵ FAZZALARI, Elio (1925-2010). Note in tema di Diritto e Processo. Milano: Giuffrè, 1957, p. 94.

²⁸⁶ ROSENBERG, Leo (1879-1963). Tratado de derecho procesal civil. Tomo I (1927). Trad. da 5ª ed. Angela Romera Viera. Buenos Aires: EJE, 1955, p. 8. Registre-se que Rosenberg tenta manter-se fiel à noção de relação jurídica, como o outro lado da mesma moeda, já que, para ele, o fenômeno pode ser visto a partir de duas ópticas. Por essa razão, posteriormente afirma que “El proceso como totalidad es una relación jurídica; los estadios particulares de la conducción procesal son situaciones jurídicas” (ROSENBERG, Leo (1879-1963). Tratado de derecho procesal civil. Tomo I (1927). Trad. da 5ª ed. Angela Romera Viera. Buenos Aires: EJE, 1955, p. 9).

Em segundo lugar, a tónica no *fin* ou no *resultado* do procedimento: o provimento jurisdicional²⁸⁷. Os atos e fatos, em cadeia, que se direcionam a essa finalidade, compõem o procedimento e devem ser vistos como unidade ficcional²⁸⁸ voltada a um fim (dirigidas à tutela judicial e unidas por esse fim comum²⁸⁹). Nesse sentido, o procedimento consiste na série de atividades desempenhadas por homens, “i qualli collaborano al conseguimento dello scopo comune che è la pronuncia di una sentenza o la mossa in opera di una misura esecutiva”²⁹⁰. Em suma, o fenômeno do procedimento é caracterizado pela (a) coordenação de atividades jurídicas (b) voltadas ao alcance de um certo resultado²⁹¹.

²⁸⁷ Essa consideração já aparecia em Calamandrei: “processo è la serie delle attività che si devono compiere per arrivare ad ottenere il *provvedimento giurisdizionale*: con significato molto affine, se non sinonimo, a quello di 'procedimento' e di 'procedura'. (...) Ocorre che siano compiuti numerosi atti susseguentisi in un periodo più o meno lungo di tempo, il complesso dei quali, considerati come un'unità in vista del fine che li ricollega, costituisce empiricamente il processo in senso giudiziario” (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima* (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, pp. 156-157).

²⁸⁸ Por ora, alude-se a um fim comum, muito embora ao longo do trabalho ficará clara a não-adesão dessa tese a essa forma de explicar o problema: vários são os fins do processo a depender do sujeito que está desempenhando a atividade. A teleologia dos atos em concreto não é o único fator que outorga unidade ao procedimento: a “dialecticidade” é o que constitui o verdadeiro amálgama. Nesse sentido, Calamandrei: “Questi atti processuali compiuti da diverse persone si ricollegano tra loro, come componenti di un procedimento unico e individuato, non tanto per il loro esteriore ravvicinamento spaziale e temporale, e non solo per la loro connessione teleologica; ma anche perchè dall'inizio fino al compimento della serie ciascuno di essi nasce come conseguenza di quello che l'ha preceduto, ed a sua volta opera come stimolo di quello che lo segue. È questo il carattere che si potrebbe denominare della 'dialetticità' del processo”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima* (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, pp. 167-168.

²⁸⁹ ROSENBERG, Leo (1879-1963). *Tratado de derecho procesal civil. Tomo I* (1927). Trad. da 5ª ed. Angela Romera Viera. Buenos Aires: EJE, 1955, p. 8. Registre-se que Rosenberg tenta manter-se fiel à noção de relação jurídica, como o outro lado da mesma moeda, já que, para ele, o fenômeno pode ser visto a partir de duas ópticas. Por essa razão, posteriormente afirma que “El proceso como totalidad es una relación jurídica; los estadios particulares de la conducción procesal son situaciones jurídicas” (ROSENBERG, Leo (1879-1963). *Tratado de derecho procesal civil. Tomo I* (1927). Trad. da 5ª ed. Angela Romera Viera. Buenos Aires: EJE, 1955, p. 9).

²⁹⁰ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima* (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 157. O autor segue em passagem bastante poética: “questa collaborazione non è contemporanea, ma successiva, in modo che le varie attività che devono essere compiute dalle diverse persone che prendono parte al processo, sono distribuite nel tempo e nello spazio secondo un ordine logico, quasi come in un dramma scenico le battute degli attori si succedono non a caso, ma secondo il filo dell'azione, in modo che la frase susseguente è giustificata da quella precedente ed a sua volta dà occasione a quella che vien dopo; nè l'ordine in cui si svolge il discorso degli interlocutori potrebbe alterarsi senza distruggerne il senso. In realtà, per lo spettatore estraneo che assiste in udienza a un pubblico dibattito, il processo somiglia proprio a un dramma, coi suoi personaggi e i suoi episodi, del quale la pronuncia del provvedimento giurisdizionale rappresenta l'epilogo”.

²⁹¹ SANDULLI, Aldo (1915-1984). *Il procedimento amministrativo* (1940). Reimp. Milano: Giuffrè, 1959, p. 41.

O desenvolvimento da temática do procedimento deve-se, em especial, à doutrina administrativista²⁹². Esta tecia críticas ao fato de que a doutrina processual não se preocupava com a essência do procedimento, contentando-se em defini-lo de maneira empírica, como um complexo, um conjunto, uma cadeia, uma concatenação, uma sucessão, uma coordenação ou uma combinação de atos²⁹³. Em suma, considerou mais o desenvolvimento (*lo svolgersi*) do que o próprio ser (*l'essere*) do fenômeno procedimento²⁹⁴. Sandulli afirma que o procedimento é uma noção *formal*, de um fenômeno *dinâmico*, que se desenvolve de *forma continuada*, no tempo²⁹⁵. Esse fenômeno ocorre juridicamente sempre que, para atingir um determinado efeito jurídico, seja preordenada e coordenada uma série de atividades sucessivas, de um ou mais agentes²⁹⁶.

A individualização do procedimento se dá pelo efeito jurídico, em função do qual a atividade se desenvolve. O ponto de partida, portanto, é o fato jurídico a que o ordenamento outorga o efeito jurídico pretendido²⁹⁷. Pode ocorrer de haver, no mesmo procedimento, vários elementos com valores funcionais distintos. A dinâmica do procedimento permite, portanto, que haja a individualização do caráter e da função específica de cada fase²⁹⁸. Logo, se o procedimento significa o *iter* mediante o qual se busca chegar a um determinado resultado, a sua análise deverá centrar-se no seu desenvolvimento, especialmente nas diversas atividades que, juntas, levam ao resultado

²⁹² Nesse sentido a afirmação de CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). Teoria geral do direito (1940). Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 476.

²⁹³ SANDULLI, Aldo (1915-1984). Il procedimento amministrativo (1940). Reimp. Milano: Giuffrè, 1959, p. 20, nota 10. É sintomático disso, por exemplo, o verbete “Procedimento Civile” do Novissimo Digesto Italiano (SEGNI, Antonio (1891-1972); COSTA, Sergio (1904-1981). Procedimento civile. In: Novissimo Digesto Italiano. XIII. Torino: UTET, 1966, p. 1026), que em verdade na tentativa de conciliar o conceito de procedimento com o de relação jurídica processual deixa de desenvolver uma teorização em torno do procedimento (*fato*), para explicar a natureza das relações entre os sujeitos (*efeito*). Sobre as diversas formas de se explicar a noção de procedimento, com ampla bibliografia, ver PICARDI, Nicola (1934-2016). La successione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964 pp. 56-63.

²⁹⁴ SANDULLI, Aldo (1915-1984). Il procedimento amministrativo (1940). Reimp. Milano: Giuffrè, 1959, p. 23.

²⁹⁵ SANDULLI, Aldo (1915-1984). Il procedimento amministrativo (1940). Reimp. Milano: Giuffrè, 1959, p. 36.

²⁹⁶ SANDULLI, Aldo (1915-1984). Il procedimento amministrativo (1940). Reimp. Milano: Giuffrè, 1959, p. 31.

²⁹⁷ SANDULLI, Aldo (1915-1984). Il procedimento amministrativo (1940). Reimp. Milano: Giuffrè, 1959, p. 41. Ou ainda: “Ogni volta che si imprenda l'esame di un certo procedimento, è imprescindibile la necessità di tenere in evidenza la specifica fattispecie cui si ha riguardo” (p. 42).

²⁹⁸ SANDULLI, Aldo (1915-1984). Il procedimento amministrativo (1940). Reimp. Milano: Giuffrè, 1959, p. 38.

e nas relações funcionais entre essas atividades²⁹⁹. A partir da ideia de poder que é inerente ao resultado que se espera do procedimento, pode-se agregar ao conceito a noção de que se trata de uma “*storia segnata da tutta la serie degli atti necessari per il risolversi del potere in un atto*” ou, em outras palavras, que o procedimento é a forma sensibilizada pela função e não o seu mero modo de ser³⁰⁰.

O procedimento jurisdicional é, a partir dessa construção, o mecanismo de produção de efeitos dos atos em concreto e da sua coordenação recíproca em um quadro unitário que abraça os efeitos de cada ato³⁰¹, com vistas ao exercício da jurisdição. Assim, em primeiro lugar, os efeitos particulares de cada ato – em função dos quais se exerce o poder de agir – são modificações jurídicas em situações internas do processo (poderes, deveres, faculdades)³⁰². Em segundo lugar, a finalidade última é a produção de um efeito unitário, mas isso não exclui a autonomia jurídica de cada ato da cadeia, inclusive porque os efeitos do ato anterior são o pressuposto do ato posterior e assim por diante³⁰³. Em terceiro lugar, e em consequência disso, o ato final não é o único gerador do efeito final, já que todos os atos da cadeia contribuem para o efeito final, ainda que tenham efeitos próprios. Daí a se dizer que o efeito final é o efeito *total*³⁰⁴.

A essa altura é possível distinguir o procedimento de outra figura análoga, a do ato complexo (*fattispecie complexa*)³⁰⁵. Enquanto o procedimento nada mais é do que os vários atos singulares e seus efeitos até o ato final, o ato complexo é, em si, um

²⁹⁹ SANDULLI, Aldo (1915-1984). *Il procedimento amministrativo* (1940). Reimp. Milano: Giuffrè, 1959, p. 38.

³⁰⁰ BENVENUTI, Feliciano (1916-1999). *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. In: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Anno II, parte I, 1952, p. 129.

³⁰¹ MANDRIOLI, Crisanto. *La rappresentanza nel processo civile*. Torino: UTET, 1959, p. 102.

³⁰² MANDRIOLI, Crisanto. *La rappresentanza nel processo civile*. Torino: UTET, 1959, p. 103.

³⁰³ MANDRIOLI, Crisanto. *La rappresentanza nel processo civile*. Torino: UTET, 1959, p. 104.

³⁰⁴ MANDRIOLI, Crisanto. *La rappresentanza nel processo civile*. Torino: UTET, 1959, p. 105.

³⁰⁵ Sobre a distinção entre procedimento e *fattispecie complexa*, cumpre observar a posição de Fazzalari, para quem essa posição serve para demonstrar duas ópticas do problema: o primeiro, do ponto de vista da ordenada sequência na qual as posições e os atos se colocam; a segunda, do ponto de vista da sua unificação em relação a determinados efeitos (FAZZALARI, Elio (1925-2010). *Note in tema di Diritto e Processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 95). No Brasil, parcela da doutrina utiliza a tipologia do ato-complexo de formação sucessiva (ou tipo complexo de formação sucessiva) para explicar o procedimento. Nesse sentido, CALMON DE PASSOS, Joaquim José (1920-2008). *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais* (2002). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 88 e, apoiado em Marcos Bernardes de Mello, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1 (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 33.

ato dotado de sua própria individualidade³⁰⁶. Se o objeto do procedimento é a função do ato final (e não de cada ato), o objeto do ato complexo é o conjunto dos atos parciais que ao ato complexo dão vida (e a função do ato complexo é o conjunto de funções dos atos parciais). No procedimento, cada ato é pressuposto do subsequente; no ato complexo, cada ato é elemento do próprio ato complexo³⁰⁷. Se tanto no procedimento como no ato complexo há um fato unitário (observado na complexidade quantitativa), no primeiro há um ato da cadeia (o ato final) que se distingue dos demais por ser o “facto que pode provocar os efeitos típicos”³⁰⁸ ou, utilizando a feliz expressão de Benvenuti, que transforma o poder em ato³⁰⁹.

3.1.2. A série procedimental

Picardi, por sua vez, distingue as figuras a partir do elemento temporal, apresentando a noção de “serie procedurale”³¹⁰. Justamente ao inserir o elemento temporal, o autor agrega que o desenvolvimento do fenômeno procedimental no tempo resolve-se em uma sequência de determinações temporais que permitem a disposição harmônica dos fatos no âmbito do procedimento e regulam o proceder rítmico do fenômeno³¹¹. Incluindo a noção de tempo, Picardi descarta a sinonímia “procedimento”-“ato-complexo”, uma vez que os nexos, através dos quais os vários fatos que compõem o procedimento se encontram em relação de pressuposição ou de consecução, não

³⁰⁶ BENVENUTI, Feliciano (1916-1999). Funzione amministrativa, procedimento, processo. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, Anno II, parte I, 1952, p. 127, nota 20.

³⁰⁷ BENVENUTI, Feliciano (1916-1999). Funzione amministrativa, procedimento, processo. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, Anno II, parte I, 1952, p. 128, nota 20. CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). Teoria geral do direito (1940). Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942, pp. 474-475 faz uma distinção em torno da oposição horizontal (ato-complexo) e vertical (procedimento), explicando que no segundo o efeito final a que a combinação tende obtém-se através de uma cadeia causal dos atos que o formam.

³⁰⁸ COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 101.

³⁰⁹ BENVENUTI, Feliciano (1916-1999). Funzione amministrativa, procedimento, processo. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, Anno II, parte I, 1952, p. 128.

³¹⁰ PICARDI, Nicola (1934-2016). La successione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, p. 63.

³¹¹ PICARDI, Nicola (1934-2016). La successione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, p. 73.

consistem apenas em *critérios de disposição lógica*, mas, sobretudo, *cronológica*³¹². Nessa óptica, o procedimento poderia ser conceituado como uma série de atos valorados e, portanto, de posições jurídicas processuais, sempre dispostas segundo uma determinada ordem lógica e cronológica (e, assim, “série procedimental”)³¹³.

Os atos da série procedimental se destinam a preparar o último ato, cujos efeitos não poderiam ser o que são sem a precedência daquelas³¹⁴. Se é verdade que a finalidade de dar tutela aos direitos, que é ínsita ao processo, depende do transcurso de uma série de atos relacionados em cadeia, também é verdade que existe um ato que, preparado pelos que lógica e cronologicamente o antecedem, a essa cadeia dá fim: a decisão – ato típico e terminal. Nessa característica reside outra distinção entre o conceito de ato complexo e de procedimento, que torna o processo um exemplo deste último³¹⁵.

3.2. A legitimidade pela participação: processo como procedimento em contraditório

Tendo em vista o quanto foi dito, cumpre responder às seguintes questões: se processo pode ser compreendido como procedimento, esses são conceitos sinônimos? Todo processo é procedimento e todo procedimento é processo? A distinção, no uso coloquial das palavras, não é muito clara. Uma comparação interessante é trazida por Sandulli, quando afirma que, na linguagem comum, se de um lado o procedimento é tradicionalmente compreendido como conjunto coordenado de ações humanas voluntárias em função de um escopo (procedimento de construção, procedimento

³¹² PICARDI, Nicola (1934-2016). *La successione processuale. I. Oggetto e limiti*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 74. O elemento tempo, nessa visão, ganha importância ao funcionar muitas vezes como *fato* (em se tratando de decurso de prazo, por exemplo) dentro da cadeia factual que dá corpo ao procedimento.

³¹³ PICARDI, Nicola (1934-2016). *La successione processuale. I. Oggetto e limiti*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 78. O autor utiliza a noção de série procedimental para diferenciar do que chama de procedimento em sentido estrito, que define como “uma sequência de fatos, dispostos em uma determinada ordem, não somente lógica mas também cronológica, e considerados unitariamente como fonte de determinados efeitos”. Para ele, o que explica fenômenos como a sucessão processual é o conceito de série procedimental, pois a sucessão se dá já no âmbito dos atos valorados pela norma (e, portanto, no dos efeitos que criam posições jurídicas).

³¹⁴ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 100.

³¹⁵ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 123.

científico, etc.), em vários ramos o processo é compreendido como um fenômeno estranho à ação humana (por exemplo, processo de cristalização, processo de fossilização)³¹⁶. No pensamento jurídico, entretanto, o percurso teórico é “apparentemente strano, ma storicamente spiegabile”³¹⁷.

Isso porque os processualistas sempre buscaram definir o processo (como demonstram os precedentes capítulos) a partir das situações jurídicas que são efeito dos fatos jurídicos que se incluem na cadeia³¹⁸. No entanto, quiçá buscando afastar-se de um *ritualismo*, a doutrina processual não se preocupou com o esquema no qual essas situações jurídicas estão inseridas e, especialmente, com a função desse esquema para além do aspecto teleológico do próprio processo, o que configurou uma *trágica opção-chave*³¹⁹. Com o influxo das doutrinas juspublicistas acerca do conceito de procedimento, este passa a ser visto como um sinônimo de processo (ou sua exteriorização formal). No entanto, isso impediu o aprofundamento, “nel suo ambito, un concetto pregnante di ‘processo’”³²⁰.

Ocorre que o processo, como fenômeno jurídico que se desenvolve com a função de viabilizar o exercício da jurisdição (outorga de tutela aos direitos), deve buscar um fator de legitimação para esse exercício. É justamente quando a doutrina dá-

³¹⁶ SANDULLI, Aldo (1915-1984). Il procedimento amministrativo. Milano: Giuffrè, 1959, p. 6, nota 11. Nesse sentido, ROSENBERG, Leo (1979-1963). Tratado de derecho procesal civil. Tomo I (1927). Trad. da 5ª ed. Angela Romera Viera. Buenos Aires: EJE, 1955, p. 1 e CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Instituciones de Derecho Processual Civil. Vol. I (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 55.

³¹⁷ FAZZALARI, Elio (1925-2010). Istituzioni di Diritto Processuale (1975). 5ª Ed. Padova: CEDAM, 1989, p. 73.

³¹⁸ Uma abordagem interessante é de CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 27, para quem: “la dialetticità del processo non è soltanto questo: non è soltanto l’alternarsi, in un ordine cronologico prestabilito, di atti compiuti da diversi soggetti, ma è la concatenazione logica che ricollega ciascuno di questi atti a quello che lo precede ed a quello che lo segue, il nesso psicologico per il quale ogni atto che una parte compie al momento giusto costituisce una premessa e uno stimolo per l’atto che la controparte potrà compiere subito dopo”. (grifo nosso).

³¹⁹ A expressão é de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 425 “O processo foi visto a partir do seu fim de atuação da lei. Já o procedimento foi encarado como algo eminentemente formal ou como uma mera sequência de atos. Ao procedimento não foi atribuído qualquer fim. Mas, como que o procedimento seria a forma de algo que somente adquiriria relevância quando considerado a partir do seu objetivo. Essa diferenciação é crucial para a compreensão do abandono da teorização do procedimento pela doutrina clássica, encerrando no fundo uma *trágica opção-chave*”.

³²⁰ FAZZALARI, Elio (1925-2010). Istituzioni di Diritto Processuale (1975). 5ª Ed. Padova: CEDAM, 1989, p. 73.

se conta dessa necessidade de legitimação não só do resultado (tutela dos direitos), mas também do percurso até que se alcance esse resultado, que surge a distinção, hoje majoritariamente adotada, entre processo e procedimento. Fazzalari foi quem, no direito processual, deu a essa relação contornos técnicos, a partir da contribuição de Benvenuti³²¹. O esquema do processo – que apresenta de modo unitário os atos e as posições subjetivas – é mais complexo que o procedimento. Ele se compõe, em abstrato, de uma série de posições subjetivas (os deveres de ofício, as faculdades e os poderes das partes) e, em concreto, de uma série de atos (de ofício, do autor, do réu, etc.), ligadas pelo vínculo do procedimento, ou seja, do fato de que a norma os coloca em ordenada sequência, de modo a que cada um deles pressuponha o precedente (ou os precedentes) e seja pressuposto do subsequente (ou dos subsequentes)³²².

Essa distinção tem uma finalidade dúlice para Fazzalari: de um lado, permite que se vislumbre a atuação que incumbe a cada um dos sujeitos do processo, viabilizando a consideração e a valoração de suas posições, no seu conjunto e mediante um perfil unitário; de outro, permite destacar o necessário concurso de sujeitos inerente ao juízo, que deriva da “*par condicio dei contententi e dalla costanza del loro contraddittorio*”³²³. A partir dessa constatação, Fazzalari passa a desenvolver, ao longo de sua obra, o signo que distingue o processo do procedimento: o processo é um procedimento no qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera

³²¹ “Nel processo, infatti, gli stessi destinatari dell’atto hanno la *possibilità di partecipare* alla trasformazione del potere e cioè alla concretizzazione del potere in quell’atto che è determinativo di una loro posizione giuridica. E ciò spiega infine in modo evidentissimo come il processo sia la forma tipica di esplicazione della funzione giurisdizionale. Perchè la sentenza di cui le parti sono i destinatari è atto emanato prima di tutto nel loro interesse, e solo secondariamente nell’interesse dello Stato alla giustizia; onde soprattutto nell’esplicazione di quella funzione si è sentita *la necessità che i destinatari fossero anche partecipi del processo e cioè concorressero alla determinazione dell’atto nel momento, anzi nella serie dei momenti, in cui il potere si concretizza*” (BENVENUTI, Feliciano (1916-1999). Funzione amministrativa, procedimento, processo. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, Anno II, parte I, 1952, p. 136 – tradução livre).

³²² FAZZALARI, Elio (1925-2010). Note in tema di Diritto e Processo. Milano: Giuffrè, 1957, p. 110. Similar construção já se encontrava em Redenti: “I due termini processo e procedimento, quando si pongano in contrapposto fra loro, dovrebbero estrprimere cioè rispettivamente il fenomeno in concreto e il modulo legale del fenomeno in astratto, mentre la espressione procedura dovrebbe alludere ancor più in generale alla classe od alla categoria delle forme e dei modi e metodi legali di procedere” REDENTI, Enrico (1883-1963). Diritto Processuale Civile. Tomo I (1949). Milano: Giuffrè, 1957, p. 92.

³²³ FAZZALARI, Elio (1925-2010). Note in tema di Diritto e Processo. Milano: Giuffrè, 1957, p. 111. Interessante observar que logo após essa constatação Fazzalari cita BENVENUTI, Feliciano (1916-1999). Funzione amministrativa, procedimento, processo. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, Anno II, parte I, 1952, p. 130, porém, a afirmação citada à nota nº 321, *supra*, é o que permite a construção de Fazzalari.

jurídica o ato final é destinado a surtir efeitos³²⁴. Esses sujeitos devem participar em contraditório, de modo que um não possa obliterar a atividade do outro³²⁵. Processo é, pois, *procedimento em contraditório*³²⁶.

Processo é espécie do gênero procedimento, e se qualifica pela presença do contraditório. No entanto, não haverá contraditório e, portanto, processo, quando a participação do interessado seja “meramente episódica”, constituindo-se em mera contestação ou oitiva do interessado³²⁷. Contraditório, portanto, em sentido forte³²⁸, entendido como o direito de *influência*³²⁹ de todos os sujeitos nos desígnios do processo e na formação do convencimento do juiz³³⁰. Isso porque o processo, visto sob essa perspectiva, é mais do que instrumento de poder; é instrumento para a participação no poder³³¹.

³²⁴ FAZZALARI, Elio (1925-2010). *Istituzioni di Diritto Processuale* (1975). 5ª Ed. Padova: CEDAM, 1989, p. 80. Essa menção ao contraditório aparece pela primeira vez, de maneira desenvolvida, em FAZZALARI, Elio (1925-2010). *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. XII, n. 3, Milano: Giuffrè. 1958, p. 861-890. Registre-se que não somente o ato final tem potencialidade de repercussão. Nessa medida, todos os sujeitos afetados pelo ato final ou pelos atos intermediários devem poder participar.

³²⁵ FAZZALARI, Elio (1925-2010). *Istituzioni di Diritto Processuale* (1975). 5ª Ed. Padova: CEDAM, 1989, p. 80.

³²⁶ Na Itália, na esteira de Fazzalari, ver, por todos, RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale* (1995). 3ª Ed. Torino: Giappichelli, 2001, p. 2. Adotando essa posição, no direito brasileiro, por todos, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

³²⁷ FAZZALARI, Elio (1925-2010). *Istituzioni di Diritto Processuale* (1975). 5ª Ed. Padova: CEDAM, 1989, p. 84.

³²⁸ PICARDI, Nicola (1934-2016). *Manuale del Processo Civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 228 e ss.; PICARDI, Nicola (1934-2016). 'Audiatur et Altera Pars' – Le Matrici Storico-Culturali del Contraddittorio. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 7 e ss. No Brasil, a ideia de contraditório em sentido forte aparece na obra do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em especial: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). *O juiz e o princípio do contraditório*. In: *Revista de Processo*, nº 71. São Paulo: RT, 1993; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). *A garantia do contraditório*. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227-241.

³²⁹ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, pp. 385-386.

³³⁰ Para uma resenha bibliográfica mais completa acerca da passagem da percepção de contraditório como bilateralidade de instância à noção de contraditório como influência, ver nosso ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: RT, 2015, em especial pp. 86-95.

³³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 1. *Teoria do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 466.

4. O legado da ciência processual para a compreensão do fenômeno processual

Do que até agora foi exposto, é possível tentar reconstituir um inventário do legado das teorias acerca da natureza jurídica do processo. Sem dúvida nenhuma, é possível enxergar cinco estágios de desenvolvimento bastante claros da noção de processo. Cada teoria acerca da natureza jurídica do processo contribui para a compreensão do que hoje concebe-se como o fenômeno processual. Se é verdade que essa tese adota a natureza jurídica de procedimento (em contraditório), a contribuição das demais teorias não pode ser desconsiderada. Das noções primitivas, que vislumbravam no processo seu aspecto eminentemente privado (processo como *contrato* ou *quase-contrato*), o legado de outorgar valor à *forma* e à *liberdade* como controle do poder. Da primeira tentativa de sistematização conceitual do fenômeno (processo como *relação jurídica*), o legado de permitir a construção de uma explicação *autônoma* e valorizar a *estrutura relacional* do processo. Da tentativa de enfatizar o papel do dinamismo das posições processuais (processo como *situação jurídica*), o legado de valorizar o aspecto de *incerteza* e *expectativa*. Da construção que buscou uma explicação abrangente do fenômeno (processo como *instituição*), o legado de focar no aspecto *teleológico* do instituto. Por fim, da tentativa de explicar o processo a partir da sua essência – e não de seus efeitos - (processo como *procedimento em contraditório*), o legado de atribuir valor ao *tempo* e ao *movimento* ínsitos ao fenômeno processual.

4.1. Liberdade e forma como controle de poder: o legado das noções primitivas de processo

A tentativa de explicação do processo à luz de teorias contratualistas mostra-se absolutamente impertinente. Seu valor está, especialmente, em iluminar o papel da liberdade e da forma como controle de poder. Em primeiro plano, essas teorias servem a enfatizar um aspecto que, com o advento da ciência processual, acabou sendo desvalorizado. Justamente, é no ponto em que valorizam a liberdade de agir inerente ao

exercício da demanda (e ao condicionamento de poder do juiz por esta exercido³³²) e, portanto, a um aspecto privado do processo³³³, que as teorias do processo como *contrato* e como *quase-contrato* podem ser úteis na investigação desenvolvida no presente trabalho. Esse aspecto ligado à importância da autonomia privada na construção do procedimento deve ser enfatizado como a outra face do publicismo inerente à tarefa jurisdicional. O processo serve, também, a interesses privados, e isso não pode ser descuidado, especialmente com a amplitude ainda maior que se outorgou à autonomia privada na nova codificação. Essa importância da autonomia privada reverbera em questões atinentes à própria estabilização objetiva e subjetiva do processo, no papel dos mecanismos de autocompositivos e, inclusive, na contratualização do procedimento.

De outro lado, a ênfase no aspecto formal do fenômeno processual, que nesse marco teórico foi resultado de uma estruturação burocrática do aparato judiciário, serve para que o processo civil contemporâneo reveja o papel da forma como mecanismo de controle de poder. Se naquela época a forma já funcionava como um anteparo à desordem, arbitrariedade e confusão, não pode ser diferente nos dias atuais. Essa ênfase pode ser útil para estruturar mecanismos de controle dos espaços de flexibilização que hoje são concedidos ao juiz no arco do procedimento e, com mais intensidade, para que se reconheça como legítimas as opções de construção procedimental privadas, na medida em que estrategicamente funcionem como controles formais prévios do exercício do poder judicial.

4.2. Autonomia e estrutura relacional do processo: o legado da relação jurídica processual

³³² Sobre o assunto, que trataremos adiante, ver COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 262: “Mas o acto postulativo não tem como efeito único a constituição do dever de julgar. Mais do que isso, o acto postulativo constitui o tribunal no dever de julgar *dentro de determinados parâmetros*”.

³³³ “En todo caso, tanto la concepción del proceso como contrato o quasi contrato, suponen una idea *privatista* del proceso, en la cual sólo los intereses de los particulares se hallan en juego”. COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). *El proceso como institución* (1948). In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 357.

A teoria da relação jurídica processual permitiu que o processualista, nas palavras de Picardi, penetrasse o mecanismo processual, buscando ampliar seu espectro de estudo e organizando as posições dos sujeitos processuais que operam no processo, tornando-se a categoria da relação jurídica processual um verdadeiro “principio informatore del sistema”³³⁴. Não à toa, o conceito de relação jurídica processual (entendida como relação jurídica que nasce entre as partes e os órgãos jurisdicionais em razão da demanda judicial, independentemente de ser esta fundada ou infundada) é tido pelo próprio Chiovenda como uma das duas pedras angulares (*capisaldi*) do seu sistema de direito processual, junto com o conceito de ação (autônomo poder jurídico de realizar por meio do órgão jurisdicional a atuação da lei em seu próprio favor)³³⁵.

A utilidade dessa teoria permitiu construções dogmáticas de vários temas, entre eles as impugnações e a litispendência³³⁶. Seu legado mais importante, entretanto, a par de tentar explicar as conexões jurídicas entre os sujeitos processuais, está em dar *contornos científicos ao processo e ao direito processual*, superando a sua visão de mero direito *ritual, adjetivo* ou de mero *procedimento burocrático*³³⁷. A teoria da relação jurídica, como base do movimento *conceitualista* do processo civil, serviu para demonstrar a sua *autonomia* em relação ao direito material. Trata-se de inequívoco legado da teoria.

Além disso, é possível valorizar o conceito de relação jurídica processual em seu viés pragmático³³⁸. Em primeiro lugar, porque se trata de conceito até hoje utilizado na prática jurídica³³⁹. Em segundo lugar, pois retrata, ainda que de forma

³³⁴ PICARDI, Nicola (1934-2016). *La successione processuale. I. Oggetto e limiti*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 31.

³³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, prefácio, p. IX.

³³⁶ Sobre o tema, ver PICARDI, Nicola (1934-2016). *La successione processuale. I. Oggetto e limiti*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 31, nota 23.

³³⁷ “La teoría de la relación jurídica procesal ha contribuído, como ya se dijo antes, a dar unidad y contextura científica al proceso y al Derecho procesal, desterrando la concepción antigua de éste como derecho 'rituario' o 'adjetivo', y la de aquél como mero 'procedimento' burocrático”. PRIETO CASTRO, Leonardo (1905-1995). *Cuestiones de Derecho Procesal*. Madrid: Reus, 1947, p. 8.

³³⁸ CORDERO, Franco. *Studi sulle dottrine generali del processo penale; le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1956, p. 19, nota 14.

³³⁹ Por todos, pela sua postura bastante enfática, ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Vol. I. Parte Geral. São Paulo: RT, 2015, nº 83 (versão eletrônica): “Essa flexível teoria integra o paradigma em vigor no terreno do processo civil. Não há compêndio, nacional ou estrangeiro, que não distribua os

imprecisa, o conjunto de conexões fático-jurídicas entre os sujeitos processuais. Em muitos casos, ela ainda serve como explicação da organização das posições jurídicas dos sujeitos processuais³⁴⁰. A relação jurídica processual permite definir, em categorias jurídicas (especialmente, se, mediante utilização da noção situação jurídica, afasta-se da ideia de relação jurídica como necessária relação mútua, recíproca e simétrica), as situações ativas e passivas de combate civilizado ao longo do procedimento. O conjunto dessas situações traduz-se no complexo e dinâmico vínculo existente entre os sujeitos, que dá corpo a esse fenômeno, designado, a partir do seu aspecto *relacional*³⁴¹, como uma relação jurídica de natureza processual.

4.3. Dinamismo e incerteza: o legado da situação jurídica

Mesmo que muitas das críticas sejam acertadas, especialmente naquilo que demonstram uma despreocupação de Goldschmidt com o intento *conceitualista*, sua contribuição está em ter levado ao processo e à ciência processual o aporte “di quello spirito di spregiudicatezza iconolasta ci cui essa è potentemente dotata”³⁴²: a demonstração que fora das molduras conceituais clássicas do direito privado é possível conceber-se a expressão dinâmica, de incerteza e expectativa, que é própria de um ambiente como o processo de tomada de decisão.

Em primeiro lugar, a teoria da situação jurídica contribui para a compreensão do aspecto de *movimento* que é inerente ao processo: se a construção do processo como uma necessária estrutura *relacional* não dava conta das múltiplas facetas da atividade dos sujeitos, a estrutura não necessariamente relacional da noção de

assuntos expostos de acordo com essa teoria. No entanto, há exagero em reputá-la, aqui como alhures, “incontestada”. Melhor considerá-la sem rival à altura: as concepções constitucionalistas e neoinstitucionalistas ainda não amadureceram o suficiente para criar um novo paradigma”.

³⁴⁰ “Nella realtà processo e rapporto processuale non sono che lo stesso fenomeno, secondo che lo si ravvisi nel suo aspetto esteriore di fatto, oppure lo si ripensi spingendo più a fondo lo sguardo nella tessitura intima od interna. Sono l'atteggiamento, il grado di penetrazione, il metodo dell'osservatore o dell'indagatore che variano, e non già la cosa. Ma solo arrivando a coglierne quella tessitura, si arriva anche a rendersi ragione del suo ordinamento legale in relazione ai suoi fini, e del modo predisposto per conseguirli” REDENTI, Enrico (1883-1963). *Diritto Processuale Civile*. Tomo I (1949). Milano: Giuffrè, 1957, pp. 122-123.

³⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo* (1987). 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 163.

³⁴² CORDERO, Franco. *Studi sulle dottrine generali del processo penale; le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1956, p. 17.

situação permite compreender que o processo responde a uma lógica de multiplicidade de situações e não à estática do *direito-dever*. Essa noção abriu espaço para que se vislumbrasse a característica dinâmica do processo justamente na sucessão de momentos (os atos), cujos efeitos (as situações) se conectam de forma não simétrica na engrenagem do processo³⁴³.

A partir de Goldschmidt, a ciência processual passou a não mais poder ignorar que os protagonistas do debate são pessoas vivas, dotadas de vontades e interesses e que, por óbvio, sua atuação pauta-se por fins privados³⁴⁴. Sua teoria demonstra, além das relações internas entre direito e processo (e daí uma reaproximação ao direito material) que o “delicato congegno della dialettica processuale” opera de maneira determinante sobre a decisão: o seu conteúdo é o espelho fiel da situação jurídica final, criada a partir do “giuoco dialettico delle parti nel corso del processo”³⁴⁵. O agir das partes tem absoluta relevância para o resultado do processo. Em que pese a crítica de que essa não é uma estruturação jurídica, a teoria da situação jurídica permite vislumbrar algo que, na realidade, é bastante claro: não basta ter razão, é necessário fazê-la valer mediante conhecimento e utilização da técnica, aproveitamento das oportunidades que o debate viabiliza. Em suma, uma teoria que apresenta uma reconstrução jurídica (mas não só) flexível, capaz de explicar os inúmeros caminhos da tática processual, bem como sua específica função para o alcance do resultado esperado pelos sujeitos³⁴⁶.

Para além desse aspecto dinâmico, especialmente focado na atuação das partes e no aproveitamento das múltiplas situações formadoras dessa teia (*situação jurídica*), a teoria de Goldschmidt também consegue, como nenhuma outra, enfatizar adequadamente o aspecto de *incerteza* que é ínsito ao processo judicial. Se a teoria da relação jurídica, na forma como inicialmente construída, pressupunha uma determinada

³⁴³ MANDRIOLI, Crisanto. La rappresentanza nel processo civile. Torino: UTET, 1959, p. 59.

³⁴⁴ CALAMANDREI, Piero (1989-1956). Un maestro di liberalismo processuale. In: Rivista di Diritto Processuale, n. 1, parte I, 1951, p. 2.

³⁴⁵ CALAMANDREI, Piero (1989-1956). Un maestro di liberalismo processuale. In: Rivista di Diritto Processuale, n. 1, parte I, 1951, pp. 4-5.

³⁴⁶ CALAMANDREI, Piero (1989-1956). Un maestro di liberalismo processuale. In: Rivista di Diritto Processuale, n. 1, parte I, 1951, p. 6.

finalidade – juntamente ao caráter publicista, na formulação Chiovendiana – de “atuação da vontade concreta da lei”, a teoria da situação jurídica demonstrou que, mais do que um resultado *certo e inexorável*, o processo padece de *incerteza* e, em alguma medida, até mesmo aleatoriedade, no que tange ao resultado. Isso porque a sentença será resultado, além da interpretação e aplicação do direito, também do aproveitamento, ou não, das oportunidades outorgadas aos sujeitos parciais ao longo da atuação processual. Nesse aspecto, Goldschmidt demonstra com clareza que o processo não é um instrumento infalível (e nem poderia ser) de dar razão a quem tem. É da sua natureza *situacional* e *dispositiva* a incerteza no que tange ao resultado e a possibilidade (negativa e, dentro do possível, evitável) de que, ao final, aquele que manobra a tática de maneira mais efetiva, seja vencedor, mesmo que sem razão.

4.4. Abrangência e funcionalidade: o legado do processo como instituição

O legado da noção de processo como instituição é o de, em primeiro plano, permitir a reconstrução do fenômeno de maneira unitária sem os inconvenientes das teorias da relação e da situação jurídica que buscavam na sistemática da “relação jurídica complexa” e do “conjunto de situações jurídicas” a unidade do processo. A noção de instituição é, por sua natureza, passível de abarcar o conjunto de liames jurídicos que advém do fenômeno processual. Uma instituição é, em si, um complexo (uma rede ou conjunto) de situações, relacionais ou não, estruturadas normativamente. Entender o processo como uma instituição é entendê-lo como um fenômeno jurídico *abrangente*, que abarca não só a estrutura formal da sucessão coordenada de atos (cujos suportes fáticos estão previstos em normas – estatais ou não), mas também os liames que advém do exercício dessas condutas previstas (situações jurídicas relacionais e não-relacionais).

Em segundo plano, a concepção institucional joga luz, em razão da sua formulação *teleológica*, nas variadas finalidades que o processo pode ter a depender da óptica subjetiva a que se está tratando. Como regra, as finalidades desse fenômeno jurídico serão distintas para cada um dos sujeitos envolvidos. O desenvolvimento exposto por Couture – entre finalidades privadas e públicas do processo – dá conta dessa multiplicidade de visões acerca da finalidade de cada processo em concreto. É

verdade que, do ponto de vista da ordem jurídica, essa “instituição” deve estar construída e coordenada em direção a um fim comum em abstrato, porém cada um dos sujeitos que dessa ordem participam buscarão os seus próprios resultados em concreto.

4.5. Participação e influência: o legado do processo como procedimento em contraditório

O retorno ao estudo do procedimento significou, para o processo, uma renovada ênfase no aspecto de *coordenação de atividades* inerente a uma estrutura formal tendente a um resultado. A *liberdade* da concepção privatista, o aspecto *relacional* da relação jurídica, a *multiplicidade de posições* da teoria da situação jurídica e o caráter de *unidade* da teoria institucional coordenam-se mediante uma determinada forma. Essa forma – o procedimento – estrutura a atuação de todos os sujeitos envolvidos, mediante outorga de múltiplos espaços de ação, cujos efeitos repercutem direta ou indiretamente, na ação dos demais. A esse aspecto do procedimento como um espaço determinado de *movimento* agrega-se uma qualidade e extrai-se um resultado. O procedimento qualifica-se pela dialeticidade do contraditório e resulta em um ambiente de recíproca influência entre os sujeitos processuais.

O legado de se compreender o processo como procedimento em contraditório é justamente o de dar ênfase a esse aspecto de legitimação material da forma em função do resultado. O resultado só será legítimo, como expressão do exercício do poder, se o percurso for *dialogal*. Em uma ordem democrática, faz-se necessária a viabilização de condicionamento argumentativo do exercício do poder³⁴⁷. Nesse sentido, ainda que sob óptica distinta (o procedimento como sucessão de atos é causa, as situações – relacionais ou não – são efeitos), agrega-se à compreensão do

³⁴⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 128. Nesse sentido, também NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 29, 2004, p. 85.

processo um qualificativo democrático: a *participação*. Essa participação se dá, justamente, mediante o contraditório, alçado aí a “valor-fonte”³⁴⁸ do processo.

No procedimento, cada posição que o compõe pressupõe aquela que a precede e condiciona aquela que a segue³⁴⁹. As conexões entre os sujeitos “são tributárias ao recíproco e difuso condicionamento que os sujeitos exercem uns aos outros”³⁵⁰. Logo, o processo é, em primeiro lugar, um ambiente de *influência* mútua e recíproca entre todos os sujeitos processuais. São destinatários não só as partes, mas também o juiz. Naturalmente, portanto, as escolhas de conduta dos sujeitos processuais serão resultado da influência dos atos precedentes³⁵¹ e, por sua vez, influenciarão os subsequentes. O objetivo do contraditório não se resume, assim, à possibilidade de oposição ou resistência, mas também à possibilidade ou potencialidade de influência³⁵².

5. Síntese conclusiva: a reorganização do trinômio estrutural jurisdição-ação-processo a partir do caráter dinâmico do processo e o papel do contraditório

A história da discussão sobre a natureza jurídica do processo pode ser descrita como uma longa e tortuosa caminhada do viés estático ao dinâmico. As soluções oferecidas pela ciência processual – e mesmo antes do advento do direito processual como ramo próprio do conhecimento jurídico – buscaram, de alguma maneira, explicar a coordenação de duas faces do fenômeno processual: a estrutura formal objetiva e a estrutura relacional subjetiva. Há, nesse desenvolvimento, uma linha clara que pode ser traçada, que é a tentativa de identificar o processo como um

³⁴⁸ ZANETI JR., Hermes. A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição (2007). 2ª Ed. Ver., amp. e alt. São Paulo: Atlas, 2014, p. 183.

³⁴⁹ FAZZALARI, Elio (1925-2010). Note in tema di Diritto e Processo. Milano: Giuffrè, 1957, p. 94.

³⁵⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 172.

³⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 128.

³⁵² TROCKER, Nicolò. Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 371. Nesse sentido também REICHELDT, Luis Alberto. Equilíbrio processual: Adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, pp. 156-157.

fenômeno *em movimento*. O processo não é, na sua ontologia, uma realidade de natureza estática; ao contrário, é uma realidade que se desenvolve em constante *mutação*.

Esse caráter dinâmico foi bem apreendido pela ciência processual em uma série de aspectos. Em primeiro lugar, constatou-se que o processo não poderá ser identificado, do ponto de vista das interações entre os sujeitos que dele participam, mediante a utilização de expedientes de caráter *unitário*. O dinamismo ínsito à ontologia do processo dificulta a sua conceituação como uma única *situação ou relação jurídica*, senão pela via da adaptação à ideia de *relação jurídica complexa* ou *conjunto de situações jurídicas*. O mesmo ocorre com a utilização de abstrações com maleabilidade de sentido como a *instituição*. Em suma, diante da pluralidade de conexões possíveis entre os sujeitos, no aspecto fático-jurídico (os fatos e atos jurídicos) ou no seu aspecto eficaz (as situações jurídicas que dos fatos e atos são efeito), a unidade do fenômeno está justamente nesse movimento coordenado na forma de um procedimento estabelecido em função de um determinado resultado (a decisão). O processo como espaço jurídico através do qual se exerce a função jurisdicional, realizando-a em concreto³⁵³.

Desse aspecto surge a intersecção do dinamismo do processo com o polo metodológico da jurisdição: o movimento do processo – estruturado na forma de um procedimento – nada mais é do que externalização da função jurisdicional. Um conjunto de ordens de comportamento “predisposto para o exercício da função jurisdicional”³⁵⁴. Um instrumento que se desenvolve de forma dinâmica para o “realizar-se” da função jurisdicional. Essa função jurisdicional que, hoje, não mais se caracteriza como a “atuação da vontade concreta da lei”, mas sim como “dever de prestar tutela aos direitos” em uma dupla dimensão: resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes e promover a unidade do direito mediante a formação de

³⁵³ “Il procedimento è la storia della trasformazione del potere in atto, storia segnata da tutta la serie degli atti necessari per il risolversi del potere in una realizzazione concreta” (BENVENUTI, Feliciano (1916-1999). Funzione amministrativa, procedimento, processo. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, Anno II, parte I, 1952, p. 128).

³⁵⁴ CARNACINI, Tito (1909-1983). Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951, 702.

precedentes³⁵⁵. Sendo assim, o processo deve ser estruturado consoante as necessidades do direito material e conformável às peculiaridades do caso, permitindo que o juiz e as partes possam se valer de técnicas processuais adequadas ao caso³⁵⁶. Passa o processo a preocupar-se também com os instrumentos e as oportunidades capazes de permitir a tutela do direito na perspectiva do caso e na perspectiva da ordem jurídica³⁵⁷.

Em suma, processo é procedimento, entendido esse como a manifestação da função jurisdicional de dar tutela aos direitos. Processo é, em última análise, manifestação da função jurisdicional, que, no dinamismo do processo resolve-se em um conjunto de situações subjetivas complexas do juiz³⁵⁸. Tendo o juiz o dever de prestar tutela aos direitos, o processo deve ser compreendido como o procedimento adequado à tutela dos direitos³⁵⁹.

Porém, essa visão, que deita suas raízes na doutrina publicista do processo, desenvolvendo-a a partir do aspecto da jurisdição, é incompleta. O processo não nasce (e, portanto, a função jurisdicional não se manifesta) sem que a cidadania dele queira fazer uso. O *meio* somente será utilizado e colocado em função de sua *finalidade* se alguém a ele recorrer³⁶⁰. E daí a interface do processo com o polo metodológico da ação. Porém, não basta que a parte busque o processo, para dele fazer uso, legitimando a manifestação da função jurisdicional pela via da ação. A ação é o que coloca em

³⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013, pp. 16-28, em especial p. 25. As ideias estão desenvolvidas também em MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. In: RePro, v. 39, n. 229, São Paulo: RT, 2014, pp. 51-74 e, mais recentemente, em MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, em especial pp. 99-164.

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 454.

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 455.

³⁵⁸ FAZZALARI, Elio (1925-2010). Note in tema di Diritto e Processo. Milano: Giuffrè, 1957, pp. 112-111.

³⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 440.

³⁶⁰ É interessante observar, com Carnacini, a dupla óptica da parte no processo: “di chi mediante il processo civile cerca di realizzare un suo (od un altrui) interesse materiale, una sua (od un'altrui) individuale necessità della vita, e di chi nel contempo contribuisce a dar esistenza e contenuto, si potrebbe dire a dare carne ed ossa, al processo medesimo nelle forme che gli sono peculiari”. CARNACINI, Tito (1909-1983). Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951, 705.

exercício a jurisdição, instaurando o processo. Mas isto não é suficiente, já que o processo, como fenômeno dinâmico que depende do *movimento* para o realizar-se da função jurisdicional, desenvolve-se mediante interações entre todos os sujeitos. Daí porque a ação não se esgota na “solitaria facoltà del soggetto di mettere in moto il processo”, mas deve consistir, justamente nesse ambiente dinâmico, “in una serie di facoltà, poteri e doveri, quanti la legge ne assegna al soggetto per la sua condotta, lungo tutto l’arco del processo, e senza la spendita dei quali non si perviene al provvedimento del giudice, che accolga o rigetti la domanda”³⁶¹.

A ação, portanto, mais do que o exercício de uma singular situação jurídica, se desenvolve de forma dinâmica, resolvendo-se em um feixe de posições (Fazzalari chama de “situação subjetiva compósita”³⁶²). Assim, permite-se conciliar o dinamismo do fenômeno processual à conduta processual das partes³⁶³, que não se limitam a postular um provimento jurisdicional favorável, mas desenvolvem, ao longo de toda a “parabola del processo”, “la varia e complessa attività che a quel provvedimento adduce”³⁶⁴. Essas situações, de outro lado, também são garantidas ao réu ou a qualquer

³⁶¹ FAZZALARI, Elio (1925-2010). “Processo” e Giurisdizione. In: Rivista di Diritto Processuale, Padova: CEDAM, anno 48, n. 1, 1993, p. 13.

³⁶² FAZZALARI, Elio (1925-2010). Note in tema di Diritto e Processo. Milano: Giuffrè, 1957, pp. 112-112. Também MANDRIOLI, Crisanto. La rappresentanza nel processo civile. Torino: UTET, 1959, p. 107. No Brasil, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013); MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010, pp 139-140 e DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. In: RePro, v. 37, n. 210, , ago. 2012, pp. 41-56.

³⁶³ Sobre a situação jurídica do litigante, Sandulli (SANDULLI, Aldo (1915-1984). Il procedimento amministrativo. Milano: Giuffrè, 1959, pp. 306-307) fornece uma perspectiva interessante. Concebendo o procedimento sempre em função de uma determinada finalidade, os procedimentos judiciais terão sempre a finalidade de outorgar *tutela ao direito* (a expressão não é por ele utilizada). Sendo isso verdade, a situação do litigante, durante o procedimento e antes do ato final (a decisão) será sempre, no que tange ao direito material, uma situação de expectativa (no terreno, portanto, alheio ao direito). Isso não significa - e aqui o desenvolvimento daquilo que corretamente é observado por Sandulli - que o procedimento não gere situações jurídicas de natureza processual, nas relações entre as partes e o juiz, relativamente ao seu comportamento no processo. Nesse terreno, sim, há juridicidade, ainda que no que tange ao direito material, haja sempre e tão somente expectativa enquanto não finalizado o procedimento. Diverso é o discurso de saber se, e quando, essas expectativas podem constituir alguma posição ou situação *jurídica* para o litigante, no plano material. Em outras palavras, se a expectativa pode se tornar jurídica, por algum motivo. Sobre o tema, ver a consideração de Sandulli sobre as situações jurídicas que podem surgir em caso de o procedimento ainda não estar completo por ainda estar em fase “integrativa dell’efficacia” (SANDULLI, Aldo (1915-1984). Il procedimento amministrativo. Milano: Giuffrè, 1959, p. 308). Trata-se de terreno fecundo para o plano das estabilidades *extraprocessuais*.

³⁶⁴ FAZZALARI, Elio (1925-2010). Note in tema di Diritto e Processo. Milano: Giuffrè, 1957, pp. 112-113.

interveniente, razão pela qual se costuma dizer que ação e defesa são faces da mesma moeda³⁶⁵.

O dinamismo do processo impõe uma dinâmica também para a ação, que se desenvolve no tempo, modificando-se gradualmente, de maneira contemporânea ao exercício de cada uma das situações simples que a compõem³⁶⁶. São inúmeras as situações jurídicas que podem ser desempenhadas pelos sujeitos processuais. Sem o exercício dessas atividades de maneira estratégica (e aí o legado do dinamismo das situações jurídicas de Goldschmidt, a demonstrar o terreno da incerteza que é o processo na sua tramitação), não haverá um resultado favorável para a parte³⁶⁷. A prática de um ato, predisposto na dinâmica do processo, será aferida em concreto “dependendo em larga medida das orientações estratégicas das partes. Do que decorre que a cadeia será em concreto composta apenas pelos actos necessários àquela definição”³⁶⁸. Em outras palavras, a forma como o processo se desenvolve é elástica e mutável porque seu desenvolvimento depende do exercício pontual da ação (entendida como um feixe de posições) pelos sujeitos interessados em desencadear os efeitos jurídicos previstos para cada ato. “Existirá sempre um processo, mas a respectiva forma tem elasticidade”³⁶⁹. Pode-se dizer, assim, que o processo recebe sua unidade na conjugação do seu aspecto objetivo – da coordenação das situações processuais em cadeia (o procedimento) – com

³⁶⁵ “A me pare, invece, che l'azione possa essere definitiva soltanto ponendosi di fronte ad un più ampio quadro: cioè tenendo conto anche delle altre molteplici posizioni soggettive (di cui l'attore è munito nel processo e che sono tutte di pari rango ai fini della ricostruzione sistematica) e cogliendo il vincolo che le unisce. Da questo culmine, l'azione si presenta come una situazione soggettiva composita, cioè come l'insieme dei poteri, delle facoltà e dei doveri dell'attore nel processo; insieme individuato e ridotto ad unità (alla stessa stregua della funzione del magistrato, cioè dell'insieme dei suoi doveri) dal vincolo che coordina quei poteri, quelle favoltà e quei doveri nel procedimento, per essere ciascuno, direttamente o indirettamente, conseguenza di un altro e presupposto di un altro ancora. Ma in identico schema mi sembra vadano sistemate anche le molteplici posizioni del convenuto (i suoi poteri, le sue facoltà, i suoi doveri), nonché quelle di qualsiasi altra parte” (FAZZALARI, Elio (1925-2010). Note in tema di Diritto e Processo. Milano: Giuffrè, 1957, pp. 111-112).

³⁶⁶ MANDRIOLI, Crisanto. La rappresentanza nel processo civile. Torino: UTET, 1959, p. 107.

³⁶⁷ “Invero, se l'azione non è svolta nella sua articolazione di facoltà, poteri e doveri, (e, cioè, mediante la pluralità di atti processuali che realizzano tali posizioni), non insorge il diritto della parte al provvedimento del giudice” (FAZZALARI, Elio (1925-2010). “Processo” e Giurisdizione. In: Rivista di Diritto Processuale, Padova: CEDAM, anno 48, n. 1, 1993, p. 13, nota 37).

³⁶⁸ COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 121.

³⁶⁹ COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 121.

seu aspecto subjetivo – as situações jurídicas complexas (ação) de todos os participantes, que abraça os comportamentos das partes no processo³⁷⁰.

Porém, essas inúmeras situações organizam-se mediante mútua e recíproca influência. Cada posição pressupõe e precede outra em uma relação de condicionamento. Esse condicionamento, como foi visto, tem origem na necessidade de participação de todos na formação do provimento jurisdicional, ou seja, na forma como a função que se exterioriza no procedimento vai se realizar. O contraditório é, portanto, o vetor dessa coordenação das múltiplas posições. Jurisdição, ação e defesa se coordenam mediante influências recíprocas ditadas pelo exercício do contraditório entre todos, no desenrolar dessa realidade dinâmica que é o processo. O exercício dessas posições se dá mediante escolhas estratégicas de cada agente³⁷¹. Entendido o processo em perspectiva dinâmica, resta claro o espaço da ação estratégica dos sujeitos com vista à obtenção dos resultados pretendidos.

Assim sendo, é possível concluir assentando que, entendido em seu dinamismo, processo é o realizar-se em concreto da jurisdição (tutela dos direitos) mediante exercício da situação compósita de todos os sujeitos em contraditório. Reorganiza-se, assim, o trinômio estrutural da disciplina processual.

³⁷⁰ MANDRIOLI, Crisanto. *La rappresentanza nel processo civile*. Torino: UTET, 1959, p. 54, nota 21.

³⁷¹ “A ação concreta supõe o exercício da liberdade do sujeito dentro do âmbito estabelecido pela regra processual. Esta exige como necessários determinados requisitos, mas, ao cumpri-los, o sujeito da ação não está obrigado nos demais aspectos da mesma. Esta liberdade no procedimento pode ser interpretada como uma “permissão implícita” para realizar movimentos ou atos que não estão estipulados como necessários”. ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito* (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 221.

CAPÍTULO 2 – O PROCESSO CIVIL COMO SISTEMA DE INCENTIVOS: EM BUSCA DE UMA VISÃO INSTITUCIONAL-ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL

*“Most of economics can be summarized in four words: “People respond to incentives” The rest is commentary”*³⁷². (Steven Landsburg)

*“Institutions are the framework within which human interaction takes place”*³⁷³ (Douglass North)

1. O processo civil como sistema de incentivos

1.1. As normas e seu papel de coordenação de comportamentos no direito e no processo

O direito tem, em última análise, a função de orientar comportamentos. Em que pese a defesa de que uma ordem espontânea sem coerção para determinação de condutas seja mais adequada do que a estruturação de uma ordem exógena³⁷⁴, vivemos em uma era em que “o direito impõe que façamos coisas que não queremos”, pelo tão só fato de que devemos respeito à ordem jurídica, cuja função é regular comportamentos dos sujeitos de direito em sociedade³⁷⁵. O direito processual civil, em especial, porque lida com a estruturação das posições que incumbem às partes (cidadãos) e ao juiz (estado) no exercício de uma função pública (sistema de justiça) com a finalidade de dar tutela aos direitos, também lida com a necessidade de regular certas condutas.

³⁷² LANDSBURG, Steven. *The Armchair Economist. Economics & Everyday Life* (1993). 2ª Ed. New York: Free Press, 2012, p. 3

³⁷³ NORTH, Douglass (1920-2015). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 4.

³⁷⁴ É a tese central de HAYEK, Friedrich A. (1899-1992). *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principals of justice and political economy*. London: Routledge & Kegan Paul Ltd, 1982, em especial o primeiro volume (Vol. 1. *Rules and Order* (1973)).

³⁷⁵ “Law makes us do things we do not want to do. It has other functions as well, but perhaps the most visible aspect of law is its frequent insistence that we act in accordance with its wishes, our own personal interests or best judgment notwithstanding” (SCHAUER, Frederick. *The force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 1).

1.1.1. O papel de coordenação das normas

A convivência em sociedade impõe desafios para que se evite entrechoques entre os sujeitos em função das necessidades ilimitadas e dos recursos escassos³⁷⁶. É certo que o cálculo econômico é atividade indissociável da ação humana³⁷⁷. Em situações de interação, como é o caso da vida em sociedade, diferentes interesses podem levar à conflitos de coordenação. Nessa medida, para que haja uma estrutura social coordenada, que consiga resolver os conflitos potenciais ou reais entre os indivíduos com diferentes interesses³⁷⁸, faz-se necessária a ordem jurídica³⁷⁹. Independentemente do fato de que em muitos casos a obediência aos comportamentos esperados pode derivar de motivações sociais ou morais³⁸⁰, o direito faz-se necessário como um meio de garantir que esses comportamentos sejam coordenados. Em outras palavras, é necessário um arranjo geral que coordene comportamentos ligados aos aspectos interacionais da vida social³⁸¹.

³⁷⁶ “Just as man is restricted in what he can do by the limits imposed by physical nature, so also is he limited in the choices open to him in arranging the forms of his social life. Here, as everywhere, he is confronted by scarcity and is compelled to order the resources available to him with skill and prudence” (FULLER, Lon. *The morality of law* (1964). 2ª Ed. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 178). A escassez é vista como o grande problema econômico: “Scarcity of means to satisfy given ends is an almost ubiquitous condition of human behaviour. Here, then, is the unity of subject of Economic Science, the forms assumed by human behaviour in disposing of scarce means” (ROBBINS, Lionel (1898-1984). *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan Co., 1932, p. 15).

³⁷⁷ “In a broad sense economic calculation is a pervasive part of our lives. No direction of creative human effort can be entirely free from it” (FULLER, Lon. *The morality of law* (1964). 2ª Ed. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 177).

³⁷⁸ “The law then, the interference of officials in disputes, appears as the means of dealing with disputes which do not otherwise get settled. Less as making order than as maintaining order when it has gotten out of order. This is its first aspect, its most ancient aspect, its fundamental aspect”. LLEWELLYN, Karl (1893-1962). *The Bramble Bush: the Classic Lectures on the Law and the Law School* (1930). New York: Oxford University Press, 2008, p. 15.

³⁷⁹ Como observa Carnelutti, o direito é a tentativa de eticizar a economia: “O interesse é, pois, a utilidade específica de um ente para outro ente (...). Este aspecto da realidade, traduzido pelo complexo dos interesses, ou, pelo menos, pelo complexo dos interesses humanos, chama-se economia (...). A função do direito é, pois, reduzir a economia à ética” CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). *Teoria geral do direito* (1940). Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942, pp. 80-92.

³⁸⁰ É a tese central de TYLER, Tom. *Why people obey the law*. New Haver: Yale University Press, 1990.

³⁸¹ “The law provides the general framework within which social life takes place. It is a system for guiding behaviour and for settling disputes which claims supreme authority to interfere with any kind of activity. It also regularly either supports or restricts the creation and practice of other norms in the society. By making these claims the law claims to provide the general framework for the conduct of all aspects of social life and sets itself up as the supreme guardian of society”. RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 120.

O direito pode ser concebido, assim, como uma ordem social de coordenação de comportamentos, que busca satisfazer ao máximo as necessidades dos indivíduos com o menor sacrifício aos demais³⁸². A ordem jurídica, como ordem social, regula positivamente o comportamento dos indivíduos quando estes se relacionam, direta ou indiretamente, com outros indivíduos³⁸³. Mesmo os realistas enfatizam o caráter de organização das estruturas jurídico-normativas³⁸⁴. Como ressalta Raz, o direito exerce ao menos quatro funções primárias. Em primeiro lugar, previne comportamentos indesejados e assegura comportamentos desejados. Em segundo lugar, provê instrumentos para a formulação de arranjos privados entre indivíduos. Em terceiro lugar, estrutura a provisão de serviços e a redistribuição de bens. Em quarto lugar, estrutura meios para resolver conflitos de coordenação entre sujeitos³⁸⁵. Para desempenhar essa tarefa de coordenação, provisão e regulação comportamental, faz-se uso de uma série de instrumentos como, por exemplo, sanções e prêmios³⁸⁶, que são delimitadas na forma de normas jurídicas. A função de um ordenamento jurídico não é

³⁸² “I am content to think of law as a social institution to satisfy social wants—the claims and demands involved in the existence of civilized society—by giving effect to as much as we may with the least sacrifice, so far as such wants may be satisfied or such claims given effect by an ordering of human conduct through politically organized society”. POUND, Roscoe (1870-1964). *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922). New Haven: Yale University Press, 1930, p. 99.

³⁸³ “Law is an order of human behavior” (KELSEN, Hans (1881-1973). *General Theory of Law and State* (1945). New Brunswick: Transaction Publishers, 2006, p. 3). Ou, ainda: “When we compare the objects that have been designated by the word 'law' by different peoples at different times, we see that all these objects turn out to be orders of human behavior. (...) The norms of a legal order regulate human behavior. (...) The legal order, as a social order, regulates positively the behavior of individuals only so far as it refers, directly or indirectly, to other individuals. The object of regulation by a legal order is the behavior of one individual in relation to one, several, or all other individuals - the mutual behavior of individuals”. KELSEN, Hans (1881-1973). *Pure Theory of Law* (1934). Trad. da 2ª Ed. (1960): Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967, pp. 31-32.

³⁸⁴ “What, then, is this law business about? It is about the fact that our society is honeycombed with disputes. Disputes actual and potential; disputes to be settled and disputes to be prevented; both appealing to law, both making up the business of the law”. LLEWELLYN, Karl (1893-1962). *The Bramble Bush: the Classic Lectures on the Law and the Law School* (1930). New York: Oxford University Press, 2008, p. 5.

³⁸⁵ RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, pp. 169-175.

³⁸⁶ A afirmação já aparece em BENTHAM, Jeremy (1748-1832). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789). Reimp. New York: Prometheus, 1988, p. 70: “The business of government is to promote the happiness of the society, by punishing and rewarding”. Nessa esteira também Fuller: “The business of distributing awards and penalties is a pervasive one in our society (FULLER, Lon. *The morality of law* (1964). 2ª Ed. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 30). Schauer, por sua vez, discute a essencialidade da “coerção” para o direito, chegando à conclusão de que esse é um aspecto indissociável da “força” do direito: SCHAUER, Frederick. *The force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, em especial 43-56.

somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica de sanções negativas, mas também incentivar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos, preferencialmente, por meio das técnicas das sanções positivas e dos incentivos³⁸⁷.

No âmbito da teoria das normas, adota-se no presente trabalho a distinção tripartite das tipologias normativas: regras, princípios e postulados³⁸⁸. No direito processual, são mais comuns normas cuja tipologia pode ser definida como regra, porém tem cada vez mais destaque a utilização de normas tipo-princípio e, mesmo, os postulados (hermenêuticos e normativos aplicativos). No processo civil brasileiro, hoje, é inegável a influência da principiologia atinente às chamadas normas fundamentais para compreensão do sistema processual como um todo³⁸⁹. Dentre as regras (normas imediatamente descritivas com pretensão de decidibilidade e abrangência), algumas dão ênfase à descrição de comportamentos obrigatórios, permitidos ou proibidos, e outras atribuem efeitos jurídicos a atos, fatos ou situações³⁹⁰. As regras têm eficácia *decisiva*,

³⁸⁷ BOBBIO, Noberto (1909-2004). *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito* (1977). Trad. Daniela Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 79

³⁸⁸ Adota-se aqui a definição de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003). 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Em síntese, quanto às regras: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” (p. 102). Quanto aos princípios: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (p. 102). Por fim, quanto aos postulados: “Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e ao aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas” (p. 164).

³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, pp. 570-572; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1* (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 49-52.

³⁹⁰ Esse segundo grupo, das chamadas regras constitutivas, pode incluir dispositivos relativos (a) à atribuição de competência, (b) ao exercício da competência, (c) à delimitação material da competência, (d) à reserva de competência e (e) à delimitação substancial de competência (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003). 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 105). O direito processual pode envolver regras de todas as espécies, de que são exemplos: (a) a

ao potencialmente oferecerem respostas aos conflitos de interesse, e *seletiva*, ao estabelecerem os comportamentos esperados dos sujeitos³⁹¹.

As regras permitem maior *coordenação* e *eficiência*. Em primeiro lugar, essa necessidade de regulação dos comportamentos atende a uma exigência de *coordenação*. As regras servem para *coordenar* comportamentos que, sem elas, seriam díspares na sociedade³⁹², em função de distintas visões morais³⁹³. Em segundo lugar, essa necessidade de regulação dos comportamentos atende a uma exigência de *eficiência*. As regras servem para tornar *menos custosa* (especialmente em tempo) a organização da atividade dos sujeitos em comunidade, em função de distintas formas de desempenhar os comportamentos, que levaria à necessidade de deliberação coletiva sempre que a ação fosse ser desempenhada³⁹⁴. Em segundo plano, os princípios processuais igualmente têm a potencialidade de estipular comportamentos (aqueles entendidos como necessários para a concretização do estado de coisas a ser atingido),

atribuição de competência a um determinado órgão judiciário; (b) disposições atinentes ao desenrolar do procedimento decisório colegiado; (c) disposições que permitem decisões unipessoais em determinadas matérias; (d) disposições que conferem poder regulatório aos regimentos; (e) disposições relativas à tramitação preferencial.

³⁹¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos (2003). 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 128-135.

³⁹² “A coordination problem is any cost that results from moral disagreement or from uncertainty about how others will resolve questions about what they are morally permitted, required, or forbidden to do. Moral combat is a coordination problem, as are attempts by agents to undertake mutually incompatible actions” ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law. Durham: Duke University Press, 2001, p. 14.

³⁹³ “In other cases, however, law can settle, even if only temporarily, and even if only for the purposes of necessary action, serious disagreements about the substance of morality and policy”. SCHAUER, Frederick. The force of Law. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 105. Os benefícios da coordenação podem ser vistos também a partir da óptica da ação coletiva. As regras têm o benefício de promover coordenação quando existentes problemas de ação coletiva, especialmente nos casos em que a conduta autointeressada e coletiva dos agentes possa contrastar com um objetivo específico da instituição. Nesse caso, a regra, criando o peso da consequência, pode induzir ao comportamento mediante reestruturação da utilidade esperada (SCHAUER, Frederick. Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life (1991). Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 163). Nesse sentido, Axelrod, para quem: “even a relatively small transformation of the payoffs might help make cooperation based on reciprocity stable” (AXELROD, Robert. The evolution of cooperation (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 134).

³⁹⁴ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law. Durham: Duke University Press, 2001, p. 15. Humberto Ávila chama de problemas de *coordenação*, *deliberação* e *conhecimento* (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos (2003). 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 140). Esse último é ligado ao que Alexander e Sherwin chamam de *expertise* (as regras seriam decisões autoritativas *ex ante* que serviriam para solucionar assimetria informacional sobre qual a *melhor* forma de se viver em função de um interesse público), premissa com a qual não concordamos em razão de não aderir à premissa de que, *a priori*, o legislador tenha melhores condições do que o indivíduo para decidir sobre seus comportamentos.

porém mediatamente. Assim, também os princípios podem exercer um papel de coordenação dos comportamentos dos diversos sujeitos processuais, especialmente se aplicados analiticamente³⁹⁵. Cumpre verificar em que medida a estruturação de normas processuais atinentes ao comportamento dos sujeitos processuais, mediante estipulação de situações jurídicas, serve à finalidade de efetivamente *coordenar* a atuação de cada um deles.

1.1.2. O papel de coordenação das normas processuais: ordem e organização

A importância do direito processual para que a promessa de coordenação comportamental do direito seja cumprida é inegável: sem que o processo funcione, o próprio direito deixa de ter força³⁹⁶. Para além do seu aspecto instrumental, o ambiente processual também envolve certos comportamentos – haja vista a característica de interação que, como vimos, é inerente ao processo – que deverão ser coordenados. É verdade que o caráter preponderantemente instrumental das normas de direito processual civil reduz a abrangência da sua finalidade de regulação de comportamentos, na medida em que também presentes aspectos ligados à *constituição* do processo e às *competências* dos agentes públicos nele envolvidos³⁹⁷. De qualquer modo, o aspecto *regulativo* do direito processual civil está presente na delimitação da atividade dos sujeitos processuais, especialmente na estruturação das situações subjetivas a que se fez

³⁹⁵ Segue-se, aqui, o trajeto proposto por Humberto Ávila: (a) especificação dos fins ao máximo, para que haja controlabilidade; (b) utilização de casos paradigmáticos para orientar e esclarecer as condições que compõem o estado ideal de coisas e as condutas necessárias à sua realização; (c) exame das similitudes dos casos e de seu possível agrupamento; (d) verificação da existência de critérios que guiem a conduta (b); (e) por, fim, fazer o percurso inverso em busca de outros casos paradigmáticos que não tenham utilizado nominalmente o princípio, mas o tenham aplicado (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos (2003). 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 116-119).

³⁹⁶ “Procedural regulations enter into and condition all substantive law's becoming actual when there is a dispute. (...) They should be marked off not to be kept apart and distinct, but solely in order that they may be more firmly learned, more firmly infringed into the student as conditioning the existence of any substantive law at all”. LLEWELLYN, Karl (1893-1962). The Bramble Bush: the Classic Lectures on the Law and the Law School (1930). New York: Oxford University Press, 2008, p. 12. A doutrina processual destaca essa mesma característica: “Si comprende quindi l'importanza del diritto processuale: dalla sua esistenza dipende la esistenza – a livello di effettività – del diritto sostanziale”. PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di Diritto Processuale Civile (1994). 4ª Ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 5.

³⁹⁷ Em perspectiva mais ampla, incluídas as normas de organização judiciária e as normas deontológicas dos profissionais atuantes no processo, temos a justiça civil. Sobre a utilização da expressão, ver TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. A Justiça Civil – da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje. Nota prévia. Obra no prelo gentilmente cedida pelo autor.

alusão quando do enfrentamento do tema da natureza jurídica do processo, além da concatenação jurídica dada pelo procedimento³⁹⁸. Esse aspecto regulativo inerente às normas processuais tem íntima ligação com o comportamento dos sujeitos processuais durante o desenvolvimento do processo.

O caráter dinâmico do processo exige coordenação das atividades que incumbem a cada sujeito processual no tempo. Daí porque se pode dizer que as normas processuais, em seu aspecto regulamentador de comportamentos, têm um caráter primariamente *ordenatório* da atividade e *organizativo* do conteúdo das manifestações de comportamento. As normas processuais que estruturam a dinâmica do procedimento contraditório têm caráter *ordenatório* porque alocam no tempo os comportamentos que incumbem a cada um dos sujeitos processuais, estipulando uma *ordem* de atuação para regulação do debate. De outro lado, as normas processuais que estruturam a dinâmica do procedimento contraditório têm caráter *organizativo* porque determinam quais serão os conteúdos objeto do comportamento de cada sujeito ao longo do debate, estipulando um *foco* temático para cada ato processual.

No que diz respeito, especificamente, à atividade dos sujeitos parciais³⁹⁹, o caráter *ordenatório* do procedimento pode envolver *atos em sequência*, como ocorre no caso das posições de ação e defesa (inicial e contestação; recurso e contrarrazões; manifestações sequenciais em função do aporte documental) e na participação de litisconsortes com procuradores diferentes em determinados atos processuais (situações envolvendo sujeitos com prerrogativas processuais como a fazenda pública; ordem de inquirição em audiência; sustentação oral em separado, uma após a outra). Nesses casos, a distância temporal entre as atividades desempenhadas pelos sujeitos pode servir como fator de influência e conformação. A influência aqui opera permitindo que um sujeito conforme sua atividade em função da atividade comunicativa desempenhada pelo outro, já que detém prévio conhecimento de suas razões. Na linguagem econômica, trata-se de

³⁹⁸ “O objeto da norma processual abrange as situações de todos esses três sujeitos e de suas condutas coordenadas (...)” DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I (2001). 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 65. Para um inventário acerca das normas processuais, ver CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). Sistema del diritto processuale civile. Vol. I. Padova: CEDAM, 1936, pp. 71-94.

³⁹⁹ Que é a proposta de leitura do presente trabalho.

uma estrutura de *tomada de decisão sequencial*. A peculiaridade desse tipo de tomada de decisão é que ela opera em um ambiente de *maior amplitude informacional*.

O caráter *ordenatório* do procedimento pode envolver ainda *atos simultâneos*, como ocorre no caso das posições de ação e defesa (prazo comum para manifestações pontuais em torno do direito probatório; prazo comum para recorribilidade de decisões que afetem simultaneamente interesse de ambos; prazo comum para apresentação de razões finais) e na participação de litisconsortes com procuradores diferentes em determinados atos processuais (manifestações em geral). Nesses casos, a ausência de distância temporal entre as atividades desempenhadas pelos sujeitos reduz a influência recíproca direta e induz à necessidade de desenvolvimento de um componente estratégico distinto, qual seja, a antevisão de comportamentos. Na linguagem econômica, trata-se de uma estrutura de *tomada de decisão simultânea*. A peculiaridade desse tipo de tomada de decisão é que ela opera em um ambiente de *menor ou nula amplitude informacional*.

Por outro lado, o aspecto regulativo tem também um caráter *organizativo*, na medida em que as normas processuais determinam quais serão os conteúdos objeto do comportamento de cada sujeito ao longo do debate. A questão tem íntima relação com a estrutura mais ou menos preclusiva do processo⁴⁰⁰. Pode-se estruturar a dinâmica de comportamentos mediante uma *organização rígida* ou *flexível* do conteúdo do debate⁴⁰¹. A organização será *rígida* se forem estabelecidos *marcos formais sequenciais*

⁴⁰⁰ Remete-se, aqui, ao conceito Chiovendiano de que preclusão é a “perda, extinção ou consumação de uma dada posição jurídica processual” (na tradução brasileira das instituições, “de uma faculdade processual” CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 156). O tratamento da preclusão é sem dúvida legatário do autor italiano, que em 1905 esboçou o conceito, apresentando-o no outro ano artigo (CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Cosa giudicata e competenza. In: Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento, Vol. II. Napoli: Luigi Pierro e figlio, 1906, pp. 395-411, posteriormente no vol. 2 dos *Saggi*) e em seus *Principii*. A delimitação das hipóteses de preclusão aparece em 1933, no seu CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Cosa giudicata e preclusione. In: Rivista Italiana per le scienze giuridiche, n° 11, 1933, pp. 3-53 (incluído no mesmo ano no vol. 3 dos *Saggi*). Não é objeto do trabalho o tratamento do tema das preclusões. Para uma abordagem completa, ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão Processual Civil (2006). 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008 e CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivm, 2013, em especial pp. 117-140.

⁴⁰¹ Em alguma medida similar, SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão Processual Civil (2006). 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 291-292.

de encerramento das manifestações acerca das questões em debate (normalmente na forma de *fases* processuais). A organização será *flexível* se o poder de determinar o marco de formalização do encerramento do debate em torno de uma dada questão for concedido ao *juiz* ou ao *acordo das partes*.

Uma organização *rígida* do encerramento do debate em torno de uma dada questão (ou de todo o debate processual) tem a finalidade de induzir a que os sujeitos desempenhem seu comportamento em um momento determinado, sob pena de não mais poderem desempenhá-lo. A proibição de inclusão de novos argumentos e considerações em torno do tema precluso exerce uma função de *focalização* do discurso. Levada a efeito na forma de fases, constitui uma restrição à liberdade de manifestação das partes ao impor a sua responsabilização pela inércia em procedimentos não finalizados⁴⁰². Para os sujeitos processuais, isso significa que eventuais condicionamentos dos demais sujeitos, em movimentos simultâneos ou sequenciais, não poderão ser levados em consideração para aquele tema em específico⁴⁰³, senão pela via da prognose. Esse tipo de organização, em que pese possa “otimizar a eficiência do processo”⁴⁰⁴, evitando retrocessos, e tornar mais seguro (na dimensão estática da cognoscibilidade⁴⁰⁵) o termo para desempenho da conduta, configura uma potencial restrição ao aspecto da comunicação no seu sentido dinâmico ao limitar a reflexividade das estratégias, em alguns casos, a mero exercício de prognose.

Uma organização *flexível* do encerramento do debate em torno de uma dada questão (ou de todo o debate processual) tem a finalidade de permitir um maior espaço de abertura à reflexividade, potencializando o compartilhamento de razões entre os

⁴⁰² A ligação da preclusão com a autorresponsabilidade das partes é destacada por ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo* (1997). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227, com base em Bülow (em seu *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*).

⁴⁰³ Consideramos aqui que “como qualquer litigante projeta uma reação crítica do adversário (contra-argumentos), é correto inferir que, num debate intersubjetivo, o participante antecipa a reflexividade pela prognose das futuras objeções aos seus atos, incorporando-as virtualmente à sua linha argumentativa” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 317).

⁴⁰⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013); MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 84.

⁴⁰⁵ Sobre o tema, ver ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário* (2011). 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 306-344.

sujeitos do contraditório. Precedido o fechamento de um ato último de razões finais (quanto ao tema em debate ou quanto a todo o debate), abre-se espaço para que haja a consolidação das razões após a mútua influência. Em certa medida, a existência no processo civil brasileiro de um ato final de consolidação argumentativa (*razões finais*) em primeira instância e da previsão regimental majoritária da possibilidade de entrega de *memoriais* aos julgadores nos tribunais, é a prova de uma abertura à consolidação de estratégias. Porém, em ambos os casos, trata-se de um sistema que não permite inclusão de fundamentos (mas apenas apresentação de argumentos de reforço) em face da rigidez preclusiva do procedimento (especialmente quanto ao objeto litigioso).

Pode-se dizer que o sistema brasileiro é *rígido* no que tange à estruturação do debate, pois prevê inúmeros ônus argumentativos, sob pena de preclusão, desde a petição inicial, passando pela contestação e, principalmente, pelo sistema recursal e pelas defesas nos procedimentos de satisfação dos direitos. O procedimento, entretanto, além da possibilidade de aporte de alegações quando da superveniência de fatos, prevê ao menos quatro espaços de abertura.

Um primeiro grupo de situações de flexibilização dessa estrutura diz respeito às matérias cognoscíveis de ofício ou que, mesmo que não cognoscíveis de ofício, sejam alegáveis a qualquer tempo (é o caso da decadência convencional, por exemplo). Nesses casos, que como regra estão ligados ao comportamento do réu que deixa de apresentar *objeções* substanciais e processuais (assim caracterizadas por poderem ser conhecidas de ofício⁴⁰⁶) e também tem repercussões no sistema das invalidades, é lícito ao sujeito não formular a alegação no primeiro momento, já que é permitida a alegação a qualquer tempo⁴⁰⁷. Não se trata aqui de manifestação sobre a qual incida a preclusão em caso de inação.

⁴⁰⁶ Para a contextualização da discussão (com contornos dificultados em razão da natureza polissêmica da expressão ‘exceção’), ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 94-101. A adesão à dicotomia exceção-objeção (as primeiras não cognoscíveis de ofício) tem no Brasil a referência em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1892-1979). Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, pp. 190-191.

⁴⁰⁷ A exceção das instâncias extraordinárias, em função da necessidade de que, pela sua natureza de cortes de precedente, sejam elas vinculadas às questões jurídicas já controvertidas nas instâncias ordinárias. No tema da incompetência absoluta essa discussão é bastante intensa. A doutrina normalmente enfrenta a

Um segundo grupo de situações de flexibilização da estrutura rígida de preclusões é o da autonomia da vontade. A possibilidade de saneamento e organização consensual (art. 357, §2º) permite que as partes, estando em comum acordo, delimitem voluntariamente as questões controvertidas⁴⁰⁸. Nesse caso, é possível cogitar-se de superação da estrutura preclusiva por acordo das partes, agregando-se ao processo questões de fato (e enquadramentos jurídicos distintos) até então não deduzidas⁴⁰⁹. Controvertida é a possibilidade de que se façam alterações a essa matéria consensualmente delimitada, após o início da fase instrutória. Nossa posição é de que o eventual prejuízo processual de retrocesso deve ser suportado pelas partes, uma vez que estão interessadas na estabilização futura da discussão mediante prolação de decisão acobertada pela coisa julgada⁴¹⁰.

Um terceiro grupo de situações de flexibilização da estrutura organizacional preclusiva do processo civil é dado pela dinâmica distinta prevista para a coisa julgada sobre questões prejudiciais. Por meio da previsão do art. 503, §1º, é possível introduzir no debate processual situações que não tenham sido delimitadas pelas partes como questão principal ampliando o espectro do debate. Nesse caso, deverá o juiz abrir espaço ao contraditório pleno em torno da matéria, de modo a permitir condicionamentos recíprocos dos sujeitos processuais

Por fim, um quarto grupo já não mais no plano das alegações, é o da produção probatória. Muito embora no que tange às alegações de fato tenhamos um mecanismo bastante rígido com previsão de estabilização objetiva (art. 329), no que

matéria a partir da exigência de prequestionamento (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência* (2008). 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 117), no que é secundada pelas cortes supremas (exemplificativamente, no STF, AI 633188 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02/10/2007, DJe 30/10/2007, e no STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 932.947/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 14/11/2016).

⁴⁰⁸ É o que Paulo Mendes chama de “flexibilização-conveniência” (MENDES, Paulo. *Flexibilização Processual e Segurança Jurídica*. Obra no prelo. Parte I, Item 1.3., obra gentilmente cedida pelo autor).

⁴⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1 (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 705. Nesse sentido, enunciado nº 427, FPPC: “A proposta de saneamento consensual feita pelas partes pode agregar questões de fato até então não deduzidas”.

⁴¹⁰ Como bem ressalta Cruz e Tucci: “É sempre importante frisar que a celeridade deve servir às partes e não ao Estado!” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Contra o processo autoritário*. In: *RePro*, vol. 242, Abr., 2015, p. 50).

tange aos instrumentos de corroboração das alegações de fato a *organização* do formalismo processual não prevê limites temporais rígidos. Como regra geral, as provas documentais devem ser apresentadas na primeira manifestação (petição inicial para o autor; contestação para o réu – art. 434). No entanto, o art. 435 confere uma abertura à produção posterior da prova documental para documentos novos, documentos antigos acerca de fatos novos, documentos antigos acerca de fatos de alegação nova, documentos antigos ou novos para contraposição de documentos apresentados e para documentos antigos de conhecimento, acessibilidade ou disponibilidade nova. Além disso, é lícita a utilização de prova emprestada, desde que observado o contraditório (art. 372). Nos demais meios de prova, resta sempre o poder instrutório do juiz, mas às partes algumas disposições permitem a sua produção após o momento procedimental preestabelecido, como no caso da postulação da prova oral da testemunha referida (art. 461, I), por exemplo.

A compreensão desses espaços de abertura e flexibilidade diante da rigidez do sistema preclusivo é importante, na medida em que a possibilidade de sua utilização configura um espaço de exercício da estratégia por parte dos sujeitos processuais. Se é verdade que o sistema preclusivo induz a que os sujeitos desempenhem seu comportamento em um momento determinado, a possibilidade de flexibilização pode funcionar como um estímulo para que os sujeitos, nesses casos, desempenhem a conduta contrária, guardando trunfos (lícitos ou ilícitos). Nesse caso, a atenção aos limites comportamentais, tema tratado *infra*, deverá nortear a atuação dos sujeitos. A estrutura de custos envolvidos também aqui tem papel importante. O direito processual brasileiro não tem, hoje, por exemplo, uma norma que preveja responsabilização pelos custos decorrentes da alegação tardia de objeções⁴¹¹.

⁴¹¹ Havia no código anterior uma previsão quanto à alegação de incompetência absoluta, determinando que a parte que deixasse de alegá-la na primeira oportunidade de falar nos autos deveria arcar com a totalidade das custas (art. 113, §1º do CPC/73: “§1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas”). Essa disposição não foi repetida, em função da estruturação da regra da *translatio iudicii* (art. 64, em especial §4º), pela qual os efeitos de decisão proferida pelo juiz incompetente serão mantidos salvo decisão em contrário pelo juiz competente. Em razão disso, não há mais um grande retrocesso *a priori*, então os custos pela demora na alegação acabam reduzidos.

As normas processuais, operando como fatores de ordem e organização da atividade das partes, estipulam comportamentos sequenciais ou simultâneos, em estruturas rígidas ou flexíveis relativamente ao conteúdo das manifestações. Pode-se dizer que as normas processuais, assim, atuam como “regras do jogo” para a coordenação das atividades de cada sujeito no tempo. Essa atividade de coordenação de condutas não pode deixar de levar em conta o fato de que “as leis são feitas para os homens vivos”⁴¹² que, justamente porque são motivados pelas suas preferências pessoais, podem ser estimulados a determinados comportamentos de modo mais ou menos eficaz a depender da estrutura de incentivos que é posta. Cumpre tentar delimitar, assim, no que consiste essa responsividade aos incentivos e em que medida o processo civil pode se valer dessa assertiva.

1.2. Incentivos processuais: moldando comportamentos dos sujeitos do processo através de desenhos institucionais

1.2.1. O problema econômico básico: recursos escassos e necessidades ilimitadas

Boa parte da economia pode ser sintetizada com a seguinte frase: as pessoas respondem a incentivos. Essa afirmação, que pode soar como um truísmo pela sua obviedade, não deve ser desconsiderada⁴¹³. Em que pese a simplicidade, a noção de que sujeitos respondem a incentivos é a explicação econômica para a função de coordenação de condutas que se acomete ao direito e, no que nos interessa, ao processo civil. Ao assumir-se, de um lado, que o direito tem uma função de coordenação, e de outro, que as pessoas reagem a incentivos, implicitamente assume-se também que o direito

⁴¹² “Questa necessità di non dimenticare mai *che le leggi sono fatte per gli uomini vivi*, dei quali, prima di studiare il diritto bisogna conoscere la psicologia, vale sopra tutto per le leggi processuali: perché esse, più di ogni altra categoria di norme, sono destinate, più che a garantire un effetto giuridico costante e astrattamente prevedibile, a registrare a posteriori il risultato concreto di quella specie di partita legale, fatta di volontà gareggianti, di mosse sottilmente studiate e di accorgimenti tecnici, che è il processo”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 24.

⁴¹³ “People respond to incentives’ sounds innocuous enough, and almost everyone will admit its validity as a general principle. What distinguishes the economist is his insistence on taking the principle seriously at all times”. LANDSBURG, Steven. The Armchair Economist. Economics & Everyday Life (1993). 2ª Ed. New York: Free Press, 2012, p. 3.

estabelece incentivos para que os comportamentos valorizados negativa ou positivamente pelo ordenamento sejam evitados ou exercidos. Dessa forma, para que se compreenda o papel que as normas processuais têm para a conformação dos comportamentos dos sujeitos processuais deve-se, primeiro, compreender o que são incentivos e qual a sua função.

O tema dos incentivos é central para a economia, mas também o é para a vida em geral. *”Incentives are the cornerstone of modern life”*, afirmam os autores de um dos maiores best-sellers dos últimos anos⁴¹⁴. É preciso entendê-los, encontrá-los e moldá-los para resolver os problemas do dia-a-dia e, com mais razão, do direito. Para muitos economistas, a ciência econômica é, em grande parte, a ciência dos incentivos⁴¹⁵. Dizer que a economia é, na sua raiz, o estudo dos incentivos, significa compreender que as pessoas buscam satisfazer suas preferências em um mundo onde outros agem da mesma forma, muitas vezes buscando as mesmas coisas. Em um mundo de necessidades ilimitadas e recursos escassos, o desenho de esquemas de incentivos passa a ser imprescindível – e daí a necessidade de a economia estudar o tema – para que haja uma alocação eficiente dos recursos entre os diversos agentes⁴¹⁶.

A escassez dos recursos significa que a sociedade tem recursos limitados e não é hábil a prover todos os bens e serviços que as pessoas desejam. Porém, os sujeitos têm aspirações ilimitadas (“as pessoas sempre querem mais”)⁴¹⁷. A economia é, assim, a

⁴¹⁴ LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J.. *Freakonomics. A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*. Exp. Ed. New York: Harper Collins, 2005, p. 11.

⁴¹⁵ LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: the principal-agent model*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 1.

⁴¹⁶ “Economics is, at root, the study of incentives: how people get what they want, or need, especially when other people want or need the same thing. Economists love incentives. They love to dream them up and enact them, study them and tinker with them. The typical economist believes the world has not yet invented a problem that he cannot fix if given a free hand to design the proper incentive scheme. His solution may not always be pretty—it may involve coercion or exorbitant penalties or the violation of civil liberties—but the original problem, rest assured, will be fixed” LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J.. *Freakonomics. A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*. Exp. Ed. New York: Harper Collins, 2005, p. 16.

⁴¹⁷ “From the point of view of the economist, the conditions of human existence exhibit three fundamental characteristics. The ends are various. The time and the means for achieving these ends are at once limited and capable of alternative application. (...) Our fellows have other objectives. Yet we can use our lives for doing different things, our materials and the services of others for achieving different objectives”. (ROBBINS, Lionel (1898-1984). *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan Co., 1932, pp. 12-13).

ciência que tenta manejar esse eterno conflito entre recursos escassos e necessidades ilimitadas⁴¹⁸, o que significa compreender como os agentes se comportam e reagem a incentivos⁴¹⁹. Em suma, como agentes tomam decisões⁴²⁰. A tomada de decisão envolve sempre troca: algo em detrimento de outro. É o que se convencionou chamar de *trade-off*⁴²¹. A economia lida com as trocas de uma condição por outra⁴²². Reconhecer que os agentes enfrentam *trade-offs* não significa, por si só, que a decisão por uma ou outra condição seja intrinsecamente melhor⁴²³. O que interessa para a economia é a escolha em si, não o resultado da escolha, pouco importando, assim, se os fins escolhidos são nobres ou não, se houve preferência por bens materiais ou imateriais. A economia, como ciência, é neutra quanto às preferências do agente⁴²⁴.

⁴¹⁸ A definição foi primeiramente apresentada por Robbins, para quem: “Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses”. (ROBBINS, Lionel (1898-1984). *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan Co., 1932, p. 15).

⁴¹⁹ “A economia procura determinar as razões pelas quais da interdependência de decisões livres emerge uma ordem espontânea (...) fazendo com que as pessoas colaborem independentemente da importância que atribuem à solidariedade entrem em relações de interdependência por mais individualistas que sejam, e se enriqueçam mutuamente quando apenas procuram instrumentalizar os outros aos seus planos de enriquecimento pessoal” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21).

⁴²⁰ “The management of society’s resources is important because resources are scarce. Scarcity means that society has limited resources and therefore cannot produce all the goods and services people wish to have. Just as each member of a household cannot get everything she wants, each individual in a society cannot attain the highest standard of living to which she might aspire. Economics is the study of how society manages its scarce resources. In most societies, resources are allocated not by an all-powerful dictator but through the combined choices of millions of households and firms. Economists, therefore, study how people make decisions: how much they work, what they buy, how much they save, and how they invest their savings”. MANKIWI, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 4. A lição é de Robbins: “When time and the means for achieving ends are limited and capable of alternative application, then behaviour necessarily assumes the form of choice. Every act which involves time and scarce means for the achievement of one end involves the relinquishment of their use for the achievement of another. It has an economic aspect. (ROBBINS, Lionel (1898-1984). *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan Co., 1932, pp. 13-14)

⁴²¹ “Making decisions requires trading off one goal against another”. MANKIWI, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 4.

⁴²² “All human action, so far as it is rational, appears as the exchange of one condition for another. Men apply economic goods and personal time and labour in the direction which, under the given circumstances, promises the highest degree of satisfaction, and they forego the satisfaction of lesser needs so as to satisfy the more urgent needs” (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Socialism: An Economic and Sociological Analysis* (1922). Trad. da 2ª Ed. (1932) por J. Kahane. New Haven: Yale University Press, 1951, pp. 113-114).

⁴²³ “Recognizing that people face trade-offs does not by itself tell us what decisions they will or should make”. MANKIWI, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 5.

⁴²⁴ “The economist is not concerned with ends as such. He is concerned with the way in which the attainment of ends is limited. The ends may be noble or they may be base. They may be ‘material’ or ‘immaterial’ – if ends can be so described. But if the attainment of one set of ends involves the sacrifice

O fato de que os agentes, ao fazerem escolhas, decidem por uma condição em detrimento de outra leva a que sejam feitas análises de *custo-benefício*. O custo aqui é entendido como *custo de oportunidade*⁴²⁵. Outro fator a ser considerado é que os agentes econômicos decidem *na margem*⁴²⁶. Isso significa dizer que, dada uma realidade, a decisão baseia-se no custo e no benefício *a mais*, comparado com aquele determinado esquema preexistente⁴²⁷. O processo, como ambiente de tomada de decisão, deve ser pensado a partir dessa mesma base. No processo, o incremento das despesas processuais de uma parte é pensado a partir do gasto já incorrido, o benefício de um recurso contra uma decisão de parcial procedência é pensado a partir do ganho preestabelecido pela decisão recorrida e a inquirição da uma testemunha adicional é vista como um potencial benefício dado o fato de que outras já foram ouvidas.

1.2.2. Mecânica dos incentivos

A economia assume que decisões racionais são pensadas marginalmente. Justamente na composição dos custos e benefícios ligados a cada escolha é que os incentivos exercem seu papel. Esses funcionam como estímulos ou, na metáfora de Levitt e Dubner, como “balas” ou “alavancas”: pequenos objetos que têm um poder surpreendente de mudar a situação⁴²⁸. A indução ao comportamento nesse caso deriva de uma escolha racional do agente que, ao se deparar com os *incentivos*, decide *livremente* a respeito de como agir⁴²⁹. Tecnicamente, os incentivos são mecanismos

of others, then it has an economic aspect. (ROBBINS, Lionel (1898-1984). An essay on the nature and significance of economic science. London: MacMillan Co., 1932, pp. 24-25).

⁴²⁵ “The opportunity cost of an item is what you give up to get that item. When making any decision, decision makers should be aware of the opportunity costs that accompany each possible action. In fact, they usually are”. MANKIW, Gregory. Principles of Microeconomics (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 6.

⁴²⁶ “Marginal changes are adjustments around the edges of what you are doing.” MANKIW, Gregory. Principles of Microeconomics (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 6.

⁴²⁷ “A rational decision maker takes an action if and only if the marginal benefit of the action exceeds the marginal cost”. MANKIW, Gregory. Principles of Microeconomics (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 7. Dito de outro modo: “A maior parte das decisões de que se ocupa a economia não são em rigor as de fazer ou deixar de fazer algo - o tudo ou nada -, mas antes as de fazer mais ou menos de algo” (ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 43).

⁴²⁸ LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J.. Freakonomics. A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything. Exp. Ed. New York: Harper Collins, 2005, p. 16.

⁴²⁹ “Se for possível interferir com a dimensão absoluta ou relativa desses custos e benefícios, alterando-a, então será de esperar que um agente racional responda a essa alteração, adaptando a ela a sua conduta. É,

(como sanções ou recompensas, por exemplo) que induzem o comportamento dos agentes⁴³⁰, alterando o esquema de custo e benefício ligado às inevitáveis escolhas em um mundo real de necessidades ilimitadas e recursos escassos. Justamente porque as preferências de cada um são distintas, cada pessoa reage de uma forma a um incentivo ou conjunto de incentivos⁴³¹. A existência de objetivos diversos, a descentralização da informação e a premissa do autointeresse dos agentes são os ingredientes básicos da teoria dos incentivos⁴³². O ser humano lida com incentivos todos os dias, desde a infância. Ele reage a incentivos quando descobre o potencial do bom comportamento para ganhar presentes ou experimenta a dor ao queimar a mão em uma panela de água quente⁴³³.

A preocupação da economia com os incentivos surge no momento em que se passa a analisar o trabalho e as trocas⁴³⁴. Adam Smith, ainda que sem usar a expressão, intuiu a utilidade de se pensar em incentivos quando da análise dos salários⁴³⁵. Thomas Jefferson, da mesma forma, quando em sua autobiografia tratou da

pois, possível condicionar a conduta do agente económico sem lhe retirar a sua liberdade de escolher e decidir - interferindo somente nos incentivos que são para ele o valor absoluto ou relativo dos ganhos e perdas esperados na sua próxima decisão, os pontos de referência das suas escolhas e a sua motivação para agir. A maior parte das decisões de que se ocupa a economia não são em rigor as de fazer ou deixar de fazer algo - o tudo ou nada -, mas antes as de fazer mais ou menos de algo” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44).

⁴³⁰ “An incentive is something (such as a prospect of a punishment or reward) that induces a person to act”. MANKIOW, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 7.

⁴³¹ “Different men are moved by different incentives or combinations of incentives” (BARNARD, Chester (1886-1961). *The Functions of the Executive* (1938). Cambridge: Harvard University Press, 1968, p. 148).

⁴³² “Conflicting objectives and decentralized information are thus the two basic ingredients of incentive theory. The essential paradigm for the analysis of market behavior by economists is one where economic agents pursue, at least to some extent, their private interests” (LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: the principal-agent model*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 2).

⁴³³ “We all learn to respond to incentives, negative and positive, from the outset of life. If you toddle over to the hot stove and touch it, you burn a finger. But if you bring home straight A’s from school, you get a new bike”. LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J.. *Freakonomics. A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*. Exp. Ed. New York: Harper Collins, 2005, p. 16.

⁴³⁴ “Incentive theory emerges with the division of labor and exchange. The division of labor induces the need for delegation.” (LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: the principal-agent model*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 7)

⁴³⁵ “What are the common wages of labour, depends everywhere upon the contract usually made between those two parties, whose interests are by no means the same. The workmen desire to get as much, the masters to give as little as possible. The former are disposed to combine in order to raise, the latter in order to lower the wages of labour”. (SMITH, Adam (1723-1790). *An Inquiry Into the Nature and Causes*

*Boston Tea Party*⁴³⁶. De lá pra cá, a temática dos incentivos passou a ser central na compreensão da economia, especialmente na área das organizações⁴³⁷. A transformação de comportamentos de sujeitos participantes de organizações com vistas a melhorar o desempenho do todo é uma das áreas de estudos dos incentivos⁴³⁸. A estruturação de políticas igualmente requer atenção aos incentivos, sob pena de que surtam efeitos indesejados⁴³⁹. Se uma política altera o esquema de incentivos, certamente ela irá afetar comportamentos⁴⁴⁰. Incentivos, portanto, importam⁴⁴¹, sejam eles produtos intencionais da alteração da estrutura de um determinado arranjo institucional ou não⁴⁴².

É absolutamente equivocado pensar que incentivos são estímulos, no sentido positivo da palavra, e têm apenas natureza material. Em primeiro lugar, se os incentivos são mecanismos que alteram a estrutura de *custos e benefícios*, obviamente

of the Wealth of Nations (1776). Edwin Cannan's Edition (1904). Chicago: Chicago University Press, 1976, Livro I, Cap. VII, p. 74).

⁴³⁶ “This is a wonderful instance of great events from small causes. So inscrutable is the arrangement of causes and consequences in this world, that a two-penny duty on tea, unjustly imposed in a sequestered part of it, changes the condition of all its inhabitants”. JEFFERSON, Thomas (1743-1826). Autobiography. In: The writings of Thomas Jefferson. Vol. 1 (1853). Editado por H. A. Washington. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 106.

⁴³⁷ “When economists began to look more carefully at the firm, either in agricultural or managerial economics, incentives became the central focus of their analysis.” (LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. The theory of incentives: the principal-agent model. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 2).

⁴³⁸ “A part of the effort to determine individual behavior takes the form of altering the conditions of behavior, including a conditioning of the individual by training, by the inculcation of attitudes, by the construction of incentives” (BARNARD, Chester (1886-1961). The Functions of the Executive (1938). Cambridge: Harvard University Press, 1968, p. 15).

⁴³⁹ MANKIW, Gregory. Principles of Microeconomics (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 7. Essa já era a lição de Bastiat (BASTIAT, Frédéric (1801-1850). O que se vê e o que não se vê (1850). Trad. Ronaldo Legey. São Paulo: LVM, 2010). Hazlitt igualmente concebe a economia como uma eterna busca pela compreensão dos efeitos indesejados das políticas: “The art of economics consists in looking not merely at the immediate but at the longer effects of any act or policy; it consists in tracing the consequences of that policy not merely for one group but for all groups” (HAZLITT, Henry (1894-1993). Economics in one lesson (1946). Benicia: Laissez Faire Books, 1996, p. 5).

⁴⁴⁰ MANKIW, Gregory. Principles of Microeconomics (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 8.

⁴⁴¹ “Incentives matter. The literature of economics contains tens of thousands of empirical studies verifying this proposition, and not one that convincingly refutes it. Economists are forever testing the proposition (while perhaps secretly hoping to make names for themselves by being the first to overturn it) and forever expanding the domain of its applicability. Whereas we used to think only about shoppers responding to the price of meat, we now think about drivers responding to seat belts, murderers responding to the death penalty, and rats and pigeons responding to wage, income, and price changes. (...) Through all the variations, one theme recurs: Incentives matter”. LANDSBURG, Steven. The Armchair Economist. Economics & Everyday Life (1993). 2ª Ed. New York: Free Press, 2012, p. 12.

⁴⁴² LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J.. Freakonomics. A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything. Exp. Ed. New York: Harper Collins, 2005, p. 17.

eles podem funcionar como estímulos positivos (prêmios) ou negativos (sanções). Em segundo lugar, esses estímulos podem ter natureza material (e, mais especificamente, financeira), mas não só⁴⁴³. É possível utilizar pressões sociais, reconhecimento pessoal, motivações morais, entre outras estruturas de estímulos, não necessariamente ligadas a questões materiais. Em última análise, incentivos estimulam a que o sujeito aja ou deixe de agir, ao estruturar recompensas ou punições, de natureza material ou não.

Normalmente, pensa-se em incentivos de natureza material: recompensas ou punições que tenham por finalidade alterar a base de custos ou de benefícios que compõe a estrutura de tomada de decisão de forma a tornar mais ou menos custosa a atitude. A isso Chester Barnard chamou de incentivos com “existência objetiva”⁴⁴⁴. O direito está acostumado com esse tipo de incentivo⁴⁴⁵, mais comumente na forma de punições (consequências jurídicas negativas decorrentes da incidência de uma norma jurídica quando ocorrido o fato jurídico determinado na *fattispecie*)⁴⁴⁶. Porém, mesmo no direito, o papel dos prêmios tem sido discutido há bastante tempo⁴⁴⁷. Além das

⁴⁴³ Essa é uma predisposição – equívocada – geral: de que a economia lida apenas com pecúnia. Sobre o tema, como acertadamente aponta Fernando Araújo, trata-se de um “preconceito habitual, que é o de que a Economia centra a sua atenção em questões ‘de dinheiro’, nas trocas que têm expressão monetária (subentenda-se, ou não, o escopo ganancioso nessa referência a dinheiro) - o que não é verdade, já que a modea é um simples meio de acesso a recursos, e não é, em si mesma, um recurso, daqueles cuja escassez obriga à realização de escolhas e à tomada de decisões otimizadoras e maximizadoras da satisfação de necessidades” (ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 31).

⁴⁴⁴ “Certain common positive incentives, such as material goods and in some senses money, clearly have an objective existence; and this is true also of negative incentives like working hours, conditions of work. Given a man of a certain state of mind, of certain attitudes, or governed by certain motives, he can be induced to contribute to an organization by a given combination of these objective incentives” (BARNARD, Chester (1886-1961). The Functions of the Executive (1938). Cambridge: Harvard University Press, 1968, p. 141).

⁴⁴⁵ É da própria natureza da norma (inclusive a jurídica) funcionar como uma estrutura de incentivos. Nesse sentido, BERNARDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. In: Revista de Direito Público da Economia, v. 6, nº 23, jul. 2008, pp. 141-157.

⁴⁴⁶ “La sanzione può essere definitiva, da questo punto di vista, come l'espedito con cui si cerca, in un sistema normativo, di salvaguardare la legge dall'erosione delle azioni contrarie”. BOBBIO, Norberto (1909-2004). Teoria Generale del Diritto. Torino: Giappichelli, 1993, p. 122.

⁴⁴⁷ Já Bentham, em manuscrito sem data, posteriormente publicado como teoria das penas e das recompensas (1811) e editado em inglês em 1825, já estruturava a recompensa como indispensável para o direito: “The greatest happiness of the greatest number ought to be the object of every legislator: for accomplishing his purposes respecting this object, he possesses two instruments - punishment and reward. The theories of these two forces divide between them, although in unequal shares, the whole field of legislation (BENTHAM, Jeremy (1748-1832). The Rationale of Reward (1811). London: John and Hunt, 1825, p. i). Bentham define a recompensa como “a portion of the matter of good, which in consideration of some service supposed or expected to be done, is bestowed on some one, in the intent that he may be

punições e dos prêmios, a estruturação de situações jurídicas na forma de ônus é uma das formas pelas quais o direito busca incentivar comportamentos. Diferentemente dos deveres, no ônus mantém-se a liberdade (e daí a desnecessidade da coerção) apesar de valorizar-se a conduta. A consequência do desempenho do ônus, como regra, é uma situação de vantagem indireta, enquanto a consequência pelo seu não desempenho é uma potencial desvantagem estratégica. A figura do ônus, assim, também pode ser enquadrada no tema dos incentivos, muito embora a consequência do seu desempenho não seja corretamente enquadrada na dicotomia punições (típica da lógica dos deveres) e recompensas (típica da lógica dos direitos e faculdades). A sua função de estímulo, muito embora clara, não pode ser entendida como punição ou recompensa direta. Conforme adequadamente sistematiza Gavazzi, alguns comportamentos são (a) categoricamente valorizados pelo direito, outros são (b) absolutamente indiferentes, outros são (c) valorizados singularmente, mas não o seriam caso fosse generalizada essa valorização, e certos comportamentos são (d) propostos pelo direito, mas não a ponto de exigirem sancionamento caso não sejam cumpridos. O ônus enquadra-se no item (d), na medida em que a consequência jurídica indireta pode funcionar como estímulo (sanção positiva) ou desestímulo (“sanção” negativa pela perda da oportunidade de desempenho)⁴⁴⁸.

De outro lado, o direito não utiliza corriqueiramente incentivos de natureza não-material, mesmo que na economia esses sejam vistos como tão ou mais poderosos que os incentivos “objetivos”⁴⁴⁹. Costuma-se afirmar que induções de caráter não-material têm a função de incentivar comportamentos cooperativos em situações em que

benefited thereby” (p. 1). Kelsen entendia as sanções como punição ou recompensa, ainda que a segunda, ele reconhecesse, fosse de maior importância apenas nas relações entre privados (KELSEN, Hans (1881-1973). *General Theory of Law and State* (1945). New Brunswick: Transaction Publishers, 2006, pp. 15-18). Mais recentemente, BOBBIO, Noberto (1909-2004). *Le sanzione positive*. In: *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizione della Comunità, 1977, p. 33. Schauer destaca essa necessidade de se pensar em prêmios: “Even to the extent that behavior is determined largely or entirely by self-interest, however, individuals appear often to be motivated not only by a fear of unpleasant sanctions but also by a hope for rewards. SCHAUER, Frederick. *The force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 110.

⁴⁴⁸ Tudo conforme GAVAZZI, Giacomo (1932-2006). *L'onere – tra la libertà e l'obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970, p. 164.

⁴⁴⁹ “For certain types of misbehavior, social incentives are terribly powerful” (LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J.. *Freakonomics. A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*. Exp. Ed. New York: Harper Collins, 2005, p. 18).

critérios de valor material não seriam suficientes, por serem muito baixos⁴⁵⁰. Dinheiro não é a única e grande motivação que leva-nos a agir. Ao contrário, o dinheiro pode inclusive ser “desincentivo”⁴⁵¹. Condutas tidas por injustas na distribuição de bens podem ser inclusive objeto de retaliação por parte dos demais agentes, mesmo que para essa punição eles também tenham de suportar perdas⁴⁵². A experiência do chamado *ultimatum game*⁴⁵³ ilustra bem essa situação. Nesse jogo experimental um jogador recebe uma soma de dinheiro e é incumbido de dividi-lo (como bem entender) entre ele e outro jogador. O outro jogador, ao receber a oferta de divisão, pode escolher entre aceitar a sua parte, com a consequência de que o proponente também receberá sua parte, ou rejeitar a oferta, com a consequência de que nenhum dos dois receberá qualquer valor. Resultados demonstram que ofertas muito desiguais de distribuição são em geral rejeitadas, mesmo que isso signifique perda para quem a rejeita⁴⁵⁴.

Incentivos ligados à satisfação de ideais pessoais, ligados ao futuro ou a situações de natureza altruística, que incluem senso de pertencimento e lealdade à organização, recompensas ligadas a relações familiares ou de natureza estética ou religiosa, entre outros, são vistos como poderosíssimos pela sua capacidade de

⁴⁵⁰ BARNARD, Chester (1886-1961). *The Functions of the Executive* (1938). Cambridge: Harvard University Press, 1968, p. 145.

⁴⁵¹ “Among all of the motivating forces in the world, it turns out that money isn’t the simple, great motivator most of us assume it to be. In fact, sometimes it is a disincentive” (ARIELY, Dan. *Payoff: the hidden logic that shapes our motivations*. New York: Ted Books (Simon & Schuster), 2016, p. 100).

⁴⁵² “Further research by Ernst Fehr and his colleagues has shown that consistente with Andreoni’s finding, a large proportion of people can be categorized as *conditional cooperators*, meaning that they are willing to cooperate if enough others do. People start out these games willing to give their fellow players the benefit of the doubt, but if cooperation rates are low, these conditional cooperators turn into free riders. However, cooperation can be maintained even in repeated games if players are given the opportunity to punish those who do not cooperate. As illustrated by the Punishment Game, described earlier, people are willing to spend some of their own Money to teach a lesson to those who behave unfairly, and this willingness to punish disciplines potential free riders and keeps robust cooperation rates stable” (THALER, Richard. *Misbehaving. The making of Behavioral Economics*. New York: Norton & Company, 2016, p. 146).

⁴⁵³ Ela foi apresentada pela primeira vez por GÜTH, Werner; SCHMITTBERGER, Rolf; SCHWARZE, Bernd. An experimental analysis of ultimatum bargaining. In: *Journal of Economic Behavior & Organization*, Volume 3, nº 4, 1982, pp. 367-388.

⁴⁵⁴ O resultado observado do *ultimatum game* tem sido utilizado como exemplo de que a racionalidade maximizadora postulada pela economia tradicional não reflete adequadamente a realidade. Nesse sentido, Thaler: “One conclusion which emerges clearly from this research is that notions of fairness can play a significant role in determining the outcomes of negotiations. However, a concern for fairness does not preclude other factors, even greed, from affecting behavior” (THALER, Richard. *Anomalies: The Ultimatum Game*. In: *Journal of Economic Perspectives* — Volume 2, nº 4, 1988, pp. 195–206).

engajamento na conduta esperada⁴⁵⁵. A oportunidade de participar do curso dos eventos também funciona como fator de grande motivação em organizações sociais, criando um senso de legitimidade pela participação⁴⁵⁶, assim como o senso de comunhão, solidariedade, integração social, instintos gregários que, bem organizados, ao criarem sensação de mútuo suporte entre os agentes, induzem a uma maior adequação às normas organizacionais⁴⁵⁷. A reputação também pode funcionar como um espaço bastante frutífero para sanções ou prêmios⁴⁵⁸. Em suma, indivíduos são motivados a se comportar por razões intangíveis, como forças emocionais, necessidade de reconhecimento e pertencimento, comprometimento e sentimento de propósito⁴⁵⁹.

Os comportamentos em regra são moldados por motivações instrumentais, ligadas especialmente aos arranjos institucionais formais que induzem certos comportamentos. Isso significa dizer que, como regra, os indivíduos atendem a incentivos (positivos ou negativos; incentivos em sentido estrito ou sanções) na tomada de decisão sobre comportamentos. Como ressalta Tyler, essas motivações instrumentais se unem em torno de uma característica comum: maximização de ganhos ou redução de perdas⁴⁶⁰. Porém, é possível falar também em motivações não instrumentais, ligadas ao contexto social (“social motivations”). Essas motivações sociais podem ser relativas a atitudes (“attitudes”), valores (“values”), identidade (“identity”), justiça procedimental (“procedural justice”) e confiança baseada em motivos (“motive-based trust”)⁴⁶¹. As atitudes são predisposições *gerais*, internas, que motivam as pessoas a engajarem-se a

⁴⁵⁵ BARNARD, Chester (1886-1961). *The Functions of the Executive* (1938). Cambridge: Harvard University Press, 1968, p. 146.

⁴⁵⁶ BARNARD, Chester (1886-1961). *The Functions of the Executive* (1938). Cambridge: Harvard University Press, 1968, p. 147.

⁴⁵⁷ BARNARD, Chester (1886-1961). *The Functions of the Executive* (1938). Cambridge: Harvard University Press, 1968, p. 148.

⁴⁵⁸ Identificando possíveis espaços de atuação das sanções e prêmios nas reputações, ver COOTER, Robert. *Normative Failure Theory of Law*. In: *Cornell Law Review*, Vol. 82, nº 5, July, 1997, pp. 947-979.

⁴⁵⁹ ARIELY, Dan. *Payoff: the hidden logic that shapes our motivations*. New York: Ted Books (Simon & Schuster), 2016, p. 101.

⁴⁶⁰ “People approach their behavior in groups with a desire to maximize their short-term or long-term gains when dealing with others. While it is not necessary to view such gains in material terms, discussions in this literature generally have focused primarily if not exclusively upon the desire to gain material resources and/or to avoid material losses” (TYLER, Tom R. *Why people cooperate: the role of social motivations*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 31).

⁴⁶¹ TYLER, Tom R. *Why people cooperate: the role of social motivations*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 31.

uma ação⁴⁶². Os valores são predisposições *éticas*, que motivam as pessoas a engajarem-se em uma ação, refletindo comportamentos que as pessoas entendem como uma obrigação engajar-se⁴⁶³. A identidade é uma predisposição ao engajamento ligada ao sentimento de pertencimento e pode ser compreendida como identidade social e identidade emocional⁴⁶⁴. A crença na justiça procedimental também pode motivar o engajamento em uma determinada atividade, independentemente do resultado⁴⁶⁵. Por fim, a confiança baseada em motivos sociais pode funcionar como fator de engajamento em determinadas atividades, especialmente quando deriva de uma atividade do outro que é vista como positiva, cujas intenções são valoradas positivamente⁴⁶⁶.

As motivações sociais, diferentemente das instrumentais, as quais dependem de uma estrutura eficiente de incentivos, podem levar à indução de comportamento mediante simples modificação na conformação de arranjos sociais. É bem verdade que as motivações sociais podem entrar no cálculo de custo-benefício do indivíduo autointeressado, desde que a compreensão do autointeresse não fique restrita a aspectos materiais ou pecuniários. Porém, é possível que em alguns casos as motivações sociais tenham maior importância do que as instrumentais⁴⁶⁷. Estudos demonstram que em alguns casos o efeito dissuasório das motivações instrumentais pode ser menor do que um efeito reverso (chamado de efeito solapador⁴⁶⁸) das sanções. Isso porque, em alguns casos, condutas suficientemente influenciadas por motivações sociais (ou motivações intrínsecas) podem tornar-se menos influenciadas com a formalização dessas

⁴⁶² TYLER, Tom R. *Why people cooperate: the role of social motivations*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 32.

⁴⁶³ TYLER, Tom R. *Why people cooperate: the role of social motivations*. Princeton: Princeton University Press, 2011, pp. 34-36.

⁴⁶⁴ TYLER, Tom R. *Why people cooperate: the role of social motivations*. Princeton: Princeton University Press, 2011, pp. 37-42.

⁴⁶⁵ A criação de fórmulas procedimentais pelo próprio agente parcial (seja mediante convenções com a contraparte, seja mediante calendarização em conjunto com o juiz) tende a criar um ambiente de maior engajamento justamente em função das motivações sociais (e não meramente instrumentais). Nesse sentido, ver TYLER, Tom R. *Why people cooperate: the role of social motivations*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 42 e p. 131.

⁴⁶⁶ TYLER, Tom R. *Why people cooperate: the role of social motivations*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 43.

⁴⁶⁷ Essa é a tese central de ARIELY, Dan. *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*. New York: Harper Collins, 2008.

⁴⁶⁸ Expressão é de ZANITELLI, Leandro Martins. *Regulação responsiva e efeito solapador das sanções*. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). *Direito e economia em dois mundos: pesquisa jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 265 e ss.

motivações (por meio da cominação de sanções)⁴⁶⁹. Esse fenômeno pode decorrer, entre outros fatores, do chamado efeito de configuração (*framing effect*). O fato de haver uma sanção preestabelecida como consequência do comportamento (alterando a estrutura de incentivos externos) é percebida pelo agente como uma prova de que esse é um comportamento normalmente desempenhado em função do autointeresse (e não em função de motivações sociais). Em razão desse efeito na percepção, a decisão sobre o agir ou não agir pode passar a se dar mediante análise racional de custo-benefício em sentido estrito (custo direto, notadamente financeiro) e não mais mediante análise de fatores atinentes a motivações sociais (não-instrumentais)⁴⁷⁰.

Em síntese, tanto as motivações instrumentais (especialmente ligadas a incentivos materiais), quanto as motivações sociais (especialmente ligadas a incentivos não imediatamente mensuráveis materialmente), funcionam como indutores de comportamento em indivíduos dotados de racionalidade limitada, como são os sujeitos envolvidos em relações jurídicas e, especialmente, em ambientes processuais. A calibragem de ambos os tipos de motivações é importante, especialmente na utilização de motivações instrumentais, pois pode determinar uma diminuição do grau da motivação social⁴⁷¹. Como ressalta Gächer, ao lado do *homo aeconomicus* é possível conceber também o *homo reciprocans*, que valoriza comportamentos cooperativos e reage a incentivos de natureza não pecuniária⁴⁷².

⁴⁶⁹ “Se o estímulo passa a ser encarado como a causa do comportamento, esse mesmo comportamento, agora externamente controlado, deixa de atender à necessidade de autodeterminação, verificando-se, em decorrência, um esmorecimento da motivação intrínseca” (ZANITELLI, Leandro Martins. Regulação responsiva e efeito solapador das sanções. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). Direito e economia em dois mundos: pesquisa jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 274).

⁴⁷⁰ Alguns resultados de testes demonstrando a possibilidade de que esse tipo de efeito tenha repercussão na tomada de decisão são expostos por ZANITELLI, Leandro Martins. Regulação responsiva e efeito solapador das sanções. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). Direito e economia em dois mundos: pesquisa jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 276. No mesmo sentido, demonstrando que a criação de recompensas materiais diminui as motivações intrínsecas para a ação, ver DECI, Edward; RYAN, Richard. Intrinsic Motivation and Self-Determination in Human Behavior. New York: Springer, 1985, pp. 43-85.

⁴⁷¹ DECI, Edward; RYAN, Richard. Intrinsic Motivation and Self-Determination in Human Behavior. New York: Springer, 1985, p. 85.

⁴⁷² Para uma análise bastante aprofundada do papel das motivações sociais, ver GÄCHER, Simon. Human prosocial motivation and the maintenance of social order. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law. New York: Oxford University Press, 2014, pp. 28-60.

Essas considerações são suficientes para demonstrar a utilidade do conceito de incentivos para o direito processual. O processo, entendido como um conjunto de atos ordenados no tempo para o realizar-se em concreto da jurisdição (tutela dos direitos), mediante exercício da situação compósita de todos os sujeitos em contraditório, pode assumir diversas formatações. O legislador deverá estruturar essa sequência de modo a que os sujeitos comportem-se em função da finalidade⁴⁷³, estruturando adequadamente os incentivos para seus comportamentos. A grande dificuldade está em se determinar o modo adequado de articulação dessa sequência. A resposta para tanto não é única, pois depende de inúmeras variáveis, mas tem como ponto de partida a compreensão do processo como uma instituição no seu sentido econômico.

2. Por uma nova perspectiva institucional do processo: o novo institucionalismo do direito à economia

O estudo dos incentivos, como fica claro, tem íntima afinidade com a forma como as instituições são estruturadas. O direito inevitavelmente estrutura incentivos quando prescreve comportamentos na forma de normas jurídicas⁴⁷⁴. O tema tem sido objeto de atenção no âmbito do direito pelos economistas e pela análise econômica do direito há algum tempo, especialmente no que diz respeito às estruturas privadas (contratos, empresas, organizações), a partir dos estudos da teoria da firma⁴⁷⁵. Propõe-se que o processo (entendido como conjunto de normas que regulam comportamentos dos sujeitos envolvidos no processo judicial) possa ser concebido como uma instituição no

⁴⁷³ COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 115.

⁴⁷⁴ “Se for possível interferir com a dimensão absoluta ou relativa desses custos e benefícios, alterando-a, então será de esperar que um agente racional responda a essa alteração, adaptando a ela a sua conduta. É, pois, possível condicionar a conduta do agente económico sem lhe retirar a sua liberdade de escolher e decidir - interferindo somente nos incentivos que são para ele o valor absoluto ou relativo dos ganhos e perdas esperados na sua próxima decisão, os pontos de referência das suas escolhas e a sua motivação para agir. A maior parte das decisões de que se ocupa a economia não são em rigor as de fazer ou deixar de fazer algo - o tudo ou nada -, mas antes as de fazer mais ou menos de algo” (ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44).

⁴⁷⁵ A partir de COASE, Ronald (1910-2013). The Nature of the Firm. In: *Economica*, New Series, Vol. 4, nº 16, Nov., 1937, pp. 386-405. Para o desenvolvimento na teoria das organizações, ver WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (1985). Beijing: China Social Sciences Publishing House, 1999. Para o desenvolvimento na teoria do contrato, o completíssimo livro de ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

sentido econômico do termo e, portanto, possa valer-se do aporte da teoria dos incentivos. Isso não significa, entretanto, uma adesão à perspectiva institucionalista (Jaime Guasp) do processo civil, conforme *supra* delimitada. Como veremos adiante, essa acepção baseia-se em concepções completamente diversas acerca do significado de uma “instituição”.

2.1. O direito como ordem normativa institucional: o neoinstitucionalismo de MacCormick e Weinberger

O conceito de instituição, para o direito, aparece no século XX como uma forma de explicar a natureza compreensiva do conjunto de normas jurídicas e sua função para a sociedade. Assim Hauriou afirma que instituições são os “éléments de l’organisation sociale”⁴⁷⁶, cuja existência é prévia ao próprio direito. De outro lado, Santi Romano afirma que o direito *é* uma instituição, entendida essa como todo e qualquer corpo social que existe objetiva e concretamente (mesmo que imaterial, com individualidade exterior e visível), que seja manifestação da natureza social e não puramente individual do homem, atue como ente fechado e dotado de uma própria individualidade e com unidade firme e permanente, a não perder sua identidade⁴⁷⁷. Mais próxima do conceito econômico ora adotado *é* a acepção de Llewellyn, para quem a instituição *é*, em primeiro plano, o conjunto de modos de viver e fazer (não sendo, em primeiro plano, um problema de palavras ou regras)⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ HAURIOU, Maurice (1856-1929). *Principes de Droit Public* (1910). 2ª Ed. Paris: Recueil Sirey, 1916, p. 109.

⁴⁷⁷ “Per istituzione noi intendiamo ogni ente o corpo sociale. A questa definizione, semplice e breve, occorre però far seguire un più lungo commento. 1) L’ente di cui parliamo deve avere un’esistenza obbiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile [...] 2) Diciamo inoltre che l’istituzione è un ente o corpo sociale nel senso che essa è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell’uomo [...] 3) L’istituzione è un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità [...] 4) L’istituzione è un’unità ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità.” (ROMANO, Santi (1875-1947). *L’ordinamento giuridico* (1918). 2ª ed. Firenze: Sansoni, 1945, pp. 29-33).

⁴⁷⁸ LLEWELLYN, Karl. N (1893-1962). *The Constitution as an Institution*. *Columbia Law Review*, vol. 34, n. 1, 1934, p. 17.

Recentemente, a partir do conceito de fatos institucionais de Searle⁴⁷⁹, a doutrina tem defendido o caráter institucional do direito como uma postura socialmente realista do normativismo⁴⁸⁰. Essa visão, concebida como *neoinstitucionalismo*, compreende o direito como uma *ordem normativa institucional*⁴⁸¹. A instituição é um sistema de possibilidades de ação⁴⁸², que adquire uma “existência independente”⁴⁸³ e é formado pelo conjunto de regras que determinam a criação, estabelecem as consequências da criação e a sua extinção (*institutive rules, consequential rules e terminative rules*)⁴⁸⁴. As instituições são o resultado da interação entre indivíduos e sociedade⁴⁸⁵ e existem na forma de sistemas normativos socialmente institucionalizados⁴⁸⁶, e daí a sua vertente em alguma medida positivista⁴⁸⁷. O direito,

⁴⁷⁹ MACCORMICK, Neil (1941-2009); WEINBERGER, Ota (1919-2009). An institutional theory of law. New approaches to legal positivism. D. Reidel: Dordrecht, 1986, p. 9.

⁴⁸⁰ MACCORMICK, Neil (1941-2009); WEINBERGER, Ota (1919-2009). An institutional theory of law. New approaches to legal positivism. D. Reidel: Dordrecht, 1986, p. 6.

⁴⁸¹ MACCORMICK, Neil (1941-2009). Institutional Normative Order: A Conception of Law. In: Cornell Law Review, Vol. 82, nº 5, July, 1997, pp. 1051-1070; MACCORMICK, Neil (1941-2009). Institutions of Law. An essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 1.

⁴⁸² “The “institutions” are not systems of rules or norms, but systems of possibilities of action that are actually made use of” (LA TORRE, Massimo. Law as Institution: Normative Language between Power and Values. Dordrecht: Springer, 2010, p. 120). “They (the institutions) constitute orientation for actions, a vital factor in the constitution of action potentials for the individual, his standards for goals and values and for the form of actions. In addition, they constitute elements of social reality and the basis for every kind of social action” (WEINBERGER, Ota (1919-2009). Law, Institution and Legal Politics. Fundamental problems os Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht: Springer, 1991, pp. 155-156).

⁴⁸³ WEINBERGER, Ota (1919-2009). Law, Institution and Legal Politics. Fundamental problems os Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht: Springer, 1991, p. 157. Essa “existência independente” deve ser compreendida como sua qualidade de, ao mesmo tempo, funcionarem como objetos que podem ser descritos (um casamento, um contrato, etc.) como conjunto de comportamentos que podem ser incorporados pelos agentes sociais: “So they are, at the same time, objects that can be described with an appropriate level of detail and abstraction (paradigmatically in legal doctrine), but which should also be incorporated into practical reasoning by the appropriate social players (and, ultimately, by the whole citizenry)” (MICHELON JR., Claudio. MacCormick's. Institutionalism between theoretical and practical reason. In: Diritto & questione pubbliche, nº 9, 2009, pp.53-62, p. 62).

⁴⁸⁴ “MacCormick conceives an institution as a set of rules that determine the creation of an instance of the institution (institutive rules), establish the consequences of the creation of that institution (consequential rules) and the disappearance of a particular instance of the institution (terminative rules)” (MICHELON JR., Claudio. MacCormick's. Institutionalism between theoretical and practical reason. In: Diritto & questione pubbliche, nº 9, 2009, pp.53-62, p. 61).

⁴⁸⁵ WEINBERGER, Ota (1919-2009). Law, Institution and Legal Politics. Fundamental problems os Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht: Springer, 1991, p. 155

⁴⁸⁶ WEINBERGER, Ota (1919-2009). Law, Institution and Legal Politics. Fundamental problems os Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht: Springer, 1991, pp. 156-157.

⁴⁸⁷ MacCormick autodenomina a vertente como pós-positivista (MACCORMICK, Neil (1941-2009). Institutions of Law. An essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 5).

assim, é formado pelo conjunto de instituições (conceitos abstratos que conformam conjuntos de fatos institucionais)⁴⁸⁸.

O neoinstitucionalismo estrutura uma análise funcionalizada do direito. Trata-se de uma definição que tem a pretensão de explicar o funcionamento do direito e ser útil e não uma definição com contornos pervasivos e semânticos⁴⁸⁹. Normas jurídicas são vistas como elementos de um *contexto de ação*. A análise funcional é institucionalmente orientada, já que concebe as normas como determinantes da estrutura e organização das instituições, como base para as formas de ação determinadas pelas instituições, como subjacentes às relações interpessoais decorrentes dos deveres e expectativas e como elemento que determina as realidades institucionais (fatos institucionais e objetos na sua função institucional). Essa visão funcionalizada, assim, foca simultaneamente nas normas, nos fatos sociais e nas possibilidades de ação⁴⁹⁰.

A aproximação permite uma interface da filosofia do direito neoinstitucionalista com as noções econômicas até então apresentadas de incentivos. Isso porque ela assume que os indivíduos são “norm-users” e que isso faz com que assumam padrões de comportamento⁴⁹¹. Mais do que uma preocupação conceitual, o

⁴⁸⁸ “Institutions are nothing other than abstract concepts through which it is possible to ascribe meaning to, and to interpret, congeries of human actions. Institutions in this sense belong, however, to a philosophical and semiotic notion, and have little in common with the various sociological notions of institution. (...) According to these authors the law is in fact always at the same time (1) an ensemble of abstract meaning-concepts; (2) an ensemble of institutional acts and facts understandable only in the light of the network of rules constitutive of the concepts; and (3) an ensemble of organizations in the sociological sense”. PINTORE, Anna. Institutionalism in Law. In: Routledge Encyclopedia of Philosophy, London: Routledge, 1998, versão eletrônica.

⁴⁸⁹ MACCOMICK, Neil (1941-2009). Institutions of Law. An essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 1.

⁴⁹⁰ “The functional analysis enquires into the structures which exist in society and into the way the institutions operate. From the functional point of view legal norms are understood as elements of a context of action as well as being grasped hermeneutically. The functional analysis is institutionally orientated: it regards norms (a) as that which determines the structure and organisation of the institution, (b) as the basis for forms of action determined by the institution, (c) as underlying the interpersonal relations arising from duties and expectations, (d) as the element determining the institutional realities - institutional facts and objects in their institutional function. The functional approach focusses simultaneously on norms, social facts and possibilities of action” (WEINBERGER, Ota (1919-2009). Law, Institution and Legal Politics. Fundamental problemas os Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht: Springer, 1991, p. 233).

⁴⁹¹ “Humans are norm-users. Regard for norms leads people into patterns of behaviour. Our own human interests make us ready to look out for patterns of the kind that connect to the expectations and judgments of our fellow humans rather than other kinds, when we are engaging in ordinary practical life rather than

neoinstitucionalismo, ao focar nos fatos institucionais, centra sua atenção nas esferas de ação. Conforme Weinberger, o positivismo jurídico institucional permite uma análise apurada das políticas público-jurídicas, na medida em que atua como um normativismo focado nas possibilidades de ação dos sujeitos e nas possibilidades de criação do legislador na formatação das instituições. Dessa forma, permite a observação de fatos sociológicos, enquadrando-os como esferas de atividade prático-normativa dos sujeitos⁴⁹². Essa perspectiva de análise não colide com aquela envolvendo as estruturas de incentivos para a ação. Ao contrário, podem ser combinadas para a compreensão dos melhores moldes institucionais para o direito e para os ramos do direito, em específico.

2.2. A Nova Economia Institucional

Na economia, a análise das instituições permite a compreensão da dinâmica de ação dos sujeitos envolvidos em uma dada situação de interdependência. O estudo das instituições ganhou papel de destaque nos últimos anos com a perspectiva trazida pela Nova Economia Institucional⁴⁹³. Instituições são a estrutura onde se dão as interações humanas⁴⁹⁴, são as regras do jogo em uma sociedade. De maneira mais técnica, “the humanly devised constraints that shape human interaction” (as limitações

abstract scientific inquiry about it” (MACCOMICK, Neil (1941-2009). *Institutions of Law. An essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 32).

⁴⁹² “In considering the institutions and the law from the perspective of the theory of action the examination of the functionality of institutions remains constantly in focus. While institutional legal positivism is in principle based on non-cognitivism it, nevertheless, regards the problems of legal policies as an area for rational and analytical investigations” (WEINBERGER, Ota (1919-2009). *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Springer, 1991, p. 212).

⁴⁹³ A denominada nova economia institucional (*New Institutional Economics*) tem como seus expoentes Ronald Coase, Oliver Williamson e Douglass North. Os três foram agraciados com o Nobel de economia (1991, 2009 e 1993). Sobre o tema, em perspectiva geral, ver as coletâneas MENARD, Claude; SHIRLEY, Mary (Ed.). *Handbook of New Institutional Economics*. Dordrecht: Springer, 2005; BROSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel (Ed.). *New Institutional Economics: A Guidebook*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008 e a obra FURUBOTIN, Eirik; RICHTER, Rudolf. *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics* (1998). 2ª Ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005. Costuma-se atribuir influência de Commons na conformação da escola (COMMONS, John R. (1862–1945). *Institutional Economics*. In: *American Economic Review*, vol. 21, 1931, pp. 648-657).

⁴⁹⁴ NORTH, Douglass (1920-2015). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 4.

concebidas pelos indivíduos que moldam as interações humanas)⁴⁹⁵, que estruturam as interações políticas, econômicas e sociais⁴⁹⁶.

A teoria das instituições é baseada em dois pilares: comportamento humano e custos de transação⁴⁹⁷. Quando ambos os pilares são combinados, fica fácil perceber os motivos pelos quais as instituições existem e qual o seu papel nos arranjos sociais. Os custos de transação são os custos que o agente incorre para valorar os atributos do bem que está sendo transacionado e para proteger (ou policiar) os direitos e acordos que faz⁴⁹⁸. É em razão desses custos (e em função dos comportamentos humanos) que são estruturadas as instituições sociais, políticas e econômicas⁴⁹⁹: visando a promover a cooperação e reduzir os conflitos, de forma a aumentar a coordenação entre as atividades econômicas e reduzir o desperdício⁵⁰⁰, que as sociedades elaboram regras - suas instituições. As instituições fornecem a estrutura para as trocas, e essa estrutura,

⁴⁹⁵ A definição é de NORTH, Douglass (1920-2015). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 3.

⁴⁹⁶ NORTH, Douglass (1920-2015). *Institutions*. In: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, nº 1, 1991, p. 97.

⁴⁹⁷ Como observa Williamson, “Transaction cost economics acknowledges that rationality is bounded and maintains that both parts of the definition should be respected. An economizing orientation is elicited by the intended rationality part of the definition, while the study of institutions is encouraged by conceding that cognitive competence is limited” (WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (1985). Beijing: China Social Sciences Publishing House, 1999, p. 45).

⁴⁹⁸ A definição dos custos de transação inicia com o insight de Coase: “The main reasons why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. (...). The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account” (COASE, Ronald (1910-2013). *The nature of the firm*. In: *Economica*, new series, Vol. 4, nº 16, nov., 1937, pp. 390-391). Ela se completa quando o mesmo autor, anos depois, assume uma série de custos envolvidos em qualquer transação: “In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on” (COASE, Ronald (1910-2013). *The problem of social cost*. In: *Journal of Law and Economics*, vol. 3, oct., 1960, p. 15). Outra forma interessante de delimitar os custos de transação é assumi-los como “All those costs that cannot be conceived to exist in a Robinson Crusoe economy where neither property rights, nor transactions, nor any kind of economic organization can be found. (...). So defined, transaction costs may then be viewed as a spectrum of institutional costs including those of information, of negotiation, of drawing up and enforcing contracts, of delineating and policing property rights, of monitoring performance, and of changing institutional arrangements” (CHEUNG, Steven. *Economic Organization and Transaction Costs*. In: *The New Palgrave Dictionary of Economics*. London: Palgrave Macmillan, 1987, p. 1).

⁴⁹⁹ NORTH, Douglass (1920-2015). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 27.

⁵⁰⁰ FIANI, Ronaldo. *Cooperação e Conflito: Instituições e Desenvolvimento Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 2.

juntamente com a tecnologia empregada, determina os custos de transação⁵⁰¹. O conjunto dos arranjos institucionais é o ambiente institucional, relevante para o desenvolvimento e a prosperidade.

As instituições para a economia podem consistir em limitações tanto formais (constituições, leis, direitos de propriedade) quanto informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta)⁵⁰². As instituições, são, assim, as leis, regras informais e convenções que dão *estrutura durável às interações* entre os membros de uma dada população⁵⁰³. Como consequência, as instituições “estruturam incentivos para as trocas humanas, sejam elas políticas, sociais ou econômicas”⁵⁰⁴. Ao longo da história, foram concebidas para criar ordem e reduzir incertezas nas interações (trocas)⁵⁰⁵. Boas instituições levam ao crescimento econômico⁵⁰⁶, já que “institutions provide the

⁵⁰¹ NORTH, Douglass (1920-2015). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 34. Um exemplo facilmente perceptível de diminuição dos custos de transação em razão de instituições modernas e tecnologias avançadas é o dos mercados de economia colaborativa, no qual muitas vezes o intermediário deixa de ser remunerado de forma considerável em função do incremento tecnológico. As regras do jogo (as instituições), entretanto, podem encarecer a prestação do serviço se houver incremento de burocracia.

⁵⁰² “Both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights)”. NORTH, Douglass (1920-2015). *Institutions*. In: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, nº 1, 1991, p. 97.

⁵⁰³ “Institutions (as I use the term) are the laws, informal rules, and conventions that give a durable structure to social interactions among the members of a population” (BOWLES, Samuel. *Microeconomics: behavior, institutions, and evolution*. New York: Russel Sage Foundation, 2004, p. 47).

⁵⁰⁴ NORTH, Douglass (1920-2015). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 3.

⁵⁰⁵ NORTH, Douglass (1920-2015). *Institutions*. In: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, nº 1, 1991, p. 97.

⁵⁰⁶ “Os países apresentam diferenças em termos de êxito econômico em virtude de instituições distintas, das regras que regem o funcionamento da economia e dos incentivos que motivam a população” ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza* (2012). Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, livro eletrônico, p. 98. Recentemente, o papel das instituições tem sido reforçado como fator de prosperidade para as nações. Esta é a tese central de Daron Acemoglu e James Robinson no seu “*Why Nations Fail*”. “Os países apresentam diferenças em termos de êxito econômico em virtude de instituições distintas, das regras que regem o funcionamento da economia e dos incentivos que motivam a população” (ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza* (2012). Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, livro eletrônico, p. 98). Essa análise é feita a partir do conceito de instituições (políticas e econômicas) inclusivas e extrativistas: “Instituições econômicas inclusivas são sustentadas por suas contrapartes políticas (isto é, aquelas que promovem a ampla distribuição do poder político de maneira pluralista e conseguem alcançar algum grau de centralização política, de modo a estabelecer a lei e a ordem, que são os fundamentos de direitos de propriedade seguros e de uma economia de mercado inclusiva), ao mesmo tempo em que lhes dão sustentação. Analogamente, as instituições econômicas extrativistas são sinergicamente ligadas às suas equivalentes políticas, que concentram poder nas mãos de uns poucos – os quais são incentivados, assim, a manter e desenvolver instituições econômicas extrativistas em benefícios próprio, usando recursos obtidos para consolidar seu controle do poder político”. (p. 514).

incentive structure of an economy”⁵⁰⁷. O papel central das instituições para a economia é o de *reduzir incertezas pelo estabelecimento de uma estrutural estável* (não necessariamente eficiente⁵⁰⁸) de interação humana⁵⁰⁹. As instituições têm a função de determinar as possibilidades e formas em que podem acontecer tanto a cooperação quanto o conflito⁵¹⁰.

No âmbito das instituições, os comportamentos esperados podem ser obtidos através de mecanismos centralizados de coerção (normas jurídicas), sanções sociais (normas informais) e confiança mútua (convenções sociais). Arranjos institucionais⁵¹¹ determinam quem se relaciona com quem, para desenvolver quais tarefas, mediante quais cursos de ação e em função de quais consequências⁵¹². Uma parte essencial do funcionamento das instituições está na definição e averiguação das violações aos comportamentos esperados e efetivação desses comportamentos mediante punições⁵¹³.

Costuma-se dizer que as instituições podem ser vistas a partir de três ópticas: regulativa, normativa e cognitiva⁵¹⁴. A óptica regulativa (normalmente ligada à

⁵⁰⁷ NORTH, Douglass (1920-2015). Institutions. In: Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, nº 1, 1991, p. 97.

⁵⁰⁸ North enfatiza esse aspecto como resultado de sua postura realista: “Institutions are not necessarily or even usually created to be socially efficient; rather they, or at least; the formal rules, are created to serve the interests of those with the bargaining power to devise new rules” (NORTH, Douglass (1920-2015). Institutions, institutional change and economic performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 16). Essa afirmação é facilmente comprovada na realidade processual civil quando se busca compreender os motivos que levam à insuficiente regulamentação dos processos coletivos, por exemplo. Sobre o tema, ver os trabalhos em torno da teoria da escolha pública (*Public choice theory*). Por todos, BUCHANAN, James (1919-2013). Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications (1979). In: BUCHANAN, James (1919-2013); TOLLISON, Robert (ed.). The Theory of Public Choice - II. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1984, pp. 11-22.

⁵⁰⁹ NORTH, Douglass (1920-2015). Institutions, institutional change and economic performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 6.

⁵¹⁰ FIANI, Ronaldo. Cooperação e Conflito: Instituições e Desenvolvimento Econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 10

⁵¹¹ “Os arranjos institucionais definem, por conseguinte, a forma particular como um sistema econômico coordena um conjunto específico de atividades econômicas” (FIANI, Ronaldo. Cooperação e Conflito: Instituições e Desenvolvimento Econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 4).

⁵¹² BOWLES, Samuel. Microeconomics: behavior, institutions, and evolution. New York: Russel Sage Foundation, 2004, pp. 47-48.

⁵¹³ NORTH, Douglass (1920-2015). Institutions, institutional change and economic performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 4.

⁵¹⁴ SCOTT, Richard. Institutions and Organizations. Thousand Oaks: Sage, 1995, p. 33. Em sentido análogo, identificando três formas de conceber-se as instituições: “With respect to the definition of institutions, the emerging compromise has three main dimensions. Firstly, if institutions are understood as

economia) concebe as instituições como fator de limitação e regularização de comportamentos, formal ou informalmente, influenciando condutas. A óptica normativa (normalmente ligada à sociologia e ao direito) concebe as instituições como conjunto de normas com dimensão prescritiva, valorativa e obrigatória na vida social, que definem objetivos e fins. A óptica cognitiva (normalmente ligada à antropologia e à sociologia) concebe as instituições como conjunto de regras que constitui a natureza das coisas e as molduras de construção de significados⁵¹⁵. É nas primeiras duas ópticas que ocorre a intersecção do conceito econômico de instituições (da nova economia institucional de Coase, Williamson e North) com o conceito jurídico (do neoinstitucionalismo de Maccormick e Weinberger). Para o presente trabalho, interessa analisar as instituições no nível do ambiente institucional⁵¹⁶, justamente porque permite focalizar no papel de coordenação dos comportamentos de sujeitos das “regras do jogo” (o arranjo institucional).

Deve-se separar a análise das instituições das estratégias desempenhadas pelos sujeitos que delas participam. Ambos são complementares: de um lado, o arranjo, de outro, os comportamentos. A perspectiva da nova economia institucional permite uma abordagem abrangente do fenómeno econômico. As instituições são criação de indivíduos e pensadas para indivíduos, e as limitações impostas pelas instituições repercutem nas escolhas desses indivíduos. O passo principal da perspectiva

‘rules of the game providing stability and meaning’, the associated conception of the nature of those rules is multidimensional. Rules can be formal or informal, external structures or cognitive and cultural frames and the combination will vary through time and space. Secondly, there is an increasingly widespread conception that there is no institution without some degree of appropriation, rooting, and stabilization. Institutions, ultimately, are the sum of rules of the game and of the ways in which those rules are concretely played out. Thirdly, institutions are increasingly understood as reflecting the historical aggregation of multiple human actions and at the same time, as framing, at any single point in time, an external constraint to individual agency. Institutions are the products of human action. But they are complex products built through time and aggregate processes with partly unanticipated developments” (DJELIC, Marie-Laure. Institutional Perspectives - working towards coherence or irreconcilable diversity? In: MORGAN, Glenn, CAMPBELL, John; CROUCH, Colin; PEDERSEN, Ove Kaj; WHITLEY, Richard (ed.). The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis. New York: Oxford University Press, 2010, p. 34).

⁵¹⁵ SCOTT, Richard. Institutions and Organizations. Thousand Oaks: Sage, 1995, pp. 33-45.

⁵¹⁶ É possível vislumbrar dois níveis de análises das instituições: o primeiro, ligado ao ambiente institucional, o segundo, ligado aos diferentes arranjos das organizações e do mercado “The New Institutional Economics works predominantly at two levels: the institutional environment, which includes both the formal (laws, polity, judiciary) and informal (customs, mores, norms) rules of the game, and the institutions of governance (markets, firms, bureaus) or play of the game” (WILLIAMSON, Oliver. Contract and Economic Organization. In: Revue d'économie industrielle, vol. 92, 2000, p. 55).

institucional adotada é permitir a integração das escolhas individuais às limitações institucionais⁵¹⁷. Isso no direito é bastante importante e pode ser aproveitado em inúmeras áreas⁵¹⁸. Essa integração é perfeitamente adaptável à realidade do processo, na medida em que o seu aspecto objetivo (primeira parte do presente trabalho) repercute diretamente no seu aspecto subjetivo (segunda parte do presente trabalho).

3. Variáveis processuais

A forma como a organização das regras do jogo – a instituição – é estruturada repercute diretamente no comportamento daqueles que participam desse jogo. Na delimitação da instituição processual e, portanto, do conjunto dos incentivos fornecidos pelas normas processuais, algumas variáveis podem ter influência determinante para que certos comportamentos processuais convirjam ou não com o que se espera como resultado do processo judicial. Essas variáveis determinam, assim, a estrutura principal dos incentivos da instituição processual. Duas delas merecem maior atenção, haja vista que têm um impacto considerável na forma como o processo se desenvolve: o fator temporal e o fator financeiro. Outras formas de incentivar comportamentos serão analisadas quando das propostas de arquitetura institucional do próximo capítulo.

3.1. O fator temporal

*“Our Law says well, to delay Justice is Injustice. Not to have a Right, and not to come at it, differs little”*⁵¹⁹ (William Penn, 1682)

⁵¹⁷ NORTH, Douglass (1920-2015). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 5.

⁵¹⁸ No Brasil, consultar a coletânea ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005, toda ela voltada à aplicação das bases da nova economia institucional à área jurídica.

⁵¹⁹ PENN, William (1644-1718). *Some fruits of solitude* (1682). London: Headley Brothers, 1905, p. 86.

“Em todo processo, ocorre quase sempre que, diante da parte que tem pressa, exista aquela que quer andar devagar”⁵²⁰. (Piero Calamandrei, 1950)

O processo judicial carrega inexoravelmente o peso do tempo⁵²¹. Esse é um de seus elementos inafastáveis. O caráter dinâmico do processo tem relação direta com o aspecto lógico, mas também *cronológico* do procedimento⁵²². O tempo tem caráter especialíssimo entre as variáveis que compõem o formalismo processual⁵²³. A estrutura do processo coloca-se sempre entre a celeridade e o aprofundamento do debate (seja pela recursividade, seja pela dimensão vertical da cognição⁵²⁴). É inevitável que, para a tomada de decisão baseada em uma apuração dos fatos o mais próximo possível da verdade e para o amadurecimento do debate em torno da adequada interpretação do direito, elementos de uma decisão justa⁵²⁵, deverá haver o transcurso de um determinado espaço de tempo. Nesse caso, é possível conceber o tempo como um fardo necessário que deverá ser suportado por algum dos sujeitos para que se atinjam os resultados esperados em um processo judicial⁵²⁶.

Dois são os problemas que derivam dessa constatação. O primeiro deles está em se delimitar quem deverá suportar esse fardo sem poder fruir do bem da vida em

⁵²⁰ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 35.

⁵²¹ Não é proposta do presente trabalho debater as noções filosóficas e físicas do conceito de “tempo”. Para uma compreensão a partir de duas perspectivas distintas, ver ELIAS, Norbert (1897-1990). Sobre el tiempo (1984). Trad. Guillermo Hirata. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1989 (em perspectiva sociológica-filosófica) e HAWKING, Stephen. Uma breve história do tempo (1988). Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015 (na perspectiva da física - e em alguma medida da filosofia).

⁵²² PICARDI, Nicola (1934-2016). La successione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 63-78.

⁵²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157.

⁵²⁴ Sobre o tema, ver WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: RT, 1987, pp. 83-84

⁵²⁵ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 224-225.

⁵²⁶ O tempo é, portanto, um ônus, que suportado por aquele que precisa do processo para fazer valer sua posição jurídica e transformar o *status quo*. Registre-se que a técnica antecipatória é uma ferramenta justamente para equalizar esse peso, ao distribuí-lo para o sujeito cuja tese tem menor probabilidade no processo. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença (1997). 4ª Ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 21-22. Para um tratamento adequado do tema, ver MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2013, pp. 50-53.

discussão: autor ou réu. Esse tema é resolvido com as técnicas utilizadas de inversão do ônus do tempo ligadas à antecipação de tutela. Para que a demora do processo não beneficie a parte que frui do bem da vida e não tem razão, faz-se necessária a implementação de técnicas que distribuam a fruição do bem à parte que, ao longo do processo, demonstra ter maior probabilidade do direito⁵²⁷. O segundo deles está em se delimitar o que é o tempo necessário para que o processo se desenvolva e o que é o tempo supérfluo. Nesse tema, é necessário fazer a distinção entre o tempo *fisiológico* e o tempo *patológico* do processo. O primeiro é ordinário e inerente a qualquer processo; o segundo é extraordinário e dispensável em qualquer processo⁵²⁸.

3.1.1. Tempo fisiológico do processo e sua repercussão na mecânica de incentivos

Não há dúvida de que para efetivar direitos pela via jurisdicional é preciso tempo. O tempo é um custo que deve ser incorporado pelo sujeito que busca a via jurisdicional para a satisfação de um direito. Deve-se diferenciar, portanto, o *perigo* que decorre do simples estado de pendência, caracterizado por parcela da doutrina como “dano marginal”⁵²⁹, do *custo* (pode-se usar aqui a palavra *dano*, desde que com a

⁵²⁷ “A finalidade da tutela sumária está em distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo de acordo com as necessidades e particularidades do direito material afirmado em juízo, *fazendo prevalecer o direito provável em detrimento do improvável*. O que interessa para a técnica antecipatória, portanto, é a promoção do equilíbrio das partes de acordo com a respectiva posição processual diante do direito material – o que pode inclusive determinar a alteração da situação inicial das partes no processo” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2013, p. 53).

⁵²⁸ É de Andrea Proto Pisani a utilização das expressões “*lentezza patologica*” e “*durata fisiologica*”, exprimindo as diferentes facetas que o tempo pode revestir-se, no âmbito do processo. PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*. In: *Rivista di Diritto Civile*, I, 1987, pp. 111-113: “Un processo di tale specie, in quanto diretto ad assicurare in modo completo la garanzia del contraddittorio, è sempre necessariamente uno strumento particolarmente sofisticato che - anche se disciplinato da forme accelerate quali ad. es. quelle del rito speciale del lavoro - ha una sua *durata fisiologica*, nel tempo. (...). Quanto agli ostacoli derivanti dalla *lentezza patologica* dei processi a cognizione piena, a livello giuridico de iure conditio vi è ben poco da dire: essi saranno neutralizzabili tramite i rimedi indicati supra sub C solo nei limiti in cui ne ricorrano i presupposti”.

⁵²⁹ Nesse sentido inicialmente Finzi (“Mi pare definibile il periculum in mora come quel danno marginale, che non vi sarebbe se non nella ipotesi di ritardo nella esecuzione” FINZI, Enrico (1884-1974). *Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 3, II, 1926, p. 50.), depois Calamandrei (“Il periculum in mora che sta a base delle misure cautelari non è dunque il generico pericolo di danno giuridico, al quale si può in certi casi ovviare colla tutela ordinaria; ma è specificamente il pericolo di quell'ulteriore danno marginale, che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo; è la impossibilità pratica di accelerare la emanazione del provvedimento definitivo, che fa sorgere l'interesse alla

advertência de não se trata de um *dano* decorrente de *ilícito*) diretamente experimentado pelo sujeito que depende do processo para fazer valer um direito pela sua tão só pendência. O tempo, nesse caso, não somente funcionando como fator de corrosão de direitos⁵³⁰, mas também como fator de incremento de custos para proteção dos direitos. Nesse sentido, é preciso atentar para aquilo que Italo Andolina chama de duas espécies do dano marginal: em sentido amplo, a possibilidade de que pela pendência do processo alguma causa possa vir a ocasionar um dano; em sentido estrito (ou de indução processual) o dano que é consequência da tão só pendência e da não-realização do direito⁵³¹.

Na abordagem institucionalista que ora se leva a efeito, o tempo (mesmo o fisiológico) é um fator de incremento dos custos de transação⁵³² para a proteção de direitos⁵³³. Trata-se de um custo que marginalmente cresce à medida que o processo se

emanazione di una misura provvisoria; è la mora di questo provvedimento definitivo, considerata in se stessa come possibile causa di ulteriore danno, che si provvede a rendere preventivamente inoqua con una misura cautelare, che anticipi provvisoriamente gli effetti del provvedimento definitivo” CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam, 1936, p. 18) e, em alguma medida, Proto Pisani, ao tratar do tema no condicional (“Danno che può consistere (...) nel solo permanere del diritto in stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario ad ottenere una sentenza esecutiva nel corso del processo a cognizione piena, è il cosiddetto periculum in mora o (...) il danno marginale che la durata del processo causa o concorre a causare” (PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile. In: Rivista di Diritto Civile, I, 1987, p. 111).

⁵³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova Era do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54. Do ponto de vista econômico, o prolongamento do reconhecimento do direito acaba corroendo o valor do direito discutido. Como bem observa Ivo Gico Jr.: “A incorporação do elemento tempo na condição de litigância ilustra de forma simples como a morosidade judicial reduz a utilidade social do Judiciário. Todo e qualquer grupo que tenha como interesse a expansão de direitos e sua efetividade deve ter na morosidade judicial um de seus piores inimigos. Não importa se nominalmente um determinado grupo é titular ou não de um direito, se o Judiciário for excessivamente moroso (*t* for muito grande), o valor presente desse direito tende a zero, ou seja, semelhante à situação de o mesmo grupo não ser titular do direito. Quanto mais demorado para se obter a prestação jurisdicional, menor o valor do direito. No limite, um Judiciário arbitrariamente lento destrói o próprio direito pleiteado” (GICO JR., Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Economia, 2012, pp. 119-120).

⁵³¹ ANDOLINA, Italo. 'Cognizione' ed 'esecuzione forzata' nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983, pp. 17-21.

⁵³² Essa é a posição de SILVA, João Paulo Hecker da. Tutela de urgência e tutela da evidência nos processos societários. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 58.

⁵³³ Nesse caso, trata-se de custos de transação *ex post*, na definição de Williamson: “*Ex post* costs of contracting take several forms. These include (1) the maladaptation costs incurred when transactions drift out of alignment in relation to what Masahiko Aoki refers to as the “shifting contract curve” (1983) (2) the haggling costs incurred if bilateral efforts are made to correct *ex post* misalignments, (3) the setup and running costs associated with the governance structures (often not the courts) to which disputes are referred, and (4) the bonding costs of effecting secure commitments” (WILLIAMSON, Oliver. The

desenvolve (e daí a proximidade dessa concepção à expressão dano marginal, clássica da literatura processual). Esses custos de transação acabam sendo suportados por quem precisa do processo para fazer valer sua posição⁵³⁴. A estratégia institucional adequada é conseguir imputar a responsabilização por esses custos de transação àquele que ao final estiver na posição de sucumbente. Essa imputação somente pode ser concebida na forma da precificação dos custos de transação quando do término do processo (ou pelo incremento de custos intermédios de manutenção da recursividade).

O sistema processual de incentivos, entretanto, pode buscar a redução do tempo fisiológico do processo demovendo a parte de manter o litígio ativo. Nesse caso, os incentivos devem estar delineados de modo a (financeiramente ou não) induzir o litigante a não manter a discussão, satisfazendo o direito reconhecido ou abdicando da discussão perdida. Em termos de estímulos financeiros, estratégias podem indiretamente contribuir para atacar o custo do tempo, entendido como custo de transação. O processo civil brasileiro utiliza de mecanismo dissuatório da recursividade: a chamada sucumbência recursal⁵³⁵. Nessa medida, além da utilidade prática de remunerar o trabalho do procurador que teve de seguir trabalhando, o incremento da verba honorária dissuade a manutenção da litigiosidade pelo incremento do custo, atuando como uma compensação (ainda que direcionada ao agente e não ao principal) pelo custo de transação marginalmente incrementado. Na mesma medida, situações envolvendo remuneração pelos juros de mora retroagindo a momento anterior ao reconhecimento da obrigação principal (nesse caso, direcionando a remuneração ao principal).

Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting (1985). Beijing: China Social Sciences Publishing House, 1999, p. 21).

⁵³⁴ É possível conceber o tempo com um fator de incremento dos custos de oportunidade (“The concept of opportunity cost (or alternative cost) expresses the basic relationship between scarcity and choice. (...). Choice implies rejected as well as selected alternatives. Opportunity cost is the evaluation placed on the most highly valued of the rejected alternatives or opportunities. It is that value that is given up or sacrificed in order to secure the higher value that selection of the chosen object embodies. (BUCHANAN, James. Opportunity Cost. In: EATWELL, J.; MILGATE, M.; NEWMAN, P. (ed.). The World of Economics. Palgrave Macmillan: London, 1991, p. 520), já que o transcurso do tempo e a manutenção da litigiosidade impedem o uso alternativo dos recursos pelo sujeito que dele necessita. Quanto maior o tempo do processo tendencialmente maiores as oportunidades que esses recursos, parados, acabaram não podendo viabilizar.

⁵³⁵ Nesse mesmo sentido, ver RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. In: Revista de informação legislativa, v. 50, n. 199, jul./set. 2013, pp. 35-54.

Uma criativa, embora dificilmente aplicável, proposta de internalização dos custos de transação é a instituição de uma espécie de direito de *copyright* ao litigante vencedor nos casos em que a sua vitória se der em processos cuja decisão proferida pelas cortes supremas permite a formação de precedente, a cada vez que o precedente for aplicado⁵³⁶. Essa medida compensaria a parte do custo de transação envolvido pelo tempo necessário à formação do precedente. De outra parte, estimularia a manutenção da litigiosidade na esperança da formação do precedente e na expectativa futura da remuneração por isso. Entretanto, é uma forma de socializar o custo da formação do precedente, internalizando-o no processo que vem a se beneficiar da existência do precedente (nessa medida, deixando de incorrer nos custos de transação inerentes ao tempo), remunerando aquele que, mesmo com a vitória nas instâncias ordinárias, teve de aguardar o desfecho do processo incorrendo nesse custo de transação.

É claro que a fruição do bem da vida pela parte mais provavelmente com razão (fundamento da técnica antecipatória) diminui os custos incorridos pela parte, assim como a utilização de circuitos procedimentais diferenciados ou rotas procedimentais simplificadas⁵³⁷ antecipa a resolução final (reduzindo, assim, o tempo fisiológico), mas no que tange aos custos inerentes ao tão só fato da pendência do litígio (e do risco de reforma da decisão enquanto não se consolida o trânsito em julgado), somente pode haver o seu enfrentamento pelo desestímulo ou pela precificação e imputação à contraparte.

Uma boa forma de compreender o problema do tempo no processo – que comprova que a tão só tramitação do processo é um custo de transação muitas vezes altíssimo a ser suportado pela parte interessada na obtenção da tutela do direito – é entendê-lo com um fator de barganha. Isso fica bastante claro quando se utiliza a

⁵³⁶ “Optimal use of court systems requires the internalization of all external effects, not only financial costs but also the external transaction benefits. An alternative remedy could be to grant a copyright to the parties, who have created a valuable precedent. The collection of use-of-precedent fees is a practical complication though” (VEREECK, Lode; MÜHL, Manuela. An Economic Theory of Court Delay. In: European Journal of Law and Economics, Vol. 10, n° 3, 2000, p. 263).

⁵³⁷ As expressões são de MENDES, Paulo. Flexibilização Processual e Segurança Jurídica. Obra no prelo. Parte III, Item 1, obra gentilmente cedida pelo autor.

interposição de recurso (ou, em última análise, a procrastinação do feito), mesmo que com baixíssima chance de sucesso, como fator de barganha para tratativas autocompositivas. Esse exemplo prático é dado por Calamandrei, explicando como o sistema de incentivos fornecido pela arquitetura institucional do processo efetivamente se aplica aos comportamentos das partes⁵³⁸. O exercício das situações processuais lícitas e o prolongamento da pendência do processo servem como barganha, jogando a parte com a variável tempo, para obtenção de um acordo, normalmente buscado pelo autor-credor que não deseja mais suportar os custos de transação da manutenção do litígio. Esse fator de barganha é maior ainda quando a parte não tem a possibilidade de efetivar a decisão pela existência de efeito suspensivo outorgado ao recurso. No sistema brasileiro, essa é a regra no recurso de apelação, muito embora estratégias como a concessão de tutela da evidência em sentença⁵³⁹ ou após a apresentação das contrarrazões, já pelo tribunal, ou ainda o fracionamento da decisão do mérito entre interloctória de julgamento definitivo parcial e sentença possam ser caminhos para se evitar essa situação. Esses caminhos operam justamente evitando que a parte tenha de suportar o fardo da ausência de executividade da sentença de mérito. O exercício dos espaços de autodeterminação (em especial aquele previsto pelo art. 190, CPC) também pode servir para o desenho de um procedimento que estipule um ambiente de barganha mais adequado para lidar com o problema do tempo.

Uma simples alteração na estruturação dos incentivos (o exemplo da possibilidade de cumprimento provisório desde a prolação da sentença é bastante elucidativo) inverte a estrutura da barganha. Se com o prolongamento indefinido do litígio é o credor que irá tendencialmente buscar um acordo (em valor menor do que o esperado) para reduzir seus custos de transação, havendo essa alteração os incentivos são invertidos. Os mecanismos típicos da execução pressionam o réu-devedor a procurar o autor-credor para um acordo antes de ver seu patrimônio servir ao adimplemento da

⁵³⁸ “È buona regola impugnare sempre, anche senza speranza, una sentenza sfavorevole, perché la pendenza del giudizio di impugnazione può sempre essere una carta nelle trattative di transazione” (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Il processo come giuoco*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 38).

⁵³⁹ Especialmente em se tratando de sentença proferida em sede de julgamento antecipado (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. São Paulo: RT, 2016, pp. 281-284.

dívida, com todos os custos (diretos e indiretos) que isso acarreta. Logo, nas inúmeras hipóteses de efetivação de decisões provisórias (seja pela tutela da evidência, seja pela tutela de urgência, seja pelo cumprimento de decisões definitivas pendentes de recurso), inverte-se a tendência de iniciativa para o acordo. Nesse caso, havendo a executividade imediata da sentença, a iniciativa do acordo advém tendencialmente do réu. Isso pode, inclusive, repercutir em situações finais de acordo em valores mais altos⁵⁴⁰.

3.1.2. Tempo patológico do processo e seu aspecto extrajurídico

Além do custo de transação inerente ao tempo que o processo deve se desenvolver, especialmente no respeito à dinâmica dos recursos, até o trânsito em julgado, o tempo pode exercer um papel destrutivo quando se trata do atraso institucionalizado na prestação jurisdicional. A lentidão patológica do processo pode ser derivada de dois fatores, em especial: de um lado, a proliferação de espaços de *tempo morto* no processo; de outro, a falta de controle e utilidade para a parte de medidas protelatórias. No primeiro caso, o enfrentamento dos tempos mortos do processo (em outras palavras, dos espaços de tempo em que o processo não está sendo objeto de trabalho de nenhum dos sujeitos processuais, seja transcurso de prazos, seja conclusão para decisões, seja tempo de elaboração de atos ordinatórios e de mero expediente) deve ser visto como medida de eficiência do “processo de produção” inerente à tramitação formal dos processos (especialmente no ambiente cartorial). Independentemente do tempo necessário para desempenho dos atos processuais pelos sujeitos, é inadmissível que o processo tenha tantos tempos parados em cartório⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Isso poderia ser explicado pela heurística da ancoragem. Ao se fixar a primeira proposta pelo devedor a tendência é de crescimento do valor; ao se fixar a primeira proposta pelo credor, a tendência é o decréscimo do valor. Sobre o tema, ver KAHNEMAN, Daniel. *Thinking: fast and slow* (2011). Reimp. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013, pp. 119-128.

⁵⁴¹ Exemplificativamente, em pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em parceria com Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2011, chegou-se à seguinte apuração do tempo médio dos processos de execução fiscal da união: “A partir da análise dos autos findos que compuseram a amostra utilizada para construir o PEFM [Processo de Execução Fiscal Médio], pode-se afirmar que, entre a elaboração da petição inicial pelo exequente e a autuação na Justiça, transcorrem 117 dias. Uma vez autuado, o executivo fiscal demanda 66 dias até a ocorrência de um despacho inicial. Após o despacho inicial, transcorrem em média 28 dias até que seja ordenada a citação, e mais 1.287 dias até que se encontre o executado ou extinga-se o processo, nos casos em que este não venha a ser encontrado. Logo, pode-se afirmar que o PEFM permanece durante 1.315 dias na etapa de citação” (Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal. Relatório de Pesquisa. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (org.). *Gestão e Jurisdição: o caso da execução fiscal da União*.

O grande vilão do tempo patológico do processo não é necessariamente o direito processual. Nem mesmo pode-se imputar a responsabilização pelo atraso na prestação jurisdicional à parte que, utilizando-se de posições processuais acaba por abusá-las, levando a uma protelação indevida do litígio. Para esse tipo de situação, o custo de transação envolvido pode ser muito bem internalizado, com a utilização adequada dos instrumentos punitivos ligados ao estatuto ético do processo e pode ser evitado mediante conformações processuais que invertam o peso do tempo do processo, com a satisfação do direito mesmo antes do trânsito em julgado. É claro que a utilização pouco efetiva dos instrumentos de prevenção e repressão ao agir ilícito das partes contribui para a indefinição do litígio, mas os instrumentos existem (estando a patologia devida à sua má ou parca utilização).

Entretanto, do ponto de vista das técnicas processuais relativas aos tempos mortos da justiça, as normas processuais pouco podem fazer. No âmbito macro, da justiça civil, deve-se dividir o problema em dois âmbitos. Em primeiro lugar, no que tange ao congestionamento e à impossibilidade prática de decisões em tempo hábil, deve-se atacar o problema especialmente pela via da promoção da unidade do direito mediante precedentes e enfrentamento da litigiosidade repetitiva pelos instrumentos disponíveis e pelo incremento das ações coletivas. Ainda que não seja esse o único fator de sobrecarga, trata-se de variável relevante para o congestionamento da justiça o fato de haver pouca vinculação vertical e de haver repetição de teses em uma série de processos que poderiam ser enfrentados uma única vez⁵⁴².

Brasília: IPEA, 2013, p. B22). Agregando-se a isso o tempo médio da etapa de penhora, das defesas e dos recursos, tem-se um tempo médio total de 2.989 dias (mais de oito anos). De outro lado, o tempo médio diretamente empregado de mão-de-obra para o desenrolar do processo é de menos de um dia (mais precisamente 10 horas e 46, conforme p. B23). Agregando-se o tempo de trabalho dos servidores públicos envolvidos (juiz e demais serventuários) aos prazos processuais, ter-se-ia um tempo ideal de tramitação do processo, certamente infinitamente menor que aquele verificado na prática, de mais de oito anos de tramitação média do expediente executivo fiscal. Esse tipo de pesquisa empírica, por mais que deva ser recebido com ressalvas, é muito útil para a compreensão dos problemas processuais efetivos.

⁵⁴² Cumpre ressaltar a adesão à tese de que o direito brasileiro, hoje, estrutura um sistema de precedentes vinculantes. Sobre o tema, ver, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios (2010). 4ª Ed. São Paulo: RT, 2016; MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação (2016). 3ª ed. São Paulo: RT, 2018, no prelo. A vinculação horizontal e vertical aos precedentes das cortes supremas e a concentração da decisão de questões de incidência repetitiva (aliás, dois fenômenos distintos) encontram seu fundamento e razão de ser na necessidade de promoção da igualdade de todos perante o direito e na liberdade compreendida como capacidade de autonomia (e, portanto, em última

De outro lado, o investimento em boas práticas organizativas para os cartórios e serventias é quiçá mais relevante para atacar o problema do tempo do que qualquer outra medida. O processo em ambiente eletrônico já constituiu ganho em termos de redução dos *tempos mortos*, mas há ainda muito a se fazer, especialmente em organização das jornadas de trabalho, especialização em questões de governança administrativa e, especialmente processo produtivo. A organização da justiça civil, assim, precisa melhorar os fluxos de trabalho cartorial para reduzir esses tempos mortos e isso passa pela utilização de ferramentas estranhas ao direito (e ao direito processual, em específico). Essa é uma das fronteiras que o processualista deverá transpassar para a obtenção de ganhos práticos para a justiça civil.

No âmbito das normas processuais, os pequenos espaços de adaptação possível e que podem ter efetividade no ataque aos tempos mortos dizem respeito à simplificação ou exclusão da necessidade dos atos cartoriais. Uma ferramenta bastante importante é o calendário processual (art. 191, CPC), que pode, inclusive, prever a desnecessidade de certas atividades desenvolvidas pelos serventuários de justiça, como as intimações, reduzindo o espaço de tempo entre os atos⁵⁴³.

Do ponto de vista econômico, o atraso da prestação jurisdicional em função dos seus problemas estruturais é um fator que repercute em ao menos seis esferas:

análise, na dignidade da pessoa). Ao contrário do que imputam Dierle Nunes e Aurélio Viana (NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 233), a adesão a essa tese não se justifica como uma *estratégia estatal* de redução da litigiosidade, mas, muito pelo contrário, encontra sua justificativa na exigência de *proteção dos indivíduos diante do exercício arbitrário do poder*. No entanto, o fato de o fundamento da adoção de precedentes vinculantes ser baseado na pessoa não significa que a adoção não gere *efeitos sistêmicos positivos*. Daí porque é plenamente possível vislumbrar a redução da litigiosidade que decorre tanto da percepção e aplicação de precedentes no direito brasileiro quanto da adoção de técnicas de concentração de decisão em questões de natureza repetitiva como uma das inúmeras *externalidades positivas* decorrentes da adoção de técnicas de vinculação, mas jamais o seu “fundamento” ou a sua “razão de ser” (caso em que, aí sim, estaríamos diante de uma preponderância do estado em detrimento do indivíduo). Registre-se, um dos inúmeros *efeitos positivos* dessas técnicas é a redução da sobrecarga de trabalho. Sobre o tema, ver MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação (2016). 3ª Ed. São Paulo: RT, 2018, nota 7 da parte II, no prelo.

⁵⁴³ Essa característica é bem apreendida por COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização Processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios Processuais. Coleção Grandes temas do novo CPC (2015). Vol. 1. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 514-517.

custos do atraso para o autor, custos do atraso para o réu, análise do custo privado total do atraso, análise dos custos externos do atraso, análise da influência do atraso na atuação de sujeitos alheios à controvérsia específica e custos sociais do atraso⁵⁴⁴. O tempo, como se vê, repercute em uma série de custos agregados ao custo financeiro natural do processo judicial. Ele serve como fator de estímulo à manutenção da litigiosidade sempre que os benefícios com a protelação do litígio suportados pela parte interessada sejam menores do que os custos financeiros agregados aos custos de transação ligados ao litígio (que incluem os custos acessórios como honorários do próprio representante, por exemplo).

Em suma, o tempo é uma variável que influi diretamente na mecânica dos incentivos para os comportamentos processuais. Nessa medida, o desenho institucional processual deve estipular incentivos para que o decurso do tempo (seja no seu aspecto fisiológico, seja no seu aspecto patológico) não signifique um benefício ou custo demasiado à parte que precisa do processo para fazer valer o seu direito.

3.2. O fator financeiro

O grande protagonista dos estudos de análise econômica do direito processual é o fator financeiro. Especialmente na tradição estadunidense, é comum a comparação entre a regra inglesa (perdedor paga) e a regra americana (cada parte paga seus custos), inclusive mediante aplicação de modelos econômicos, buscando compreender qual a formatação mais eficiente em matéria de incentivos⁵⁴⁵. Em última

⁵⁴⁴ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 123.

⁵⁴⁵ Exemplificativamente, MARCHESE, Daniela. *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 2003, pp. 91-106; PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 85-126; POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law* (1972). 3ª Ed. Boston: Little Brown, 1986, pp. 534-542; BONE, Robert. *Civil Procedure. Economics of civil procedure*. New York: Foundation Press, 2003, pp. 158-186. Para esse último, ao menos quatro grupos de incentivos são alterados com a mudança de uma regra: incentivos à propositura da demanda, incentivos ao acordo, incentivos ao investimento em demandas judiciais e incentivos ao respeito ao direito material. Sobre o tema: “The institution of offers to compromise creates a subsidy for generous offers and a tax on high demands, thereby increasing the frequency of settlement. If each party bears his own legal fees (American rule), then trial is less risky than it would be if the loser paid the legal fees of both parties. If the expectations of litigants are rational, rather than optimistic, then more trials will occur when trials are less risky (American rule). If the expectations of litigants are optimistic, then more trials will occur when the loser has to pay the winner's legal fees (British rule), provided that litigants are

análise, ao menos na tradição pragmática estadunidense, é consenso a compreensão de que indivíduos reagem a incentivos e de que a natureza pecuniária de certos incentivos outorga grande poder indutor a estruturas relativas a custos financeiros. Ainda que no Brasil o tema dos custos não seja enfrentado como uma variável institucional e comportamental, mas apenas como um *obstáculo* à efetivação dos direitos, não há dúvida que a variável custo financeiro do processo judicial tem papel central na conformação dos comportamentos dos sujeitos, seja em perspectiva específica, seja em perspectiva geral. É possível discernir duas grandes linhas de repercussão da estruturação do regime de custos do processo: incentivos à litigância aventureira e incentivos à manutenção ou encerramento do litígio.

3.2.1. Litigância aventureira

O primeiro tema está ligado ao custo da assunção de risco. Ao utilizar o termo litigância aventureira (ou frívola), estamos tratando dos casos em que, do ponto de vista subjetivo, há a consciência de que a tese fático-jurídica exposta não encontra suporte razoável, mas a aposta em litigar decorre de uma expectativa de atuação incompetente da parte contrária ou de erro judicial. Do ponto de vista econômico, essa será uma estratégia eficiente para a parte sempre que a probabilidade de uma decisão favorável multiplicada pelo ganho possível for superior à totalidade dos custos incorridos para o litígio. Em sistemas nos quais o custo de propositura é zero ou próximo disso (quando anulados os custos diretos e o custo acessório mais relevante, que é a contratação de advogado, remanescendo apenas custos ligados ao comparecimento – temporais e materiais), tendo valor maior do que desprezível a chance de erro judicial e de equívocos na estratégia defensiva, haverá incentivo à litigância aventureira. É o exemplo dos juizados especiais cíveis em primeira instância, nos quais não é necessário custear a atividade judicial e não é obrigatória a presença de advogado.

not too risk averse” (COOTER, Robert; MARKS, Stephen; MNOOKIN, Robert. Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior. In: Journal of Legal Studies, vol. 11, 1982, p. 247) .

Considerando que a contraparte inevitavelmente incorrerá em algum custo para sua defesa (especialmente considerando o fato de que a presença é requerida em ao menos duas solenidades, para que se evite as consequências potenciais da revelia), um possível modelo de equilíbrio seria o acordo em qualquer valor entre o custo total incorrido pelo autor e o custo total de mobilização da defesa pela contraparte. Nesse caso, sendo C_a (custo do autor) e C_r (custo do réu), será eficiente a propositura de ações aventureiras sempre que $C_a < C_r$ com incentivos para o acordo em valores entre C_a e C_r . De outro lado, haverá incentivos à não-propositura da demanda frívola sempre que $C_a > C_r$. Ocorre que a pequena probabilidade de erro judicial (ou erro na defesa técnica) altera as variáveis indicando que o custo para o réu aumenta proporcionalmente ao percentual de chance de erro. Nesse caso, haverá incentivos a que não se proponha a demanda somente nos casos em que $C_a > [C_r + (P \times V_a)]$, sendo P a probabilidade de erro judicial ou erro técnico e V_a o valor do bem da vida postulado pelo autor. Nesse modelo básico, o processo civil pode atuar para (a) aumentar C_a ; (b) reduzir C_r ; (c) reduzir ao máximo P .

Em um ambiente de custo formal zero, é inviável evitar litigância frívola salvo mediante sancionamentos⁵⁴⁶. Como bem observam Dondi e Hazard, a imposição de custos é uma racionalização do acesso à justiça⁵⁴⁷. Porém, a incorporação de custos formais é um obstáculo ao acesso de demandas não-frívolas tituladas por indivíduos sem capacidade financeira. Para além da atuação no tema dos custos materiais, pode-se incrementar a variável C_a mediante incorporação de custos psicológicos ou reputacionais, ou criando juízos de viabilidade prévios ao chamamento do réu (e, portanto, prévios à internalização pelo réu dos seus custos (C_r)). É justamente em razão dessas situações que os incentivos postos pelo novo CPC atuam de modo a reduzir a

⁵⁴⁶ Para uma análise econômica, com apresentação de modelos em torno de tema, ver POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel. Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis. In: Georgetown Law Review, vol. 82, 1993, pp. 397-435.

⁵⁴⁷ “The fact that administered justice imposes costs, both financial and psychological, is a ‘rationing’ device that restrains the demand for ‘access to justice’” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. Legal Ethics: a comparative study. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 270).

litigiosidade aventureira, em especial na moralização da gratuidade de justiça operada pelas novas modalidades de benefícios proporcionais, parcelamentos, entre outros⁵⁴⁸.

3.2.2. Custos de manutenção do litígio

É comum que, em certo ponto do litígio, o litigante passe a se perguntar se de fato vale a pena seguir litigando para buscar a vitória ou evitar a derrota ou, ao contrário, aceitar um acordo por valor diferente do que tem expectativa de que seja fixado ao final (ou contentando-se com parcela do bem da vida buscado). O processo, portanto, além de ter que lidar com a conformação dos custos como um conjunto de incentivos institucionais para a tomada de decisão entre litigar ou não, também deve lidar com os incentivos para a manutenção ou não da litigância.

Esse problema fica bastante claro quando há disparidade no poder financeiro das partes e isso funciona como mecanismo de desequilíbrio do contraditório. Em primeiro lugar, é preciso compreender que o conceito de custo marginal, aplicado aos investimentos (e os custos processuais são, em alguma medida, investimentos com vista a um retorno futuro), repercute do ponto de vista dos diferentes sujeitos de maneira diversa. Como os agentes pensam na margem, a contratação de um assistente técnico, por exemplo, pode significar para uma parte um incremento de custo marginalmente baixo ou marginalmente alto. Nessa medida, o prosseguimento da litigância pode ter um peso menor para um sujeito que para outro. As previsões de desconto proporcional previstas no sistema de gratuidade de justiça do novo CPC podem contornar, se bem utilizadas, essa desproporção da percepção de valor e, portanto, equilibrar os riscos na litigância entre as partes.

No que tange à possibilidade de refrear a manutenção da litigância pela utilização de estratégias autocompositivas, o engajamento nessas condutas pode envolver uma gama de incentivos interessantes. Isso pode se dar mediante aplicação

⁵⁴⁸ Sobre o tema, remetemos ao nosso ABREU, Rafael Sirangelo de. O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC (2015). In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). Novo CPC doutrina selecionada. v. 1. Parte geral. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

daquilo que a economia comportamental chama de *betting strategies*⁵⁴⁹. Uma aplicação possível ao tema é para a estruturação de regras relativas à vinculação dos possíveis transatores às propostas feitas pela contraparte, em sistemas como o da *Rule 36* das *Civil Procedure Rules* inglesas⁵⁵⁰ ou da *Rule 68* das *Federal Rules of Civil Procedure* estadunidense⁵⁵¹.

Em síntese, esse tipo de formatação consiste em procedimento de autocomposição mediante o qual a proposta formal feita por uma das partes funciona como critério para medir a sucumbência diante de eventual recusa da parte em acordar e necessidade de decisão pelo juiz⁵⁵². Nessa medida, se a parte recusa a proposta de

⁵⁴⁹ Sobre o tema, THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 45-47.

⁵⁵⁰ “Costs consequences following judgment. 36.17 (1) Subject to rule 36.21, this rule applies where upon judgment being entered—(a) a claimant fails to obtain a judgment more advantageous than a defendant’s Part 36 offer; or (b) judgment against the defendant is at least as advantageous to the claimant as the proposals contained in a claimant’s Part 36 offer. (2) For the purposes of paragraph (1), in relation to any money claim or money element of a claim, “more advantageous” means better in money terms by any amount, however small, and “at least as advantageous” shall be construed accordingly. (3) Subject to paragraphs (7) and (8), where paragraph (1)(a) applies, the court must, unless it considers it unjust to do so, order that the defendant is entitled to (a) costs (including any recoverable pre-action costs) from the date on which the relevant period expired; and (b) interest on those costs. (4) Subject to paragraph (7), where paragraph (1)(b) applies, the court must, unless it considers it unjust to do so, order that the claimant is entitled to (a) interest on the whole or part of any sum of money (excluding interest) awarded, at a rate not exceeding 10% above base rate for some or all of the period starting with the date on which the relevant period expired; (b) costs (including any recoverable pre-action costs) on the indemnity basis from the date on which the relevant period expired; (c) interest on those costs at a rate not exceeding 10% above base rate; and (d) provided that the case has been decided and there has not been a previous order under this sub-paragraph, an additional amount, which shall not exceed £75,000, calculated by applying the prescribed percentage set out below to an amount which is (i) the sum awarded to the claimant by the court; or (ii) where there is no monetary award, the sum awarded to the claimant by the court in respect of costs”.

⁵⁵¹ “Rule 68 – Offer of Judgment. (a) Making an Offer; Judgment on an Accepted Offer. At least 14 days before the date set for trial, a party defending against a claim may serve on an opposing party an offer to allow judgment on specified terms, with the costs then accrued. If, within 14 days after being served, the opposing party serves written notice accepting the offer, either party may then file the offer and notice of acceptance, plus proof of service. The clerk must then enter judgment. (b) Unaccepted Offer. An unaccepted offer is considered withdrawn, but it does not preclude a later offer. Evidence of an unaccepted offer is not admissible except in a proceeding to determine costs. (c) Offer After Liability is Determined. When one party’s liability to another has been determined but the extent of liability remains to be determined by further proceedings, the party held liable may make an offer of judgment. It must be served within a reasonable time—but at least 14 days—before the date set for a hearing to determine the extent of liability. (d) Paying Costs After an Unaccepted Offer. If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made”.

⁵⁵² “Part 36 provides a mechanism for a party, the offeror, to make an offer or payment to settle a dispute which, if rejected by the opponent, the offeree, and the case proceeds to trial, can be used as an indicator as to whether those proceedings were a waste of time and money” (LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure* (2001). 2^a Ed. London: Cavendish, 2004, p. 379). Sobre o tema, ver ainda

acordo, ela está submetida ao pagamento à contraparte dos custos processuais, mesmo que saia vencedora, na medida em que a vitória seja menor do que a proposta de acordo rejeitada⁵⁵³. A responsabilidade pelos custos pode ser total ou parcial, ou envolver inclusive multa, a depender do caso. Nas regras inglesas, especificamente, é possível que uma das partes faça ofertas distintas daquela prevista na regra 36 e, portanto, com nuances distintas daquelas fixadas pela regra. Nesse caso, diz-se que se trata de uma *Calderbank Offer*⁵⁵⁴.

A formatação do regime de custos, obviamente, tem inúmeras nuances, que envolvem variáveis como o custeio dos profissionais que assessoram a parte, judicialmente ou não, a remuneração dos auxiliares da justiça, os custos ligados ao serviço de justiça, bem como as multas e as indenizações ligadas à responsabilidade por dano processual. Os incentivos mais óbvios, entretanto, estão ligados à fixação dos honorários de sucumbência e, especialmente, dos fatores de correção e mora nos casos de benefício materialmente aferível. O legislador, ao estruturar os desenhos institucionais, pode investir em conformações mais ou menos voltadas à autocomposição (criando descontos materiais para o encerramento prematuro da controvérsia, por exemplo) ou à decisão. A delimitação dos incentivos financeiros, assim, pode funcionar como uma boa métrica para a compreensão de quais são os objetivos e as prioridades da justiça civil no enfrentamento da litigiosidade.

4. Estruturação de desenhos institucionais

WARD, Daniel L. New Carrots and Sticks: Proposals for Reform of CPR Part 36. In: *The Modern Law Review*, nº 70, pp. 278–293.

⁵⁵³ Sobre o tema, ver BEBCHUK, Lucian Arye; CHANG, Howard F. The Effect of Offer- of- Settlement Rules on the Terms of Settlement. In: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 28, nº 2, 1999, pp. 489-513; WARD, Daniel L. New Carrots and Sticks: Proposals for Reform of CPR Part 36. In: *The Modern Law Review*, nº 70, 2007, pp. 278–293 e BONE, Robert. To Encourage Settlement: Rule 68, Offers of Judgment, and the History of the Federal Rules of Civil Procedure. In: *Northwestern University Law Review*, Vol. 102, 2008. Há quem defenda que um tipo de regra como esse é contraproducente para obtenção de acordos. Nesse sentido, ver MILLER, Geoffrey. An Economic Analysis of Rule 68. In: *Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1986, p. 93.

⁵⁵⁴ O nome faz menção a um caso (*Calderbank vs. Calderbank*), de 1975, em que a English Court of Appeals aceitou a aplicação de consequências relativas às custas em razão de uma oferta vinculante feita por uma das partes.

A teoria dos incentivos, atualmente, tem aplicação consolidada na estruturação das organizações e das instituições⁵⁵⁵. O *desenho institucional deve ser pensado de modo a otimizar a estrutura de incentivos para as finalidades de cada organização*. As escolhas de cada agente são feitas com base nas suas preferências, desejos e impulsos momentâneos e nas alternativas externas ao comportamento reconhecidas pelo agente⁵⁵⁶. A oferta de incentivos para as condutas pode ser chamada de “método dos incentivos” e o processo de alteração das atitudes dos agentes de “método da persuasão”⁵⁵⁷. Estruturas organizacionais buscam a indução do comportamento mediante alterações pontuais nessas variáveis⁵⁵⁸. O direito, nessa medida, pode valer-se do conhecimento compartilhado pelas ciências que estudam o comportamento humano para conformar os comportamentos dos agentes⁵⁵⁹.

É certo que as instituições “de uma sociedade são determinantes cruciais do resultado do jogo. São as regras que regem os incentivos políticos”⁵⁶⁰. Os resultados entregues por uma dada instituição à sociedade são diretamente ligados à forma como o desenho dos incentivos para o comportamento de cada agente é estabelecido. O desenho institucional é um fator determinante para que as instituições atinjam os resultados

⁵⁵⁵ LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: the principal-agent model*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 1. Registre-se que “enquanto instituições são regras gerais de interação social, organizações são grupos de indivíduos ligados por um conjunto de regras específicas (suas próprias instituições), as quais visam à ação coletiva do grupo em torno de um objetivo comum” (FIANI, Ronaldo. *Cooperação e Conflito: Instituições e Desenvolvimento Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 8).

⁵⁵⁶ BARNARD, Chester (1886-1961). *The Functions of the Executive* (1938). Cambridge: Harvard University Press, 1968, p. 17.

⁵⁵⁷ BARNARD, Chester (1886-1961). *The Functions of the Executive* (1938). Cambridge: Harvard University Press, 1968, p. 145.

⁵⁵⁸ BARNARD, Chester (1886-1961). *The Functions of the Executive* (1938). Cambridge: Harvard University Press, 1968, p. 139.

⁵⁵⁹ “In recent decades, legal scholars have come to understand that human behavior can be deliberately shaped through many mechanisms beyond the administration of technically managed formal rules – through mechanisms including economic incentives, social norms, and psychological framing. All of these tools provide opportunities for manipulating behavior, and often they can be used as substitutes, both for each other and for familiar legal mechanisms like property rights, criminal sanctions, or civil liability” (ULEN, Thomas. *The importance of Behavioral Law*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 93).

⁵⁶⁰ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza* (2012). Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, livro eletrônico, p. 105.

esperados⁵⁶¹. Existem vários caminhos para analisar a arquitetura das instituições. Dentre elas, três modernas áreas do conhecimento podem ser destacadas por enfrentar de forma inovadora esse problema, cada uma utilizando um conjunto diferente de ferramentas. São elas a teoria da chamada arquitetura de escolhas (*Choice Architecture*), do design de mecanismos (*Mechanism design*) e a análise institucional comparativa (*Comparative Institutional Analysis*). Uma das teses defendidas no presente trabalho é a de que o direito processual civil, concebido como espaço de desenvolvimento de comportamentos pelos sujeitos processuais, pode valer-se de algumas ferramentas postas por essas áreas do conhecimento na formatação dos incentivos que induzem condutas no processo.

4.1. *Choice Architecture* e o aporte do libertarianismo paternalista na conformação de comportamentos por meio de *nudges*

Outro espaço de avaliação de arranjos institucionais é fornecido pela chamada arquitetura de escolhas ou arquitetura de decisões (*Choice Architecture*). O termo foi cunhado, nos termos em que hoje é utilizado, por Cass Sunstein e Richard Thaler⁵⁶², influenciados pela clássica obra de Donald Norman sobre design de produtos⁵⁶³. A proposta dos autores parte do pressuposto de que seres humanos não agem de acordo com a racionalidade ilimitada pregada pela economia tradicional; ao contrário, os *Humans* não agem como os *Econs* porque partem de uma racionalidade limitada⁵⁶⁴. Logo, diferentemente da proposta do design de mecanismos (que trabalha

⁵⁶¹ Adam Smith já anotava, no séc. XVIII, sobre a necessidade de atenção do legislador para a necessidade de conformidade institucional com os anseios sociais: “In the great chess-board of human society, every single piece has a principle of motion of its own, altogether different from that which the legislature might chuse to impress upon it. If those two principles coincide and act in the same direction, the game of human society will go on easily and harmoniously, and is very likely to be happy and successful. If they are opposite or different, the game will go on miserably, and the society must be at all times in the highest degree of disorder”. (SMITH, Adam (1723-1790). *The Theory of Moral Sentiments* (1759). Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 275).

⁵⁶² THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and hapiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 3.

⁵⁶³ NORMAN, Donald. *The design of everyday things* (1988). 2ª Ed. New York: Basic Books, 2013.

⁵⁶⁴ “Is seems reasonable to say that people make good choices in contexts in which they have experience, good information, and prompt feedback. (...) They do less well in contexts in which they are unexperienced and poorly informed, and in which feedback is slow or infrequent” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and hapiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 9).

com pressupostos da economia matemática), para a arquitetura de escolhas os incentivos estritamente financeiros nem sempre são a melhor forma de direcionar comportamentos⁵⁶⁵. A partir dessa premissa, os autores investigam como as escolhas humanas acabam sendo influenciadas por inúmeros fatores, dentre eles as disposições institucionais ou ambientais nas quais indivíduos são levados a fazer escolhas. Sempre que indivíduos interagem com o ambiente, escolhas são inevitáveis. A forma como os sistemas, instituições, organizações e ambientes são desenhados passa a ter um papel relevante. Essa delimitação prévia do ambiente de tomada de decisão é chamada de *choice architecture*.

4.1.1. A metodologia da arquitetura de escolhas

A ideia de uma “arquitetura das escolhas” é inevitável para aqueles que têm a incumbência de delimitar espaços de atuação de outros agentes. O arquiteto de escolhas tem, assim, a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam suas decisões⁵⁶⁶. O *choice architect* “desenha” soluções tecnológicas, interfaces, formatações e ambientes que inevitavelmente colocam o indivíduo em situação de escolher entre diversas opções de comportamento (o que se pode chamar de “contexto de escolha”) na interação com outras pessoas e objetos⁵⁶⁷. Contextos de escolha são inevitáveis, pervasivos⁵⁶⁸ e onipresentes⁵⁶⁹: durante o almoço, ao servir-se no *buffet*, em repartições públicas, ao preencher determinado formulário, no computador, ao instalar

⁵⁶⁵ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 8.

⁵⁶⁶ “A choice architect has the responsibility for organizing the context in which people make decisions” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 3).

⁵⁶⁷ “Choice architects design those aspects of technologies, interfaces, and built environments that present users with distinctive opportunities (which we will refer to as the choice context) for interacting with people, objects, and surroundings” (SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. *Competence and Trust in Choice Architecture*. In: *Knowledge, Technology & Policy*, Volume 23, nºs 3–4, Dec. 2010, p. 462).

⁵⁶⁸ “Such architecture is both pervasive and inevitable, and it greatly influences outcomes, whether or not we are even aware of it. In fact choice architecture can be decisive. It effectively makes countless decisions for us, and it influences numerous others, by pressing us in one direction or another” (SUNSTEIN, Cass. *Why nudge? The politics of libertarian paternalism*. New Haven: Yale University Press, 2014, e-book, sem paginação).

⁵⁶⁹ “Their work is ubiquitous, present in computer interfaces, credit card consoles, strategically arranged merchandise, strongly worded contracts, and so on” (SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. *Competence and Trust in Choice Architecture*. In: *Knowledge, Technology & Policy*, Volume 23, nºs 3–4, Dec. 2010, p. 462).

um *software*, em uma loja, ao escolher um produto, ou no banheiro, ao usar o sabonete para lavar as mãos. Em todos esses casos, o indivíduo tem de fazer escolhas. O que não é visível é que em todos esses casos decisões anteriores foram tomadas por arquitetos de escolha: como a comida deve estar disposta no *buffet*? Como são dispostas as perguntas no formulário? Quais as configurações usadas como padrão na instalação do *software*? Quais produtos serão expostos nas vitrines e nas prateleiras? Em que altura deve estar disposto o sabonete no banheiro?

A arquitetura de escolhas, portanto, é o conjunto de técnicas de conformação do ambiente em que escolhas vão ser tomadas por indivíduos, de desenho das diferentes formas nas quais escolhas podem ser apresentadas para tomadores de decisão. O ambiente no qual a decisão é tomada inevitavelmente influencia a escolha. Independentemente da vontade daquele que tem a incumbência de formatar (arquitetar) esse ambiente ou do acaso de uma formatação derivada da “mão invisível” do mercado, a forma como o ambiente está estruturado influencia o comportamento do tomador de decisão⁵⁷⁰. Em um mundo onde desenhos institucionais de escolha (de apresentação de produtos, de organização de ambientes corporativos, de formulação de políticas públicas) são inevitáveis, seria uma falsa concepção imaginar a tarefa do arquiteto de escolhas como passível de ser evitada e, sendo inviável evitá-la, de ser neutralizada. Em última análise, é impossível optar por uma neutralidade na influência que as escolhas dos arquitetos de escolha têm para os indivíduos⁵⁷¹.

Aquele que é incumbido de desempenhar essa tarefa deve pensar sobre os incentivos que a estrutura a ser desenhada acaba tendo para os comportamentos dos indivíduos que terão de tomar decisões interagindo com esse ambiente⁵⁷². Esses

⁵⁷⁰ “There can be (and often is) choice architecture without choice architects. Default rules are omnipresent, and they matter” (SUNSTEIN, Cass. *Why nudge? The politics of libertarian paternalism*. New Haven: Yale University Press, 2014, e-book sem paginação).

⁵⁷¹ “the first misconception is that it is possible to avoid influencing people’s choice. In many situations, some organization or agent *must* make a choice that will affect the behavior of some other people” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 10).

⁵⁷² “Choice architects must think about incentives when they design a system. Sensible architects will put the right incentives on the right people” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 99).

incentivos podem estar claros para os sujeitos envolvidos. Esse atributo de clareza pode-se definir como “saliência”⁵⁷³. Às vezes, a arquitetura de escolha é bastante visível, mas muitas vezes a tomada de decisão é tão natural que o indivíduo nem nota que está exercendo uma escolha induzida por uma formatação específica. Independentemente da visibilidade ou não, o arquiteto de escolha tem a possibilidade de, mediante diferentes formas de estruturação do contexto de escolha, exercer influência sobre o comportamento daqueles que serão levados a decidir. Seu trabalho, assim, será útil se conseguir formatar “user-friendly environments”⁵⁷⁴.

Indivíduos têm dificuldades na tomada de decisão. Quanto maior a amplitude das opções, mais difícil é a tarefa de escolher entre uma delas⁵⁷⁵. Ausência de informação, tendência à inércia, ancoragem, otimismo, entre outros enviesamentos⁵⁷⁶, podem impedir uma tomada de decisão racional. A tese principal de Sunstein e Thaler é a de que pequenos – e aparentemente insignificantes – detalhes podem ter impacto relevante no comportamento dos agentes, influenciando diretamente a sua escolha⁵⁷⁷.

4.1.1.1. A função dos *nudges*

⁵⁷³ “The most important modification that must be made to a standard analysis of incentives is salience. Do the choosers actually notice the incentives they face? In free markets, the answer is usually yes, but in important cases the answer is no” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 100).

⁵⁷⁴ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 11.

⁵⁷⁵ “People adopt different strategies for making choices depending on the size and complexity of the available options. When we face a small number of well-understood alternatives, we tend to examine all the attributes of all the alternatives and then make trade-offs when necessary. But when the choice sets large we must use alternative strategies, and these can get us into trouble” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 96).

⁵⁷⁶ Sobre o tema dos enviesamentos comportamentais, ver o seminal trabalho de TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, pp. 1124-1131 e também a coletânea KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996); SLOVIC, Paul (ed.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982. Para outras referências sobre o tema, ver considerações em torno das heurísticas, *infra*.

⁵⁷⁷ “Small and apparently insignificant details can have major impacts on people’s behaviour. A good rule of thumb is to assume that ‘everything matters’. In many cases, the power of these small details comes from focusing the attention of users in a particular direction” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 3).

Esses pequenos detalhes, pensados pelo arquiteto de escolhas para facilitar a vida do tomador de decisão, são o que os autores chamam de *nudges*. Um *nudge* (cuja tradução coloquial pode ser “cutucada”, “empurrãozinho” ou “orientação”⁵⁷⁸) é todo aspecto da arquitetura de escolha que altera o comportamento dos agentes de maneira previsível, sem retirar do agente nenhuma opção ou alterar significativamente os incentivos econômicos ligados à tomada de decisão⁵⁷⁹. O *nudge* é um pequeno detalhe do ambiente que atrai a atenção do agente e influencia seu comportamento, um fator supostamente irrelevante que tem a capacidade de direcionar a conduta⁵⁸⁰. O exemplo consagrado de *nudge* foi utilizado pela administração do aeroporto de Schiphol, na Holanda. Diante de problemas com a limpeza dos banheiros masculinos pelo excesso de urina em torno dos mictórios, decidiu-se por gravar uma imagem de uma mosca junto ao ralo do mictório. A medida, de baixíssimo custo, teve grande influência no comportamento dos usuários, ao criar um estímulo para que urinassem no lugar certo⁵⁸¹. A influência desse tipo de mecanismo pode ser direcionada ao chamado sistema 1 (da

⁵⁷⁸ Como observam os próprios autores, o termo é de difícil compreensão até mesmo em língua inglesa: “To nudge is ‘to push mildly or poke gently in the ribs, especially with the elbow’” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 4). O termo será usado no original nesse trabalho pela imprecisão das traduções existentes na língua portuguesa.

⁵⁷⁹ “A nudge, as we will use the term, is *any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives*” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 6).

⁵⁸⁰ “A nudge is some small feature in the environment that attracts our attention and influences behavior. (...) Nudges are supposedly irrelevant factors that influence our choices in ways that make us better off” (THALER, Richard. *Misbehaving. The making of Behavioral Economics*. New York: Norton & Company, 2016, p. 326).

⁵⁸¹ O exemplo é trazido por Thaler e Sunstein (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 1) e tornou-se emblemático, por ser anedótico. Inúmeros exemplos de *nudges* bem sucedidos foram catalogados pela doutrina. Alguns foram catalogados pelos autores na edição mais recente (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 257-268). São exemplos (todos trazidos por Thaler e Sunstein): adesão automática a planos de previdência ou de saúde em contratos de trabalho, em caso de omissão na resposta, adesão automática (ou escolha obrigatória) à doação de órgãos em caso de omissão na resposta, valor cheio (e não somente o mínimo) como padrão de preenchimento nas contas de cartão de crédito, informações padrão no formulário de declaração do imposto de renda, doações para a caridade como padrão de resposta previamente preenchido, campanha pública de conservação de energia e outros casos de publicidade social, avisos informando da adesão maciça da sociedade ou de um determinado grupo a determinadas condutas (criando constrangimento por não aderir), estímulos não verbais (cores, imagens) em caso de efetivação (ou não efetivação) da conduta esperada, mecanismos automáticos de segurança nos veículos, pinturas na estrada que causam ilusão de que se está andando mais rápido, aviso automático para e-mail que tem no conteúdo a palavra “anexo”, mas nenhum anexo incluído, “esfriamento” automático em caso de certas transações, para dar tempo maior para reflexão, exposição pública para evitar repetição da conduta.

“intuição”, também conhecido como sistema automático) ou ao sistema 2 (da “razão”, também conhecido como sistema reflexivo) de atividade cognitiva⁵⁸². Os *nudges* voltados ao sistema automático têm uma função menos perceptível, atuando nas predisposições do indivíduo. Ao contrário, aqueles voltados ao sistema reflexivo acabam tendo uma função informativa, atuando no processo mental racional de tomada de decisão. Pode-se dizer que, no primeiro caso, há uma indução de comportamento e, no segundo, uma indução de escolha⁵⁸³.

Os arquitetos de escolha podem preservar a liberdade dos agentes “cutucando-os” (“*nudging*”) para que tomem decisões mais adequadas⁵⁸⁴. Esses detalhes funcionam como calibrações no contexto de decisão, utilizando enviesamentos previsíveis dos agentes para sutilmente induzi-los a tomar determinadas decisões⁵⁸⁵. Em alguns casos, não é possível evitar o *nudge*, já que a arquitetura de escolhas necessariamente pressupõe a escolha entre possíveis formatações do contexto de escolha⁵⁸⁶. Para que possa ser qualificado como *nudge*, esse detalhe no arranjo institucional não deve *interferir de forma relevante nos custos* envolvidos naquela

⁵⁸² Para referências em torno dos dois sistemas cognitivos, remete-se a KAHNEMAN, Daniel. *Thinking: fast and slow* (2011). Reimp. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013. Pode-se compreender os dois sistemas da seguinte forma: “There are also two independent yet interacting systems responsible for the decisions we make. These systems have been called the automatic (or associative) and the reflective (or rule-based) systems. The automatic system is related to what we think of as our intuition, and it is unconscious, rapid, associative, and effortless. It is very sensitive to context and emotions, eager to jump to conclusions, and possesses a number of biases and preconceived assumptions. But the automatic system is precisely the one we need to understand what the people around us are saying and what their intentions are. It allows us to quickly decide if it is most prudent to stop or proceed through a yellow light. (...) In contrast to the automatic system, the reflective system is slow, effortful, and requires conscious thought. It can adapt quickly to mistakes, and it is flexible and deliberative. This is the system we want to engage when we are problem solving, such as when we are trying to decide which mortgage plan is the best” (BUONOMANO, Dean. *Brain bugs: how the brain’s flaws shape our lives*. New York: Norton & Company, 2011, e-book sem paginação).

⁵⁸³ HANSEN, Pelle; JESPERSEN, Andreas. *Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy*. In: *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 1, 2013, 23-26. Os autores problematizam os diferentes tipos de influência relacionando com os diferentes níveis de transparência exigidos em cada um deles.

⁵⁸⁴ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 255.

⁵⁸⁵ “They can help to improve choices and behavior by subtly calibrating the choice context to work with peoples’ predictable tendencies to rely on biases. These calibrations are called nudges” (SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. *Competence and Trust in Choice Architecture*. In: *Knowledge, Technology & Policy*, Volume 23, n°s 3–4, Dec. 2010, p. 462).

⁵⁸⁶ “There is, in those situations, no way of avoiding nudging in some direction, and whether intended or not, these nudges will affect what people choose” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 10).

escolha, deve ser *facilmente contornável ou evitável* e, principalmente, o comportamento desejado *não pode ser obrigatório*⁵⁸⁷. *Nudges* não podem funcionar como imperativos de conduta⁵⁸⁸, mas simplesmente como facilitações para a tomada de decisão em um determinado sentido⁵⁸⁹. Pode haver uma alteração na estrutura de incentivos, mas essa alteração deve estar ligada a questões não-patrimoniais (que não contem no cálculo econômico de maximização da utilidade) ou que não envolvam restrições ao indivíduo⁵⁹⁰. É por esse motivo que os autores chamam a teoria de *libertarianismo paternalista*. O *aspecto libertário* reside na *manutenção da liberdade* de escolha do agente e na insistência de que as pessoas devem ser livres para, conscientemente, cometerem erros⁵⁹¹. Já o *aspecto paternalista* reside na premissa de que é legítimo induzir a comportamentos mais adequados mediante alterações pontuais no contexto das escolhas, em função das *limitações cognitivas* desses agentes⁵⁹². O *libertarianismo paternalista*, assim, assume a possibilidade de induções comportamentais sem coerção, para que os agentes tomem melhores decisões.

⁵⁸⁷ “Nudges are specifically designed to preserve both agency and control. While nudges steer people in particular directions, they permit you to go your own way. You can ignore them if you like. A reminder is a nudge; so is a warning. A GPS device nudges; a default rule nudges” (SUNSTEIN, Cass. *Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow*. New York: Palgrave Macmillan, 2017, p. 1).

⁵⁸⁸ “As opposed to traditional paternalist tools such as mandates, bans, taxes, and subsidies, which affect the material availability or price of choices, nudges are changes to the choice environment (or *choice architecture*) around options, using the same cognitive biases and dysfunctions that motivate them to steer people toward choices that better serve their interests” (WHITE, Mark. *Overview of Behavioral Economics and Policy*. In: ABDUKADIROV, Sherzod (ed.). *Nudge Theory in Action: Behavioral Design in Policy and Markets*. New York: Palgrave Macmillan, 2016, p. 21).

⁵⁸⁹ “To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting the fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 6).

⁵⁹⁰ “Incentives can come in different forms. (...) Some of the nudges do, in a sense, impose cognitive (rather than material) costs, and in that sense alter incentives. Nudges count as such, and qualify as libertarian paternalism, only if any costs are low”. (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 8, nota de rodapé).

⁵⁹¹ “The libertarian aspect of our strategies lies in the straightforward insistence that, in general, people should be free to do what they like – and to opt out of undesirable arrangements if they want to do so (...) We strive to design policies that maintain or increase freedom of choice (...) Libertarian paternalists want to make it easy for people to go their own way; they do not want to burden those who want to exercise their freedom” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 5).

⁵⁹² “The paternalistic aspect lies in the claim that it is legitimate for choice architects to try to influence people’s behaviour in order to make their lives longer, healthier, and better. (...) In many cases, individuals make pretty bad decisions – decisions they would not have made if they had paid full attention and possessed complete information, unlimited cognitive abilities, and complete self-control. Libertarian is a relatively weak, soft, and nonintrusive type of paternalism because choices are not blocked, fenced off, or significantly burdened” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 5).

Do ponto de vista da metodologia, os arquitetos de escolha, especialmente quando a tarefa envolve políticas públicas ou relações do administrado com a administração pública, devem ser *capacitados* para exercer o poder de incentivar comportamentos por meio de *nudges*. Em primeiro lugar, devem ter capacitação para identificar enviesamentos, estímulos e tentações a que estão submetidas as pessoas que terão de decidir naquele dado contexto de escolha. Em segundo lugar, devem ser capacitados para compreender como as pessoas percebem os contextos de escolha⁵⁹³. Por essa razão, é inadequado que formatações sejam estruturadas sem profissionais com formação na área da economia comportamental. Em terceiro lugar, estudos empíricos relativos ao comportamento das pessoas também são importantes, evitando-se a tendência de projeção de seus próprios comportamentos pelo arquiteto⁵⁹⁴. Mesmo diante dos dados, deve-se ajustar seus resultados ao contexto específico e, principalmente, ao público-alvo idealizado para aquela situação⁵⁹⁵. Uma vez de posse de dados empíricos previamente testados e do conhecimento relativo aos enviesamentos possíveis naquele dado contexto, pode-se discutir quais calibrações são mais ou menos adequadas para uma dada finalidade previamente estabelecida⁵⁹⁶. Além disso, o *nudger* deve preocupar-se com a metodologia para que possa haver replicação das técnicas. Assim, a apuração dos resultados das técnicas aplicadas é importantíssima para tanto⁵⁹⁷. Em síntese, os arquitetos de escolha devem compreender como as pessoas perceberão e responderão

⁵⁹³ SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3–4, Dec. 2010, p. 469.

⁵⁹⁴ SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3–4, Dec. 2010, p. 472.

⁵⁹⁵ JOHNSON, Eric (et ali). Beyond nudges: Tools of a choice architecture. In: Marketing Letters, Volume 23, n° 2, June 2012, p. 497.

⁵⁹⁶ Em sentido similar, MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, p. 512, que defendem basicamente quatro passos para a aplicação de um *nudge* (definição do comportamento, análise da aplicabilidade de algum nudge, procura de algum gargalo comportamental e construção da hipótese de construção): “Step 1. Define behavioral problem and target behavior; Step 2. Analyze applicability of choice architecture framework; Step 3. Check for behavioral bottlenecks; and Step 4. Build hypotheses on promising choice architecture interventions”

⁵⁹⁷ “How choice architects are supposed to get feedback on the successes and failures of nudges they have offered. If there is some competence associated with offering nudges, then it should be possible to identify reliable methods for obtaining feedback” (SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3–4, Dec. 2010, p. 471).

aos ajustes de seu contexto de escolha⁵⁹⁸, aprendendo com as experiências já testadas e replicando aquelas que dão bons resultados⁵⁹⁹.

O caráter liberal desse tipo de mecanismo impõe requisitos de transparência e publicidade quando se trata de intervenções no âmbito das relações com o estado. Defende-se que a arquitetura de escolhas deve ser transparente e sujeita ao escrutínio público, especialmente em se tratando de agentes públicos⁶⁰⁰. A transparência deve permitir que eventuais *nudges* sejam visíveis ou verificáveis pelos sujeitos (muito embora não sejam eles necessariamente avisados, sob pena de a técnica perder seu efeito) e a publicidade impõe que a utilização dessas políticas seja devidamente informada ao público-alvo (muito embora não necessariamente no momento da decisão)⁶⁰¹.

Tende-se a defender a utilização desse instrumento de indução comportamental sutil em situações nas quais as decisões a serem tomadas são difíceis e tendencialmente tomadas uma única vez (problema da ausência de parâmetro prévio de comparação), nas quais não é possível prover *feedback* instantâneo (problema da ausência de espaço posterior de ajuste) e nas situações em há dificuldade de compreensão das especificidades da decisão a ser tomada (problema da ausência de plena compreensão do contexto decisório)⁶⁰². A combinação dos elementos (a) *expertise* do *nudger* e (b) situação de dificuldade na escolha do agente, em contextos nos quais (c) as preferências individuais sejam pouco relevantes ou facilmente perceptíveis (comportamentos de diversos sujeitos são parecidos ou passíveis de antevisão), abre espaço para que esse tipo de mecanismo possa ser bastante efetivo na indução de

⁵⁹⁸ “Choice architects must grasp how people will perceive and respond to adjustments of their choice context. Without the ability to do so, there can be no basis for judging whether a nudge will succeed in altering people’s behavior appropriately” (SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3–4, Dec. 2010, pp. 469-470).

⁵⁹⁹ Um bom exemplo de pesquisa em torno da efetividade e da aprovação de nudges envolvendo políticas públicas é o trabalho recente de Sunstein (SUNSTEIN, Cass. Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow. New York: Palgrave Macmillan, 2017), no qual apresenta dados empíricos sobre a aceitação social de várias ferramentas testadas ao redor do mundo.

⁶⁰⁰ SUNSTEIN, Cass. The Ethics of Nudging. In: Yale Journal on Regulation, Vol. 32, 2015, p. 428.

⁶⁰¹ MILLS, Chris. The Heteronomy of Choice Architecture. In: Review of Philosophy and Psychology, Volume 6, n° 3, September 2015, p. 502.

⁶⁰² THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 74.

comportamentos⁶⁰³. As técnicas ligadas a um caráter mais ativo de assistência à tomada de decisão também são chamadas de *boosting* (a tradução poderia ser “impulsioneamento”). O *boost* atua nas competências do tomador de decisão⁶⁰⁴, funcionando como um *nudge* de caráter assistencial. Esse tipo de atuação tem maior utilidade para casos em que há heterogeneidade dos alvos da política pública⁶⁰⁵.

4.1.1.2. Tipologia dos *nudges*

Utilizando a tipologia proposta por Münscher, Vetter e Sheuerle, pode-se classificar as diferentes técnicas de intervenção (os diferentes “cutucões”) passíveis de utilização por arquitetos de escolha em três grandes âmbitos de aplicação: (1) informações disponíveis para a decisão (*decision information*), (2) estrutura da decisão (*decision structure*) e (3) assistência para a decisão (*decision assistance*)⁶⁰⁶. No primeiro, (1) a técnica funciona mediante a apresentação de informações relevantes para a decisão, sem alterar as opções possíveis. No segundo, (2) altera-se o arranjo de opções e o formato da tomada de decisão. No terceiro (3), utilizam-se técnicas que auxiliam a tomada de decisão⁶⁰⁷.

As técnicas do primeiro grupo (*decision information*) podem ser agrupadas em três subgrupos: (1.1) *tradução de informações*, (1.2) *iluminação de informações* e (1.3) *referenciamento social*. Pela *tradução de informações* (1.1), arquitetos de escolha

⁶⁰³ “When choices are fraught, when Nudgers have expertise, and when differences in individual preferences are either not important or can be easily estimated, then the potential for helpful nudging is high” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 251).

⁶⁰⁴ “When people are at risk of making poor choices, one important response is to boost their competences. Boosting can be done in many ways, such as by ensuring transparent communication (e.g. that appeals to, rather than confounds, people’s intuitions), by offering information and education (e.g. brief, comprehensible statements of fact), by instilling or fostering specific cognitive or behavioural competences (such as financial and accounting rules of thumb, simple food choice rules, risk literacy skills and strategic use of goal attainment strategies) or by helping people to overcome their anxieties and motivational problems” (HERTWIG, Ralph. When to consider boosting: some rules for policy-makers. In: *Behavioural Public Policy*, Vol. 1, nº 2, 2017, p. 157).

⁶⁰⁵ HERTWIG, Ralph. When to consider boosting: some rules for policy-makers. In: *Behavioural Public Policy*, Vol. 1, nº 2, 2017, p. 151.

⁶⁰⁶ MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 29, 2016, p. 514.

⁶⁰⁷ MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 29, 2016, p. 514.

podem traduzir informações relevantes para a tomada de decisão modificando o seu formato ou a sua apresentação sem mudar seu conteúdo. Isso pode ser feito por meio da técnica (1.1.1) do *reenquadramento* (modificação da forma de apresentação utilizando equivalentes formais, lógicos ou matemáticos) ou (1.1.2) da *simplificação* (reduzindo o esforço cognitivo necessário para processar a informação ou aumentando a sua utilidade na tomada de decisão)⁶⁰⁸. Pela *iluminação de informações* (1.2), arquitetos de escolha tornam visíveis ou disponíveis informações que do contrário não estariam. Isso pode ser feito por meio da técnica (1.2.1) da *disponibilização de feedback* (tornando visível o comportamento pretérito ou atual do próprio agente) ou (1.2.2) da *iluminação de informações externas* (disponibilizando informações importantes para a tomada de decisão)⁶⁰⁹. Pelo *referenciamento social* (1.3), arquitetos de escolha utilizam referências relativas ao comportamento dos demais concidadãos para influenciar o comportamento do tomador de decisão. Isso pode ser feito por meio da técnica (1.3.1) da *descrição de padrões sociais* (indicando como os demais normalmente se comportam em relação àquela determinada situação) ou (1.3.2) da *referência a posições influentes* (indicando como certos sujeitos com proeminência social se comportariam ou utilizando mensagens dessas pessoas)⁶¹⁰.

As técnicas do segundo grupo (*decision structure*) podem ser agrupadas em quatro subgrupos: (2.1) *modelagem de respostas padrão*, (2.2) *mudança do grau de esforço para a decisão*, (2.3) *mudança do conjunto de opções* e (2.4) *mudança das consequências da opção*. Pela *modelagem de respostas padrão* (2.1) arquitetos de escolha podem influenciar comportamentos pela determinação da resposta padrão para determinadas situações. Isso pode ser feito por meio da técnica (2.1.1) da *escolha de padrão para caso de omissão* (assumindo uma escolha tácita na ausência de resposta, eventualmente com base em padrões pretéritos de escolha) ou (2.1.2) da *escolha obrigatória* (forçando as pessoas a decidirem ativamente, sem prévia indicação)⁶¹¹. Pela

⁶⁰⁸ MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, pp. 514-515.

⁶⁰⁹ MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, p. 515.

⁶¹⁰ MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, p. 516.

⁶¹¹ MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, p. 517.

mudança do grau de esforço para a decisão (2.2) arquitetos de escolha podem alterar o grau de esforço necessário para uma determinada escolha. Isso pode ser feito por meio da técnica (2.2.1) da *alteração do esforço físico* (criando, aumentando ou reduzindo barreiras físicas para determinados comportamentos) ou (2.2.2) da *alteração do esforço financeiro percebido* (mudando a percepção de gasto ou ganho financeiro pela alteração de condições atinentes ao desembolso ou recebimento)⁶¹². Pela *mudança do conjunto de opções* (2.3) arquitetos de escolha podem alterar o conjunto de opções disponíveis, influenciando a atratividade de determinadas escolhas. Isso pode ser feito por meio da técnica (2.3.1) da *categorização/agrupamento* das opções (alterando a percepção das opções em razão do grupo em que elas são categorizadas) ou (2.3.2) do *incremento de opções negativas ou similares* (alterando a percepção das opções em razão da amplificação da escolha contrária ou da mesma escolha, com exteriorizações distintas)⁶¹³. Pela *mudança das consequências da opção* (2.4) arquitetos de escolha podem incluir microincentivos que, mesmo que insignificantes do ponto de vista racional, possam influenciar a decisão. Isso pode ser feito por meio da técnica (2.4.1) da *conexão da escolha a um ganho ou custo insignificante* (que em um cálculo baseado na racionalidade ilimitada não faria diferença) ou (2.4.2) da *mudança das consequências sociais* (criando ambientes de repercussão social positiva ou negativa para determinadas escolhas)⁶¹⁴.

As técnicas do terceiro grupo (*decision assistance*) podem ser agrupadas em dois subgrupos: (3.1) *fornecimento de lembretes* e (3.2) *facilitação do comprometimento*. Pelo *fornecimento de lembretes* (3.1) arquitetos de escolha influenciam comportamentos aumentando a saliência de determinadas opções desejadas⁶¹⁵. Pela *facilitação do comprometimento* (3.2) arquitetos de escolha induzem comportamentos aumentando o grau de comprometimento do indivíduo com determinada conduta (normalmente prolongada no tempo) induzindo a um maior

⁶¹² MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, p. 517.

⁶¹³ MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, p. 518.

⁶¹⁴ MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, p. 518.

⁶¹⁵ MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, p. 519.

autocontrole. Isso pode ser feito por meio da técnica (3.2.1) da *facilitação do comprometimento pessoal* (criando apostas ou desafios em torno da manutenção do comportamento) ou (3.2.2) da *facilitação do comprometimento público* (adicionando controle externo – social ou individual – ao comprometimento pessoal)⁶¹⁶.

4.1.1.3. Críticas e limites à arquitetura de escolhas

Esse tipo de técnica de indução de comportamentos recebe críticas de várias ordens. A resposta mais simples a essas críticas normalmente reduz-se ao fato de que a arquitetura de escolha é inevitável, de modo que, sendo inescapável seu potencial de interferência mediante indução, melhor que essa interferência leve a um comportamento socialmente desejável. No entanto, algumas críticas pontuais podem ser elencadas. A primeira delas diz respeito à legitimidade de uma intervenção que potencialmente induz a comportamentos socialmente desejados em ambientes nos quais a heteronomia não deveria ter espaço⁶¹⁷. No que tange a essa crítica, é comum opor o fato de que esse tipo de técnica mantém a liberdade para a decisão. Logo, não se trata de uma técnica de heteronomia ao manter-se a autonomia individual da escolha. Mesmo nos casos em que a indução possa minar a racionalidade da escolha, ela se justifica porque se os indivíduos tivessem que tomar todas as decisões mediante prévia meditação em torno das opções (sem utilização de padrões predeterminados ou facilitações de acesso à informação), o custo social da tomada das decisões aumentaria e tiraria o foco das decisões realmente importantes⁶¹⁸.

Outro espaço de debate está no papel dos agentes públicos envolvidos na arquitetura de escolhas. Se é verdade que os indivíduos agem de forma nem sempre racional (o que é o pressuposto para que sejam necessários *nudges*), também é verdade que os agentes públicos (por serem humanos) padecem dos mesmos problemas. Assim sendo, critica-se a arquitetura de escolhas por justamente confiar na racionalidade dos

⁶¹⁶ MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 29, 2016, p. 519.

⁶¹⁷ MILLS, Chris. The Heteronomy of Choice Architecture. In: *Review of Philosophy and Psychology*, Volume 6, nº 3, September 2015, p. 497.

⁶¹⁸ SUNSTEIN, Cass. *Why nudge? The politics of libertarian paternalism*. New Haven: Yale University Press, 2014, e-book, sem paginação.

agentes públicos para consertar irracionalidades dos demais indivíduos. A essa crítica, Sunstein é bastante sensibilizado, e por essa razão advoga uma autocontenção do agente público nesse tipo de situação (sob pena de se causar mais equívocos), concentrando-se a aplicação das técnicas nos espaços de falhas de mercado⁶¹⁹. Para que esse tipo de técnica possa ser desenvolvida, algumas arestas devem ser aparadas pelos seus advogados. Em primeiro lugar, é preciso compreender os domínios dessa metodologia, de modo a definir se a arquitetura de escolhas é uma nova disciplina ou se exige o conhecimento específico do ramo do conhecimento “alvo” da técnica⁶²⁰. Em segundo lugar, é preciso que se criem mecanismos seguros de adaptação das técnicas para diferentes contextos, sob pena de se incorrer na falsa percepção de que há uma invariância no que tange à compreensão dos estímulos em diferentes espaços e momentos⁶²¹. Mesmo não se tratando de um mecanismo de aplicação incontroversa⁶²², os *nudges* podem exercer funções importantes para a vida e, também, para o direito⁶²³, desde que adequadamente pensados, sob pena de se converter o uso da economia comportamental em uma espécie de “Nudging Leviathan”, que tudo pode para induzir comportamentos⁶²⁴.

⁶¹⁹ SUNSTEIN, Cass. Why nudge? The politics of libertarian paternalism. New Haven: Yale University Press, 2014, e-book, sem paginação.

⁶²⁰ SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3–4, Dec. 2010, p. 472.

⁶²¹ SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3–4, Dec. 2010, p. 475.

⁶²² Comungamos da crítica de Jeremy Waldron, para quem um “nudge-world” é bastante perigoso e tem a potencialidade de minar a própria dignidade humana: “They are supposed to be doing it for my own good. Still, my choosing is being made a mere means to my ends by somebody else—and I think this is what the concern about dignity is all about” (WALDRON, Jeremy. It’s All for Your Own Good. In: The New York Review of Books, 2014, disponível em <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/oct/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good/>>, acesso em 12.03.2018). No entanto, a utilização de *nudges* no processo tem contornos distintos pois nesse ambiente, os fins já estão preestabelecidos e a estrutura estratégica e de antagonismo das partes já estrutura, como tratado *infra*, um ambiente em que a tomada de decisão dos agentes parciais é sempre feita na tensão entre a tarefa jurisdicional de dar tutela ao direito e a tarefa parcial de fazer prevalecer a sua tese. Os *nudges*, nesse ambiente, funcionam como uma derivação da tarefa cooperativa do estado para viabilizar uma decisão de mérito (e não como uma tentativa de fazer prevalecer um interesse distinto daquele das partes, muito embora possa-se pensar em partes que não querem a solução do mérito da causa).

⁶²³ “Nor can the state and the legal system avoid nudging. Any government, even one that is or purports to be firmly committed to laissez-faire, has to establish a set of prohibitions and permissions, including a set of default entitlements, establishing who has what before bargaining begins” (SUNSTEIN, Cass. Foreword: the ethics of nudging. In: ALEMANNI, Alberto; SIBONY, Anne-lise (ed.). Nudge and the Law: A European Perspective. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. vii).

⁶²⁴ ALEMANNI, Alberto; SPINA, Alessandro. Nudging Legally - On the Checks and Balances of Behavioural Regulation. In: International Journal of Constitutional Law, Vol. 12, Issue 2, 2014, p. 15.

4.1.2. *Nudges* processuais: propostas de desenhos processuais baseados na economia comportamental

A utilização da técnica poderia ter bastante utilidade para a justiça civil em algumas situações pontuais⁶²⁵. As premissas para sua utilização estão todas presentes: o legislador processual, em abstrato, e o juiz, em concreto, têm a incumbência de conformar a atividade dos sujeitos processuais por meio de desenhos institucionais. A concepção desse ambiente não deixa de ser um exercício de arquitetura de escolhas. Na dinâmica do procedimento, a concatenação de atos processuais é um sequencial contexto de escolhas a serem feitas pelos sujeitos processuais, em especial os sujeitos parciais. De outro lado, existem comportamentos socialmente desejados no processo, especialmente ligados à finalidade de que se viabilize a tutela do direito em perspectiva particular, mediante decisão justa, e em perspectiva geral, mediante precedentes⁶²⁶. Por fim, os sujeitos a quem se poderiam direcionar as técnicas também agem reagindo a incentivos e padecem dos problemas de limitação de racionalidade assumidos pela teoria da arquitetura de escolhas. Porém, o que melhor caracteriza o processo como um ambiente propício para a prática do *nudging* é justamente o fato de que é da sua essência a preservação da liberdade de escolha (a utilização da figura do ônus de forma preponderante no arranjo das situações jurídicas processuais é sintomática desse direcionamento). No que tange às estruturas que envolvem a organização judiciária e as organizações corporativas, bem como a deontologia do processo, com mais razão a indução de comportamentos pode ter utilidade. Trata-se, em suma, de um terreno fértil para a construção de *nudges*⁶²⁷.

⁶²⁵ Em perspectiva ampla, entendida a justiça civil como conjunto que engloba além das normas processuais em sentido estrito, também a organização judiciária, as normas deontológicas dos profissionais atuantes no processo e as organizações correlatas envolvidas na atividade judicial. Sobre o termo, ver TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil – da Itália ao Brasil*, dos Setecentos a Hoje. Nota prévia. Obra no prelo gentilmente cedida pelo autor.

⁶²⁶ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. *Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, pp. 16-28, em especial p. 25 e MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. In: *RePro*, v. 39, n. 229, São Paulo: RT, 2014, pp. 51-74.

⁶²⁷ É importante ressaltar, desde logo, que as propostas de *nudge* desenvolvidas nesse trabalho dependem de testes prévios à implantação. Nada obsta a que sejam acolhidas de maneira experimental para, depois de apurada a sua utilidade, eventualmente serem implantadas em maior escala. Dentro das limitações de pesquisa da presente tese, trata-se de contribuição de caráter propositivo-criativo sem comprovação

No caso das normas processuais, o arquiteto de escolhas é o legislador, quando da formulação dos textos normativos. Porém, é possível que a posição de arquiteto de escolhas, no desenvolvimento da dinâmica processual, seja desempenhada pelo juiz. Nesses dois casos, o papel do arquiteto de escolhas deverá ser o de buscar, com o estímulo, a consecução da finalidade de dar tutela ao direito. Além disso, é possível que o arquiteto de escolha desenvolva o papel de uma arquitetura de escolha estratégica; os advogados, no desempenho da sua estratégia processual, podem utilizar técnicas de estímulo buscando alcançar as suas finalidades privadas (mormente a consecução do objetivo de vitória) na medida em que desempenhem seus atos processuais.

4.1.2.1. *Nudges* de incremento da informação para a tomada de decisão

Em primeiro lugar, seguindo a tipologia apresentada, cumpre destacar algumas técnicas ligadas ao *incremento da informação* disponível para a tomada de decisão. Dentre as técnicas de *tradução de informações*, um estímulo importante à apresentação tempestiva das alegações (viabilizando uma decisão com maior aporte informacional) seria a utilização da técnica do *reenquadramento* na determinação dos prazos cominados judicialmente, especialmente nos prazos de natureza sucessiva (como é o caso da apresentação das razões finais⁶²⁸ ou de manifestações sucessivas de litisconsortes) e nos prazos cuja contagem deve se dar de maneira regressiva (como nos prazos envolvendo a audiência de conciliação ou sessão de mediação obrigatória⁶²⁹ e, em alguns casos, a apresentação do rol de testemunhas, especialmente quando há litisconsórcio). Nesse caso, o *reenquadramento* das informações permite a indicação do termo final, não havendo dúvida sobre a ordem dos sujeitos a desempenharem o ato, em caso de prazo sucessivo, ou sobre o termo final em caso de discussão em torno do prazo em dobro no caso de litisconsórcio com procuradores diferentes em processos

empírica, baseadas nas premissas desenvolvidas pela economia comportamental, citados ao longo da tese, em alguns casos com aplicações testadas para âmbitos diversos, porém passíveis de analogia.

⁶²⁸ Nesse caso com a facilitação de a intimação ser feita tendencialmente em audiência (art. 364, §2º, CPC).

⁶²⁹ Como prevê o art. 334, CPC.

tramitando fisicamente⁶³⁰. O exercício pelo juiz de uma postura simplificadora na prestação das informações nos despachos e decisões interlocutórias pode ser concebido como exercício do dever de cooperação, especialmente o dever de indicação (faceta do dever de esclarecimento)⁶³¹.

Uma forma simples de *reenquadramento* que poderia funcionar como desestímulo à manutenção da litigância é modificar a forma de exposição do incremento de custo derivado do não cumprimento espontâneo da decisão, quando da intimação para cumprimento. Ao invés de apresentar a multa de dez por cento e a cumulação de honorários para a fase de cumprimento como consequências do inadimplemento (“sob pena de (...)”), poderia ser testada a prestação da informação na forma da economia (“em caso de adimplemento no prazo, poderá haver economia de vinte por cento”)⁶³². Outro caso possível de utilização da técnica do *reenquadramento* é a apresentação combinada dos percentuais de honorários de sucumbência e seus valores absolutos quando da tomada da decisão, evitando discussões sobre base de incidência em grau recursal. Essa medida poderia ser combinada com a prestação dos valores em montante atualizado pelos índices previstos na decisão. Assim, além de funcionar como mecanismo de tradução, também poderia atuar como fator de maior *saliência* e *simplificação*, potencialmente desestimulando a manutenção da litigância.

⁶³⁰ Registre-se que em algumas interfaces de processo eletrônico o sistema já prevê a fixação do termo final do prazo, o que, na prática, já funciona como um *nudge*. O art. 197, CPC, prevê a presunção de veracidade dessas informações. Mesmo sob a égide do código anterior o Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado sobre o tema (REsp 1186276/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 03/02/2011; REsp 960.280/RS, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011).

⁶³¹ Sobre o tema, ver considerações em torno do agir cooperativo do juiz, *infra*.

⁶³² Trata-se de aplicação processual do chamado *framing effect*. Sobre o assunto, ver Tversky e Kahneman (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: Science, New Series, vol. 211, n° 4481, 1981, pp. 453-458). O *framing effect* parte da premissa de que a mudança do enquadramento da informação pode ter relevância para o engajamento na conduta esperada em razão dos viesamentos humanos. Sobre o tema, especificamente na sua aplicação para o direito, ver ULEN, Thomas. The importance of Behavioral Law. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law. New York: Oxford University Press, 2014, pp. 96-97: “One theoretical implication is that it calls into question an implicit assumption in RCT that decision-makers’ choices are invariant to the manner in which information is presented to them. Another implication is the very practical one that those choices can depend crucially on how the information is “framed.” That is a vital point for policymakers to bear in mind. Additionally, it is a point that some framers might use to their own advantage by, for example, structuring choices to get an outcome that they prefer while giving the decision-makers the illusion that they have chosen freely”.

A técnica de dar maior saliência ao montante de honorários pela *simplificação* e *reenquadramento* pode ser expandida para uma técnica de disponibilização de *feedback*, mediante a qual toda e qualquer decisão judicial poderia utilizar-se da tecnologia da informação para automaticamente informar, em anexo ou em algum campo específico, o valor atualizado da condenação e das custas processuais (apresentando todas as rubricas de forma discriminada). A visualização, por parte do litigante, que como regra não domina essa informação de maneira plena, ou mesmo a sua saliência para o advogado, que por limitações cognitivas pode não conseguir visualizar a grandeza do custo total, tem potencial de diminuir a perpetuação da litigância, estimulando cumprimento ou a autocomposição. Ainda no que tange ao mesmo tema, outro *nudge* potencialmente efetivo seria a inclusão de mecanismo aberto no próprio ambiente eletrônico das “informações processuais” constando o “valor atual da condenação” (incluídas as custas em sentido amplo e os honorários). Essa técnica teria baixo custo de implementação para a justiça civil e funcionaria como um incremento considerável de *saliência* da variável custo financeiro para a tomada da decisão de pela manutenção da litispendência. De forma mais complexa – embora ainda assim exequível – pode-se pensar em um simulador de perspectivas de custo futuro, incluída a atualização até uma data a ser informada pela parte, o potencial de incremento dos honorários em fase recursal e os possíveis custos de um cumprimento de sentença, por exemplo. Há indícios de que a “saliência” em torno das consequências financeiras pode funcionar como *nudge* para incentivar transações ou o cumprimento tempestivo de decisões⁶³³.

O aumento da saliência das informações também pode se dar por meio do *fornecimento de lembretes*⁶³⁴. O ambiente do processo eletrônico é fértil para situações desse tipo, como, por exemplo, a possibilidade de avisos automáticos antes do protocolo

⁶³³ Esse tipo de *nudge* já foi bastante testado em questões envolvendo uso de energia: “cost-disclosing thermostats have a greater impact than (modest) price increases designed to decrease use of electricity” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 101).

⁶³⁴ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 13. O exercício dos deveres de prevenção por parte do magistrado pode ser visto, nessa óptica, como *nudging*, haja vista que mantém o espaço de ação livre das partes, apenas abrindo espaço para que exerçam em uma determinada forma as suas posições processuais.

das petições no caso de ausência de alguma peça obrigatória ou de algum requisito formal ou, ainda, a ausência da juntada de comprovante do pagamento das custas e do preparo do recurso⁶³⁵. O ganho em duração do processo pode ser bastante pontual, evitando a inconveniência de uma decisão posterior determinando a juntada do documento faltante, mas esse tipo de técnica acaba funcionando como um exercício prévio e automático do dever de prevenção oriundo da cooperação, que aqui claramente funcionaliza a ideia de “primazia do mérito”⁶³⁶. Ainda na esfera da saliência das informações, tem-se a necessidade de disponibilização pública de estatísticas⁶³⁷. O conhecimento dos dados – quase todos eles negativos, infelizmente – do poder judiciário pode estimular soluções autocompositivas, especialmente se essa informação for pontualmente exposta em situações específicas de espera para solenidades voltadas à tentativa de autocomposição ou como anexos a decisões que conferem às partes prazo para se manifestar sobre a possibilidade de conciliação. De outro lado, tendo em vista a normatividade dos precedentes⁶³⁸, faz-se necessário colocar à disposição, de forma facilitada, as teses jurídicas firmadas pelas cortes supremas. O art. 927, §5º, CPC, prevê a necessidade de os tribunais organizarem e divulgarem os precedentes firmados no seu âmbito de competência. Porém, isso não é suficiente. Para que surtisse efeito como *nudge* a informação teria de ser disponibilizada para recepção passiva das partes. Uma forma interessante seria a disponibilização de um *link* no próprio ambiente das informações processuais, com o conjunto dos precedentes sobre a matéria em discussão naquele processo. Em que pese a aparência de que uma medida assim signifique uma desconsideração das capacidades técnicas do procurador, as informações acessíveis não só ao advogado, mas também à parte, diminuiriam a assimetria informacional que é a

⁶³⁵ O exemplo é inspirado na prática já utilizada em serviços de e-mail, que lembram o agente da ausência de um anexo referido no corpo do e-mail. O exemplo aparece em THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 92.

⁶³⁶ Sobre o tema, ver DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1 (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 138 e MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 105.

⁶³⁷ Essa, aliás, é a norma prevista no texto do art. 1.069 do CPC, que impõe ao Conselho Nacional de Justiça a execução de pesquisas estatísticas em torno da efetividade do novo código.

⁶³⁸ A discussão em torno da normatividade dos precedentes não é objeto do presente trabalho. Sobre o tema, ver, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios* (2010). 4ª Ed. São Paulo: RT, 2016; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação* (2016). 3ª Ed. São Paulo: RT, 2018, no prelo. No âmbito do direito comparado, ver a coletânea SUMMERS, Robert (1922-2012); MACCORMICK, Neil (1941-2009) (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.

raiz dos conflitos de agência entre procurador e parte, muitos dos quais acabam levando a decisões enviesadas sobre manutenção da litigiosidade⁶³⁹.

Outra técnica que pode ter utilidade no processo é a técnica do *referenciamento social*, especialmente se a utilização do padrão de referência sensibiliza a parte (o “alvo”) do *nudge*⁶⁴⁰. A publicização de boas práticas na justiça, especialmente focada nos litigantes habituais, pode funcionar. Um exemplo é a divulgação dos ganhos médios de empresas concorrentes em função do engajamento em programas de conciliação ou redução da recursividade (especialmente atentando para possíveis adesões a parcelamentos de débitos ou para redução dos custos acessórios, como honorários advocatícios de sucumbência). A estruturação de técnicas de referenciamento social pode ter utilidade também como estímulo para maior produtividade dos órgãos judiciários⁶⁴¹. Por fim, é possível utilizar mensagens públicas que contenham referências a padrões de conduta mal sucedida para evitar a litigiosidade aventureira. Isso pode ser especialmente útil nos casos em que uma determinada tese jurídica massificada já tenha sido pacificada, mas o mercado de advocacia ainda siga capturando casos para propositura de ações individuais.

4.1.2.2. *Nudges* da estrutura de tomada de decisão

No que diz respeito às técnicas do segundo grupo, que alteram a *estrutura da tomada de decisão*, algumas técnicas podem ter utilidade. No que tange à *modelagem de situações padrão*, importante observar que o código de processo civil utilizou essa estratégia na conformação da audiência de conciliação ou sessão de mediação prévia, ao estipular que ela só não ocorre quando há recusa de ambas as

⁶³⁹ Sobre o tema, ver MILLER, Geoffrey. Some Agency Problems in Settlement, In: The Journal of Legal Studies, Vol. 16, nº 1, Jan., 1987, pp. 189-215.

⁶⁴⁰ Trata-se de aplicação do chamado “availability bias”: “When ‘availability bias’ is at work, both private and public decisions may be improved if judgements can be nudged back in the direction of true probabilities. A good way to increase people’s fear of a bad outcome is to remind them of a related incident in which things went wrong; a good way to increase people’s confidence is to remind them of a similar situation in which everything worked out for the best” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 26).

⁶⁴¹ Ainda que, nesse caso, seja necessário atentar para a ausência de correlação necessária entre produtividade quantitativa e produtividade qualitativa. A dificuldade em aferição de padrões de produtividade qualitativa faz com que esse tipo de estímulo possa ser contraproducente.

partes. Nesse caso, utilizou-se como “resposta padrão” a sua realização. Ainda que do ponto de vista dos resultados essa possa ter sido uma opção infeliz⁶⁴², trata-se de uma tentativa de estimular a autocomposição. Porém, a obrigatoriedade (dependência da concordância de ambas as partes para a não realização) retira desse padrão o caráter de *nudge*⁶⁴³. Entretanto, pode-se pensar na utilização de estrutura análoga de utilização de padrão nos sistemas de protocolo da petição inicial no ambiente eletrônico, direcionando causas de pequena complexidade ao juizado especial cível, salvo ativa manifestação em contrário. Semelhante dispositivo evitaria o problema de transformar em absoluta a competência dos juzados, permitindo a escolha pelo procedimento comum, desde que feita de forma ativa. O estímulo estaria justamente no *padrão predeterminado para casos de omissão* no preenchimento do formulário de protocolo nas causas cujo valor da causa estivesse dentro do limite previsto pela Lei 9.099/95⁶⁴⁴.

No que tange às técnicas que envolvem *mudança do grau de esforço para a tomada de decisão*, o tema dos custos do processo pode receber alguma atenção. Se é verdade que o novo diploma processual inaugurou um sistema relativo aos benefícios financeiros que não mais assume a gratuidade de justiça como uma lógica do *tudo ou nada*⁶⁴⁵, ao estipular a possibilidade de descontos, parcelamentos e gratuidades pontuais no processo, também é verdade que os tribunais ainda são tímidos na utilização desses expedientes como mecanismo para coibir a irresponsabilidade na litigância. No entanto,

⁶⁴² Para uma crítica à quase-obrigatoriedade da audiência de conciliação ou sessão de mediação prévia e apresentação das “estratégias” dos atores processuais para burlar a previsão, ver MARCATO, Ana Cândida Menezes. A audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da afronta à voluntariedade às primeiras experiências práticas. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Coleção grandes temas do novo CPC. Vol. 9. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 129-140.

⁶⁴³ Ao contrário, um *nudge* interessante seria estabelecer travas no sistema de protocolo do processo eletrônico até que o autor estabelecesse, ativamente, uma escolha em torno da realização ou não da audiência (com a mesma correlata trava para o réu). Outra possível aplicação seria a inclusão de opções ao estilo do art. 334, para a interposição do recurso de apelação. Criando a possibilidade de uma tentativa de autocomposição após a prolação da sentença, quando as expectativas de êxito já estão mais sedimentadas.

⁶⁴⁴ Como ressaltam Thaler e Sunstein, “Setting default options, and other similar seemingly trivial menu-changing strategies, can have huge effects on outcomes” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 8)

⁶⁴⁵ Sobre o tema, ver nosso ABREU, Rafael Sirangelo de. O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC (2015). In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). Novo CPC doutrina selecionada. v. 1. Parte geral. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1, p. 965-982.

alguns mecanismos que ampliam a facilidade de desembolso e aumentam o tempo de tomada de decisão para a parte que potencialmente pedirá a concessão de gratuidade de justiça quando do protocolo da inicial podem funcionar como estímulos úteis⁶⁴⁶, especialmente diante da universalização dos ambientes processuais eletrônicos. Em primeiro lugar, a facilitação do pagamento das despesas processuais poderia induzir a tomada de decisão pelo não requerimento de gratuidade. A possibilidade de parcelamento sem necessidade de deferimento do juiz e o pagamento por cartão de crédito (diminuição da barreira financeira pela alteração da percepção de gasto e diminuição da barreira física pela facilidade prática do pagamento online sem necessidade de utilização dos estabelecimentos bancários oficiais) são uma opção para desestimular os pedidos de gratuidade duvidosos⁶⁴⁷. Em segundo lugar, o pagamento das custas de distribuição com desconto proporcional à autodeclaração de parcial suficiência feita pelo sujeito incumbido do pagamento (condicionada sua suficiência a posterior deferimento do juiz) também pode funcionar como estímulo a um engajamento maior no pagamento.

Outra técnica que altera a estrutura da tomada de decisão é a *alteração do conjunto de opções disponíveis* para a escolha. Essa técnica é utilizada muitas vezes na própria redação de textos legislativos com “rol” de situações descritas. A eventual preferência por uma dentre as diferentes opções do rol (pense-se, por exemplo, na enumeração dos meios executivos) pode ser induzida por meio da mera exposição das opções. Quando o artigo 139, IV do CPC prevê que o juiz poderá utilizar de técnicas “indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias”, ao ordenar dessa forma (duas técnicas ligadas à execução indireta – indutiva e coercitiva –, uma tutela jurisdicional – mandamental – e uma técnica ligada à execução direta – sub-rogatória), pode acabar induzindo, pela formatação, à utilização das primeiras duas em detrimento da última. Um reenquadramento das opções poderia funcionar como estímulo para

⁶⁴⁶ A proposta é uma aplicação do clássico exemplo da mudança da disposição dos pratos no *buffet* estudantil, que, facilitando o acesso à comida saudável e dificultando o acesso à comida gordurosa, permitiu uma melhoria na saúde geral dos usuários (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, pp. 1-4).

⁶⁴⁷ Mecanismo análogo é utilizado nas lojas de compras online, quando prevêm espaços de “compra com um clique”.

utilização maior de uma ou outra das opções⁶⁴⁸. Espaço de utilização mais claro diz respeito às situações em que há uma opção para o autor ou para o réu: as previsões de competência concorrente são bons exemplos. O caso da competência para o requerimento de cumprimento de sentença pode ser útil, na medida em que, por mais que sejam igualmente lícitas as quatro opções dispostas pelo código⁶⁴⁹, o modo como essa concorrência foi apresentada (uma das hipóteses previstas como inciso – no caso o inciso II do art. 516, CPC, para cumprimento de sentença cível, e o inciso III do mesmo artigo para sentença penal condenatória, sentença estrangeira ou decisão do tribunal marítimo – e outras três no texto do parágrafo único desse artigo⁶⁵⁰) tende a influenciar ativamente na escolha pela opção prevista no inciso, pelo seu destaque. A arquitetura de escolha é inevitável e esse é um exemplo claro de como o legislador, quiçá sem nenhuma razão jurídica para tanto, acaba conformando as opções utilizando-se de um *nudge*⁶⁵¹. Ainda no que tange às mudanças na estrutura da decisão, pode-se pensar em técnicas que alterem as consequências da opção em bases não-rationais. Uma forma de induzir comportamentos é conectar a escolha aos chamados microincentivos ou a motivações sociais. O reconhecimento público pode ter influência importantíssima, daí a necessidade de se pensar em mecanismos de premiação reputacional aos agentes cooperativos e aos litigantes que bem utilizam o poder judiciário.

⁶⁴⁸ Registre-se que, na prática, o juiz deveria utilizar sempre a medida mais adequada (sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos (2004). 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008, em especial pp. 149-155). Mas a sua racionalidade limitada (especialmente, aqui, em função do *framing effect* e do viés da ancoragem) pode levá-lo a preferir uma a outra técnica.

⁶⁴⁹ Ainda que se possa cogitar de controle do exercício dessa opção com base em critérios como a capacidade institucional do órgão julgador. Sobre o tema, ver CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017, pp. 586-616.

⁶⁵⁰ Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

⁶⁵¹ Em alguma medida, esse tipo de escolha atua sobre certos vieses cognitivos, como o chamado *diversification bias*. Sobre o tema, ver FOX, Craig R.; RATNER, Rebecca K.; LIEB, Daniel S. How subjective grouping influences choice and allocation: diversification bias and the phenomenon of partition dependence. In: Journal of Experimental Psychology, Vol. 134, nº 4, 2005, pp. 538–551.

4.1.2.3. *Nudges* de assistência para a tomada de decisão

Por fim, no que tange às técnicas envolvendo assistência para a tomada de decisão, além do exercício do dever de prevenção pelo juiz, na forma de prestação de *feedback* e fornecimento de lembretes⁶⁵² (especialmente no que tange a potenciais condutas em afronta à lealdade processual), há um conjunto de estratégias que podem ser corretamente delimitadas consensualmente pelas partes, envolvendo facilitação do comprometimento. Essas técnicas podem ser melhor exploradas em caso de convenções processuais, criando arranjos privados de incentivos, especialmente na área das *betting strategies* e das *self-imposing penalties*⁶⁵³ (aquilo que se pode chamar de *nudges* estratégicos). Na estrutura do sistema de justiça, em alguma medida as metas do CNJ tentam incrementar comprometimento público por parte dos órgãos judiciários ao estabelecer objetivos e publicizar resultados. Em âmbito macro, a estrutura das organizações envolvidas na justiça civil também é terreno fértil para a prática das técnicas. Induções comportamentais do ponto de vista da estrutura da carreira judiciária ou no âmbito da carreira dos advogados poderiam servir, de um lado, a uma litigância mais efetiva com melhores resultados, e, de outro, uma litigância menos aventureira⁶⁵⁴. Todas essas são fronteiras que o direito processual pode buscar para incrementar os resultados da nossa justiça civil.

4.2. *Mechanism Design* e escolhas institucionais eficientes

O desenho institucional é importantíssimo na tarefa de reduzir custos de transação e na tentativa de ser aderente às preferências individuais mediante a

⁶⁵² THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 13. O exercício dos deveres de prevenção por parte do magistrado podem ser vistos, nessa óptica, como *nudges* processuais, haja vista que mantém o espaço de ação livre das partes, apenas abrindo espaço para que exerçam em uma determinada forma as suas posições processuais.

⁶⁵³ Sobre o tema, ver ARIELY, Dan; WERTENBROCH, Klaus. Procrastination, Deadlines, and Performance: Self-Control by Precommitment. In: *Psychological Science*, Vol. 13, nº 3, 2002, pp. 219-224.

⁶⁵⁴ Sobre o papel dos *nudges* nas *Law Firms*, ver RAPOPORT, Nancy. 'Nudging' Better Lawyer Behavior: Using Default Rules and Incentives to Change Behavior in Law Firms. In: *St. Mary's Journal on Legal Malpractice and Ethics*, Vol. 4, 2014 e ROTUNDA, Ronald D. Why Lawyers are Different and Why We are the Same: Creating Structural Incentives in Large Law Firms to Promote Ethical Behavior - In-House Ethics Counsel, Bill Padding, and In-House Ethics Training. In: *Akron Law Review*: Vol. 44, nº 3, 2011.

construção de incentivos adequados às finalidades daquela dada instituição. Para resolver esse problema, já há inclusive um campo específico da economia chamado “Mechanism Design”⁶⁵⁵, que lida justamente com a estruturação de instituições, mediante arranjos, quadros normativos, padrões, que vão desde conformações sutis a estruturas altamente complexas e formalizadas⁶⁵⁶. Os desenhos institucionais distribuem informação, prêmios e recompensas entre os agentes, de modo a que a arquitetura institucional contribua ao alcance dos objetivos dessas instituições⁶⁵⁷. O design de mecanismos pode oferecer uma estrutura metodológica para a comparação de instituições, de modo a se alcançarem resultados ótimos⁶⁵⁸. O seu objetivo é estabelecer instituições voltadas a fins socialmente ótimos (determinados resultados), estabelecidos de antemão pelo legislador⁶⁵⁹. Nessa medida, trata-se de uma teoria que prescreve meios para atingimento de fins preestabelecidos.

4.2.1. Metodologia do design de mecanismos

As premissas do design de mecanismos são: (a) possibilidade de informações assimétricas entre os agentes; (b) tendência a comportamentos não-cooperativos dos agentes; (c) existência de um resultado socialmente desejável e (d) compreensão de que o design do mecanismo influencia na obtenção desse resultado pela conformação dos incentivos que induzem comportamentos nos agentes. Para identificar um mecanismo ótimo, dada uma certa função-resultado, devem-se delimitar os possíveis mecanismos e especificar o critério de equilíbrio econômico que permitirá

⁶⁵⁵ Em 2007, o Prêmio Nobel de economia foi dado a Leonid Hurwicz, Eric Maskin e Roger Myerson pelo seu trabalho no design de mecanismos. Em síntese, “Mechanism design is the art of designing games so that they exhibit desirable equilibrium behavior” (NARAHARI, Y. *Game Theory and Mechanism Design*. Singapore: World Scientific, 2014, p. xix).

⁶⁵⁶ HURWICZ, Leonid; REITER, Stanley. *Designing Economic Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 15.

⁶⁵⁷ ANDREOLI, James; HARBAUGH, William; VESTERLUND, Lise. The Carrot or the Stick: Rewards, Punishments, and Cooperation. In: *The American Economic Review*, June, 2003, p. 893.

⁶⁵⁸ “Mechanism theory can offer a unifying conceptual structure in which a wide range of institutions can be compared, and optimal institutions can be identified” MYERSON, Roger. *Mechanism Design*. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (ed.). *Allocation, Information and Markets* (1987). London: Macmillan Press, 1989, p. 192.

⁶⁵⁹ ESTRADA CAÑAS, Ismael; MENESES, Claudia; PALACIO, Luis. Diseño de mecanismos como herramienta para alcanzar objetivos socialmente deseables. In: *Criterio Libre*, Vol. 13, nº 22, 2015, pp. 45: “el objetivo de la teoría del diseño de mecanismos es crear un marco institucional para asegurar la consecución de un resultado socialmente óptimo, establecido de antemano por un ente planificador. Por lo que se mantiene al margen de las cuestiones puramente éticas y de los juicios de valor”.

fazer a prognose dos comportamentos dos participantes⁶⁶⁰. Com base nesse equilíbrio⁶⁶¹, diz-se que o mecanismo é “*incentive-compatible*” se a estratégia ótima para os participantes é prestar informações privadas (*revelation principle*). A teoria do design de mecanismos encontrou formulações matemáticas para mecanismos orientados à prestação de informação privada em todos os equilíbrios possíveis⁶⁶².

O design de mecanismos lida com algoritmos e processos matemáticos por meio dos quais o designer, diante de possíveis arranjos e em função de objetivos preestabelecidos, busca moldar mecanismos informacionalmente eficientes⁶⁶³. Os objetivos são dados, e o que interessa é encontrar os meios. Por isso, o problema é inverso daquele enfrentado pela análise econômica tradicional, que normalmente está focada na análise da performance de um determinado mecanismo⁶⁶⁴. Para tanto, a teoria

⁶⁶⁰ Prize Committee of the Royal Swedish Academy of Sciences. Mechanism Design Theory. Scientific background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2007, Stockholm, 2007, pp. 4-5. Disponível em <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2007/advanced-economicsciences2007.pdf>, acesso em 12.03.2018.

⁶⁶¹ Utiliza-se o equilíbrio de Nash em situações de informação completa e o equilíbrio Bayesiano de Nash em situações de informação incompleta. As especificidades matemáticas de cada modelo não serão tratadas aqui. O equilíbrio de Nash pode ser definido como a situação em que “cada jogador/decisor estará dando a melhor resposta à ação que ele espera venha a ser adotada pelo outro” (BERNI, Duílio de Avila; FERNANDEZ, Brena Paula Magno. Teoria dos Jogos: crenças, desejos, escolhas. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 77-78). De outro modo, “A Nash equilibrium is an action profile a^* with the property that no player i can do better by choosing an action different from a_i^* , given that every other player j adheres to a_j^* ” (OSBORNE, Martin. An Introduction to Game Theory. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 20). O equilíbrio Bayesiano de Nash envolve, além dessa situação, o fato de que o agente não conhece todas as informações do outro agente. Daí porque o equilíbrio passa ter que considerar variáveis distintas. Harsanyi (HARSANYI, John (1920-2000). Games with incomplete information played by ‘bayesian’ players, I-III. Part I. The Basic Model. In: Management Science, Vol. 14, nº 3, 1967, pp. 159-182) propõe que para resolver essas situações de incerteza deve-se estabilizar as informações utilizando o teorema de Bayes, transformando um jogo de informação incompleta em um jogo de informação completa e imperfeita. “O jogo de informação incompleta é modificado atribuindo probabilidades aos eventos desconhecidos, de modo que o jogo que emerge é de informação imperfeita (mas completa). A transformação de Harsanyi consiste em atribuir probabilidades a cada um dos eventos do jogo e fixar as opiniões iniciais dos jogadores sobre as possíveis estratégias dos oponentes. Estas probabilidades, atualizadas a partir da regra de Bayes, expressam o aprendizado dos jogadores a partir das possíveis ações do oponente (...) Assim, o chamado ‘equilíbrio Bayesiano em jogos de informação incompleta’ nada mais é do que um equilíbrio de Nash num jogo de informação imperfeita, após a estrutura informacional ter sido completada” (adiciona-se: probabilisticamente, com base no Teorema de Bayes) (HANEKE, Uwe; SADDI, Vitória. Prêmio Nobel de Economia de 1994: Contribuições de Nash, Harsanyi e Selten à Teoria dos Jogos. In: Revista de Economia Política, vol. 15, nº 1, 1995, pp. 63-64.

⁶⁶² MYERSON, Roger. Mechanism Design. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (ed.). Allocation, Information and Markets (1987). London: Macmillan Press, 1989, pp. 200 e ss.

⁶⁶³ HURWICZ, Leonid; REITER, Stanley. Designing Economic Mechanisms. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 1.

⁶⁶⁴ HURWICZ, Leonid; REITER, Stanley. Designing Economic Mechanisms. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 30.

tem um método. Esse método se expressa em razões matemáticas em torno de uma função x , determinada pelos objetivos buscados com aquela formatação⁶⁶⁵.

A teoria do design de mecanismos difere da teoria dos jogos, pois enquanto esta pressupõe as regras como dadas e busca compreender como vão se dar os comportamentos, aquela pretende formular as melhores regras para o atingimento de um resultado posto⁶⁶⁶. A base da teoria é a teoria econômica do contrato (e daí o papel central dos incentivos), porém o design de mecanismos pressupõe também a tomada de decisões interdependentes (e daí o aporte da teoria dos jogos)⁶⁶⁷. Enquanto a teoria dos jogos está preocupada em como os agentes se comportam em uma dada estruturação organizacional (em uma determinada conformação das regras do jogo), com função descritiva das estratégias possíveis e prescritiva das estratégias mais eficientes, a teoria do design de mecanismos permite estruturar regras do jogo adequadas para que a organização atinja seus escopos⁶⁶⁸, com função prescritiva de quais as melhores regras para o alcance de fins previamente estabelecidos⁶⁶⁹. De outro lado, a teoria do design de

⁶⁶⁵ O escopo do presente capítulo é apresentar a teoria como uma das formas possíveis de comparação de formações institucionais, não detalhar o seu funcionamento. De qualquer modo, em síntese, o funcionamento da teoria do design de mecanismos é basicamente este: “A mechanism realizes the goal function if (i) (*existence*) for every parameter point θ , there exists a corresponding equilibrium point m in the message space; (ii) (*optimality*) if m is an equilibrium message for θ , then the outcome z specified for m by the outcome function is desirable according to the goal function – *F-optimal*” (HURWICZ, Leonid; REITER, Stanley. *Designing Economic Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 64). Para a compreensão dos métodos é preciso conhecer matemática intermediária. Existem dois passos propostos por Hurwicz e Reiter: “The process of design includes two steps. The first is called the rectangles method (abreviated RM). This is followed by a second step, which can be one of the two possibilities, called respectively, the transversals method (abbreviated TM) and the condensation method (CM)”. A explicação detalhada de cada método está em HURWICZ, Leonid; REITER, Stanley. *Designing Economic Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, capítulos 2 e 3.

⁶⁶⁶ BÖRGERS, Tilman. *An Introduction to the Theory of Mechanism Design*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 2.

⁶⁶⁷ “The incentives created by the choice of rules of games are central to the theory of mechanism design. Incentives are also at the center of contract theory (Bolton and Dewatripont, 2005). At first sight the distinction between the theory of mechanism design and contract theory is simple: In contract theory, we study the optimal design of incentives for a single agent. In mechanism design, we study the optimal design of incentives for a group of agents, such as the buyers in our first example and the colleagues in the second example. Contract theory therefore, unlike the theory of mechanism design, does not have to deal with strategic interaction” (BÖRGERS, Tilman. *An Introduction to the Theory of Mechanism Design*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 3).

⁶⁶⁸ “Game theory and mechanism design deal with interactions among strategic agents. While game theory is concerned with analysis of games, mechanism design involves designing games with desirable outcomes” (NARAHARI, Y. *Game Theory and Mechanism Design*. Singapore: World Scientific, 2014, p. 1).

⁶⁶⁹ Para tanto, o design de mecanismos utiliza-se de instrumentos matemáticos. A aplicação de modelos matemáticos, entretanto, foge ao escopo do presente trabalho.

mecanismos atua em esfera diferente da teoria dos custos de transação para as organizações. Enquanto a teoria dos jogos busca um alinhamento prévio dos incentivos para a ação (*ex ante*), desconsiderando os custos de efetivação e *enforcement*, a economia dos custos de transação relaciona-se, prioritariamente, com as relações privadas e com os potenciais problemas *ex post*⁶⁷⁰. De qualquer modo, em todos os casos, os incentivos têm um papel central.

Em essência, a teoria lida com situações nas quais o principal deseja alcançar certos resultados dependentes das ações de vários agentes. O processo, em linguagem econômica, pode ser entendido como uma situação de agente-principal, na medida em que o principal (o estado-juiz) que tem objetivo de dar tutela aos direitos não conhece as preferências dos agentes (partes e terceiros), mas o resultado do processo depende de sua atuação. Essa teoria pode ser utilizada em vários setores sociais com regulação de mercados imperfeitos (como o de ações), negociações coletivas (como as de trabalho), planos de seguro, processos de votação, teoria dos leilões, entre outras. Um exemplo de utilização da teoria do design de mecanismos no direito é a determinação de qual a melhor maneira de o poder público adquirir um produto ou serviço⁶⁷¹. Inúmeras formas podem ser utilizadas (concorrência pública, tomada de preços, convite, concurso ou leilão). Cada um desses formatos envolve um conjunto de incentivos para os agentes. Pode haver incentivo a um menor preço, com qualidade pior, pode haver incentivo a um sobrepreço, em caso de exigências procedimentais desnecessárias, pode haver incentivo ao conluio em caso de barreiras de entrada, entre outros problemas. Nesse exemplo, os participantes do procedimento sabem que o seu resultado depende da conduta dos demais e das regras inerentes ao procedimento e,

⁶⁷⁰ WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (1985). Beijing: China Social Sciences Publishing House, 1999, p. xii. A economia dos custos de transação, para Williamson, tem o seu foco nas transações e nos esforços de economizar dos agentes da firma: “The focus is on transactions and the economizing efforts that attend the organization thereof” (p. 1).

⁶⁷¹ Essa aplicação aparece em GÜTH, Werner. Mechanism design and the Law. In: *The Oxford Handbook of Law and Economics. Vol. 1. Methodology and Concepts*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 483-487. Trata-se de uma aplicação jurídica para a “teoria do leilão” (*theory of optimal auctions*). Sobre o tema, ver MYERSON, Roger. Optimal auction design. In: *Mathematics of operations Research*, Vol. 5, nº I., Feb. 1981, pp. 58-73.

portanto, sua estratégia depende da estratégia dos demais e é conformada pelo desenho institucional⁶⁷².

4.2.2. O design de mecanismos e o direito processual

No direito processual, é possível aproveitar a teoria do design de mecanismos⁶⁷³. Um espaço natural é o da criação de procedimentos voltados à negociação que envolvam ordens específicas para apresentação de propostas⁶⁷⁴. O escalonamento do uso de meios adequados de solução de conflito pode ser melhor arquitetado com o uso da teoria do design de mecanismos. Outro espaço de desenvolvimento é o do aporte informacional probatório. É possível pensar na criação de espaços de barganha em torno do dever de *disclosure* irrestrito em uma fase processual prévia, mediante a sua precificação. Esse tipo de situação é discutida no sistema estadunidense da *discovery*. Gelbach propõe três arranjos em torno da *discovery*: o da criação de um leilão de interesse específico para o procedimento, o da definição *ad hoc* de um preço pelo juiz e um mecanismo de repartição dos custos de acordo com o interesse na prova⁶⁷⁵. A proposta de “leiloar” o direito à *discovery* poderia ser aplicada para situações de formatação privada ou mesmo para procedimentos experimentais. Trata-se de uma tentativa de internalização do custo desse procedimento⁶⁷⁶. A doutrina encontra aplicação ainda na questão dos honorários

⁶⁷² BÖRGERS, Tilman. *An Introduction to the Theory of Mechanism Design*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 2.

⁶⁷³ “This application is natural because the legal system is the ultimate mechanism or collection of mechanisms: Legal design is mechanism design. Thinking rigorously and creatively about it is a healthy antidote to the caricature conservative reflex that what exists must (already) be efficient” (SPAMANN, Holger. *Can Simple Mechanism Design Results Be Used to Implement the Proportionality Standard in Discovery?* Comment. In: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, nº 172, 2016, p. 228).

⁶⁷⁴ Essa proposta aparece, no âmbito dos acordos em direito dos seguros, em BRAMS, Steven J.; MITTS, Joshua. *Law and Mechanism Design: Procedures to Induce Honest Bargaining*. In: *NYU Annual Survey of American Law*, 68, 2013, pp. 770-771.

⁶⁷⁵ “A second-price auction of the discovery right induces truth-telling and efficient allocation of discovery resources but entails a substantial, and surely controversial, redistribution away from plaintiffs relative to the default discovery cost allocation rule. A posted-price mechanism avoids such distributional effects, but if the court is unlucky in its price choice, discovery can be either underor over-used (depending on the default rule over discovery rights). A split-the-difference mechanism may induce strategic behavior that also leads to inefficiencies” (GELBACH, Jonah. *Can Simple Mechanism Design Results Be Used to Implement the Proportionality Standard in Discovery?* In: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, nº 172, 2016, pp. 217-219).

⁶⁷⁶ “Auctioning off the discovery right would avoid disfavored discovery and provide discovery when it is privately subjectively efficient to do so” (GELBACH, Jonah. *Can Simple Mechanism Design Results Be*

advocatícios, propondo uma estipulação dinâmica para a remuneração dos advogados nas *class actions*, incluindo a possibilidade de uma competição entre os advogados e a possibilidade de “desafios” que vinculem o recebimento de remuneração proporcionalmente ao valor a ser arrecadado com o processo⁶⁷⁷. Outro espaço de utilização é o aproveitamento da teoria dos leilões⁶⁷⁸ para modelar desenhos mais eficientes para a fase final do rito expropriatório. Modelos diferenciados de procedimentos para adjudicação podem ser pensados com base nos algoritmos da teoria do design de mecanismos. Por fim, a doutrina tenta demonstrar a inadequação de tentativas de acordo durante o processo⁶⁷⁹.

A teoria do design de mecanismos tem duas funções: uma normativa e uma positiva. Em primeiro lugar, ela ajuda, na prática, os “designers of real-world mechanisms”⁶⁸⁰. Em segundo lugar, ela ajuda a explicar os motivos pelos quais as instituições são moldadas da forma como são, ao tentar desenvolver uma teoria em torno das escolhas racionais dos designers⁶⁸¹. A sua metodologia está atrelada a pressupostos de racionalidade presos aos dogmas do *mainstream* da economia e seu aporte está na assunção de comportamentos racionais dos agentes para conformação de instituições “*incentive-friendly*”. Em ambas as funções é possível encontrar espaço para aplicações suas ao processo civil. Por certo, a sua aplicação é restrita a algumas hipóteses de desenho institucional do processo, mas, mesmo sem funcionar como a panacéia do processo, a teoria pode ajudar a que se obtenham melhores resultados (“resultados socialmente ótimos”) em questões atinentes à litigância⁶⁸².

Used to Implement the Proportionality Standard in Discovery? In: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, nº 172, 2016, pp. 215-216).

⁶⁷⁷ KLEMENT, Alon; NEEMAN, Zvika. Incentive Structures for Class Action Lawyers. In: *The Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 20, nº 1, 2004, pp. 102-124.

⁶⁷⁸ MYERSON, Roger. Optimal auction design. In: *Mathematics of operations Research*, Vol. 5, nº I., Feb. 1981, pp. 58-73.

⁶⁷⁹ KLEMENT, Alon; NEEMAN, Zvika. Against Compromise: A Mechanism Design Approach. In: *The Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 21, nº 2, 2005, pp. 285-314.

⁶⁸⁰ BÖRGERS, Tilman. *An Introduction to the Theory of Mechanism Design*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 2.

⁶⁸¹ BÖRGERS, Tilman. *An Introduction to the Theory of Mechanism Design*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 2.

⁶⁸² “Mechanism design is therefore one more instrument in the policy maker's toolkit. It may offer a fresh perspective over long debated issues. Combining it with other theoretical and empirical methodologies would prove fruitful in legal systems' search for more efficiency and justice” (KLEMENT, Alon; NEEMAN, Zvika. Civil justice reform: a mechanism design framework. In: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, nº 64, 2008, pp. 65-66).

4.3. *Comparative Institutional Analysis* e as soluções oriundas do teste das capacidades institucionais

Outro conjunto de ferramentas teóricas que pode ser útil para a conformação do arranjo institucional processual é aquele fornecido pela chamada *Comparative Institutional Analysis* ou análise institucional comparada⁶⁸³. Trata-se de área do conhecimento que conjuga ferramentas jurídicas, econômicas e das demais ciências sociais (especialmente a sociologia e a ciência política) com vistas à comparação de instâncias decisórias (especialmente as esferas administrativas, legislativo, judiciário e o mercado)⁶⁸⁴. A tese, inicialmente formulada por Neil Komesar⁶⁸⁵, busca compreender as instituições como mecanismos de tomada de decisão, comparando-as com base nas suas capacidades institucionais. A função da técnica, mais do que decidir “quem” decide, é a de fornecer subsídios para que se decida “sobre o que se decide”⁶⁸⁶. Na arquitetura de uma determinada ordem jurídica escolhas institucionais são inevitáveis⁶⁸⁷. Assumindo-se essa premissa, o segundo passo é o de definir um modo de avaliar as diferentes

⁶⁸³ No âmbito da análise institucional comparativa, há autores alinhados com uma proposta metodológica distinta da ora apresentada, conformada pelo aparato teórico da teoria dos jogos. Para uma completa explicação desse método, ver AOKI, Masahiko. *Toward a Comparative Institutional Analysis*. Cambridge: The MIT Press, 2001.

⁶⁸⁴ “When the Court addresses constitutional issues, it typically must choose a principal decision maker from among the various institutions of government, including the judiciary itself. Accordingly, it should, and to some extent does, consider the relative strength and weaknesses of these institutions to address the social issue involved. These institutions differ from one another and the force and implication of these differences vary from one type of social issue to another” (KOMESAR, Neil. *Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis*. In: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 51, nº 2, 1984, p. 366).

⁶⁸⁵ A estruturação inicial aparece em dois artigos na década de 80 (KOMESAR, Neil. *In Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative*. In: *Michigan Law Review*, Vol. 79, nº 7, 1981, pp. 1350-1392 e KOMESAR, Neil. *Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis*. In: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 51, nº 2, 1984, pp. 366-446) e é apresentada de forma consolidada em KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994.

⁶⁸⁶ “In this book, I refer to the decision of who decides as ‘institutional choice’. The term ‘institutional’ reflects the reality that the decision of who decides is really a decision of what decides” (KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 3).

⁶⁸⁷ “Institutional choice must be addressed and comparative institutional analysis must be used because institutional choice is an essential issue and comparative institutional analysis is the only valid way to address it” (KOMESAR, Neil. *The Perils of Pandora: Further Reflections on Institutional Choice*. In: *Law & Social Inquiry*, Vol. 22, nº 4, 1997, p. 1008).

estruturas decisórias para decidir a qual delas será incumbida uma determinada função⁶⁸⁸.

A análise institucional comparada advoga que, para que essa decisão possa ser útil, não basta a atenção aos objetivos de cada instituição, sendo necessária a ênfase na sua funcionalidade⁶⁸⁹. Os fatores determinantes das decisões são analisados de forma melhor quando se pressupõe que a decisão em torno de qual instituição é incumbida de quais tarefas não é uma busca pela instituição perfeita, mas pela menos imperfeita das alternativas⁶⁹⁰. Esse conjunto de ferramentas está assentado sobre premissas de natureza *realista*⁶⁹¹: não basta olhar para como as instituições *deveriam funcionar*, mas sim para

⁶⁸⁸ “There are no shortcuts around the issue of institutional choice. Every law and public policy choice involves institutional choice. That is unavoidable. The question is whether these institutional choices are made implicitly or explicitly; whether they are made thoughtfully or haphazardly” (KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 11).

⁶⁸⁹ “Goal choice may be necessary to the determination of law and public policy, but it is far from sufficient (...). A link is missing - an assumption overlooked - in analyses that suppose that a given law or public policy result follows from a given social goal. That missing link is ‘institutional choice’” (KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 5). Nesse sentido: “a estratégia básica de raciocínio de quem leva as “capacidades institucionais” a sério é a de que não se deve buscar algum tipo de solução ideal e recomendar que os órgãos decisores cheguem o mais próximo possível dela, mas sim que, comparando os custos associados a cada estado de coisas possível vinculado à implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar a “segunda melhor” solução” (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: *Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, 2011, p. 11).

⁶⁹⁰ KOMESAR, Neil. In *Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative*. In: *Michigan Law Review*, Vol. 79, nº 7, 1981, p. 1350.

⁶⁹¹ É possível assumir a análise institucional comparativa como um complemento de uma postura realista, pelo seu caráter instrumental. Nesse sentido é a proposta de Gregory Shaffer, para quem se trata de um caráter complementar: “New legal realism provides a necessary complement that grounds comparative institutional analysis in empirical work. Such empirical work should inform comparative institutional analysis regarding the implications of different institutional choices. (...) A new legal realism is important for engaging in comparative institutional analysis in two respects. First, it helps us to develop conditional theory regarding the conditions under which law is made and has effects. By conditional theory, I refer to theory built from methodological approaches that seek to understand variation regarding law’s development and role in different contexts. (...) Complementarily, new legal realism is important for developing emergent analytics that upsets prior assumptions and predispositions that turn out to be wrong. By emergent analytics, Nourse and I mean analytics through which researchers can reassess their analytic priors so that new understandings can emerge. For a new legal realist, methods should not only aim to explain variation, but also must be careful not to simply reconfirm analytic priors. Qualitative methods, such as fieldwork, can be particularly beneficial in this respect. A participation-oriented comparative institutional analysis is linked to the idea of emergent analytics in that it recognizes that the dynamics of participation in different institutional processes give rise to quite different analytics. (SHAFFER, Gregory. *Comparative Institutional Analysis and a New Legal Realism*. In: *Wisconsin Law Review*, nº 2, 2013, pp. 623-625).

*como elas funcionam*⁶⁹². Nessa medida, não basta a atenção para os aspectos estruturais de uma determinada instituição, sendo necessária a comparação entre as possíveis esferas decisórias no que diz respeito ao seu funcionamento⁶⁹³.

Os pontos positivos e negativos de cada instituição variam por uma série de circunstâncias⁶⁹⁴. O funcionamento regular de uma instituição nem sempre determinará a sua escolha ou preterição, porque o exercício é sempre relacional: dentre as possíveis, determina-se qual a mais capacitada⁶⁹⁵. Não basta a constatação de que uma instituição não é capacitada para aquela determinada tomada de decisão para que se aloque essa competência em outra instituição igualmente incapacitada⁶⁹⁶. Esse círculo, similar àquele da regulação que sucede à constatação de uma falha de mercado (e que acaba criando outros problemas de mercado), deve ser evitado mediante a utilização de uma métrica como a proposta por Komesar⁶⁹⁷.

⁶⁹² “In a world of institutional alternatives that are both complex and imperfect, institutional choice by implication, simple intuition, or even long lists of imperfections is deeply inadequate” (KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 6).

⁶⁹³ “Institutional analysis must be comparative. No matter how sophisticated, single institutional analysis is an inefficient substitute; it cannot evaluate the relative merits of imperfect institutional alternatives” (KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 271).

⁶⁹⁴ “The strengths and weaknesses of one institutional versus another vary from one set of circumstances or another” (KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 5).

⁶⁹⁵ “Issues at which an institution, in the abstract, may be good may not need that institution because one of the alternative institutions may be even better. In turn, tasks that strain the abilities of an institution may wisely be assigned to it anyway if the alternatives are even worse” (KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 6).

⁶⁹⁶ “As habilidades e limitações de uma instituição devem ser apreciadas relativamente aos méritos e deméritos das outras instituições também capazes de oferecer respostas para determinados problemas” (LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. *Dois problemas de operacionalização do argumento de capacidades institucionais*. *Rei - revista estudos institucionais*, v. 2, 2016, pp. 197-198).

⁶⁹⁷ “it is not good enough to identify an institutional malfunction (a type of social cost problem) and recommend an alternative institutional solution that may also fail (sometimes for the same reasons). This leads only to an institutional cycling problem as market failures lead to purported government solutions, which then lead to government failures, giving rise to calls for market solutions. It is better to avoid this cycling problem by comparing the expected costs associated with any recommended institutional solution with the observed costs of the alleged institutional failure” (COLE, Daniel. *Varieties of Comparative Institutional Analysis*. In: *Winsconsin Law Review*, 2013, pp. 386-387).

4.3.1. As capacidades institucionais e a metodologia da análise institucional comparada

Para a determinação de qual instituição terá a incumbência de decidir e quais serão as questões a ela submetidas é preciso analisar as *capacidades institucionais*⁶⁹⁸. Esse conceito foi desenvolvido por Sunstein e Vermeule⁶⁹⁹ e tem por finalidade identificar os méritos comparativos de cada instituição para decisões “que podem estar sob a esfera de competências de mais de uma instituição” ou “cujas soluções por uma dada instituição terão efeitos sobre objetivos compartilhados por outras”⁷⁰⁰. Pode-se dizer que o argumento das capacidades institucionais enquadra-se em uma mais ampla consideração em torno das “capacidades *reais* de tomadores de decisão”⁷⁰¹. Além disso, é preciso atentar para os efeitos sistêmicos inerentes àquela estrutura de tomada de decisão⁷⁰². A capacidade institucional, para ser constatada, depende de bases empíricas e é, necessariamente, contingente⁷⁰³. Trata-se de um argumento que depende, portanto, de “uma comparação empiricamente informada sobre os custos e benefícios de se alocar, no agregado, a prerrogativa de resolução de um determinado problema a uma determinada instituição”⁷⁰⁴.

⁶⁹⁸ “I recognize that my call for comparative institutional analysis must be accompanied by a strategy for identifying and comparing institutional capabilities” (KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 7).

⁶⁹⁹ “The first has to do with institutional capacities. As we shall urge, debates over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. The central question is not “how, in principle, should a text be interpreted?” The question instead is “how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?”” (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. In: *Michigan Law Review*, Vol. 101, nº 4, 2003, p. 886).

⁷⁰⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: *Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, 2011, p. 15.

⁷⁰¹ LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de capacidades institucionais. *Rei - revista estudos institucionais*, v. 2, 2016, p. 197.

⁷⁰² Um exemplo dessa proposta de análise dos efeitos sistêmicos é dado por Sunstein e Vermeule no que tange às técnicas de interpretação: “a claim about appropriate interpretation is incomplete if it does not pay attention to considerations of administrability, judicial capacities, and systemic effects in addition to the usual imposing claims about legitimacy and constitutional authority. (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. In: *Michigan Law Review*, Vol. 101, nº 4, 2003, p. 950)

⁷⁰³ “Essas considerações – “capacidades institucionais” – são necessariamente empíricas, comparativas e contingentes, só podendo ser fixadas em arranjos institucionais e momentos específicos. Isso faz com que as respostas para as questões relacionadas a métodos e posturas mais adequadas de decisão tenham, como visto, uma inevitável dimensão contextual ou circunstancial, o que as torna necessariamente contingentes” LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de capacidades institucionais. *Rei - revista estudos institucionais*, v. 2, 2016, p. 197.

⁷⁰⁴ LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de capacidades institucionais. *Rei - revista estudos institucionais*, v. 2, 2016, p. 198.

As capacidades institucionais podem ser definidas em dois grandes grupos: capacidades *materiais* e capacidades *funcionais*. As capacidades materiais estão ligadas “ao aparato técnico-administrativo que a integra e aos recursos disponíveis para efetivar transformações”. As capacidades funcionais estão ligadas ao “arranjo dentro do qual operam, às finalidades para as quais foram concebidas e às capacidades cognitivas efetivas dos seus principais atores”⁷⁰⁵. As capacidades funcionais podem estar ligadas a questões de natureza jurídica e epistêmica. As capacidades *funcionais jurídicas* referem-se “ao conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional para certa instituição”. As capacidades *funcionais epistêmicas* referem-se “às capacidades efetivas de assimilar e lidar com informações, que podem variar quantitativa e qualitativamente, como aos modos de processamento de informações desenvolvidos internamente”⁷⁰⁶. A utilização dessa métrica não é fácil: deve-se evitar seu uso banal, redundante ou absurdo⁷⁰⁷. Além disso, sua operacionalização cria problemas de informação e da idealização⁷⁰⁸ e de observância e implementação⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ “Cada instituição tem capacidades funcionais, relacionadas ao arranjo dentro do qual operam, às finalidades para as quais foram concebidas e às capacidades cognitivas efetivas dos seus principais atores (por ex, juízes, para o Judiciário, e deputados e senadores, para o Legislativo federal), definidas, sobretudo, em função da sua formação. Além disso, cada instituição tem capacidades materiais, relacionadas ao aparato técnico-administrativo que a integra e aos recursos disponíveis para efetivar transformações” (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: Direito, Estado e Sociedade, nº 38, 2011, p. 43).

⁷⁰⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: Direito, Estado e Sociedade, nº 38, 2011, p. 43.

⁷⁰⁷ “Corre-se o risco de que a idéia de “capacidades institucionais”, em vez de sintetizar um argumento original, útil e juridicamente plausível, seja empregada como: (a) um recurso de baixíssimo potencial crítico, porque facilmente incorporável (ou já incorporado) por qualquer teoria normativa minimamente sofisticada – um uso banal; (b) um rótulo novo para categorias dogmáticas antigas, sem que a invocação de “capacidades institucionais” traga consigo qualquer efetivo benefício prático ou conceitual – um uso redundante; ou (c) um argumento pragmático completamente desvinculado do direito positivo e, assim, incompatível com pressupostos e condicionamentos básicos do raciocínio judicial – um uso absurdo” (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: Direito, Estado e Sociedade, nº 38, 2011, p. 9). Preocupação similar aparece em CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017, pp. 391-392.

⁷⁰⁸ O problema de informação ocorre quando se deixa de lado a coleta de dados empíricos e utiliza-se inferências, e o problema da idealização ocorre quando analisa-se uma das instituições no seu funcionamento ideal e a outra no seu funcionamento real. Tudo conforme LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de capacidades institucionais. Rei - revista estudos institucionais, v. 2, 2016, pp. 202-205.

A métrica proposta por Komesar para a análise da capacidade institucional, entretanto, centra-se no que ele chama de *participation-centered approach*⁷¹⁰. Trata-se de uma moldura analítica que vê na participação dos agentes sociais o fator determinante para a análise das instituições⁷¹¹. O modelo é bastante simples: análise dos *custos e benefícios* da participação dos atores daquela instituição⁷¹². No lado dos custos devem ser analisados os *custos de informação e de organização* da instituição para permitir a participação. No lado dos benefícios deve ser analisada a *distribuição dos ganhos sociais* para a população⁷¹³. O comportamento das instituições é visto como uma função da participação dos agentes do mercado, da política e do direito (compradores e

⁷⁰⁹ O problema da observância está ligado à existência de limitações cognitivas e à incerteza que preside a análise comparativa (por ser feita por indivíduos). O problema da implementação está justamente na dificuldade de se garantir que o raciocínio macro inerente à comparação seja levado a efeito pelos demais decisores no futuro. Tudo conforme LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de capacidades institucionais. *Rei - revista estudos institucionais*, v. 2, 2016, pp. 205-209.

⁷¹⁰ “To that end, I provide an analytical framework - the 'participation-centered approach' - that will permit analysts of law and public policy to organize studies of institutional choice in the various areas of law and public policy that interest them. (...) in this framework, variation in the performance of an institution is tied to the participation of important institutional actors common to all the institutions. As such, I emphasize the activities of consumers, producers, voter, lobbyists, and litigants” (KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 7).

⁷¹¹ “The participation-centered approach identifies the actions of the mass of participants as the factor that in general best accounts for the variation in how institutions function. In this sense, the adjudicative and political processes are like the market, with its myriad of buyers and sellers” (KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 7).

⁷¹² Com isso, a análise institucional comparada afasta-se sutilmente da proposta da nova economia institucional (que é centrada na eficiência alocativa). Sobre isso: “Komesar’s approach also differs from new institutional economics in terms of his focus on the dynamics of participation within institutions that affect the pursuit of any social goal as opposed to a focus on resource allocation efficiency” (SHAFFER, Gregory. *Comparative Institutional Analysis and a New Legal Realism*. In: *Wisconsin Law Review*, nº 2, 2013, p. 614). De outro lado, também se afasta da análise econômica do direito tradicional, sendo inclusive crítica do seu método (ao menos no seu aspecto normativo, quando discute os efeitos das decisões). Sobre o tema, ver KOMESAR, Neil. In *Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative*. In: *Michigan Law Review*, Vol. 79, nº 7, 1981, p. 1359 e pp. 1390-1391.

⁷¹³ “The basic model of institutional participation is a simple economic one. The character of institutional participation is determined by the interaction between the benefits of that participation and the costs of that participation. The benefit side focuses on the characteristics of the distribution of benefits or stakes across the relevant populations. Here the central determinants I examine are the average per capita stakes and the extent to which per capita stakes vary within the population. The cost side focuses on the costs of participating in the institutions - transaction costs, litigation costs, political participation costs. These costs generally fall into one of two broad categories - the cost of information and the cost of organization”. (KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 8).

vendedores, políticos e lobistas, litigantes e juizes)⁷¹⁴. A participação, por sua vez, é uma função dos custos e benefícios envolvidos para esses agentes⁷¹⁵. Cada instituição terá suas vantagens e desvantagens em relação a outra, no que tange a determinado grupo de decisões⁷¹⁶.

Em suma, a tese de Komesar é a de que as instituições devem ser analisadas pelo seu efetivo funcionamento (e não com base nos seus objetivos), sendo viável essa análise apenas de maneira relacional (comparando as alternativas imperfeitas presentes naquele determinado sistema). A técnica procede mediante determinação da política pública específica que deve ter sua esfera decisória alocada e verificação das capacidades institucionais de cada instituição, com base na métrica da participação.

4.3.2. A utilidade da comparação institucional para a arquitetura processual

Não há uma única forma de se fazer comparação de instituições. O modo pelo qual será desenvolvida a análise depende do conceito de instituição e da função que se acomete à comparação⁷¹⁷. No entanto, a métrica proposta por Komesar e refinada por Vermeule e Sunstein fornece um espaço interessante de utilidade⁷¹⁸. É possível

⁷¹⁴ KOMESAR, Neil. *The Perils of Pandora: Further Reflections on Institutional Choice*. In: *Law & Social Inquiry*, Vol. 22, nº 4, 1997, p. 1002.

⁷¹⁵ “Participation is seen as a function of the benefits and costs of participation- in particular, the characteristics of the distribution of benefits (the mean and variance of per capita benefits) and two forms of costs-the cost of organization and the cost of information. This participation-centered model is bottom-up. It focuses on the activities of the mass of participants as opposed to the more prominent figures at the top-industrialists, legislators, or judges. It also assumes a qualified form of rational choice. For my purposes, rational choice means the rough calculation of cost and benefits, including the rough calculation of the cost of calculation itself. Information is costly and its cost determines the quality and extent of calculation. My approach also places emphasis on scarcity and the limitation of resources. As I have stressed, this approach is meant as an analytic framework – a structure on which to construct analysis – a place to start. At least two of its three basic tenets (bottom-up and rationality) are capable of significant flexibility (...) As I show, the participation-centered model provides a way to determine when it is likely that top-down influence can occur. (...) Because I wanted my analytical framework to be available to a wide range of potential applications, I constructed an analysis that could be adapted for different settings” (KOMESAR, Neil. *The Perils of Pandora: Further Reflections on Institutional Choice*. In: *Law & Social Inquiry*, Vol. 22, nº 4, 1997, pp. 1002-1003).

⁷¹⁶ SHAFFER, Gregory. *Comparative Institutional Analysis and a New Legal Realism*. In: *Wisconsin Law Review*, nº 2, 2013, pp. 609-610.

⁷¹⁷ Sobre o tema, ver COLE, Daniel H. *The Varieties of Comparative Institutional Analysis*. In: *Wisconsin Law Review*, vol. 383, 2013, pp. 101-127.

⁷¹⁸ Procedendo à análise institucional comparada, na discussão entre decisão judicial ou decisão pelas agências reguladoras, ver ESKRIDGE, William. *Expanding Chevron's Domain: A Comparative Institutional Analysis of the Relative Competence of Courts and Agencies to Interpret Statutes*. In:

encontrar dois âmbitos de atuação da análise institucional comparada: um âmbito *interinstitucional* (administração direta, agências reguladoras e jurisdição, por exemplo) ou *intrainstitucional* (órgãos dentro da estrutura judiciária, por exemplo)⁷¹⁹. A utilidade da análise institucional comparada para o direito é inequívoca. Ela permite a avaliação de contextos jurídicos ligados à delimitação do espaço de poder outorgado a cada instituição. Cumpre verificar em que medida ela pode ser interessante para o direito processual.

Três são os espaços de aplicação da análise institucional comparativa para a estrutura da justiça civil: solução de *impasses interinstitucionais*, solução de *impasses intrainstitucionais* e *adaptação institucional referenciada*. A proposta do presente trabalho é utilizar a análise institucional comparativa como um ponto de partida para, indo além, utilizá-la como possível ferramenta de design institucional (terceira aplicação). No entanto, a metodologia proposta pela análise institucional comparada é frutífera para também para aplicação direta à justiça civil (primeira e segunda aplicações).

Em primeiro lugar, do ponto de vista macro, a análise tem sido aplicada já desde o seu nascedouro para a discussão relativa aos limites da intervenção judicial, especialmente em questões envolvendo políticas públicas, o que poderíamos incluir

Wisconsin Law Review, vol. 411, 2013, pp. 411-454. Para discussão de possíveis espaços de aplicação, ver VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007. Uma análise institucional comparativa interessante foi desenvolvida por Burbank e Farhang em torno das tensões entre judiciário e legislativo nas reformas processuais estadunidenses (BURBANK, Stephen; FARHANG, Sean. *Litigation reform: an institutional approach*. In: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 162, 2014, pp. 1543-1618). Semelhante análise no direito processual brasileiro seria útil para verificar em que medida as proposições legislativas criticadas pelo judiciário quando da tramitação estão sendo agora conformadas pela jurisprudência de modo a “corrigir” eventuais distanciamentos daquela posição. O art. 489, §1º seria um bom parâmetro de exemplo.

⁷¹⁹ Falando em dois aspectos da análise institucional comparativa (argumentos intrainstitucionais e interinstitucionais), ver ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: *Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, 2011, p. 13 e p. 41. No processo civil, essa é a proposta de CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017, pp. 569-570.

como uma atividade de *comparação interinstitucional*⁷²⁰. Nesse mesmo espaço, a estrutura da justiça civil poderia ampliar a análise para discussões como a desjudicialização da atividade executiva⁷²¹, por exemplo. O mesmo pode-se pensar para certos atos *a priori* de competência jurisdicional, mediante delegação *ad actum* para outras instituições⁷²². Registre-se que a extensão tradicionalmente outorgada pela doutrina ao direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição é uma barreira dogmática que deve ser superada para que se possa efetivar uma profunda discussão em torno das capacidades institucionais de outras instituições que não o judiciário para a análise de questões litigiosas⁷²³.

Em segundo lugar, já no âmbito de uma análise *intrainstitucional*, pode-se pensar em análises comparativas entre diferentes órgãos do poder judiciário. Exemplo interessante de aplicação da técnica é no âmbito do estudo da competência adequada⁷²⁴. Pode-se pensar em inúmeros exemplos de maior funcionalidade de determinados órgãos que, pelas regras estáticas de competência, não seriam competentes para julgar um determinado caso. Especialmente, esse tipo de análise pode levar ao reconhecimento de uma maior funcionalidade de determinados procedimentos para certas modalidades de

⁷²⁰ No Brasil, a análise institucional comparada foi utilizada para tratamento do tema dos processos estruturais, por FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

⁷²¹ A exemplo do que já ocorre nos artigos 26, 26-A e 27 da Lei nº 9.514/97, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário. Um espaço de desenvolvimento poderia ser o da formatação de convenções processuais estipulando execução extrajudicial (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5 (2009). Execução. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 49). Sobre o tema da desjudicialização, ver RIBEIRO, Flávia Pereira. Desjudicialização da Execução Civil. São Paulo: Saraiva, 2013; FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. Desjudicialização do processo de execução: o modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira. Curitiba: Juruá, 2015, em especial 69-149 e NETO, Elias Marques de Medeiros. Desjudicialização: a execução no sistema processual português. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). Processo em Jornadas: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual. XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 229-244.

⁷²² CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017, pp. 447-507.

⁷²³ Exemplificativamente, pode-se pensar na utilização da técnica para resolução de problemas envolvendo as previsões de arbitragem compulsória em certas relações com o poder público (como no mercado de energia elétrica ou em questões portuárias), de *dispute boards* adjudicativos ou ainda de mediação extrajudicial prévia obrigatória.

⁷²⁴ É a proposta de CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017, pp. 569-570

litígio, demonstrando, por exemplo, que a estrutura de determinados procedimentos como o dos juizados especiais podem ter menor capacidade institucional para determinados litígios, mesmo que dentro de sua esfera competencial⁷²⁵. Um espaço possível de desenvolvimento pode envolver o tema das capacidades institucionais e a decisão em torno de quais cortes devem ter a incumbência de formar precedentes. A discussão pode se dar observando-se os órgãos judiciários e sua capacidade para tomada de decisão a respeito de questões jurídicas, dentro de um mesmo tribunal⁷²⁶.

No entanto, para o escopo do presente trabalho, a análise institucional comparativa pode ter maior utilidade se for utilizada como ponto de partida para uma tarefa de *adaptação institucional referenciada*. Trata-se, assim, de uma aplicação indireta da teoria: a análise comparativa funcionando como um retrato de boas práticas institucionais. Assim, mediante a análise institucional comparada, a tarefa do arquiteto institucional seria a identificação de bons resultados institucionais e a posterior identificação das práticas institucionais que levaram a esse resultado. Nesse caso, a teoria não funciona com a finalidade de subsidiar a tomada de decisão em torno de qual instituição deve ser incumbida do papel decisório, mas com a finalidade de servir de *instrumento para reforma microinstitucional*. Nesse sentido, o trajeto metodológico passa por três etapas: (1) identificação de boas práticas institucionais; (2) identificação das razões institucional-estruturais que influenciam diretamente para a obtenção desses bons resultados funcionais e; (3) de posse desse conhecimento, delimitação de estruturas institucionais processuais a partir dos exemplos.

Na tarefa de delimitação dos arranjos microinstitucionais, o arquiteto institucional (prioritariamente o legislador, mas também eventualmente as partes mediante negociação e, residualmente, o juiz, mediante espaços de flexibilização) deve atuar mediante (3.1) adaptação – e não transplante direto de mecanismos –, (3.2)

⁷²⁵ Esse poderia ser o caso para determinados litígios com média complexidade que estão albergados na esfera de competência absoluta dos juizados especiais federais ou da fazenda pública, por exemplo.

⁷²⁶ A decisão sobre o incidente de assunção de competência e a decisão sobre formação de precedentes pelos órgãos fracionários das cortes supremas, por exemplo, podem ser adequadamente pensadas à luz das capacidades institucionais.

utilização de dados empíricos⁷²⁷ e (3.3) se possível, utilizando modelos experimentais. O caminho é similar ao utilizado na prática do direito processual comparado: é necessário percorrer um trajeto metodológico⁷²⁸.

Nessa medida, a comparação institucional (assim como a metodologia do direito comparado) pode servir como instrumento crítico⁷²⁹ para o aperfeiçoamento e desenvolvimento das instituições-jurídico processuais⁷³⁰. Assim como o “comparatista jurídico” olha para o direito estrangeiro buscando soluções para os problemas do direito interno, fornecendo um guia para a ação político-jurídica⁷³¹, o “comparatista institucional” olha para o funcionamento de certas instituições buscando soluções para problemas da instituição alvo. No caso específico, exerce uma função de reforma, que assim como no direito comparado, pode ser compreendida como a possibilidade de desenvolver propostas de reforma para a melhoria de um dado sistema⁷³², sendo absolutamente necessária a compreensão da efetividade dessas soluções no arranjo institucional de onde foram adaptadas⁷³³. Daí a necessidade de que esse tipo de adaptação se dê após pesquisas empíricas que sigam a metodologia da análise institucional comparativa.

Alguns espaços de aplicação podem ser vislumbrados, abrindo espaço para um novo método de comparação jurídica horizontal baseado nas capacidades institucionais. Em um primeiro espaço, pode-se pensar na mirada a procedimentos

⁷²⁷ Nesse assunto, deve-se reconhecer um papel importantíssimo a ferramentas de conhecimento como a jurimetria (entendida como “disciplina do conhecimento que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica” – NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: RT, 2016, item 5.I da versão eletrônica).

⁷²⁸ Para uma análise mais completa acerca dessa metodologia, ver ABREU, Rafael Sirangelo de. *Comparação jurídica: perspectivas analíticas do método comparativo para o processo civil*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: RT, 2017, pp. 1299-1320.

⁷²⁹ ZWEIGERT, Konrad (1911-1996); KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato: principi fondamentali* (1969). Trad. Barbara Pozzo. Milano: Giuffrè, 1998, p. 55.

⁷³⁰ ZWEIGERT, Konrad (1911-1996); KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato: principi fondamentali* (1969). Trad. Barbara Pozzo. Milano: Giuffrè, 1998, p. 18.

⁷³¹ ZWEIGERT, Konrad (1911-1996); KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato: principi fondamentali* (1969). Trad. Barbara Pozzo. Milano: Giuffrè, 1998, p. 15.

⁷³² Nesse sentido, GOTTWALD, Peter. *Comparative Civil Procedure*. In: *Ritsumeikan Law Review*, nº 22, 2005, p. 24.

⁷³³ O alerta é de DENTI, Vittorio (1919-2001). *Diritto Comparato e Scienza del Processo*. In: *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 26.

típicos de mercado e sua adaptação para o processo judicial. Dois espaços de análise podem ser úteis. Um primeiro arranjo institucional adaptado do mercado poderia interessar ao processo relativamente aos mecanismos de intercâmbio privado de arrazoados e fase prévia de pesquisa em torno do patrimônio do réu⁷³⁴ previamente à propositura da demanda (uma espécie de adaptação dos *pre-action protocols*, do direito inglês⁷³⁵). Nesse caso, é de se cogitar que arranjos de mercado tenham maior capacidade institucional de ajudar na delimitação do objeto litigioso, de incentivar autocomposição ou de possibilitar uma litigiosidade útil e não-aventureira. O mesmo se poderia pensar para situações de intercâmbio de documentos. Esse tipo de mecanismo poderia ser adaptado pelas próprias partes ao estipularem procedimentos extrajudiciais prévios mediante convenções processuais, com penalidades contratuais em caso de inadimplemento. Para que se comprove a assertiva é preciso verificar o tipo de litígio e a capacidade das estruturas administrativas para proverem eventual informação que esteja a seu alcance e que não possa ser obtida no mercado. Para tanto, é necessário promover situações experimentais para obtenção de resultados empíricos testáveis.

Outro espaço interessante de aplicação da técnica é a possível adaptação dos procedimentos ligados aos meios adequados de solução de conflito que funcionam na esfera extrajudicial para as tentativas de autocomposição judicial, já que hoje há inúmeros espaços previstos proceduralmente no processo civil brasileiro, para tanto. Especialmente aqui pode ser útil a adaptação de procedimentos modernos de mediação que se mostrem bem sucedidos em câmaras privadas ou a importação de técnicas como a resolução colaborativa de disputas⁷³⁶.

⁷³⁴ Semelhante situação – embora mais restritiva pela desjudicialização e atuação direta da parte interessada – está sendo implementada gradual e silenciosamente pela Receita Federal, para indisponibilidade do patrimônio do devedor antes da propositura da execução fiscal. Especialmente após o advento da Lei nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018, que em seu artigo 25 inseriu os artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, permitindo que a Fazenda Pública averbe a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando-os indisponíveis mesmo sem processo judicial. O dispositivo teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.881/DF), ainda pendente de julgamento.

⁷³⁵ ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice. Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*. Dordrecht: Springer, 2012, p. 64. Ver, ainda, LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure* (2001). 2ª Ed. London: Cavendish, 2004, pp. 77-99.

⁷³⁶ No Brasil, ver CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (Collaborative Law): “Mediação sem mediador”*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e*

No que tange às práticas decisórias utilizadas nas cortes de justiça e nas cortes supremas, o processo civil poderia utilizar boas práticas de tomada de decisão no mercado e nas instâncias administrativas para melhorar a forma como são colhidos os votos, especialmente nas cortes incumbidas da formação de precedentes⁷³⁷. Pode-se pensar em coleta de votos virtual (como hoje já ocorre no julgamento da Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal e em algumas instâncias regulatórias), em composição de supermaiorias ou quóruns distintos para a formação de precedentes, na eventual necessidade de julgamentos de segunda ordem para fixação de teses⁷³⁸ ou mesmo no incremento das composições mistas nos tribunais⁷³⁹.

5. Síntese conclusiva: a perspectiva institucional-econômica do processo e a importância do desenho institucional para delimitação de incentivos adequados ao comportamento dos sujeitos processuais

“O bom legislador deve ser dotado de certa imaginação, temperada pelo seu senso histórico, para conseguir prever com suficiente aproximação como serão acolhidas – por aqueles que devem observância – as leis que ele se propõe a colocar em vigência”⁷⁴⁰ (Piero Calamandrei, 1950).

outros meios de solução adequada de conflitos. Coleção grandes temas do novo CPC. Vol. 9. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 709-726. Para um panorama geral, ver GUTTERMAN, Sheila M. Collaborative Law: a new model for Dispute Resolution. Denver: Bradford Publishing, 2004, em especial pp. 37-48.

⁷³⁷ Essa discussão tem recebido atenção da doutrina processual nos últimos anos. Para um panorama geral da discussão em torno da coleta dos votos nas cortes supremas, ver MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas cortes supremas. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: RT, 2015. Sobre o tema, ver ainda PEREIRA, Paula Pessoa. Supermaioria Como Regra de Decisão na Jurisdição Constitucional do Supremo Tribunal Federal. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

⁷³⁸ SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second Order Decisions. In: SUNSTEIN, Cass (ed). Behavioral Law and Economics. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 187-208.

⁷³⁹ Nesse sentido, explorando os possíveis viesamentos nas decisões colegiadas, ver FARHANG, Sean; WAWRO, Gregory. Institutional Dynamics on the U.S. Court of Appeals: minority representation under panel decision making. In: The Journal of Law, Economics & Organization, vol. 20, nº 2, 2004, pp. 299-330; KIM, Pauline. Deliberation and Strategy on the United States Courts of Appeals: An Empirical Exploration of Panel Effects, In: University of Pennsylvania Law Review, vol. 157, 2009, pp. 1319-1381.

⁷⁴⁰ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, pp. 23-24 (tradução livre).

*“É neste plano [do ambiente institucional] que releva o Direito, o modo como são fixadas as regras de legitimação, de apropriação, de exclusão, de coordenação e de solução de litígios - pois a ‘racionalização económica’ começa logo na escolha das normas jurídicas adequadas, que, por exemplo, compatibilizem os valores da justiça e da eficiência, que instilem segurança sem tolherem a liberdade das escolhas individuais, que tutelem expectativas legítimas”*⁷⁴¹ (Fernando Araújo, 2002).

A organização normativa do processo judicial tem por finalidade estruturar uma *ordem* de atividades em sequência com a finalidade de viabilizar a tutela dos direitos. Do ponto de vista jurídico, essa ordem sequencial organiza-se na forma de um procedimento qualificado pela participação de todos os sujeitos. É possível, no entanto, proceder a uma leitura determinada dessa estruturação normativa, enfatizando a função de coordenação de comportamentos que é acometida a essa estruturação normativa. Se é inerente a toda forma de organização jurídica essa função de alinhamento e orientação de condutas, no processo semelhante função não pode ser desconsiderada.

Essa constatação permite que se passe a observar o processo a partir de métricas não estritamente jurídicas. No plano dos comportamentos em sociedade, a figura dos *incentivos* tem absoluta utilidade, pois permite compreender as condutas humanas. A economia, como bem caracteriza Landsburg, nada mais é do que a derivação de uma singela, embora importantíssima, observação: as pessoas respondem a incentivos⁷⁴². Compreendido o processo como um ambiente de comportamentos sociais e as normas processuais como instrumentos que buscam a coordenação desses comportamentos em direção a uma determinada finalidade de realização e reconstrução

⁷⁴¹ ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 25.

⁷⁴² LANDSBURG, Steven. The Armchair Economist. Economics & Everyday Life (1993). 2ª Ed. New York: Free Press, 2012, p. 3.

do direito material, pode-se conceber o direito processual como um sistema de incentivos postos pelo direito para a ação humana⁷⁴³.

No processo civil, a estruturação das normas processuais utiliza-se de consequências normalmente negativas em caso de não desempenho das condutas esperadas. Isso pode se dar por meio de deveres (caso em que se retira dos sujeitos a liberdade de ação) ou por meio de outras formatações, como o ônus (caso em que não se retira dos sujeitos a liberdade de ação). Esse último prepondera na estruturação do processo contemporâneo. Não por outra razão afirma Goldschmidt que o processo não pode prosperar senão mediante uma aproximação liberal⁷⁴⁴. O processo, como terreno de incerteza, privilegia as posições de liberdade de ação estruturando incentivos para além da cominação de consequências para o agir contrário ao direito (descumprimento de deveres).

Essa preponderância permite que se conceba o processo como um sistema de incentivos, na medida em que, mesmo diante de problemas de informação e racionalidade, justamente em função da estrutura conflitual típica do processo judicial, faz-se necessário que o processo estimule comportamentos distintos daqueles que seriam *a priori* desempenhados pelos sujeitos parciais. O direito processual, assim, cumpre uma *função de estímulo* muito clara: motivar os sujeitos parciais a agirem (a despeito de sua predisposição ou não) de maneira convergente à finalidade de dar tutela aos direitos.

Conceber as normas processuais, em específico, como incentivos para comportamentos legítimos que se conceba o processo, em geral, como uma instituição no sentido econômico dado pela nova economia institucional. A partir da assunção central do neoinstitucionalismo, que entende o direito como conjunto de contextos de ação (o

⁷⁴³ A ênfase nesse aspecto tem também uma conotação ideológica de proeminência das liberdades. Como ressalta Fernando Araújo: “A ênfase nos incentivos - sublinhemo-lo de imediato - é também a ênfase na liberdade, a convicção de que as pessoas são capazes de alcançar sem constrangimentos certas finalidades, desde que sejam criadas motivações adequadas - sob forma de ganhos e perdas associados às opções livremente disponíveis a cada agente” (ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 44-45 – grifo nosso).

⁷⁴⁴ GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des Prozessualen Denkens. Springer: Berlin, 1925, p. V (tradução livre).

direito como ordem normativa institucional), pode-se agregar roupagem jurídica à assunção central da nova economia institucional, de que a conformação institucional molda os comportamentos. Essa construção, no processo, fica bastante clara ao se verificar que (a) as normas processuais têm função de estímulo comportamental, (b) em conjunto constituem um mecanismo específico voltado a uma finalidade e (c) para além do seu aspecto de regulação do poder, estruturam um procedimento específico para tanto. O processo, assim, pode ser concebido como uma instituição econômica⁷⁴⁵.

Trata-se, em primeiro lugar, de uma nova roupagem à perspectiva institucional apresentada criticamente no primeiro capítulo desse trabalho. Aqui, como ali, busca-se encontrar uma unidade no fenômeno processual. Porém, na perspectiva institucional aqui adotada, o processo é percebido como um conjunto de normas que estabelecem incentivos para as relações humanas, como os “humanly devised constraints that shape human interaction”⁷⁴⁶ e não como “un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva a la que figuran adheridas (...) las diversas voluntades particulares de los sujetos”⁷⁴⁷. Registre-se, de outro lado, que a perspectiva adotada no presente trabalho não se assemelha à perspectiva neoinstitucionalista do processo civil⁷⁴⁸, uma vez que essa teoria assenta-se em premissas de natureza distinta daquelas ora adotadas⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ Um possível desenvolvimento da tese seria o de demonstrar o impacto do (mau) funcionamento da instituição para a economia geral da nação (na esteira dos desenvolvimentos da nova economia institucional e das teses do *law and development*). Para uma perspectiva inovadora da onda eficientista da justiça civil, ver CAPONI, Remo. Doing business come scopo della giustizia civile? In: Foro italiano, 2015, V, pp. 10-16.

⁷⁴⁶ NORTH, Douglass (1920-2015). Institutions, institutional change and economic performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 3.

⁷⁴⁷ GUASP, Jaime (1913-1986). Concepto y Metodo de Derecho Procesal (1944). Madrid: Civitas, 1997, p. 36.

⁷⁴⁸ Conforme LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos (1999). 13ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016; LEAL, Rosemiro Pereira. A teoria neoinstitucionalista do processo. Uma trajetória conjuntural. Belo Horizonte: Arraes, 2013 e LEAL, Rosemiro Pereira. Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neoinstitucionalista. In: DIDIER JR., Fredie; MOURÃO, Eduardo (coord.). Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, 2008, pp. 905-916.

⁷⁴⁹ Assim explicita o autor: “A minha teoria neoinstitucionalista do processo dá seguimento às conjecturas de Popper, migradas, à minha instância, para a área jurídica, sobre a sociedade aberta, a miséria do historicismo e principalmente sobre o seu método de encaminhar o conhecimento científico: o falsacionismo (falseabilidade)” (LEAL, Rosemiro Pereira. A teoria neoinstitucionalista do processo. Uma trajetória conjuntural. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 1). Em outra obra: “A principiologia do processo na *teoria neo-institucionalista* exige o pressuposto jurídico-discursivo-autocrítico de exercício continuado de auto-ilustração e de fi scalidade incessante pelos sujeitos de direito (legitimados ao processo-povo) sobre os fundamentos do sistema jurídico adotado como destinatários, autores e co-

A formatação dessa instituição deverá atentar, na sua tarefa de estimular comportamentos, a algumas variáveis importantes que exercem influência inequívoca na ação humana. Em primeiro lugar, o compartilhamento de informações por todos ou apenas por alguns dos sujeitos. Em segundo lugar, a segurança jurídica para o agir processual. Em terceiro lugar, a faceta temporal (ou demora) do processo. Em quarto lugar, o custo financeiro direto e indireto dessa instituição. Todas essas variáveis inevitavelmente conformarão a atividade dos sujeitos processuais e, se bem organizadas na forma de incentivos adequados, poderão levar a melhores resultados para o processo.

Em regra, esses estímulos proporcionados pelas normas processuais são estruturados de maneira instrumental, ligados a consequências materialmente aferíveis (ainda que sejam tão somente potenciais). Porém, nada obsta a que a justiça civil preocupe-se em também exercer estímulos mediante motivações sociais, especialmente ligadas a recompensas ou prêmios não materialmente aferíveis. A arquitetura institucional, assim, pode se valer de uma série de ferramentas para buscar a convergência desses comportamentos, ao estruturar incentivos.

A presente tese buscou demonstrar a utilidade de três dessas formas de conceber a arquitetura institucional, para além das ferramentas de estudo tradicionalmente utilizadas, ligadas a bases metodológicas de cunho estritamente jurídico. São elas: a arquitetura de escolhas (*choice architecture*), o design de mecanismos (*mechanism design*) e a análise institucional comparativa (*comparative institutional analysis*). Cada uma delas, utilizando-se de ferramentas metodológicas distintas, pode fornecer, à sua maneira, subsídios para a construção de um arranjo institucional adequado à finalidade processual de dar tutela aos direitos em perspectiva particular e em perspectiva geral⁷⁵⁰. Como se verifica, a proposta da presente exposição

autores, da construção (efetivação) de uma sociedade política a partir do recinto (âmbito teórico-conjectural) de uma linguisticidade (texto) processualmente constitucionalizada” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neoinstitucionalista*. In: DIDIER JR., Fredie; MOURÃO, Eduardo (coord.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 915).

⁷⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, pp. 16-28, em especial p. 25. As ideias estão

não é o desenvolvimento de uma análise econômica do processo civil, nos moldes tradicionais, ainda que as teses ora expostas possam ser reconduzidas à metodologia da análise econômica do direito positiva (na medida em que são descritos certos espaços de mau funcionamento da instituição processual) e da análise econômica do direito normativa (na medida em que são propostas conformações institucionais aderentes à finalidade acometida à instituição). Assume-se, em conclusão, que (a) as normas processuais têm um papel importantíssimo de definição dos incentivos adequados para o agir dos sujeitos processuais, (b) que os arranjos institucionais devem atentar para as variáveis que influem nesses comportamentos e, por fim, (c) que incentivos econômicos adequados são importantíssimos para que a instituição processual funcione melhor na sua dupla perspectiva (das partes e da justiça civil).

Essa estruturação pode ser analisada a partir de outra perspectiva, qual seja, a da intersubjetividade ínsita ao processo. A segunda parte do presente trabalho busca aplicar algumas das premissas ora expostas ao ambiente de interação processual e à conformação dos comportamentos dos sujeitos processuais, em especial no ângulo de visão das partes. É o que se passa a enfrentar.

desenvolvidas também em MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. In: RePro, v. 39, n. 229, São Paulo: RT, 2014, pp. 51-74.

**PARTE II – O FENÔMENO PROCESSUAL CIVIL E SEU ASPECTO
SUBJETIVO: DO JURÍDICO AO ECONÔMICO**

CAPÍTULO 1 - AS INTERAÇÕES PROCESSUAIS EM DUPLA PERSPECTIVA: O AGIR COOPERATIVO DO JUIZ E O AGIR ESTRATÉGICO DAS PARTES

“Mas, senhores: é esse um problema de direito processual, ou não seria talvez o próprio problema da relação entre o estado e o cidadão, transportado para o campo do processo civil? Não é o eterno conflito entre liberdade individual e os poderes públicos? Não é a eterna incerteza sobre as fronteiras da função de estado?”⁷⁵¹ (Giuseppe Chiovenda, 1907)

1. A divisão de trabalho entre juiz e partes e o modelo cooperativo

1.1. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes

A natureza dinâmica do processo, como fenômeno jurídico, também pode ser demonstrada a partir das relações entre os sujeitos processuais. Para além da estruturação objetiva do procedimento – entendido como ambiente de desenvolvimento do contraditório-influência por parte dos sujeitos processuais –, também em sua organização subjetiva os caracteres dinâmico do processo e estratégico da atuação dos sujeitos aparecem de maneira clara⁷⁵².

Em primeiro plano, é importante observar que a distribuição das incumbências entre os sujeitos processuais tem íntima conexão com o problema maior

⁷⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno* (1907). In: *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Volume I. Roma: Foro Italiano, 1930, pp. 391-392 (tradução livre).

⁷⁵² Algumas das ideias desenvolvidas no presente capítulo, relativas aos modelos processuais, podem ser encontradas, com maior aprofundamento, no trabalho desenvolvido como pré-requisito para a aprovação na disciplina “Fundamentos do Processo Civil”, desse programa de pós-graduação, posteriormente publicado em periódico científico na forma de artigo como ABREU, Rafael Sirangelo de. *Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado liberal ao Estado social e a atualidade de sua discussão*. *Revista de Processo*, São Paulo, v.39, n.229, p. 89-120, mar. 2014.

das relações entre estado, sociedade e indivíduo⁷⁵³. A preponderância maior ao papel das partes ou ao papel do juiz reflete, em alguma medida, mas sem a pretensão de um inexorável paralelismo, a concepção predominante – de uma determinada sociedade – em torno das funções do estado nas suas relações com os indivíduos. A essa distribuição de papéis convencionou-se denominar “problema da divisão de trabalho entre juiz e partes”, na expressão de Barbosa Moreira⁷⁵⁴. O processo, portanto, mesmo antes de sua autonomização do direito material, já era terreno para construções legislativas que buscavam resolver o problema. As codificações processuais civis sempre oscilaram no tratamento da matéria, ora conferindo maior poder às partes, ora conferindo maior preponderância aos poderes do juiz.

A expressão “divisão de trabalho”, aqui, deve ser entendida como a distribuição dos papéis preponderantes estabelecidos pelo direito processual de um determinado ordenamento às partes e ao juiz, em uma série de pontos sensíveis: iniciativa da instauração do feito, delimitação do objeto litigioso e do julgado, impulso do processo, estabilização do material de fato e de direito, extinção do processo por ato de vontade, disponibilidade acerca do material probatório e possibilidade de negociação em torno das normas de direito processual, entre outros temas. Como bem observa a doutrina, entre o monopólio das partes ou do órgão judicial existe um espaço de atuação complementar que medeia uma extensa gama de modelos que se oferecem à escolha dos teóricos⁷⁵⁵.

Várias foram as tentativas doutrinárias de agrupar certas características comuns objetivando reconstruir modelos ideais de distribuição do trabalho entre juiz e partes. Essa prática permite estabelecer um confronto possível e produtivo, a partir de

⁷⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno* (1907). In: *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Volume I. Roma: Foro Italiano, 1930, pp. 391-392).

⁷⁵⁴ “A ‘divisão de trabalho’, no processo, entre juiz e partes constitui problema cujo tratamento à evidência, pode e costuma variar no tempo e no espaço, sob a influência de inúmeros fatores”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). *O problema da ‘divisão de trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. In: *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35.

⁷⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). *O problema da ‘divisão de trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. In: *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35.

estruturas de tipo ideal⁷⁵⁶, evitando-se o fator negativo de ter que tratar com uma massa de detalhes, ao mesmo tempo em que a construção do modelo pode dar ênfase àquilo que realmente importa para sua finalidade de pesquisa⁷⁵⁷. A elaboração de um modelo para fins de comparação de ordenamentos ou de relações específicas dentro de um ordenamento pressupõe a determinação de quais aspectos relevam para aquela pesquisa⁷⁵⁸. Além disso, de quais os pressupostos culturais que condicionam aquelas estruturas existentes (cujas características são exacerbadas para fins de construção do modelo)⁷⁵⁹ e de como são feitas as escolhas a respeito das características que se exacerbam para fins de comparação⁷⁶⁰. Esse terceiro aspecto opera em três níveis: o da escolha do critério com base no qual serão selecionados os elementos e os aspectos do fenômeno a partir dos quais se pretende construir o modelo; o da escolha do parâmetro ou do contexto em relação ao qual se pretende determinar o critério preestabelecido e o da escolha dos elementos e dos aspectos do fenômeno à luz do critério estabelecido⁷⁶¹.

1.2. A tensão entre os papéis do indivíduo e do estado no processo civil: critérios de distinção entre modelos processuais

A divisão de trabalho entre juiz e partes, no processo civil, pode ser explicada a partir de quatro pontos de vista. Uma primeira maneira de estruturar essa distinção é a partir da simplificação da preponderância dada ao papel das partes e do juiz no desenvolvimento do processo, em torno da dicotomia *processo inquisitório*

⁷⁵⁶ Na abordagem de Enrico di Robilant, como “esquema representativo de um fenômeno da realidade social” ou de “construção artificial que não representa diretamente o fenômeno que se pretende estudar, mas serve para compreendê-lo mediante análise de um fenômeno análogo, mais simples, ainda que imaginário” (DI ROBILANT, Enrico (1924-2012). *Modelli nella Teoria del Diritto*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, Anno XXIV, 1970, pp. 705-721, em especial p. 707). No direito comparado, o raciocínio a partir de modelos tende a aproximar-se desse segundo tipo, na medida em que a construção dos modelos é sempre mediada por escolhas e preferências do comparatista, sem uma preocupação de descrição neutra da realidade social. Em outras palavras, na comparação haverá sempre o influxo de uma função outorgada àquela pesquisa em específico.

⁷⁵⁷ TARUFFO, Michele. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali* (2001). In: *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 70.

⁷⁵⁸ TARUFFO, Michele. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali* (2001). In: *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, 70.

⁷⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, em especial p. 32.

⁷⁶⁰ DI ROBILANT, Enrico (1924-2012). *Modelli nella Teoria del Diritto*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, Anno XXIV, 1970, p. 711.

⁷⁶¹ Tudo conforme DI ROBILANT, Enrico (1924-2012). *Modelli nella Teoria del Diritto*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, Anno XXIV, 1970, p. 713.

(não-adversarial) e *processo dispositivo* (ou adversarial). Essa distinção é *estrutural*. Uma segunda forma é a de encontrar em ordenamentos específicos tendências (ou vertentes) que demonstrem, em concreto, formatações distintas para a preponderância do poder das partes e do juiz no processo, como é o caso da *vertente francesa* e da *vertente austríaca*. Essa distinção é *histórica*. Ao lado dessa, é possível compreender essa tensão a partir da hoje bastante discutida distinção entre *processo autoritário* e *processo garantista*. Trata-se de uma distinção *político-ideológica*. Por fim, uma quarta forma de encarar o problema da divisão de trabalho entre juiz e partes é mediante a elaboração de modelos que buscam refletir tendências que aparecem em diferentes realidades processuais ao longo da história: *modelo isonômico* e *modelo assimétrico*. Trata-se de uma distinção de matriz cultural, que busca conglobar os demais aspectos.

1.2.1. Processo adversarial e processo inquisitorial: distinção estrutural

Tradicionalmente, o problema da divisão do trabalho entre juiz e partes foi resolvido a partir de uma dicotomia entre as estruturas processuais de tipo inquisitorial e de tipo adversarial⁷⁶². De um lado, uma estrutura com a característica de dar preponderância ao papel do juiz no desenvolvimento do *iter* processual, de outro, um modelo com a característica de dar preponderância ao papel das partes. O processo inquisitorial seria caracterizado pelo predomínio da iniciativa judicial para o impulso processual, como um empreendimento com finalidades estritamente públicas, que impõe ao juiz um dever de levar adiante o intento de atuação da lei e às partes um papel de submissão a essa direção pública do processo. O processo dispositivo, de sua parte, seria caracterizado pelo predomínio da iniciativa das partes para o impulso processual, como um empreendimento com finalidades primordialmente privadas, que outorga às

⁷⁶² A partir dessa distinção – puramente teórica, para a doutrina - foram construídos dois modelos técnicos destacados da realidade. A crítica é de COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del 'giusto processo'*. Torino: Giappichelli, 2004, pp. 349-350: “Questi caratteri distintivi – lo si è più volte sottolineato – scaturiscono, peraltro, da una contrapposizione puramente teorica fra modelli tecnici ipotizzati ‘allo stato puro’ e non contaminabili dall’esterno, ma collocati in una sorta di artificiale ‘campana di vetro’ sotto vuoto spinto. La comparazione processuale pone, invece, in risalto una realtà (normativa ed operativa) ben diversa, la quale si rivela aperta al recepimento di ‘soluzioni-ponte’ o di ‘modelli intermedi’ nel superamento della formale contrapposizione di quei modelli-tipo”.

partes a titularidade de todas as posições e relega o juiz a um segundo plano, de mero espectador de um debate protagonizado pelos sujeitos parciais⁷⁶³.

Essa distinção foca no aspecto estrutural do processo⁷⁶⁴ e nas posições jurídicas de cada um dos sujeitos do processo⁷⁶⁵, bem como seus espaços de atuação no que tange ao desenvolvimento do processo⁷⁶⁶. A partir dessas condicionantes jurídicas, o processo civil pode ser visto como um espaço ora de protagonismo do juiz, ora de protagonismo das partes. Em outras palavras, a exacerbação do aspecto ligado ao princípio dispositivo ou ao princípio inquisitório – em sentido processual – é uma simplificação que, por muitas vezes, acaba por não explicar adequadamente a divisão de trabalho entre juiz e partes. Como bem observa Damaška⁷⁶⁷, ainda que tradicionalmente veja-se nos processos de *common law* a preponderância do aspecto adversarial, não é uma verdade absoluta a preponderância do poder das partes durante o processo; de outra parte, ainda que seja tradicionalmente afirmado o aspecto inquisitorial do processo de *civil law*, há amplos espaços de preponderância do poder das partes nos processos continentais e da América Latina, por exemplo⁷⁶⁸.

⁷⁶³ Uma síntese interessante é a de Damaška: “The adversarial mode of proceeding takes its shape from a contest or a dispute: it unfolds as an engagement of two adversaries before a relatively passive decision maker whose principal duty is to reach a verdict. The nonadversarial mode is structured as an official inquiry. Under the first system, the two adversaries take charge of most procedural action; under the second, officials perform most activities” DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority. A comparative approach of the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 3

⁷⁶⁴ Não à toa, a doutrina comumente trata dos princípios dispositivo e inquisitório como “princípios estruturantes” do processo (“structural principles”). Sobre isso, ver DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority. A comparative approach of the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 6. Nessa linha também MILLAR, Robert Wyness. *The Formative Principles of Civil Procedure - I*. In: *Illinois Law Review*, Vol. XVIII, nº 1, Maio, 1923, pp. 11-12.

⁷⁶⁵ Damaška explica que essa é uma forma de ver a dicotomia. A outra seria a partir das contingências históricas que formaram cada um dos sistemas. DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority. A comparative approach of the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 5.

⁷⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 42.

⁷⁶⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority. A comparative approach of the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 5.

⁷⁶⁸ Nesse sentido TARUFFO, Michele. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali* (2001). In: *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 67-98 e DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processo Civile Comparado. Uma perspectiva evolutiva*. Trad. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (coord.). São Paulo: RT, 2017, pp. 22-30. Nesse sentido: “This comparison of civil law procedure with common law procedure is a misleading comparison of an idealized judge-centered system with a crudely disparaged adversary system. The realities are more complex” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. *Legal Ethics: a comparative study*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 66).

A doutrina⁷⁶⁹, acertadamente, afirma tratar-se de uma exacerbação – em abstrato – de certas características dos sistemas processuais – em concreto – que, na análise de conformações específicas, foca em certas características em detrimento de outras. Como parece bastante claro, sendo muitos os espaços de interação entre partes e juiz, por óbvio também as conformações do processo relativamente aos espaços de poder de cada um desses agentes variam⁷⁷⁰. Há processos em que predomina o papel das partes em matéria de determinação do objeto do processo, porém predomina o papel do juiz em matéria probatória, bem como processos em que a disponibilidade do direito material é alargada em função de uma guinada em direção à autocomposição, mantido, porém, o protagonismo do juiz na direção do processo (poder amplo de impulso).

1.2.2. Vertente francesa e vertente austríaca: distinção histórica

Quando se trata de encontrar exemplos históricos reais dessa dicotomia, no entanto, é possível observar duas vertentes bastante claras nas codificações modernas: uma vertente francesa e uma vertente austríaca. A primeira, de cunho predominante privatista, ligada à influência do *Code* francês de 1806; a segunda, de matriz eminentemente publicista, ligada à influência da *ZPO* austríaca de 1895. Uma distinção, portanto, de matriz *histórica*.

O século XIX caracterizou-se pela predominância de uma concepção privatista do processo, com proponderância do poder das partes na gerência do desenvolvimento processual. O processo civil caracterizava-se por ser entendido como coisa privada das partes (“*chose des parties*”; “*Sache der Parteien*”), refletindo o respeito à autodeterminação e à liberdade do indivíduo⁷⁷¹, na forma do respeito ao princípio dispositivo⁷⁷², entendido como retrato processual da autonomia privada.

⁷⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 44.

⁷⁷⁰ DAMAŠKA, Mirjan. The faces of justice and state authority. A comparative approach of the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 5; DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 44.

⁷⁷¹ TROCKER, Nicolò. Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 5.

⁷⁷² Entendido aqui ainda sem a devida diferenciação entre as duas facetas do princípio dispositivo (em sentido material e em sentido formal). Sobre o tema ver CAPPELLETTI, Mauro (1927–2004). La

Atribui-se às partes, assim, uma posição de força no confronto com a autoridade⁷⁷³. Elas detinham o monopólio quanto ao objeto do processo, quanto ao seu desenvolvimento, total domínio sobre as técnicas processuais, sobre as regras que fixam os prazos, as formas e o modo de atuação do processo⁷⁷⁴. O juiz agia apenas quando julgava, no receio de que perdesse sua imparcialidade⁷⁷⁵. Por isso, nesse modelo, atuava um juiz passivo, sem poderes de direção⁷⁷⁶.

O grande monumento legislativo é o *Code* francês de 1806 que tinha como características o respeito ao princípio da demanda, à publicidade e à oralidade (no sentido de o procedimento contemplar audiências), primando pela igualdade formal das partes⁷⁷⁷. Nessa codificação, suprime-se, de forma parcial, o sistema de prova legal⁷⁷⁸. Tratava-se de enérgica reação contra o processo comum. A solução encontrada para o problema da distribuição do trabalho entre partes e juiz foi, portanto, a de conferir às partes o domínio sobre a propositura da demanda (o hoje chamado princípio dispositivo em sentido material) e o domínio sobre o andamento do processo e o protagonismo em matéria de prova (o hoje conhecido princípio dispositivo em sentido processual). Em linhas gerais, esse era o modelo institucional de processo⁷⁷⁹ da época. Esse modelo influenciou a formação de inúmeros ordenamentos processuais modernos⁷⁸⁰.

testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere del parti nel processo civile. V. I, Milano: Giuffrè, 1962, pp. 303-376.

⁷⁷³ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 8.

⁷⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro (1927–2004). *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*. In: *Processo e Ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 194.

⁷⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro (1927–2004). *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*. In: *Processo e Ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 195.

⁷⁷⁶ “Il ruolo del giudice è – con l’isolata eccezione segnalata più sopra – completamente passivo di fronte alla gestione che del processo fanno gli avvocati delle parti: la sua principale funzione è, oltre a quella di rendere la sentenza definitiva, quella di risolvere gli incidenti della procedura e di assumere le prove; non ha però poteri che gli consentano di dirigere il processo e di guidarlo in modo ordinato e rapido verso la decisione finale” (TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, pp. 66-67).

⁷⁷⁷ TARELLO, Giovanni (1934-1987). *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo*. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: *Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, pp. 16-17. Para um apanhado geral dos institutos e do modo de conformação do procedimento previsto pelo *Code de Procédure Civile* de 1806, ver TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, pp. 62-68.

⁷⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo* (1997). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

⁷⁷⁹ A expressão “modelo institucional de processo” é de TARELLO, Giovanni (1934-1987). *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo*. Per uno studio della genesi dottrinale e

Exemplo dessa influência é o *Codice di Procedura Civile* de 1865: mesmo recebendo influências das mais variadas origens (as chamadas *codificazioni preunitarie*), sua fonte principal e determinante é o *Code* de 1806⁷⁸¹. Isso significou um processo no qual o papel do juiz se limitava à decisão sobre as questões, de rito e de mérito arguidas pelas partes, e inexistia qualquer poder de estímulo, controle ou direção do processo pelo juiz; havia liberdade para as partes não somente no que diz respeito ao “que” fazer, mas ao “como” fazê-lo, tudo isso de acordo com a concepção liberal de que o estado deve tendencialmente evitar qualquer intervenção na esfera privada, garantindo apenas as condições para que o indivíduo possa agir⁷⁸². Em suma, poderes exclusivos sobre a determinação dos prazos, do tempo e do andamento processual⁷⁸³.

Em alguma medida também a *ZPO* Alemã de 1877 recebeu essa influência. Se de um lado essa inspiração traz consigo a ideologia do liberalismo, por outro lado é inegável que a opção pelo processo de cunho privatístico responde à exigência social de superação do modelo de processo comum⁷⁸⁴. A influência da vertente francesa está, portanto, nas características de oralidade (audiências) e publicidade e na vigência do princípio da livre convicção do juiz. Como modo de tentar solucionar o problema da

Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: *Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 10.

⁷⁸⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). Qualche osservazione sullo studio della storia del processo civile. In: *Problemi del Processo Civile.*, Napoli, Morano, 1962, p. 481.

⁷⁸¹ TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, pp. 113. Observa Cipriani que a própria estrutura do código era similar, com dois procedimentos, um ordinário e um sumário (CIPRIANI, Franco (1939-2010). *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 20).

⁷⁸² TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 144.

⁷⁸³ “Le parti avevano non solo come è ovvio il monopolio in ordine alla proposizione della domanda (e delle eccezioni rilevabili soltanto su istanza di parte) ma anche poteri pressoché esclusivi in ordine alla determinazione dei tempi del processo, in ordine alle prove, in ordine al provocare decisioni immediate con sentenze immediatamente impugnabili su qualsiasi questione pregiudiziale di rito o di merito oltre che in materia di prova; istituti quali la possibilità di desumere elementi di conoscenza dal contegno processuale delle parti erano sconosciuti; il giudice era privo di qualsiasi potere di collaborazione con le parti per la determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, non aveva alcuno dei poteri discrezionali cui si è sopra accennato; al posto del *litisconsorzio* necessario era previsto il molto più equivoco ed oscuro istituto dell’*intervento coatto* anche d’ufficio.” (PROTO PISANI, Andrea. *Il Codice di Procedura del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. n° 28, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 720).

⁷⁸⁴ WIEACKER, Franz (1908-1994). *História do Direito Privado Moderno* (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 532.

demora do processo afastou-se as formas supérfluas⁷⁸⁵. Ressentido pela ausência de um juiz ativo (que se explica pela desconfiança dos cidadãos no poder dos juízes e que não é, necessariamente, um problema), o princípio dispositivo, assim, se torna uma “cômoda poltrona” para o julgador que não quer muitas responsabilidades⁷⁸⁶. Em suma, o ponto de vista do liberalismo oitocentista exprime-se pela pouca disposição à atribuição ao juiz de um papel ativo no processo, muito menos uma função de auxílio social⁷⁸⁷. Inspirados no modelo francês, portanto, Itália e Alemanha aderem em maior ou menor grau ao processo de cunho privatístico. A ideologia liberal, assim, aparece como fio condutor das mais importantes reformas processuais europeias do séc. XIX. Essa, em síntese, a vertente francesa⁷⁸⁸.

Uma série de transformações operadas ao longo do século XIX na Europa proporcionou as condições para que se começasse a questionar essa opção no âmbito do processo. Esse movimento se deu basicamente em três frentes: fatores práticos, teóricos e ideológicos. Sua conjugação deu azo, já na passagem para o século XX, ao surgimento de um novo modelo institucional de processo, o da *ZPO* austríaca, obra de Franz Klein, cuja base conceitual se insere nesse ambiente de questionamento ao modelo privatístico. Em primeiro lugar, o método exegético é colocado em xeque a partir da metade do século XIX⁷⁸⁹ e a história aparece como instrumento de construção dogmática, renovando o método científico⁷⁹⁰. Os estudos da doutrina germânica alteram o foco de

⁷⁸⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

⁷⁸⁶ TROCKER, Nicolò. Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 18.

⁷⁸⁷ DENTI, Vittorio (1919-2001). Le ideologie del processo di fronte al problema sociale. In: Processo civile e giustizia sociale. Milano: Comunita, 1971, pp. 14-15.

⁷⁸⁸ Registre-se que na utilização da comparação entre vertente francesa e vertente austríaca, a tônica no método adversarial para resolução de conflitos (típico da tradição anglossaxônica) acaba não tendo relevo. Trata-se de distinção elaborada a partir da experiência continental de que é tributário, em maior medida, o processo civil brasileiro.

⁷⁸⁹ TARELLO, Giovanni (1934-1987). Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 43. A base teórica do modelo de codificação francês era a exegética. Sobre o tema, com ampla pesquisa bibliográfica, ver MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013, pp. 33-39.

⁷⁹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.

atenção do fenômeno processual, acenando para seu caráter publicístico⁷⁹¹. De outra banda, no plano ideológico, o jurista do final do séc. XIX passa a ter novas preocupações. O indivíduo passa de centro de imputação abstrato (igual aos outros) de direitos e de deveres, a sujeito que aparece na sua efetiva posição social, econômica e cultural, surgindo no processo preocupações de cunho social⁷⁹². Nessa visão, se o processo não deve manter-se inerte à desigualdade social⁷⁹³, deve incrementar os poderes do juiz, de modo a que se assista à parte menos favorecida⁷⁹⁴. Esse poder, nessa medida, pode ser incrementado de três formas: maiores poderes no andamento do processo, esclarecimento mais aprofundado sobre os fatos da causa e incremento dos poderes do juiz sobre a produção de prova⁷⁹⁵. Essa tendência (tida como *statolastica e statolatra*⁷⁹⁶) vê o processo como um meio de atuação da justiça social⁷⁹⁷. Ela é um dos grandes pressupostos da mudança por detrás da passagem do estado liberal para o estado social⁷⁹⁸, no processo.

Nesse contexto, a grande obra legislativa é a ZPO austríaca de 1895⁷⁹⁹, concebida por Franz Klein⁸⁰⁰. Não era mais o indivíduo o centro, já que “só a teoria da

⁷⁹¹ Sobre o tema, consultar as considerações sobre a natureza jurídica do processo, *supra*.

⁷⁹² WIEACKER, Franz (1908-1994). História do Direito Privado Moderno (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 624.

⁷⁹³ MENGER, Antonio (1841-1906). El derecho civil y los pobres (1890). Trad. Adolfo Posada. Buenos Aires: Atalaia, 1947, p. 64.

⁷⁹⁴ DENTI, Vittorio (1919-2001). Il processo come strumento di politica sociale. In: Processo civile e giustizia sociale. Milano: Comunita, 1971, pp. 63.

⁷⁹⁵ DENTI, Vittorio (1919-2001). Il processo come strumento di politica sociale. In: Processo civile e giustizia sociale. Milano: Comunita, 1971, pp. 63-64.

⁷⁹⁶ TARELLO, Giovanni (1934-1987). Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 19.

⁷⁹⁷ “A acentuação do componente social da “luta individual por justiça” provém duma ideologia típica do século XIX. As concepções sócio-políticas da época das leis sociais que anunciou o começo do estado social manifestaram-se também agora no campo do direito processual do tribunal civil, até então domínio de meras considerações individualísticas” (SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. In: RePro, vol. 17, Jan-Mar, 1980, p. 149).

⁷⁹⁸ “Il problema dell’attuazione della giustizia sociale nel processo si è imposto in tutti gli ordinamenti moderni, paralelamente alla evoluzione politica dallo Stato liberale e socialmente neutrale dell’Ottocento, allo Stato assistenziale contemporaneo” (DENTI, Vittorio (1919-2001). Il processo come strumento di politica sociale. In: Processo civile e giustizia sociale. Milano: Comunita, 1971, p. 72).

⁷⁹⁹ Pode-se dizer que o Código de Processo Austríaco (e, por consequência, a própria vertente ou modelo processual que dele adveio) é obra fina e acabada de um jurista. É o que defende Allorio, por exemplo: “Insigne il nome di Klein e memorabile la sua riforma, cui toccò esito perfetto forse precisamente per questa ragione: esse cioè stata quella riforma il frutto del lavoro d’un uomo solo”. ALLORIO, Enrico (1914-1994). Per l’oggettività del raffronto tra il codice de processo civile austriaco e il codice italiano In:

sociedade poderia ser o princípio válido e construtivo de um regulamento processual”⁸⁰¹. O processo deveria, nessa visão, satisfazer os valores sociais mais elevados, o que permitiria, algumas vezes, a limitação da liberdade do indivíduo⁸⁰². Para tanto, o juiz passa a ser o timoneiro dessa tarefa⁸⁰³. Nesse modelo, o impulso oficial fazia-se necessário para que o processo cumprisse seus fins de obter justiça material (e não somente formal)⁸⁰⁴. Ressalte-se que a Áustria passara o século XIX sob a égide de um regulamento do século XVIII, ou seja, sem receber positivamente a influência do modelo francês⁸⁰⁵. Daí porque muitas das características da ZPO austríaca de 1895 apresentam afinidades “com as tendências da legislação processual pós Imperador Joseph II”⁸⁰⁶. Em verdade, a combinação do princípio do impulso do juiz (que já estruturava o processo do *Regolamento Giuseppino*) com a oralidade e a eliminação do

Studi In Onore Di Enrico Redenti Nel XL Anno Del Suo Insegnamento, Milano : Giuffrè, 1951. v.1, p. 62. Também Calamandrei é expresso ao referir: “Toda la vida de Klein, desde sus primeros trabajos juveniles, aparece guiada por el propósito, que cuando él se puso en camino podía aparecer como temerario, de dar a Austria una ley procesal basada sobre el principio de la oralidad”. (CALAMANDREI, Piero (1989-1956). La obra de Francisco Klein y el proceso civil austríaco. In: Chioyenda: recuerdo de juristas. Buenos Aires: E.J.E.A., 1959, p. 152). Fairen Guillen compara-o a Napoleão: “su influencia en la reforma procesal austríaca y de no pocos otros países, es comparable a la que Napoleón obro sobre la codificación en general” (FAIREN GUILLEN, Victor (1921-2013). El proyecto de La Ordenanza Procesal Civil Austríaca visto por Franz Klein. In: Estudios de derecho procesal. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1955, p 306).

⁸⁰⁰ Klein era professor de direito processual civil em Vienna e aluno de Anton Menger (BAJONS, Ena-Marlis. Processo civile (Austria), em coop. com Augusto Chizzini. In: Digesto delle discipline privatistiche, Torino : UTET, 1997. vol. XVI).

⁸⁰¹ SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. In: RePro, vol. 17, Jan-Mar, 1980, p. 147.

⁸⁰² “Tratava-se de criar um processo civil no qual a parte menos hábil, menos culta, menos dotada de poder econômico ou financeiro (sem possibilidade de pagar um defensor eficiente e capaz) viesse a se encontrar em pé de igualdade material e não apenas formal em relação ao adversário.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186).

⁸⁰³ SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. In: RePro, vol. 17, Jan-Mar, 1980, p. 147.

⁸⁰⁴ FAIREN GUILLEN, Victor (1921-2013). El proyecto de La Ordenanza Procesal Civil Austríaca visto por Franz Klein. In: Estudios de derecho procesal. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1955, pp. 309-310.

⁸⁰⁵ A consideração é Tarello, para quem a Áustria passou direto do estado autoritário ao estado social, sem experimentar um modelo liberal oitocentista. TARELLO, Giovanni (1934-1987). Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile. Bologna: Il Mulino, 1989, pp. 18-19.

⁸⁰⁶ SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. In: RePro, vol. 17, Jan-Mar, 1980, p. 139. A afirmativa é ainda mais incisiva por parte de Franco Cipriani (CIPRIANI, Franco (1939-2010). Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità). In: Rivista di Diritto Processuale, 1995, p. 969 e ss.). O próprio Klein vê nas codificações prussianas um precedente histórico, como bem nota Trocker (TROCKER, Nicolò. Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 29, nota 62).

sistema de prova legal (esta já presente no ordenamento napoleônico) dão lugar a uma estrutura processual nova⁸⁰⁷.

A grande mudança está no incremento dos poderes do juiz, que passa a esclarecer-se sobre os fatos da causa, já que a finalidade do processo não é somente individual, mas pública. Considerado o processo como “instituição para o bem-estar social, dotada inclusive de efeitos pedagógicos”⁸⁰⁸, o juiz deve ter suficientes poderes de direção material do processo, garantindo a regularidade e a justiça de sua marcha. Idealiza-se um processo supostamente *simples*, já que o seu proveito social não deve ser enfraquecido pela forma do processamento⁸⁰⁹, *barato* (para as partes), pois a persecução legal não pode depender do capital disponível⁸¹⁰ e *rápido*, pois o que está em jogo é um bem público⁸¹¹. Assim, a *ZPO* austríaca veda a prorrogação de prazos e a suspensão por mero acordo das partes⁸¹², impõe a necessidade de aporte do material probatório o mais rápido possível, por meio do privilégio à concentração⁸¹³, além de prever a irrecorribilidade das interlocutórias⁸¹⁴. Em suma, o juiz administra e dirige o processo do início ao fim⁸¹⁵.

⁸⁰⁷ TARELLO, Giovanni (1934-1987). Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: *Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 21. Ressalte-se que para parte da doutrina processual, a *ZPO* de Klein é a obra perfeita e acabada do processo civil. Por todos, Victor Fairen Guillen: “No creemos exagerado decir a la vista de tales resultados que parece que el Código de Klein se aproxima, el que más de los existentes en el mundo a lo que debe ser un proceso concebido idealmente” (FAIREN GUILLEN, Victor (1921-2013). *El proyecto de La Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz Klein*. In: *Estudios de derecho procesal*. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 307). TROCKER chama-o de “opera geniale di Franz Klein” (TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 27).

⁸⁰⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo* (1997). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

⁸⁰⁹ SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. In: *RePro*, vol. 17, Jan-Mar, 1980, p. 148.

⁸¹⁰ SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. In: *RePro*, vol. 17, Jan-Mar, 1980, p. 148

⁸¹¹ SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. In: *RePro*, vol. 17, Jan-Mar, 1980, p. 148.

⁸¹² FAIREN GUILLEN, Victor (1921-2013). *El proyecto de La Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz Klein*. In: *Estudios de derecho procesal*. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 310.

⁸¹³ FAIREN GUILLEN, Victor (1921-2013). *El proyecto de La Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz Klein*. In: *Estudios de derecho procesal*. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1955, p. p. 311.

⁸¹⁴ FAIREN GUILLEN, Victor (1921-2013). *El proyecto de La Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz Klein*. In: *Estudios de derecho procesal*. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1955, p. p. 312.

⁸¹⁵ CIPRIANI, Franco (1939-2010). *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità)*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, p. 969 e ss..

O legado da vertente francesa foi o de denotar a necessidade de preservação da liberdade no que diz respeito à atuação das partes. O legado da vertente austríaca, de outro lado, foi o de outorgar ao juiz poderes de direção material e formal do processo com vistas ao desempenho efetivo, adequado e tempestivo na tarefa de resolver as crises de cooperação do plano material com justiça.

1.2.3. Processo garantista e processo autoritário: distinção político-ideológica

Por obra de Chiovenda, a opção austríaca foi propagandeada e replicada em muitas das legislações processuais após a segunda grande guerra. Em que pese seu insucesso na Itália, é inegável que sob a veste da oralidade e da concentração Chiovenda conseguiu difundir o modelo de processo criado por Franz Klein⁸¹⁶. A partir desse rastro histórico e para além da discussão em torno das vertentes francesa e austríaca, a doutrina tenta, ainda, encontrar pontos de encontro entre tendências liberais em matéria de organização política do estado e preponderância do modelo adversarial (ou do princípio dispositivo em sentido processual) e pontos de encontro entre tendências autoritárias em matéria de organização política do estado e preponderância do modelo inquisitório (ou do princípio inquisitório em sentido processual)⁸¹⁷. Essa discussão acabou por cunhar as expressões garantismo e autoritarismo processual (garantistas os modelos em que vigora

⁸¹⁶ TARELLO, Giovanni (1934-1987). Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: *Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, pp. 18-19. A partir do conceito de oralidade, Chiovenda desenvolve as ideias de Franz Klein e reverbera, portanto, as transformações metodológicas, culturais e teóricas talhadas pelo modelo austríaco. Não à toa, a doutrina italiana afirma categoricamente que o século XX é sem sombra de dúvidas, o século de Giuseppe Chiovenda e da oralidade (CIPRIANI, Franco (1939-2010). I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. *Rivista Di Diritto Civile*, Padova, v.49, n.1, pt. 1, jan. 2003, p. 42). É o próprio Chiovenda a afirmar: “Veramente il processo moderno non può preoccuparsi soltanto della decisione finale; non può limitare il suo compito a preparare una soluzione logicamente corretta della lite: ma deve tener conto della posizione dei litiganti durante la causa, come cittadini entrambi invocanti la tutela dello Stato. La giustizia nel processo non comincia colla decisione: coll’inizio stesso della causa si apre un largo campo alla giustizia distributiva (CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno* (1907). In: *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Volume I. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 385).

⁸¹⁷ Uma síntese desse debate pode ser encontrada na coletânea MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant Lo Branch, 2006.

o protagonismo das partes; autoritários os modelos em que vigoram plenos poderes judiciais)⁸¹⁸. Trata-se de distinção de matriz *político-ideológica*.

Nessa visão, a concepção publicística do sistema de Chiovenda (que, no ponto, foi encampada pelo legislador italiano e por vários ordenamentos, como o brasileiro de 1973⁸¹⁹) seria um traço de autoritarismo⁸²⁰. Inspiradas no princípio da autoridade, as reformas processuais italianas, teriam servido à ascensão de regimes

⁸¹⁸ Essa antítese está presente na obra, dentre outros, de Montero Aroca, na Espanha, e Franco Cipriani, na Itália. Exemplificativamente: “Durante el último siglo la sociedad ha visto nacer y desarrollarse varios intentos, no ya de hacer predominar lo colectivo sobre lo individual en todos los órdenes de la vida, sino de favorecer lo colectivo hasta el extremo de suprimir los derechos fundamentales de las personas, lo que en el proceso ha incidido con claras manifestaciones autoritarias y que en el proceso civil se ha llamado publicización. Es ya hora de dejar atrás esa etapa y de abrir nuevos caminos. Si el pasado es la publicización y el autoritarismo, en el futuro está la concepción del proceso, también el civil, como garantía”. MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria (2004). In: MONTERO AROCA, Juan (coord.). Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant Lo Branch, 2006, p. 165. No Brasil, posição ímpar é a de Araken de Assis, para quem o modelo a ser adotado pelo novo processo civil brasileiro é o garantista, entendida a postura garantista, no entanto, de outro modo: O fundamento desse modelo é de fácil compreensão: o processo deve ser o baluarte da pessoa, jamais do estado. O Código Civil de 2002 colocou a pessoa no centro da codificação. Antes, em 1988, a Constituição erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana e estabeleceu amplo rol de direitos fundamentais, cujo único propósito consiste em proteger a pessoa contra o estado e seus órgãos. Esses direitos fundamentais processuais garantem as partes contra o arbítrio, a prepotência e os pendores ideológicos do órgão judicial. Agora, portanto, é a vez do processo civil de situar as partes em papel predominante, submetendo o órgão judicial, sem embargo da liberdade na formulação da regra jurídica concreta, respeitando o direito objetivo. Os interesses das partes vêm à frente dos propósitos do órgão judicial, cujo poder origina-se do estado e há de ser controlado e fiscalizado”. E conclui o autor: “O processo civil contemporâneo não pode tolerar em matéria de procedimento o juiz espectador (modelo liberal), o juiz ditador (modelo totalitário) e, inclusive, os excessos do juiz diretor (modelo autoritário). A autoridade do órgão judicial nessa extensão inaudita reclama rígidos controles, impedindo-lhe o arbítrio e a prepotência. O juiz garantista respeitará o devido processo, integrado pelas regras abstratas do procedimento, além do contraditório e da motivação obrigatória. A cooperação paritária entre os sujeitos do processo é o único modo constitucionalmente admissível para legitimar as resoluções que sua autoridade permite tomar em desfavor de uma das partes” ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: RT, 2015, item 81 na versão eletrônica.

⁸¹⁹ Sobre o tema, ver MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 165-194, maio 2010.

⁸²⁰ PROTO PISANI, Andrea. Il Codice di Procedura del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo. In: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. n° 28, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 744. Ressalte-se que parte da doutrina pretende imputar a pecha de autoritário ao Codice di Procedura Civile italiano de 1940, por ter sido aprovado quando vigente o fascismo na Itália. Sobre essa estreita correlação entre sistema político autoritário e código de processo civil autoritário socorremo-nos de Barbosa Moreira: “afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). O neoprivatismo no processo civil, in Temas de direito processual, Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 87 e ss.).

totalitários⁸²¹. Franco Cipriani, por exemplo, ao comentar as idas e vindas dos projetos de reforma na Itália do início do século passado, ressalta que, ao fim e ao cabo, ainda que da oralidade o código tenha se afastado, resulta clara a influência do processo de Klein: ambos retiravam da parte o poder de dispor do tempo do processo, ambos concediam poderes de administração e gestão do processo ao juiz⁸²². O mesmo autor ressalta que na base da concepção publicística do processo haveria um equívoco de fundo: o de que o juiz tenha mais interesse na causa que as próprias partes. Na sua visão, ao contrário, isso serviria apenas para solapar garantias e tornar o processo autoritário⁸²³. Aí a necessidade de uma preocupação *garantista*⁸²⁴.

Autoritário seria o processo que concentra poderes no juiz e o faz o centro do debate, e liberal seria o processo que atribui às partes essa centralidade e a disposição de atos e de fases processuais. A própria exacerbação de características, em tom depreciativo, demonstra a dicotomia em que está estruturada a polarização “socialismo” ou “autoritarismo” *versus* “liberalismo” ou “individualismo” processual⁸²⁵. O debate que cresce na Itália, a respeito do *Codice* – da década de 40 – período do fascismo de Mussolini, aparece também no Brasil, a partir da discussão em torno dos poderes

⁸²¹ DENTI, Vittorio (1919-2001). Il processo come strumento di politica sociale. In: Processo civile e giustizia sociale. Milano: Comunita, 1971, p. 62.

⁸²² CIPRIANI, Franco (1939-2010). Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile., Milano, a. giuffre, v. 56, n.4, p. 1247.

⁸²³ CIPRIANI, Franco (1939-2010). Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile., Milano, a. giuffre, v. 56, n.4, p. 1250.

⁸²⁴ Inspirada, quiçá, no constitucionalismo garantista de Ferrajoli (que remonta a FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1989 e tem sua construção mais sólida em FERRAJOLI, Luigi. La democrazia attraverso i diritti: il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico. Roma: Laterza, 2013). A afirmação é de DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 45.

⁸²⁵ Para um apanhado da discussão, ver TARELLO, Giovanni (1934-1987). Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile. Bologna: Il Mulino, 1989 e ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). Liberalismo y Autoritarismo en el proceso. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). México: UNAM, 1974, Tomo II. Para versões parcializadas do problema, ver CIPRIANI, Franco (1939-2010). Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità). Rivista di Diritto Processuale, v. 22, n. 3, 1995 e MONTERO AROCA, Juan. Il processo civile 'sociale' come strumento di giustizia autoritaria. Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, V. 59, n. 2, apr/giugno, 2004, pp. 553-579 (em defesa de maior poder para as partes) e DENTI, Vittorio (1919-2001). Le ideologie del processo di fronte al problema sociale. Processo civile e giustizia sociale. Milano: Comunita, 1971, pp. 13-29 (em defesa de uma maior participação do juiz). Ver, ainda, a coletânea MONTERO AROCA, Juan (coord.). Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant Lo Branch, 2006.

instrutórios oficiais - com a sua institucionalização no código de 39 (a exemplo de alguns códigos estaduais e mesmo do regulamento 737). A doutrina via no reforço dado pelo código ao princípio dispositivo (de um lado) e aos poderes instrutórios oficiais (de outro) uma manifestação de um código incongruente, com “duas almas”⁸²⁶.

Alguns anos depois, o fenômeno voltou à tona a partir da dicotomia publicismo (autoritarismo) e privatismo (garantismo) processual⁸²⁷. A tônica, para além do poder instrutório oficial em si, estaria em discutir a história política por trás dos códigos, para saber se seriam autoritários em razão do regime não-democrático do qual são oriundos. “O Código italiano de 1940 é autoritário por que foi feito pelos fascistas?” é a pergunta chave para compreender o debate (a partir da obra de Franco Cipriani⁸²⁸), que ganha contornos importantes com a nova Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola (2000), a partir da obra de Montero Aroca⁸²⁹, reverberando pelos países hispânicos da América Latina e, por essas vias, também para o Brasil⁸³⁰. O debate desenvolve-se, assim, na discussão em torno da afirmação de que o juiz “ativo” (que utiliza seus poderes instrutórios) violaria o conhecido axioma latino “*iudex debet iudicare secundum allegata et probata a partibus*”, identificado com a proibição de o juiz ir além das alegações e provas das partes. Daí, como resposta, a necessidade de uma postura “garantista” que proteja o jurisdicionado de similares arbitrariedades.

⁸²⁶ Situam-se nesse debate GUIMARÃES, Luiz Machado (1895-1971). Processo autoritário e regime liberal. Revista Forense, n. 82, 1940 e AMARAL SANTOS, Moacyr (1902-1983). Contra o processo autoritário. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, v. LIV, fasc. II, 1959.

⁸²⁷ Sobre o tema, ver DENTI, Vittorio (1919-2001). Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. v. 38, n. 3, Milano: Giuffrè, 1984. pp. 726-740.

⁸²⁸ CIPRIANI, Franco (1939-2010). Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità). Rivista di Diritto Processuale, v. 22, n. 3, 1995; CIPRIANI, Franco (1939-2010). Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè, v. 56, n.4, 2002 e CIPRIANI, Franco (1939-2010). I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. Rivista di Diritto Civile. Padova, v.49, n.1, 2003.

⁸²⁹ MONTERO AROCA, Juan. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

⁸³⁰ Exemplificativamente, PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. Poderes e atribuições do juiz. São Paulo: Saraiva, 2014; GUEDES, Jefferson Carús. Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas. Revista Latinoamericana de Derecho Social, Universidad Nacional Autónoma de México: México, v. 2, p. 55-91, 2006; RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação de debate. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte: Fórum, n. 70, 2010.

O debate, como ressalta Picó i Junoy, parece mal colocado⁸³¹. A um, porque há algum tempo a doutrina já aponta a impropriedade de reconstrução do brocardo a partir da exigência de alegação e postulação da parte a respeito da prova para sua apreciação⁸³². A dois, porque, como afirma Barbosa Moreira, não há uma correlação necessária entre estrutura autoritária ou democrática do regime político e potencial autoritarismo ou liberalismo do ordenamento processual⁸³³, sendo exemplos paradigmáticos as leis referentes a direitos sociais aprovadas no período do Estado Novo. A discussão, entretanto, parece encontrar algum ponto de convergência: mantém-se constantemente, ao longo da história, vedado ao juiz dispor do direito material das partes⁸³⁴. O centro do problema está, assim, no problema da investigação dos fatos por vias oficiais, além do poder de condução do processo na sua acepção formal e da previsão de deveres de comportamento para as partes. É bem verdade que o simples fato de concentrar no estado a tarefa de dirigir o processo e administrar o seu andamento pode ser um fator de aumento do autoritarismo judicial, mas não há uma correlação categórica entre a outorga de poderes de gerenciamento ao juiz e autoritarismo.

Quando se fala em processo autoritário e processo garantista, é necessário assentar os conceitos, senão será inútil qualquer tipo de discussão. De fato, faz-se necessário distinguir o princípio dispositivo em sentido material (ou princípio da demanda), do seu o processual⁸³⁵. Em que pesem as críticas de que o modelo austríaco

⁸³¹ PICÓ i JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Revista Iberoamericana de derecho procesal*, v. 3, n. 4, 2004, Pp. 253-270.

⁸³² Essa impropriedade foi apontada por NÖRR, Knut Wolfgang. *Zur Stellung des Richters in gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*. München: Beck, 1967, pp. 11 e ss. e pp. 102 e ss. apud ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 30, n. 90, 2003, pp. 55-84 e, mais recentemente, por PICÓ i JUNOY, Joan. *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Bosch: Barcelona, 2007 (Há tradução para o português: PICÓ i JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015).

⁸³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). *O neoprivatismo no processo civil*. *Temas de Direito Processual*. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 87-101.

⁸³⁴ “Tem-se mantido constante a vedação de poder o juiz iniciar a demanda judicial e fixar os seus termos, porquanto tal proceder comprometeria sua imparcialidade, aspecto essencial à própria natureza da jurisdição.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). *Do formalismo no processo civil*. *Proposta de um formalismo-valorativo* (1997). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184).

⁸³⁵ “Si rende così manifesta la necessità di distinguere, non ostanti le influenze reciproche, le norme e i doveri e i poteri e soprattutto gli atti che si riferiscono al momento della richiesta della tutela

(e a concepção de Chiovenda) inspire-se em uma concepção autoritária de estado, da jurisdição e do juiz⁸³⁶, afirma-se que não se deve confundir a publicização que se refere exclusivamente ao poder judicial de direção e controle do processo com aquela bem mais radical publicização do próprio direito substancial, ou seja, objeto do processo, que incide sobre o princípio dispositivo em sentido material⁸³⁷. Seria, para essa visão, um equívoco maniqueísta de que quanto maior seja o domínio das partes sobre a marcha do processo, mais liberal será o processo⁸³⁸. De outro lado, processo liberal ou garantista não se confunde com processo democrático: enquanto a monarquia inglesa aparece impregnada de liberalismo no processo, democracias criam inúmeros modelos de processo fortemente estatistas⁸³⁹.

1.2.4. Modelo isonômico e modelo assimétrico: distinção cultural

O critério meramente político (ou *ideológico-político*) não serve para caracterizar de liberal ou autoritário determinado processo. A sua caracterização deve ser buscada examinando o processo por dentro e em torno de suas condicionantes

dell'interesse materiale dedotto in giudizio, dalle norme, dai poteri e doveri e in particolari dagli atti riferentisi invece alla tecnica e struttura interna del procedimento” (CAPPELLETTI, Mauro (1927–2004). La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. V. I. Milano: Giuffrè, 1962, p. 306). Mais adiante o autor elabora a distinção: “Il potere monopolistico delle parti rispetto alla allegazione dei fatti costitutivi del diritto sostanziale o del controdiritto fatto valere in giudizio, è conseguenza naturale e inderogabile del carattere privato-disponibile dell'oggetto del processo: non si può rinunciare a quel potere, senza incidere su questo carattere; esso (potere) rientra pertanto, come espressione del potere monopolistico della parte di instaurare il processo e di determinare l'oggetto, nel concetto di ‘principio dispositivo (in senso proprio o sostanziale)’”. (...) “proprio il contrario vale per l'eventuale potere monopolistico delle parti rispetto alla tecnica e alla struttura interna del processo, in generale, e in particolare rispetto alla istruzione probatoria. Se anche qui vuol parlarsi di un principio dispositivo, dev'essere chiaro, però, che si tratta d'un ‘principio dispositivo inteso in senso improprio o processuale’” (CAPPELLETTI, Mauro (1927–2004). La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. V. I. Milano: Giuffrè, 1962, pp. 371-372).

⁸³⁶ TARELLO, Giovanni (1934-1987). Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile. Bologna: Il Mulino, 1989, pp.74-82.

⁸³⁷ CAPPELLETTI, Mauro (1927–2004). Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato. In: Processo e Ideologie. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 205.

⁸³⁸ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). Liberalismo y Autoritarismo en el proceso. In: Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Tomo II. México: UNAM, 1974, p. 271.

⁸³⁹ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). Liberalismo y Autoritarismo en el proceso. In: Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Tomo II. México: UNAM, 1974, pp. 256-257.

externas, em consideração às suas características específicas⁸⁴⁰ e suas influências culturais. Pode-se falar, nesse sentido, em modelos processuais a partir de três grupos de pressupostos culturais mais amplos: sociais, lógicos e éticos. Nessa seara, é possível distinguir dois modelos: um *modelo isonômico* ou *paritário* e um *modelo assimétrico* ou *hierárquico*. Daí porque se trata de distinção feita a partir de uma matriz *cultural*.

Os modelos processuais, assim, devem ser vistos a partir de suas condicionantes culturais. Elas podem ser agrupadas em três grupos de pressupostos (sociais, lógicos e éticos). O primeiro, relativamente à organização social, na medida em que cada modelo corresponde “a um determinado papel atribuído à magistratura”⁸⁴¹. O segundo, relativamente à estrutura lógica do debate instaurado, na medida em que a cada modelo corresponde uma forma de conceber a racionalidade judiciária e o método utilizado para a tomada de decisão. O terceiro, relativamente ao papel da verdade e às limitações éticas do debate instaurado, na medida em que cada modelo utiliza uma concepção própria da verdade e limita-se por diferentes acepções éticas.

É possível considerar, de um lado, um modelo de processo isonômico (como o das experiências grega antiga e do *ordo iudiciarius* medieval italiano). Esse modelo tem como pressuposto social a indistinção entre estado, indivíduo e sociedade civil. Isto é, o juiz se encontra no *mesmo nível* das partes. Tem como pressuposto lógico o uso da racionalidade prática para resolução de conflitos. Ou seja, o *iudicium* pautava-se por um pensamento problemático e pela dialética entre os participantes com vistas a que se chegasse a uma decisão decorrente da *argumentação* e não da *demonstração*. Por fim, como pressuposto ético, fundamenta-se na busca de uma verdade processual e a

⁸⁴⁰ “En señalamiento de los rasgos atribuibles a un proceso liberal y a uno autoritario, exige arrancar de unos cuantos puntos de partida elementales. A nuestro entender, ellos son los siguientes: a) el profundo contraste entre proceso y litigio (...); b) la posición que ocupen y las atribuciones que detenten los protagonistas del proceso, a saber: el juzgador y las partes (...); c) (...) la contemplación ascendente o descendente del proceso, según que su centro de gravedad se coloque en el terreno de las partes (acción) o en los dominios del juzgador (jurisdicción) (...); d) ligado también en parte con los dos precedentes, la proyección de ciertos principios rectores de la actividad procesal (...); e) el grado mayor o menor en que como resultado de los aludidos principios rectores quede asegurado el funcionamiento del que por influjo norteamericano se suele llamar debido proceso legal.” ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). Liberalismo y Autoritarismo en el proceso. In: Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Tomo II. México: UNAM, 1974, p.263.

⁸⁴¹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 54.

observância da boa-fé – subjetiva – entre as partes. Assim, outorgado o papel de curador da regularidade do processo ao juiz, vedava-se a investigação probatória oficial.

De outro lado, pode-se considerar também um modelo de processo assimétrico, como o das experiências romano pós-clássica (*cognitio extra ordinem*) e do processo prussiano do séc. XVIII. Esse modelo tem como pressuposto social a verticalização total das relações entre indivíduo e estado. Isto é, o juiz aloca-se acima das partes. Tem como pressuposto lógico o uso de uma interpretação objetivista do direito e de uma racionalidade teórica para *demonstração* do direito. Ou seja, o *processus* pautava-se por uma lógica apodítica (utilizando categorias do *certo* e *errado* típicas do racionalismo próprio das ciências exatas) com vistas a que se chegasse a uma decisão – por meio de silogismos lógicos – que refletisse a vontade do soberano⁸⁴². Por fim, como pressuposto ético, fundamenta-se na busca da verdade como finalidade estatal e a despreocupação estatal em uma conduta leal. Assim, outorgado o papel de investigador da verdade ao juiz, era comum a utilização de amplos poderes instrutórios oficiais⁸⁴³.

A tônica dessa distinção não está somente no papel do juiz e das partes e na distribuição da cota de trabalho de cada um no ambiente endoprocessual, mas também (e principalmente) nas condicionantes culturais que informam o formalismo processual⁸⁴⁴. Em última análise, vê o processo como fenômeno cultural e não legitima a distinção apenas em função de seus aspectos estruturais (divisão formal de trabalho entre os sujeitos), como a dicotomia processo dispositivo/inquisitório. De outra parte, não se centra em manifestações históricas de determinados ordenamentos (caraterísticas específicas de uma ordem jurídica), como a dicotomia das vertentes francesa e austríaca.

⁸⁴² Sobre o tema, ver PICARDI, Nicola (1934-2016). Processo Civile (dir. moderno). In: Enciclopedia del Diritto. Vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-117.

⁸⁴³ Tudo conforme MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015 pp. 52-99. A construção desses modelos é inspirada nos trabalhos de Picardi, em torno da ordem paritária e da ordem assimétrica (PICARDI, Nicola (1934-2016). Processo Civile (dir. moderno). In: Enciclopedia del Diritto. vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-117 e GIULIANI, Alessandro (1925-1997); PICARDI, Nicola (1934-2016). La responsabilità del giudice (1987). Reimp. Milano: Giuffrè, 1995).

⁸⁴⁴ O uso da expressão formalismo, aqui, é no sentido outorgado por ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Por fim, não foca apenas no aspecto ideológico-político das manifestações processuais (uma das condicionantes culturais, mas não a única), como a dicotomia processo autoritário/garantista.

A distinção feita a partir dos modelos acima expostos permite exacerbar certas características que, presentes em maior ou menor intensidade nos ordenamentos processuais, demonstram a tensão decorrente da divisão de trabalho entre juiz e partes. Há alguns anos, entretanto, a doutrina tem tentado conciliar liberdade e autoridade, no processo, mediante a sistematização de um modelo síntese⁸⁴⁵. Esse modelo tem recebido o nome de processo *cooperativo* ou *colaborativo*⁸⁴⁶.

2. A síntese do modelo colaborativo como distribuição equilibrada dos papéis de partes e juiz

A doutrina, nessa medida, aponta para um modelo de processo síntese, que supera os modelos isonômico e assimétrico, atendendo aos pressupostos do estado constitucional e, portanto, a pressupostos culturais diversos. Nesse sentido, estrutura-se um modelo de processo a que se denominou cooperativo, que serve como elemento estruturante do direito fundamental ao processo justo⁸⁴⁷. É um modelo de processo civil que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes⁸⁴⁸ (considerando o processo, assim, como uma “comunidade de trabalho” – *Arbeitsgemeinschaft*)⁸⁴⁹. Como

⁸⁴⁵ “A balance between adversarial and inquisitorial elements in any system of civil procedure is inevitable, and that balance is reflected in the division of labour between the parties and the judge”. JOLOWICZ, John Anthony (1926-2012). *Adversarial and Inquisitorial approaches do civil litigation* (1983). In: *On Civil Procedure*. Cambridge: University Press, 2000, p. 182.

⁸⁴⁶ Adverte-se, desde logo, que o presente trabalho fará uso das expressões cooperação e colaboração como sinônimos. Essa opção encontra fundamento em questões semânticas. À unanimidade, os dicionários de língua portuguesa utilizam os verbos “cooperar” e “colaborar” como sinônimos, em torno de definições como “operar” ou “trabalhar” (laborar) em conjunto para um determinado fim.

⁸⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015 p. 53.

⁸⁴⁸ “La distinction entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire, la question de savoir si le procès civil est la chose des parties ou celle du juge sont inadaptées à la procédure civile qui, par essence, est tout à la fois la chose des parties et celle du juge” CADIET, Löic; JEULAND, Emmanuel (1992). *Droit Judiciaire Privé*. 8ª ed. Paris: LexisNexis, 2013, p. 406.

⁸⁴⁹ A expressão é tradicionalmente referida a Leo Rosenberg (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*), cuja primeira edição é de 1927. Como observa MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT,

modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção consentânea à feição democrática ínsita ao estado constitucional, já que alberga conjuntamente o papel das posições parciais (ação e defesa) e imparciais (jurisdição) no ambiente de diálogo típico (processo).

O modelo proposto atende a pressupostos culturais que impõem, no que tange à tarefa do juiz, o desempenho de um duplo papel: é *paritário no diálogo e assimétrico na decisão*⁸⁵⁰. Esse modelo tem como pressuposto social a ideia de um estado pensado e atuado em função da pessoa (o fundamento do estado é a dignidade da pessoa humana), cuja função é promover a igualdade e a liberdade, já que a tônica do estado constitucional é a participação (estado democrático) e a juridicidade (estado de direito)⁸⁵¹. Isto é, embora dirigindo processual e materialmente o processo, o magistrado age ativamente, mas em permanente diálogo (contraditório) com as partes⁸⁵². Tem como pressuposto lógico a adoção de um parâmetro lógico-argumentativo da interpretação jurídica. Ou seja, deixa de lado uma perspectiva puramente cognitivista do direito reestabelecendo-se o papel do diálogo – e, portanto, da argumentação das partes – na tarefa de reconstrução do direito a ser realizada – em cooperação – pelo juiz. Por fim, tem como pressupostos éticos a verdade (provável) como uma das finalidades a serem atingidas pelo processo (visto que é pressuposto para uma decisão justa) e a boa-fé (em sua dupla dimensão – subjetiva e objetiva) como parâmetros de conduta das partes⁸⁵³. Assim, outorgado o papel de curador da regularidade e gerência do desenvolvimento do processo ao juiz, condiciona-se a investigação probatória oficial ao exercício pleno do

2015 p. 65, nota 219, a expressão fora cunhada, ainda em 1913, por Louis Levin (Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei in Theorie und Praxis).

⁸⁵⁰ Na expressão consagrada de MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015 p. 65.

⁸⁵¹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015 pp. 63-64.

⁸⁵² Contra, entendendo inviável similar construção, ATIENZA, Manuel. A propósito do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 3-15, Set.-Dez., 2017: “Na minha opinião, e como antes aponte, o modelo de diálogo cooperativo entre os juízes e os advogados das partes no processo não pode funcionar, porque carece de realismo: descansa em uma concepção idealizada e, penso, falsa do que é o processo e o Direito” (pp. 11-12).

⁸⁵³ Tudo conforme MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015 pp. 91-93.

contraditório em torno do material probatório e da fundamentação das escolhas em torno das versões fáticas pelo juiz⁸⁵⁴.

Construção parecida, que resulta da superação dos modelos puros ligados ao processo dispositivo (adversarial) e inquisitório (não-adversarial), aponta igualmente para a necessidade de compreensão do novo processo civil a partir de um modelo cooperativo⁸⁵⁵, que também é chamado de “comp participativo”⁸⁵⁶, este último com a tônica ligada ao contraditório como dever de diálogo e direito de influência (e, portanto, compreendendo a estrutura subjetiva do processo como um sistema “policêntrico”⁸⁵⁷). Verifica-se, na preocupação em estabelecer um modelo de processo adequado aos fins do estado constitucional, uma tentativa de releitura da dicotomia (exacerbada para fins de sistematização) entre os princípios dispositivo e inquisitório, entre perspectivas ideológicas “socializantes” ou “autoritárias” e “liberais” ou “garantistas” do fenômeno processual e entre posturas “publicistas” (influenciadas pela vertente austríaca) ou

⁸⁵⁴ Essa sistematização é de MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, pp. 52-99. Eis a síntese do autor: “O modelo cooperativo parte da ideia que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/88), fundado que está na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar assim posições coordenadas - o que dá lugar a uma relação de cooperação. O direito aplicável é um direito alimentado por parâmetros de racionalidade oriundos da lógica argumentativa. O contraditório recupera um papel de destaque na construção da organização do processo, gravando todos os seus participantes (arts. 7º, 9º, 10 e 489, §1º, IV, do CPC/2015). Com o redimensionamento do papel do juiz e das partes a partir da necessidade de equilibrada participação, o juiz tem o seu papel redesenhado, assumindo uma dupla posição: paritário no diálogo e assimétrico na decisão (arts. 9º, 10, 139 e 489, §1º, IV do CPC/2015). A condução do processo civil a partir daí é gravada por deveres cooperativos - esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio. A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva têm que ser observadas por todos os seus participantes (art. 5º, do CPC/2015). A verdade provável é um objetivo cujo alcance permite a prolação de decisões justas (arts. 300 e 369 do CPC/2015), sendo, portanto, tarefa conjunta do juiz e das partes (arts. 369 e 370 do CPC/2015), na medida de seus interesses, persegui-la”. (p. 98).

⁸⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 42-50 e DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. *Revista de processo*, v. 36, n. 198, 2011, pp. 213-225.

⁸⁵⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. A tese aparece inicialmente em NUNES, Dierle José Coelho. *Comp participação e policentrismo*. Horizontes para a democratização processual civil. Tese de Doutorado. PUCMG. Belo Horizonte, 2008.

⁸⁵⁷ Essa, aliás, a proposta de interpretação do novo código feita por THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo Código de Processo Civil. Fundamentação e Sistematização*. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2015, p. 69 e ss. Importante salientar, como bem observa Daniel Mitidiero, que a proposta de modelo comp participativo inicialmente não contemplava como corolários da colaboração ou cooperação os deveres de esclarecimento, de prevenção e de auxílio, outorgando central destaque apenas ao dever de consulta ou diálogo. Nesse sentido, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 99, nota 366.

“privatistas” (influenciadas pela vertente francesa) da atuação do juiz, a partir de condicionantes culturais.

2.1. Os deveres cooperativos do juiz para com as partes e o novo CPC brasileiro

A estrutura de um modelo cooperativo pressupõe o reconhecimento da normatividade de deveres cooperativos no processo civil. Assumindo a existência de interesses divergentes e contrastantes entre as partes, o modelo cooperativo de processo tem como um de seus pilares de sustentação uma norma tipo-princípio (princípio da colaboração)⁸⁵⁸. Esse princípio jurídico tem como fundamentos o direito à participação e à igualdade (daí porque se fala em *distribuição equilibrada da cota de participação de cada um dos sujeitos processuais*⁸⁵⁹ como estado de coisas que se pretende com ele

⁸⁵⁸ Que na nova ordem processual brasileira aparece expressa no art. 6º (“Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”). Registre-se que a ideia de “cooperação” no processo tem seus antecedentes – ainda que sem a sistematização efetivada na obra de Mitidiero – no Brasil, ainda na década de 80 (em inúmeras passagens da obra de Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover, em passant), sendo seu desenvolvimento devido à obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na década de 90 e nos primeiros anos da década subsequente (em especial ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Revista da Ajuris. Porto Alegre, v. 30, n. 90, 2003, pp. 55–84), década em que a estruturação de Miguel Teixeira de Sousa (Estudos sobre o novo processo civil. Lisboa: Lex, 1997, pp. 65-69) foi incorporada pela doutrina brasileira (primeiro por GOUVEIA, Lúcio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: Revista Dialética de Direito Processual. nº. 6, 2003, pp. 50-58). Para um inventário do debate na doutrina brasileira, ver MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, pp. 100-106. As suas raízes, entretanto, remontam aos trabalhos de GRASSO, Eduardo (1922-2004). La collaborazione nel processo civile. Rivista di diritto processuale. Anno XXII, nº II, Padova: Cedam, 1966; BETTERMANN, Karl August (1913-2005). Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. Zeitschrift für Zivilprozeß. Band 91, Heft 4, p. 365-397, Okt. 1978; BETTERMANN, Karl August (1913-2005). Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. Juristische Blätter, 94. Jahrgang, Heft 3/4, p. 56-68, Feb. 1972; GILLES, Peter. Rechtsmittel einlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträglich Parteidispositionen über das Rechtsmittel. Archiv für die civilistische Praxis. Band 177, Heft 2/3, p. 189-244, 1977 e WASSERMANN, Rudolf (1925-2008). Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand Verlag, 1978. Para um apanhado das raízes históricas na doutrina alemã, ver KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). In: RePro, vol. 251, Jan., 2016, pp. 75-111: “Foi Bettermann quem cunhou o termo Kooperationsmaxime pela primeira vez na Alemanha, para fazer alusão ao termo Sammelmaxime do processo civil austríaco. Trata-se de um artigo de 1972 a respeito da concepção social do processo, intitulado “Fundamentos e princípios constitucionais do processo”. Nesse artigo, a Kooperationsmaxime é tida como um termo médio entre os princípios dispositivo processual e inquisitório” KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). In: RePro, vol. 251, Jan., 2016, pp. 75-111, item 2.B.1 na versão eletrônica.

⁸⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, pp. 102-103.

atingir⁸⁶⁰). Para que esse estado de coisas seja de fato atingido, o princípio jurídico da colaboração impõe deveres do juiz para com as partes.

A doutrina tradicionalmente trabalha com quatro deveres impostos ao juízo na condução do processo⁸⁶¹. Um dever de esclarecimento, que consiste no dever de o tribunal se esclarecer junto das partes a respeito de eventuais dúvidas interpretativas no que tange às suas alegações, manifestações, posições ou requerimentos (ligado ao dever de fundamentação analítica e ao princípio da economia processual)⁸⁶². Também um dever de prevenção, que consiste no dever de o julgador “alertar” ou “prevenir” as partes acerca das consequências de seu agir em juízo - condutas, pedidos, posições externadas, etc. (exemplo fundamental de uma postura colaborativa do estado-juiz para com o cidadão)⁸⁶³. Além disso, um dever de consulta ou diálogo, consistente na obrigação de o julgador permitir que as partes influenciem seu provimento antes da prolação de qualquer decisão a respeito de questão até então não debatida (ligado ao

⁸⁶⁰ É o conceito de princípio para ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003). 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Para DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 50, o estado de coisas a ser atingido é “o processo cooperativo, dialógico, leal”. Em outro trecho: “O princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo” (p. 52).

⁸⁶¹ A construção inicialmente aparece em SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, pp. 62-67 e é hoje utilizada pela doutrina brasileira (exceto pela enunciação do dever de auxílio, rejeitado por parcela dos doutrinadores - CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 236 -, entendido por alguns como derivação direta do princípio da cooperação, mas ressalvado em casos de adoção de deveres específicos e pontuais – por exemplo DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1 (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 132-133). Sobre o tema, para uma resenha desse desenvolvimento, ver MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, pp. 102-106.

⁸⁶² Na visão de Sousa, trata-se de um dever recíproco tribunal-partes/partes-tribunal. De um lado, “o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir qualquer das partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes”; de outro, “as pessoas às quais o juiz solicita o esclarecimento são obrigadas a comparecer e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 65). Esse segundo aspecto não tem relação com os deveres de cooperação: ou remonta-se ao dever de atender às determinações judiciais (dever de respeito à autoridade) ou um dever de lealdade (de não fornecer informações insinceras). Esse aspecto ligado aos deveres das partes será enfrentado adiante. Desde logo é possível afirmar, entretanto: as partes não têm dever de esclarecer seus arrazoados; quando muito, pode haver um ônus de expor os seus argumentos de forma clara (e, por isso, de “esclarecê-los”), sob pena de deles não se conhecer.

⁸⁶³ É um dever que deve ser exercido sempre que “o êxito da acção a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 66).

direito ao contraditório)⁸⁶⁴. Por fim, um dever de auxílio, que impõe ao juiz o auxílio às partes que tenham dificuldades que impeçam o exercício de suas posições processuais (ligado ao direito de igualdade em sua noção material)⁸⁶⁵⁻⁸⁶⁶.

O novo CPC inequivocamente estrutura-se de acordo com essas bases normativas. Seu texto contém previsão ligada ao dever de esclarecimento, por exemplo, no seu art. 321, que impõe ao juiz, quando da necessidade de emenda à inicial, indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Além disso, prevê, para a execução, um dever de prevenção das partes a respeito de conduta potencialmente atentatória à dignidade da justiça (art. 772, II). De outro lado, prevê a vedação à decisão surpresa (como exemplo didático do dever de consulta), mesmo em matéria cognoscível de ofício (art. 10). Por fim, prevê a possibilidade de dinamização dos encargos probatórios quando a incumbência prevista na estrutura tradicional (de que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo e ao réu a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo) se demonstrar excessivamente difícil para a parte gravada pelo ônus (art. 373, §1º).

Desde logo, é possível afirmar: o novo Código de Processo Civil brasileiro adota esse marco na divisão de trabalho entre os sujeitos processuais e, portanto, pode ser compreendido como um *processo de corte cooperativo*, haja vista sua preocupação em colocar o contraditório em posição central, tanto nas suas normas fundamentais (arts. 6º, 7º, 9º e 10), quanto no arco dos procedimentos por ele instituídos. Além disso, estrutura deveres de cooperação do juiz para com as partes. Em síntese, pode-se dizer

⁸⁶⁴ “O escopo deste preceito é evitar as chamadas ‘decisões-surpresas’, isto é, as decisões proferidas sobre matéria de conhecimento oficioso sem a sua prévia discussão pelas partes” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. Lisboa: Lex, 1997, pp. 66-67).

⁸⁶⁵ “O tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. Lisboa: Lex, 1997, p. 67).

⁸⁶⁶ A construção inicial proposta pela doutrina alemã em torno da *Kooperationsmaxime* é um tanto diversa. Após analisar as obras de Bettermann, Gilles, Wassermann e Hann sobre a *Kooperationsmaxime*, Kochem procura estabelecer o que seriam os possíveis deveres oriundos da cooperação: “têm-se os deveres de colaboração (estrito senso) ou auxílio, de esclarecimento, de informação e advertência, de debate e de indicação. Com esses deveres e a concepção renovada do fenômeno processual, torna-se possível às partes - por meio de um tipo de conduta frente ao processo - participar da gestão do processo”. KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*Kooperationsmaxime*). In: RePro, vol. 251, Jan., 2016, pp. 75-111, item 3 na versão eletrônica.

que o modelo processual civil brasileiro adota, hoje, uma solução de compromisso entre direitos de liberdade e de igualdade.

O novo processo civil brasileiro, na tentativa de densificar, no âmbito infraconstitucional, os direitos de liberdade, estrutura seu formalismo processual (fundado na dignidade da pessoa humana) outorgando espaços de autodeterminação às partes. As partes têm, no processo brasileiro, liberdade na iniciativa e no delineamento da causa, além de espaços alargados de disponibilidade a respeito das consequências do processo. Consagra-se, de forma inequívoca, um *amplo espaço de autonomia* (reflexo do princípio dispositivo)⁸⁶⁷.

De outro lado, o Código, na tentativa de densificar, no âmbito infraconstitucional, os direitos de igualdade que permitam a plena fruição de espaços de autodeterminação pelos cidadãos, estrutura seu formalismo processual (fundado na dignidade da pessoa humana) outorgando poder ao juiz para desempenhar adequadamente a função de dar tutela aos direitos (garantindo a convivência harmônica entre os cidadãos, pela segurança jurídica entendida como efetividade dos direitos). O juiz tem, no processo brasileiro, poderes de direção e espaços de iniciativa supletivos, consagrando, de forma inequívoca, um *considerável espaço de atuação estatal funcionalizada pela exigência de tutela efetiva e adequada dos direitos*⁸⁶⁸.

⁸⁶⁷ São exemplos desses espaços o poder de iniciativa (art. 2º), a ênfase dada à autocomposição e aos equivalentes jurisdicionais (art. 3º, art. 334 e artigos 165 e 166, dentre outros), a disposição a respeito das questões a serem debatidas e decididas (art. 141, art. 490 e art. 492), o respeito às escolhas feitas pelas partes em relação aos fatos juridicamente relevantes que delimitam o objeto da controvérsia e o enquadramento jurídico a ser dado ao problema de direito material em discussão (art. 319, III), a possibilidade de renúncias (art. 487, III, 'c'), desistências (art. 485, VIII) e abdições em geral a respeito de posições processuais, inclusive em recursos para decisão a respeito de teses jurídicas (art. 998, parágrafo único), além da relevância da vontade em certos atos omissivos (art. 65, art. 337, §6º, e art. 1.000).

⁸⁶⁸ São exemplos desse espaço de poder a primazia do mérito e a superação de obstáculos formais (art. 4º, art. 139, IX, art. 282, art. 283, art. 317), inclusive nos recursos (art. 932, parágrafo único, art. 1.007 e art. 1.017, §3º), além da possibilidade de retratação em caso de decisões terminativas (art. 331 e art. 485, §7º), bem como a aproveitabilidade do processo com defeitos subjetivos (art. 338). O juiz também exerce amplo espaço de poder relativamente à prova, podendo determinar o comparecimento das partes para interrogatório livre (art. 139, VIII) e a produção de qualquer prova que entenda necessária para a decisão (art. 370), inclusive mediante uso de meios coercitivos (art. 380, art. 400 e art. 773). Por fim, o juiz tem amplos poderes de controle da dinâmica processual, competindo-lhe assegurar igualdade de tratamento (art. 7º e art. 139, I), a boa-fé (art. 6º, art. 139, III, art. 772, entre outros) e a efetividade das suas decisões (por todos, art. 139, IV).

Como se verifica, há uma conformação equilibrada da divisão de trabalho entre juiz e partes, estruturando-se um processo que respeita os espaços de autodeterminação das partes, mas outorga ao juiz poderes de direção e iniciativa supletivos com vistas a dar efetiva e adequada tutela aos direitos. A asseguuração desses espaços de autodeterminação (como reflexo da preocupação do legislador processual com a liberdade) demonstra a sistematização de um processo no qual a atividade do juiz é paritária no diálogo (um ambiente de participação equilibrada dos sujeitos parciais e imparciais do processo) e assimétrica na decisão⁸⁶⁹.

2.2. A discussão em torno do fundamento do modelo cooperativo

O fundamento do modelo cooperativo, entretanto, não é encontrado pela doutrina apenas no direito à participação, consagrado na norma processual fundamental do contraditório. A boa-fé é defendida como fundamento último da cooperação⁸⁷⁰: “o princípio da boa-fé impõe deveres de cooperação entre os sujeitos do processo”⁸⁷¹. Nessa perspectiva, o princípio da cooperação pode ser encarado como um “subprincípio do sobreprincípio da boa fé processual: a proteção da boa fé (estado de coisas a ser alcançado) passa pela efetivação de um processo cooperativo”⁸⁷². Essa construção parte da existência de deveres anexos inerentes ao standard de comportamento da boa-fé objetiva, no plano do direito privado, para explicar a necessidade de que o processo também albergue ditos deveres⁸⁷³. Os espaços de liberdade outorgados às partes para

⁸⁶⁹ Não é o espaço para desenvolver a temática, porém é possível registrar a tônica dada pelo processo civil brasileiro à efetividade das decisões e às técnicas executivas para sua efetivação (art. 139, IV, por exemplo) como exemplos dessa preocupação de que haja exercício do poder, de fato, pelo juiz, ao decidir.

⁸⁷⁰ “O princípio da boa fé é a fonte do princípio da cooperação, que impõe deveres de cooperação entre os sujeitos do processo” DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 86. Em outro trecho: “o dever de cooperação é uma das consequências normativas de um dever de atuação de acordo com a boa fé” DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 93-94.

⁸⁷¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1 (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 114. Essa é a posição já externada em DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

⁸⁷² DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 53-54.

⁸⁷³ Em sentido análogo: “O dever de colaboração das partes no processo civil resulta, em última análise, na aplicação da regra da boa-fé objetiva, pois esta, como criadora de deveres acessórios, impõe a cooperação das partes para o fim do processo e a realização dos resultados programados pelo direito. Em suma, não se trata de simplesmente vedar atuações abusivas ou exclusivamente resistentes ao avanço do

exercício da autonomia da vontade mediante negócios processuais seriam, na visão do autor, um reforço dessa concepção: “afinal, não há negociação juridicamente lícita sem obediência aos deveres de cooperação”⁸⁷⁴. Registre-se que a existência de deveres de cooperação em processos negociais (iniciados no processo, ou mesmo antes da litispendência, como no caso dos negócios prévios), que perduram durante toda a execução da obrigação e mesmo após, é indiferente ao processo. Nesse caso, trata-se de reflexo direto do processo obrigacional, que prevê tais deveres anexos às partes negociantes, sendo o objeto do negócio de natureza material ou processual.

Como se busca comprovar adiante, a boa-fé deve ser entendida como um limite ao exercício das posições processuais⁸⁷⁵ – o contraditório – e, portanto, como sua qualificação ética⁸⁷⁶. Daí porque a boa-fé é apenas um componente – o seu componente ético – do modelo cooperativo. Não é, no entanto, o seu fundamento. “Fundamentá-la na boa-fé – e, pois, na confiança, seu elemento último – pode levar a um *indevido esfumaçamento dos objetivos* de cada uma das partes no processo civil”⁸⁷⁷. Não se coaduna com a natureza divergente – e não convergente como o é o processo obrigacional – dos interesses de cada uma das partes a assunção de deveres recíprocos de “cooperação”, quando na verdade se está a falar de respeito à lealdade, uma exigência ética e não cooperativa⁸⁷⁸.

procedimento: é algo mais, trata-se de uma diligência especial que se deve entender expressamente compatível com a possibilidade de utilizar, de boa-fé, os meios e os instrumentos jurídicos que são oferecidos pelo sistema. O que importa dizer que condutas contrárias a essa diligência especial, mesmo que não tenham o evidente propósito de obstruir a movimentação do processo, revelam a inegável falta de colaboração processual e por essa razão devem ser controladas pelo juiz e apontadas pela parte prejudicada” (VINCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 170).

⁸⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1 (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 132.

⁸⁷⁵ “O direito ao contraditório não pode ser exercido ilimitadamente: o respeito à boa fé objetiva é exatamente um desses limites”. DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 87.

⁸⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vascontecelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Teoria geral do processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral. São Paulo: Forense, 2015, p. 39. Em sentido similar: “O contraditório não pode ser exercido ilimitadamente. O Estado tem, portanto, o direito de exigir das partes retidão no manuseio do processo - instrumento público -, ao qual está relacionado o dever de atuação ética, de colaboração para a decisão final” (CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: RePro, vol. 126, Ago, 2005, pp. 59 - 81, item 3 na versão eletrônica”).

⁸⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 104.

⁸⁷⁸ A crítica, absolutamente respeitosa, é de MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, pp. 103-

2.3. O agir cooperativo do estado-juiz

A estruturação de deveres de corte cooperativo do estado-juiz para com as partes é uma escolha política. Essa pode encontrar seu fundamento em uma perspectiva verticalizada, qual seja, uma compreensão intervencionista do papel da jurisdição. Ou seja, em uma estrutura hierárquica da relação de poder entre estado e indivíduo. Semelhante construção dos deveres cooperativos dá ênfase à necessidade de uma postura de auxílio do estado-juiz para partes que, sempre na visão unilateral daquele que exerce o poder, encontram-se em situação de dificuldade ou de desequilíbrio em relação à outra parte. Uma construção de tal tipo coloca ênfase no fundamento igualitário dos deveres cooperativos (a cooperação judicial funcionando como uma forma de compensar desigualdades) e em um papel específico a ser outorgado à jurisdição, qual seja, a de funcionar como um agente de transformação social⁸⁷⁹.

Essa não parece ser a melhor explicação para a estruturação de deveres cooperativos por parte do estado-juiz. Outra forma de explicar essa necessidade para o processo judicial baseia-se em uma perspectiva horizontalizada das relações entre estado, sociedade civil e indivíduo, qual seja, uma compreensão dialogal do papel da jurisdição. Ou seja, uma estrutura paritária da relação de poder entre estado e indivíduo. Semelhante construção dos deveres cooperativos dá ênfase à necessidade de uma postura ativa do estado-juiz na busca por uma decisão de mérito. Uma construção de tal tipo coloca ênfase no fundamento participativo dos deveres cooperativos (a cooperação

105 direcionada às construções doutrinárias que fundamentam a cooperação na boa-fé, como a de DIDIER, JUNIOR, Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Para o novo Código, similar forma de ver a cooperação como uma estrutura “relida” e, portanto, afeita à natureza não-convergente dos interesses das partes, ver THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo Código de Processo Civil. Fundamentação e Sistematização. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2015, p. 69 e ss.. Adotando esse modelo como base da estruturação da divisão de trabalho entre juiz e partes, mas defendendo a existência de cooperação entre as partes, ver por exemplo DIDIER JR. Fredie. Comentários ao artigo 6º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p.19; e MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 50.

⁸⁷⁹ Em certo sentido é o que propugnava MENGER, Antonio (1841-1906). El derecho civil y los pobres (1890). Trad. Adolfo Posada. Buenos Aires: Atalaia, 1947, p. 69. Quando se fala em um modelo cooperativo como a síntese dos modelos isonômico e assimétrico, é forçoso afastar-se dessa fundamentação.

judicial funcionando como uma forma de aproveitamento eficiente da tarefa jurisdicional) e em um papel específico a ser outorgado à jurisdição, qual seja, o de viabilizar a tutela dos direitos.

A cooperação, assim, encontra seu fundamento político na participação, que se caracteriza pela obrigatoriedade de que o poder seja exercido de forma dialogal. A participação é o fundamento essencial dos deveres cooperativos. É o direito ao contraditório⁸⁸⁰, em última análise⁸⁸¹, que “exige do juiz a posição de participante ativo, reclamando e propiciando esclarecimentos e ministrando orientações prévias sobre os riscos das omissões das partes” ou ainda “instando-as a tomar ações que erradiquem defeitos sanáveis”⁸⁸². Dessa forma, o fundamento da cooperação não pode ser encontrado na boa-fé, já que a “cooperação tal como se verifica, na realidade, descansa dissenso das partes. Não necessita de consenso e, muito menos, envolve convergência de postulações”⁸⁸³.

A participação funciona como veículo de legitimação do poder no estado constitucional⁸⁸⁴. Trata-se, ao fim e ao cabo, de otimizar a participação da sociedade no exercício do poder, acentuando “aquilo que em ciência política se chama orientação de *input*”⁸⁸⁵. Nesse equilíbrio de forças contemporâneo entre os interesses dos indivíduos e da sociedade civil organizada – da cidadania, por assim dizer, o verdadeiro interesse *público* – e os interesses estatais – refletidos em interesses políticos de governo ou propriamente de estado não necessariamente *públicos* –, o processo civil estrutura-se

⁸⁸⁰ E, por consequência, a igualdade que o funcionaliza. Sobre as relações entre contraditório e igualdade, ver ABREU, Rafael Sirangelo de. Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015, em especial pp. 86-95.

⁸⁸¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil. Uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, p. 186.

⁸⁸² ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 941.

⁸⁸³ ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 940.

⁸⁸⁴ “O Estado constitucional é “mais” do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimate State power*)” CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição (1997). 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100.

⁸⁸⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição (1997). 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 301.

mediante deveres de cooperação por parte do estado-juiz justamente para reforçar a máxima constitucional de que o poder emana do povo e é exercido *em função dele*.

Entendida a jurisdição, funcionalmente, como exercício de poder, e, estruturalmente, como um serviço público do qual a sociedade civil deve se servir para resolver seus conflitos em função do monopólio que surge com a proibição da justiça de mão própria, deve ela pautar-se pelo paradigma da administração pública cidadã ou dialógica, que se insere no chamado direito fundamental à boa administração pública⁸⁸⁶. Esse direito compõe-se, entre outros, do direito à administração pública transparente, imparcial e proba, mas, em especial, do direito à administração pública dialógica, “com as garantias do contraditório e da ampla defesa – é dizer, respeitadora do devido processo (inclusive com duração razoável), que também implica o dever de motivação consistente”⁸⁸⁷. Isso inclui, portanto, o “dever de a administração pública observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”⁸⁸⁸.

Trata-se de uma via de duas mãos: paralelamente à consolidação do fenômeno da “processualização” da atividade administrativa, com a submissão dessa ao devido processo legal⁸⁸⁹ (ou direito ao processo justo, para utilizar a terminologia do presente trabalho⁸⁹⁰), serve-se a atividade jurisdicional de parâmetros estabelecidos para a atividade administrativa. Ao afirmar-se a submissão da jurisdição aos mesmos parâmetros impostos à administração, pode-se encontrar fundamento para o agir cooperativo do estado-juiz no processo judicial. Registre-se que a doutrina do direito

⁸⁸⁶ “Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem” (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e direito fundamental à boa administração pública* (2007). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22).

⁸⁸⁷ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e direito fundamental à boa administração pública* (2007). São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 22-23.

⁸⁸⁸ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e direito fundamental à boa administração pública* (2007). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43.

⁸⁸⁹ Para um tratamento extenso do tema do devido processo legal aplicado ao processo administrativo, ver MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999* (2000). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁸⁹⁰ Para uma explicação da adoção da expressão “processo justo” e não da expressão “devido processo legal”, ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional* (2012). Em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 730-731.

público – administrativo e tributário, principalmente – tem utilizado a noção de colaboração para explicar a atitude da administração pública diante dos cidadãos. A partir da noção de administração pública dialógica, diz-se que o estado – na sua faceta administrativa – tem o dever de colaborar com o administrado nas relações de direito público⁸⁹¹. Isso se dá, inclusive, mediante a utilização de quatro vieses (vistos como subprodutos do dever de colaboração): colaboração no viés informativo (a que se pode fazer o paralelo com o dever de esclarecimento), no viés prestacional ou assistencial (a que se pode fazer o paralelo com o dever de auxílio), na sua ligação com a eficiência (a que se pode fazer o paralelo com o dever de prevenção) e no seu viés participativo (cuja ligação clara é com o dever de consulta)⁸⁹².

O diálogo, portanto, passa a ser fundamental em qualquer relação do indivíduo com a administração, obrigando quem decide a dialogar com as partes⁸⁹³. Um estado que se comporta de maneira dialogal: uma administração pública dialógica⁸⁹⁴. No processo, essa necessidade de, pela via da cooperação, ensejar uma maior participação na formação da decisão pode ser entendida como o dever de viabilizar o livre exercício do contraditório. Em outras palavras, cria ao juízo um dever de *engajamento* no desenvolvimento de uma ampla discussão, com iguais oportunidades de manifestação por todos os sujeitos⁸⁹⁵. Um dever de estruturar o processo como uma “comunidade de

⁸⁹¹ Nesse sentido é que a doutrina administrativista tem propugnado a aplicação do devido processo legal às relações administrativas, como “concretização do direito fundamental à boa administração pública, no sentido de que ninguém poderá ser afetado em seus interesses legítimos sem que, antes, devam ser ponderadas as suas razões, isto é, com o pleno e modular exercício da racionalidade do tipo dialógico”. FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais (1997). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 102. Nesse sentido, FIGUEIREDO, Lúcia Valle (1935-2009). Processo administrativo e judicial: O devido processo legal. In: Revista de Direito Tributário São Paulo: Malheiros, 1991, v. 58, p. 109-113.

⁸⁹² Exemplificativo dessa posição, para o direito tributário, PORTO, Éderson Garin. A colaboração no direito tributário. Por um novo perfil de relação obrigacional tributária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, pp. 144-200.

⁸⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Processo administrativo: Um diálogo necessário entre Estado e cidadão. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 23, pp. 39-51, jan/mar, 2006, p. 46.

⁸⁹⁴ Sobre o tema, ver, por todos, MAFFINI, Rafael Da Cás. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 253, jan./abr. 2010 p. 159-172. Em sentido análogo LIMA, Mariana Sciesleski de. Fundamentos para uma administração pública dialógica. In: Revista perspectiva, v. 34, n. 126, jun. 2010, pp. 73-84 e LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Administração pública dialógica. Curitiba: Juruá, 2013.

⁸⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 234.

comunicação”⁸⁹⁶. Assim, cumpre analisar qual o fundamento político e qual a função jurídica dos deveres de colaboração do juiz para com as partes

2.3.1. Os deveres de colaboração explicados pelo papel do estado em relação ao indivíduo: dever de viabilizar o livre-exercício do contraditório

Entendido o processo como o realizar-se em concreto da jurisdição (tutela dos direitos) mediante exercício da situação compósita de todos os sujeitos em contraditório, cumpre estabelecer formulações do exercício desse poder que viabilizem a prática do diálogo como seu pressuposto formativo. Nesse sentido é que é possível conceber os deveres cooperativos como derivação direta da necessidade de asseguarção do livre exercício do contraditório. O estado-juiz tem o dever de viabilizar o exercício do contraditório – entendido como igualdade de oportunidades de influência nos desígnios do processo⁸⁹⁷ – outorgando relevo maior à cota de participação inerente aos sujeitos parciais.

Por essa razão, toda e qualquer decisão deve ser precedida do debate em torno da questão a ser decidida, mesmo nos casos em que a matéria objeto da decisão seja cognoscível de ofício (contraditório entendido como proibição de decisão surpresa – art. 10, CPC). Nesse caso, diz-se que o órgão judicial tem o *dever de consulta*⁸⁹⁸ às partes acerca da matéria que será objeto de decisão, viabilizando, com isso, a participação na formação do provimento jurisdicional⁸⁹⁹. Esse dever será exercido,

⁸⁹⁶ COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 579.

⁸⁹⁷ Sobre o tema, ver ABREU, Rafael Sirangelo de. Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015, em especial pp. 86-95.

⁸⁹⁸ “O tribunal não pode decidir uma questão de direito ou de facto, mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem sobre ela” SOUZA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. Lisboa: Lex, 1997, pp. 66-67

⁸⁹⁹ “É ilusório imaginar que num processo de corte eminentemente adversarial as partes venham a contribuir uma com a outra para o alcance da solução mais justa para o litígio. O princípio da cooperação impõe, isto sim, que o juiz colabore para com as partes e que as partes colaborem com o juízo. Daí encontrarem-se tantas referências, ao longo do CPC, da necessidade de oitiva das partes antes de qualquer decisão relevante que atinja os seus interesses, salvo exceções muito específicas em hipóteses nas quais a oitiva da parte possa se revelar contraproducente para a tutela jurisdicional” AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 55.

“desanuviado o receio de prejulgamento”⁹⁰⁰, possibilitando aos litigantes que assentem suas posições em torno de todas as questões a serem decididas. É de se ressaltar que essa exigência tem por finalidade permitir que os sujeitos destinatários do provimento possam participar de sua formação. Isso significa dizer, em outras palavras, que é dever do estado-juiz viabilizar o exercício das estratégias das partes em todos os aspectos do processo. Entendido o contraditório como influência, tem o juiz o dever de viabilizar que as estratégias comissivas ou omissivas dos sujeitos em torno dos pontos controvertidos e dos fundamentos jurídicos possam ser desempenhadas. Trata-se de inequívoco reflexo do aspecto horizontal da relação entre estado, sociedade civil e indivíduos.

Por isso, podem ser explicadas no novo processo civil brasileiro as seguintes previsões: (a) dever de viabilizar o prévio debate sobre questões mesmo acerca de questões cognoscíveis de ofício (art. 10 e art. 487, parágrafo único) ou fatos supervenientes (art. 493, parágrafo único), (b) inclusive nos tribunais (art. 933); (c) o dever de submeter a calendarização processual ao prévio debate com as partes (art. 191); (d) o dever de estruturar a organização prospectiva da causa em cooperação, seja quando feita por escrito, seja quando feita oralmente (art. 357, §1º e 3º); (e) o dever de submeter a aplicação de precedentes ao prévio debate (art. 927, § 1º); (f) obrigatoriedade de fundamentar as decisões com base em todos os fundamentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão (art. 489, §1º, IV).

Deriva dessa mesma construção a necessidade de o estado-juiz viabilizar o exercício das estratégias pelos sujeitos processuais. Para que uma estratégia possa ser desempenhada (e, portanto, para que o contraditório seja livremente exercido), muitas vezes pode ser necessário viabilizar a superação de certos obstáculos processuais por parte dos sujeitos parciais. Essa atitude proativa do estado-juiz com vistas a permitir a superação de obstáculos ao exercício livre de estratégias processuais deve ser entendida como o conteúdo normativo do chamado *dever de auxílio*. O estado-juiz deve cooperar com os sujeitos processuais para que possam adequadamente desincumbir-se dos encargos processuais, daí a estruturação do *dever de auxílio* como *dever de viabilizar a*

⁹⁰⁰ ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 944.

superação de obstáculos ao exercício do contraditório e, portanto, das estratégias das partes. Para que isso ocorra, o juiz deve valer-se do seu poder para modificar a estrutura das posições jurídicas de modo a que se viabilize a superação do obstáculo. Como regra, isso deve se dar mediante determinações específicas a sujeitos processuais (partes ou terceiros), no interesse da parte cujo obstáculo está impedindo o exercício do contraditório.

Podem ser explicados, por isso, no novo processo civil brasileiro, a flexibilização de requisitos formais quando inviável o seu cumprimento pelo interessado (art. 319, §§2º e 3º), o dever de dinamização dos ônus probatórios quando a estruturação estática impõe *probatio diabolica* (art. 373, §1º), o dever de inspecionar coisas cuja apresentação em juízo pela parte seja inviável (art. 483, II), o dever de viabilizar o aporte de informações ou documentos em posse da contraparte ou de terceiros, mediante utilização, inclusive, da técnica da execução indireta (art. 400, parágrafo único, 403, parágrafo único) ou crime de desobediência (art. 524, §3º), inclusive na execução (772, III e 773), e o dever geral de envidar todos os esforços na obtenção de informações indisponíveis para o interessado (art. 319, §1º e 455, §4º, II), inclusive a titularidade do interesse contraposto em caso de dificuldade em nomear a parte ré⁹⁰¹.

A atitude cooperativa do juiz, estruturada a partir de deveres concretos de *consulta* e *auxílio* previstos no desenvolvimento do procedimento comum e de procedimentos especiais, tem por finalidade viabilizar o exercício livre e pleno das estratégias dos sujeitos parciais. Como se verifica, os deveres cooperativos, vistos por essa óptica, atuam no *meio* sem interferir necessariamente no *resultado* do processo. Em outras palavras, os deveres de cooperação funcionam como *deveres instrumentais*, conectados, nessa leitura, ao desempenho da conduta autointeressada dos sujeitos parciais (exercício do contraditório). Trata-se de uma funcionalização eminentemente privada da atitude cooperativa do estado-juiz.

⁹⁰¹ O exemplo é trazido por BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 205, com fundamento na jurisprudência do Tribunal de Relação de Lisboa.

2.3.2. Os deveres de colaboração explicados pelo papel instrumental do processo em relação ao direito material: dever de promoção da tutela dos direitos

Os deveres cooperativos também podem ser explicados como uma forma de efetivar a promessa de que o processo deve ser concebido como um *meio* para a tutela dos direitos. A partir desse ponto de vista os deveres de colaboração do estado-juiz para com as partes podem ser concebidos como um instrumento a mais para que o processo realize, de forma concreta, o direito material⁹⁰². Nessa óptica, fica clara a conexão entre os deveres do estado-juiz e a necessidade de viabilizar julgamentos de mérito a respeito das controvérsias submetidas ao crivo do poder judiciário.

Em verdade, a própria noção de primazia do mérito (elevada por parcela da doutrina a princípio norteador do processo⁹⁰³) “é um estado de coisas que se procura promover”⁹⁰⁴ com os deveres de cooperação, na medida em que podem servir à decisão de mérito. O exemplo do direito positivo brasileiro é bastante elucidativo. O art. 4º do CPC é claríssimo ao estipular o direito das partes de “obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. De outro lado, o próprio art. 6º, que é o fundamento textual do princípio da cooperação, prevê que os sujeitos devem cooperar “para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Bem se vê que a finalidade da instituição de deveres de colaboração é a obtenção, em tempo razoável, de uma solução de mérito justa e efetiva.

⁹⁰² Nessa linha, Greger: “Justamente porque no processo civil existe o princípio dispositivo, o juiz deve cooperar com as partes, e elas não podem promover ou permitir uma descoordenação. Por isso, a compreensão correta da cooperação, em relação ao papel do juiz, significaria que esse não tem de conduzir o processo passiva nem autoritariamente. Ele deve se comportar, na interação com as significativas atividades das partes, de modo que se possa alcançar o propósito do processo o mais fácil, rápida e completamente possível” (GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. Trad. Ronaldo Kochem. In: *RePro*, vol. 206, Abr., 2012, pp. 123-134, item 3 na versão eletrônica). Defendendo os deveres também para as partes, mas fundamentando dessa forma, DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 101: “Se no âmbito obrigacional os deveres de cooperação orbitam o cumprimento da prestação (propósito da relação obrigacional), no âmbito processual eles giram em torno da solução do objeto litigioso (propósito do processo), com justiça e brevidade, como, aliás, está muito bem posto no n.1 do art. 266.º do CPC português”.

⁹⁰³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1 (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 138.

⁹⁰⁴ “É um estado de coisas, portanto, inerente à colaboração” MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 105.

É possível explicar, a partir dessa premissa, a existência de inúmeros espaços de desempenho do *dever de prevenção* previsto pela doutrina como exigência do modelo cooperativo. Quando o julgador previne a parte de que a sua conduta pode levar a um resultado diferente daquele que esta pretende com o processo, o que se assume seja uma decisão favorável, está, em verdade, zelando pela eficiência e “evitando o desperdício da atividade processual”⁹⁰⁵. Em última análise, está cumprindo com a máxima de que o processo tem por finalidade dar tutela aos direitos⁹⁰⁶. A defesa de um princípio da primazia do mérito – como um estado de coisas que se pretende com o processo – deriva diretamente dessa finalidade do processo. É por isso que, ao exercer os deveres de colaboração, ao magistrado incumbe prevenir a parte de que sua conduta pode acarretar um *desvio de rota*.

Registre-se que, diante desse estado de coisas a ser atingido (decidir o mérito), pode o direito processual estruturar duas formas de alcançá-lo. De um lado, pode incumbir ao juízo simplesmente a tarefa de desconsiderar o vício formal, convalidando-o. Esse pode ser um caminho utilizado a partir da tradicional posição ligada à instrumentalidade das formas (artigos 277 e 283, CPC). No que tange à chamada primazia do mérito, é o que ocorre nos casos em que, vislumbrando a possibilidade de uma decisão favorável à parte que se beneficiaria de uma decisão terminativa, o juiz supere o obstáculo processual proferindo decisão definitiva⁹⁰⁷. Também a fungibilidade recursal não deixa de ser uma manifestação desse tipo de atitude⁹⁰⁸. Porém, não nos parece que essa postura seja a mais adequada em um

⁹⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 105.

⁹⁰⁶ Uma possível derivação do dever de prevenção, para uma perspectiva macro da tutela dos direitos (em perspectiva geral, portanto), é o dever de oficiar os órgãos legitimados a propor ações coletivas (Ministério Público e Defensoria Pública) da existência de controvérsias dessa natureza (art. 139, X). A construção é de ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 945.

⁹⁰⁷ É essa a opção do código brasileiro: “Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”.

⁹⁰⁸ Registre-se que o art. 1.024, §3º, CPC (“Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias. § 3o O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1o.”) prevê hipótese de fungibilidade recursal específica, que privilegia a vontade da parte, ao impor ao juiz a prévia

processo que privilegia a participação e a estratégia. Mais consentânea com as premissas adotadas por esse trabalho é a construção de deveres de prevenção em substituição ao poder de suprimento dos vícios, de ofício. Nesse tema insere-se a exigência de colaboração do juiz para com as partes. A atitude do juiz não substitui a atividade das partes, mas apenas coopera para que as estratégias das partes possam ser desempenhadas livremente.

É em razão disso que se prevê um dever de viabilização da emenda à inicial quando esta apresentar “defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito” (art. 321), inclusive na inicial executiva (art. 801), já que o art. 4º prevê o dever de promoção da tutela do direito também como dever de viabilizar a satisfação do direito. O dever de prevenção mostra-se claramente, também, na previsão de um dever judicial de determinação do suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais (art. 75, em específico, e art. 139, IX, como regra geral), antes de decidir sem resolução de mérito (art. 317), inclusive nas instâncias recursais em caso de potencial inadmissibilidade do recurso (art. 932, parágrafo único). Nesse tema, o direito brasileiro dá atenção especial à questão do preparo (art. 1.007, §§2º, 4º e 7º) e à composição do instrumento do recurso de agravo de instrumento (art. 1.017, §3º)⁹⁰⁹.

Ao lado dos deveres de *prevenção*, incumbe ao juiz cumprir, ainda, com o dever de *esclarecimento*. O juiz tem o dever de esclarecer-se com as partes sempre que seus arrazoados, suas postulações ou suas manifestações em geral comportem dúvida, dificuldade ou ambiguidade na sua interpretação. A atitude de buscar *esclarecimento* junto às partes conecta-se ao intento de uma maior aproveitabilidade da atividade processual. Subjaz ao dever de esclarecimento um dever de acompanhamento

intimação do recorrente para complementação das razões recursais. Como será exposto infra, essa é a posição defendida no presente trabalho.

⁹⁰⁹ Registre-se que as previsões de *deveres de prevenção* para os recursos de natureza extraordinária devem ser lidas como situações distintas, embora similares, à da primazia do mérito. Isso porque a missão dessas cortes não é a mesma dos demais órgãos jurisdicionais, já que têm a incumbência de dar tutela ao direito em perspectiva geral, outorgando unidade ao direito mediante precedentes. Por isso o dever de superar vícios formais nas cortes supremas, ainda que seja reflexo dos deveres de colaboração, deve ser lido como um dever instrumentalizado não propriamente a uma decisão de mérito justa e efetiva, mas à tarefa de interpretação e aplicação do direito por essas cortes (e, portanto, não diretamente às partes, mas à ordem jurídica). É caso do artigo 1.029, §3º, que prevê o dever de o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desconsiderarem “vício formal de recurso tempestivo” ou determinarem “sua correção, desde que não o repute[m] grave”.

permanente, pelo juiz, do diálogo construído por todos os sujeitos processuais. Isso porque incumbe ao juiz esclarecer-se dos arrazoados dúbios o quanto antes, evitando, assim, que a influência reflexiva típica do contraditório se desenvolva eivada de ruídos, interferências e más interpretações. O atraso na constatação de ambiguidades ou vagezas pode levar a um prejuízo na dinâmica do processo. A leitura atenta pode evitar esses inconvenientes e permitir um melhor aproveitamento do debate⁹¹⁰. O exercício do dever de esclarecer-se junto às partes funciona como um mecanismo de prevenção a *desvios de rota* indesejados por um sistema que tem por finalidade dar tutela aos direitos.

O exercício do dever de esclarecimento, como uma forma de compreender a extensão e a profundidade das postulações das partes, tem algumas funções específicas no processo civil contemporâneo. Ao fim e ao cabo, a delimitação exata do que pretendem as partes por meio de suas atividades, além de repercutir na extensão da eventual sucumbência futura, também serve para o fim de aferirem-se eventuais mudanças de orientação estratégica das partes ao longo do feito. Essas podem significar, no caso de incompatibilidade, infrações ao dever de lealdade (quando frustrarem a confiança da contraparte), acarretar preclusão lógica⁹¹¹ ou mesmo servir como parâmetro para interpretação da própria decisão, já que um dos parâmetros interpretativos da decisão é a boa-fé⁹¹². Assim, o dever de esclarecimento serve como um modo de *consolidação e assentamento* das estratégias das partes no tempo, tendo funcionalidade na estruturação da cadeia de influência que se desenvolve ao longo do debate processual.

Ao mesmo tempo, de nada adianta a mera oportunização do esclarecimento sem que o juiz indique especificamente qual o ponto a ser esclarecido. É por isso que, como regra, acompanhado do dever de *esclarecimento*, encontra-se também um dever

⁹¹⁰ “É dado concreto escapar a maior parte das petições iniciais desse crivo. Os benefícios do controle mais apurado, instando o autor a esclarecer os pontos obscuros, aperfeiçoando a redação da peça, são naturais e intuitivos” (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais*. Vol. II, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 943).

⁹¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 255.

⁹¹² No direito brasileiro, art. 489, §3º, CPC.

de *indicação*, que impõe ao juiz indicar à parte especificamente o que deve ser esclarecido. O juiz exerce seu dever de esclarecimento (“*Aufklärungspflicht*”) conjuntamente ao dever de indicação (“*Hinweispflicht*”)⁹¹³, viabilizando a compreensão, por parte do emitente, de quais os “ruídos” constatados pelo emissário.

Por essa razão, o direito processual civil brasileiro estrutura uma série de deveres pontuais de esclarecimento por parte do juiz. No que tange à postulação do autor, prevê que o juiz, ao determinar a emenda (prevenindo a frustração do processo), deve indicar especificamente o que deve ser emendado (art. 321, *fin*). Ainda no que tange às manifestações das partes, pode o juiz determinar o comparecimento destas quando não estiver suficientemente esclarecido, na forma de um interrogatório livre (art. 139, VIII). O código prevê, ainda, a realização de uma solenidade especificamente para a organização retrospectiva e prospectiva da causa, que tem como uma das funções aclarar as versões parciais, fixando objetivamente a controvérsia (art. 357, §3º). Pode-se aplicar, por analogia, o dever de esclarecimento nos casos de contestação, recursos, impugnações ao cumprimento de sentença, embargos à execução e demais manifestações questionáveis quanto à sua extensão. Porém, em se tratando de manifestações relativamente às quais é previsto ônus de impugnação específica à parte, o esclarecimento somente terá eficácia para limitar ainda mais a amplitude da manifestação, mas não para estendê-la.

A atitude cooperativa do juiz, estruturada a partir de deveres concretos de *prevenção* e *esclarecimento* previstos no desenvolvimento do procedimento comum e de procedimentos especiais, tem por finalidade viabilizar o melhor aproveitamento da atividade processual, potencializando sua finalidade de definir o mérito das

⁹¹³ Ambas as expressões germânicas servem para fundamentar a previsão normativa do § 139, 1, da ZPO: (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (Na tradução inglesa oficial: “(1) To the extent required, the court is to discuss with the parties the circumstances and facts as well as the relationship of the parties to the dispute, both in terms of the factual aspects of the matter and of its legal ramifications, and it is to ask questions. The court is to work towards ensuring that the parties to the dispute make declarations in due time and completely, regarding all significant facts, and in particular is to ensure that the parties amend by further information those facts that they have asserted only incompletely, that they designate the evidence, and that they file the relevant petitions”).

controvérsias postas à apreciação do judiciário sem *desvios de rota* imprevistos. Como se verifica, os deveres cooperativos, nessa óptica, atuam com vistas a interferir quanto a um melhor aproveitamento do *resultado* do processo. Em outras palavras, os deveres de cooperação funcionam como *deveres instrumentais*, conectados, nessa leitura, ao desempenho eficiente da função pública do sistema de justiça. Trata-se de uma funcionalização eminentemente pública da atitude cooperativa do estado-juiz.

3. O agir estratégico das partes

O modelo colaborativo pretende explicar a divisão de trabalho dos sujeitos processuais a partir de um princípio (da cooperação), que estrutura mediatamente deveres do juiz para com as partes⁹¹⁴. Essa afirmação parece ser aceita – divergindo-se apenas com relação aos chamados *deveres de auxílio* – pela doutrina processual pátria⁹¹⁵. O que não parece ser compartilhado pela doutrina é a afirmação de que haveria normatividade do princípio da cooperação no que tange às relações entre os sujeitos parciais do processo. De ora em diante, busca-se responder às seguintes indagações: as partes *devem* cooperar entre si (conforme art. 6º do CPC)? No que consistem os limites à atuação das partes: deveres cooperativos ou imperativos éticos? Para tanto, faz-se necessário analisar antes o perfil da ação desenvolvida pelos sujeitos parciais ao longo do processo.

A proposta de leitura do fenômeno processual a partir da óptica das partes impõe a consideração de um elemento inescapável à atividade desenvolvida pelos

⁹¹⁴ Registre-se que, em Portugal, há quem defenda, em razão de uma concepção diversa da ora sustentada em torno do conceito de princípio, que os deveres cooperativos existiram tão somente quando expressamente previstos pelo legislador: “O conteúdo do princípio da cooperação será estritamente aquele que resultar da justaposição do conteúdo dos deveres em que se manifesta. Pelo que o tribunal deverá adoptar uma conduta interventiva sempre que a lei lhe imponha topicamente essa intervenção. No entanto, só serão legítimas as intervenções que tenham essa mesma afirmação tópica. Isto significa que o tribunal não pode adoptar uma qualquer conduta interventiva que seja imediatamente justificada pela justa composição do litígio. Deverá encontrar-se um patamar permissivo/impositivo intermédio (qualquer um dos restantes deveres adjectivos) para a intervenção” (COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, pp. 591-592).

⁹¹⁵ Há uma crítica à qualificação da cooperação como princípio, mas ela não aborda, do ponto de vista do direito positivo, a existência ou não dos deveres cooperativos. STRECK, Lenio; MOTTA, Francisco. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? In: RePro, vol. 213, Nov., 2012, pp. 13-34.

sujeitos parciais: a liberdade⁹¹⁶. O processo civil é um ambiente que tem como motor principal o interesse das partes (ou ao menos de uma delas) em obter uma vantagem pela via jurisdicional⁹¹⁷. A escolha entre exercer ou não o direito de demanda já é, por si só, um espaço de exercício de liberdade⁹¹⁸, aliás, bastante intenso, na medida em que com a propositura da demanda limita-se o poder do juiz no que tange ao que será objeto de decisão. Como bem ressalta Paula Costa e Silva, “o sujeito pode agir por si só, uma vez que se encontra investido numa situação jurídica que lhe permite, com a sua actuação, repercutir efeitos na esfera de um terceiro”⁹¹⁹. A escolha⁹²⁰ entre demandar ou não é, assim, uma manifestação inequívoca do exercício de liberdade⁹²¹.

No processo, essa esfera de liberdade de ação é explicada a partir do chamado princípio dispositivo em sentido material ou princípio da demanda⁹²². Por meio do exercício da demanda o processo ganha vida, o instrumento faz-se vivo⁹²³. Porém, além de vida, o processo ganha corpo. Esse corpo tem sua primeira delimitação

⁹¹⁶ “O processo civil do nosso tempo, nos países de direito escrito, tem um fundamento liberal essencial, que é a sua própria razão de ser, qual seja, a função de realizar em plenitude a eficácia dos direitos dos particulares tutelados pela ordem jurídica.” GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: RePro, vol. 164, Out. 2008, pp. 29-56, item 16 na versão eletrônica.

⁹¹⁷ “La parte lo [o processo] utilizza nella speranza che la tutela giurisdizionale implichi per lei un vantaggio (...)” (CARNACINI, Tito (1909-1983). Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951, p. 703).

⁹¹⁸ “Thus one vested with a right of action is not compelled to sue: 'Nemo invitus agere cogatur'; the exercise of the right by means of the action is left to his unfettered discretion”. MILLAR, Robert Wyness. The Formative Principles of Civil Procedure - I. In: Illinois Law Review, Vol. XVIII, n° 1, Maio, 1923, p. 12.

⁹¹⁹ COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 212.

⁹²⁰ “L’attività della parte è manifestazione non di un dovere, ma di una libera scelta” (CARNACINI, Tito (1909-1983). Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951, p. 703, nota 21).

⁹²¹ “La domanda è autonomia, libertà, diritto, qualcosa che appartiene al soggetto e preesiste al giudice, e di fronte alla quale il giudice è suddito, o almeno è in posizione di pari” (SATTA, Salvatore (1902-1975). Domanda giudiziale (dir. proc. civ.). In: Enciclopedia del Diritto. XIII. Milano: Giuffrè, 1964, p. 816).

⁹²² Sobre a distinção entre o princípio dispositivo em sentido formal e material, ver CAPPELLETTI, Mauro (1927–2004). La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere dell’parti nel processo civile. V. I, Milano: Giuffrè, 1962, pp. 303-376. Sem utilizar a distinção, mas partindo de Gönner para diferenciar as duas acepções, ver CARNACINI, Tito (1909-1983). Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951, pp. 716-730.

⁹²³ “La parte invero concorre non soltanto a compiere l’attività necessaria perchè il processo possa sorgere e svolgersi, ma prima ancora a fare sí che il processo esista, é cioè con il semplice fatto d’essere in giudizio” (CARNACINI, Tito (1909-1983). Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951, p. 698).

na própria demanda, “que põe os limites além dos quais não haverá juízo”⁹²⁴. Pode-se dizer, nesse esquema, que a parte serve-se do processo – na busca por uma vantagem por ela pretendida –, assim como o processo serve-se da parte – para ganhar vida e poder desempenhar as suas finalidades⁹²⁵. Ao servir-se do processo para a proteção de um alegado interesse jurídico, a parte exerce vontade, determinando o espaço de atuação do juiz⁹²⁶, já que a “estrinsecazione della tutela giurisdizionale ed i limiti di questa tutela dipendono da quella miccia che è la libera volontà della parte”⁹²⁷.

Uma vez instaurada a litigiosidade (o conflito regrado pelo direito) com o exercício da liberdade de demandar, reduzem-se os espaços de liberdade, uma vez que o procedimento e a presença dos demais sujeitos limitam – em maior ou menor medida a depender da intensidade dos deveres previstos em cada sistema processual – a atuação da parte. Entretanto, compreendida a ação como um direito compósito (conforme já assentado), a liberdade do agir projeta-se para o processo nas inúmeras postulações, manifestações e escolhas em geral, em torno da atuação processual⁹²⁸. Daí porque se pode compreender o processo como um ambiente permeado por duas características potenciais: competição e estratégia. O elemento competitivo está intimamente ligado à tendencial contraposição de interesses; o elemento estratégico está intimamente ligado à vantagem que cada parte pretende obter com a sua atuação. Ambos os elementos se

⁹²⁴ SATTÀ, Salvatore (1902-1975). Domanda giudiziale (dir. proc. civ.). In: Enciclopedia del Diritto. XIII. Milano: Giuffrè, 1964, p. 823.

⁹²⁵ “La parte si presenta dunque nel duplice aspetto di chi mediante il processo civile cerca di realizzare un suo (od un altrui) interesse materiale, una sua (od un'altrui) individuale necessità di vita, e di chi nel contempo contribuisce a dare esistenza e contenuto, si potrebbe dire a dare carne ed ossa, al processo medesimo nelle forme che gli sono peculiari. Si tratta di due aspetti che non si contrappongono, bensì si condizionano a vicenda, che non danno luogo ad un'antinomia, bensì ci appaiono fusi in un'unica entità come il dritto e il rovescio della stessa medaglia” (CARNACINI, Tito (1909-1983). Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951, p. 705).

⁹²⁶ “La volontà del privato è dunque sempre determinante” (CARNACINI, Tito (1909-1983). Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951, p. 743).

⁹²⁷ CARNACINI, Tito (1909-1983). Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951, p. 745.

⁹²⁸ “É preciso explorar com mais argúcia os espaços de liberdade que as partes devem poder exercer na relação processual e que foram tão intensamente sufocados pela prevalência de uma sistemática concepção publicista, da qual ainda temos muita dificuldade de nos emancipar, pois somos herdeiros de uma tradição cultural de paternalismo estatal e as deficientes condições de vida e da educação básica da maioria da população brasileira infelizmente não contribuem para que os indivíduos se tornem capazes de dirigir o seu próprio destino, sem necessidade da proteção da autoridade estatal.” GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: RePro, vol. 164, Out. 2008, pp. 29-56, item 16 na versão eletrônica.

unem dando forma à dinâmica do processo⁹²⁹: o conflito – que enseja a competição – e a liberdade – que abre espaço para a ação estratégica.

Dentro da proposta metodológica do presente trabalho, de enfatizar o aspecto parcial do ambiente processual, a atenção aos elementos que caracterizam o agir de cada uma das partes no bojo de um conflito jurídico e o modo pelo qual os sujeitos conformam seu agir impõem o estudo do conflito. O estudo do conflito pode ser desenvolvido mediante duas matrizes metodológicas. De um lado, entendê-lo como um estado de patologia social, o que justifica um objetivo (frequentemente sociológico) de enfrentamento das causas da litigiosidade e das formas de tratamento com vistas a diminuir a chamada “cultura da litigância”⁹³⁰. De outro, entendê-lo como um dado da realidade, o que justifica um objetivo prático de compreender os comportamentos no conflito de modo a gerir esses comportamentos⁹³¹. Esse âmbito pode ser denominado como da “estratégia do conflito”⁹³². Essa última é a abordagem que ora se pretende desenvolver.

3.1. As posições processuais parciais e o papel da estratégia no desempenho de posições processuais

As relações entre partes e juiz, além do vínculo instrumental ligado aos deveres cooperativos, estruturam-se também a partir de um vínculo finalístico. As partes

⁹²⁹ Registre-se que a proposta do presente trabalho é a de compreender o agir das partes em processos que ostentem a característica da conflituosidade. Isso significa que a abordagem estratégica que ora se pretende desenvolver não tem aplicação (ao menos direta) aos processos de jurisdição voluntária ou aos processos de controle concentrado de constitucionalidade, no qual a contraposição de interesses não é necessariamente uma realidade. Algumas das considerações, entretanto, podem ser úteis para a obtenção das vantagens jurídicas buscadas pelos interessados nesses processos não necessariamente litigiosos.

⁹³⁰ Em alguma medida a discussão em torno dos meios adequados de solução de conflitos (MASC) serve-se de uma abordagem sociológica que vê o conflito como um problema a ser resolvido. Sobre o tema, em perspectiva crítica, ver FISS, Owen. *Against Settlement*. In: *Yale Law Journal*, 93, 1984, pp. 1073-1090. Sobre as diferentes culturas do litígio e da pacificação, no direito processual, ver WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: *estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo : DPJ, 2005, pp. 684-690.

⁹³¹ SCHELLING, Thomas C. *The strategy of conflict* (1960). New Ed. Cambridge: HUP, 1980, p. 3.

⁹³² “We may wish to understand how participants actually do conduct themselves in conflict situations; an understanding of ‘correct’ play may give us a bench mark for the study of factual behavior. We may wish to control or influence the behavior of others in conflict; and we want, therefore, to know how the variables that are subject to our control can affect their behavior”. SCHELLING, Thomas C. *The strategy of conflict* (1960). New Ed. Cambridge: HUP, 1980, pp. 3-4.

dependem da atuação direta do juiz para a obtenção dos resultados pretendidos. Ou seja, as partes dependem inexoravelmente da atuação do juiz (pela via da decisão) para a obtenção da tutela do direito. Já nas relações interpartes, o vínculo existente é meramente instrumental, na medida em que o resultado pretendido – e que será necessariamente reconhecido ou rechaçado pelo juiz – é tão somente influenciado pela atuação estratégica da outra, mas dela não depende⁹³³.

Ocorre que o vínculo instrumental que liga as partes ao juiz – criando deveres cooperativos – é justamente, como vimos, o de permitir, de um lado, o desempenho da conduta autointeressada dos sujeitos parciais (exercício do contraditório), e de outro, um melhor aproveitamento do processo (decisão de mérito). O que justifica a existência de deveres do juiz para com as partes é prestigiar o debate, permitindo maior amplitude desse no que tange à atuação – privada – das partes e maior aderência desse à finalidade – pública – de dar tutela aos direitos. Registre-se: não é necessário buscar na convergência de interesses a fundamentação dos deveres cooperativos por parte do juiz. É indiferente que, por acaso, haja convergência de interesses das partes na maior amplitude do debate ou melhor aproveitamento do processo no que tange ao seu resultado. Para que o juiz *coopere* com as partes é indiferente que ambos estejam convergindo em interesses⁹³⁴.

Diversa é a estruturação dos vínculos entre os sujeitos parciais. Tendo em vista que a própria necessidade de um processo judicial já denota a existência de um

⁹³³ A presente estruturação considera a estrutura típica da conflituosidade. Em eventual autocomposição (por meio da qual se retira do juiz o poder de julgar o mérito, limitando-se seu papel – nem mesmo em todos os casos – à mera homologação) o vínculo é distinto na medida em que há uma necessidade de convergência total das estratégias, sendo o resultado para uma parte totalmente dependente da atuação da contraparte.

⁹³⁴ Um exemplo bastante simples é suficiente para comprovar a assertiva: um litigante que se manifesta de forma dúbia, propositalmente, para tornar mais difícil a defesa da contraparte. O juiz (desconsiderando-se aqui eventuais afrontas a normas de comportamento ético processual) deverá exercer seu dever de esclarecimento, permitindo que a parte esclareça seu arrazoado. Veja-se que no exemplo a parte beneficiada pelo exercício do dever cooperativo, em verdade, está sendo contrariada em sua finalidade (dificultar a defesa da contraparte). Os interesses obviamente não convergem, se considerarmos a convergência no sentido da intencionalidade do agente. A convergência que significa *cooperação* é em sentido abstrato, assumida a parte como interessada em obter a vitória, mediante a concretização de todos os devidos efeitos de suas manifestações. Esse exemplo pode ser problematizado – a partir do próprio prisma da boa-fé objetiva – no que diz respeito aos deveres cooperativos em matéria recursal, já que a cooperação judicial aí pode servir como promotor de uma maior protelação do feito, tema que foge do objeto do presente trabalho.

conflito de interesses não resolvido voluntariamente no plano material, é inerente à estrutura processual a conflituosidade. Cada parte pretende obter a satisfação dos seus interesses não só a despeito, como, também, em sacrifício – total ou parcial – dos interesses da outra⁹³⁵. Porém, como o processo é, em essência, um espaço de debate, a atuação de uma parte influencia reflexivamente a atuação da outra parte⁹³⁶ e a estratégia desempenhada por cada parte é conformada pela expectativa de estratégia da outra⁹³⁷. Busca-se, a partir de agora, demonstrar que a eventual cooperação entre os sujeitos processuais não pode ser estruturada como um *dever*, mas sim como uma *opção estratégica* que cada parte pode desempenhar se assim entender adequado, nos amplos espaços de autonomia da vontade existentes no desenvolvimento do processo. Nada impede que estratégias cooperativas venham a convergir, na forma de acordos, seja quanto ao processo, seja quanto ao direito material. O que se pretende demonstrar, entretanto, é que essas atitudes cooperativas unilaterais ou bilaterais não constituem deveres das partes, mas escolhas derivadas do agir estratégico.

3.1.1. A estratégia do conflito judicial: agir estratégico voltado à vitória

A dinâmica de atuação de cada sujeito parcial é determinada (a) pelo resultado que a parte pretende obter; (b) pelos espaços ou caminhos de atuação conferidos pela cadeia procedimental e; (c) pela atuação pretérita e futura (esperada) dos demais sujeitos. A primeira variável é intuitiva: o agir parcial é voltado ao êxito e as

⁹³⁵ “The interaction of judge and lawyers in a procedure with this structure is designed to yield a just result. But in the pursuit of this objective the roles of judges and lawyers are very different. Their roles are cooperative in that judge and lawyers function according to mutually understood rules, conventions and practices. However, their responsibilities are in fundamental conflict in that each lawyer aims to achieve success for his own client, necessarily to the disadvantage of the opposing client, while the judge aims to find justice in between” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. *Legal Ethics: a comparative study*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 64).

⁹³⁶ “A cadeia do procedimento supõe as fases anteriores e o dinamismo das interações faz com que as condutas e condicionamentos que decorreram dos acontecimentos pretéritos compoñham o suporte fático para as posteriores normas e condutas produzidas paulatinamente no seu curso” CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 134.

⁹³⁷ “A projeção comunicativa antecipa não só as reações subjetivas como também as possibilidades estratégicas do procedimento e as opções de atos processuais que os outros sujeitos poderão praticar. De outro lado, as estruturas do procedimento vão se adaptando a essas opções, e o caminho vai-se construindo ao longo da caminhada”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 136.

partes buscam comprovar a veracidade de suas alegações de fato (e/ou a não veracidade das alegações de fato da contraparte), bem como demonstrar a adequação da conformação jurídica que, argumentativamente, apresentam ao juiz (e/ou a inadequação da conformação jurídica apresentada pela contraparte). A segunda variável está ligada ao aspecto institucional do processo: o agir parcial leva em conta as opções de atuação no arco do procedimento e os incentivos econômicos – mas não meramente financeiros – que norteiam a sua utilização. A terceira variável está ligada à interdependência da atuação dos sujeitos parciais: o agir parcial é condicionado pela atuação dos demais agentes e envolve exercícios cognitivos de regressão e prognose⁹³⁸, bem como considerações de coerência no tempo e confiança mútua.

Essas conexões entre as partes são variadas ao longo do arco procedimental⁹³⁹. Não é possível entender a relação entre autor e réu, ou mesmo entre litisconsortes, como uma situação definitiva. Em primeiro lugar, trata-se de um posicionamento necessariamente *relacional*, isto é, a atividade de um agente sempre leva em consideração a atividade do outro agente. Em segundo lugar, é necessariamente uma relação *mutável*, já que é possível que a atividade de um condicione, amplie, reduza ou seja dependente da atuação do outro. Em terceiro lugar, a atuação somente é *determinável em concreto*, já que a ligação que se desenvolve entre uma parte e outra depende da averiguação do ato específico a ser desempenhado e das condições pretéritas que dele foram o pressuposto ou que a ele serviram de pretexto.

3.1.2. Cooperação voluntária e cooperação obrigatória: proposta de reconstrução semântica

⁹³⁸ “Ciascun competitore, prima di fare un passo, deve cercar di prevedere, con un attento studio non solo della situazione giuridica ma altresì della psicologia dell'avversario e del giudice, con quali reazioni l'antagonista risponderà alla sua mossa”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 28.

⁹³⁹ COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo, pp. 109-112. “O tipo de relação que se estabelece entre a actuação das partes ao longo do processo depende da fase em que esse processo se encontra. Enquanto se procede à determinação do objecto do processo, a actuação de uma parte é condicionante da possibilidade e da extensão da actuação subsequente da parte contrária. A partir do momento em que esse objecto está definido, a actuação das partes é paralela, não havendo relações de dependência de uns actos relativamente aos outros”. COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 119.

A interdependência das atividades desempenhadas pelos sujeitos processuais parciais é uma realidade inevitável. Porém, o direito processual privilegia situações jurídicas não relacionais (ônus e faculdades) em detrimento de um pequeno número de situações relacionais (direitos e deveres), uma vez que é o terreno da incerteza e da expectativa, por excelência. A interdependência, portanto, é também estratégica e não estritamente jurídica. A atividade de uma parte repercute na atividade da contraparte também pelos seus condicionamentos – especialmente argumentativos – e não somente por efeitos jurídicos diretos. A partir dessas considerações, é possível questionar em que medida a adoção de um modelo processual de natureza cooperativa (bem como, no que tange ao direito positivo brasileiro, a previsão normativa do art. 6º do código de processo civil) repercute na atividade das partes de modo a conformar, com base no princípio da cooperação, *deveres* específicos e mútuos de *cooperação das partes*.

Essa afirmação pode ser enfrentada a partir de duas estruturações do que significa cooperação. De um lado, é possível compreender a cooperação ou colaboração como um evento *coordenado* pelo encontro de duas ou mais ações em torno de um determinado fim ou objetivo. Nessa primeira acepção, a cooperação ou colaboração é um *resultado coincidente* derivado de duas ou mais *ações coordenadas*. De outro lado, é possível compreender a cooperação ou colaboração como um evento *coordenado* pelo encontro *voluntário* de duas ou mais ações em torno de um determinado fim ou objetivo. Nessa segunda acepção, a cooperação ou colaboração é um *resultado coincidente* derivado de duas ou mais *ações voluntariamente coordenadas*. Essa distinção é importante porque ela joga luz a um problema de natureza lógica: entendendo a colaboração ou cooperação a partir da segunda acepção, jamais seria possível falar em *deveres* de cooperação ou colaboração. Um imperativo de conduta é incompatível com uma ação necessariamente voluntária. Considerando a defesa, no presente trabalho, de *deveres cooperativos* do estado-juiz para com as partes, então é evidente que similar maneira de conceituar o comportamento cooperativo ou colaborativo deve ser rechaçada. Trata-se de um acordo semântico necessário para o desenvolvimento do presente trabalho. Em suma, para o presente trabalho, não é

intrínseca à definição de labor ou obra conjunta que a ação que determinou o resultado coincidente seja voluntária⁹⁴⁰.

É possível, assim, diferenciar o *comportamento cooperativo discricionário* do *comportamento cooperativo obrigatório*⁹⁴¹. O primeiro é autodeterminado e deriva do livre arbítrio do agente. O segundo é heterodeterminado e deriva do cumprimento de uma ordem externa ao agente. Na primeira hipótese, o engajamento na conduta se deve a preferências ditadas pelos potenciais benefícios individuais de qualquer natureza⁹⁴² que a atividade pode acarretar. Na segunda hipótese, o engajamento na conduta se deve a razões de ordem instrumental, que impõem consequências previamente normatizadas, em razão de existir uma prescrição dotada de autoridade⁹⁴³. Nesse sentido, os chamados *deveres cooperativos* seriam determinações aos sujeitos processuais para que agissem conjuntamente em torno de um determinado fim preestabelecido pelo agente externo (no caso do processo, o legislador processual ou o julgador, em caso de construção judicial dos deveres)⁹⁴⁴.

⁹⁴⁰ Não seria absurdo conceber uma frase com a seguinte estrutura: “Os presidiários colaboraram para a capina dos canteiros e limpeza dos bueiros”. Ainda assim, soaria no mínimo cínica a frase “Após ser torturado, o sequestrador colaborou para que as autoridades encontrassem o cativo”. Como fica claro, é necessário um acordo semântico em torno do caráter necessariamente voluntário ou não das condutas cooperativas ou colaborativas.

⁹⁴¹ Há algumas derivações desse tema, relativamente à noção de comportamentos cooperativos e não-cooperativos na teoria dos jogos. Sobre o tema, ver discussão em torno do conceito de processo como jogo, *infra*.

⁹⁴² Esses benefícios não são necessariamente de curto prazo. “Cooperation will be defined as a decision about how actively to involve oneself in a group, organization or community through taking actions that will help the group to be effective and successful. These actions may have long-term benefits for the individual, but they are not necessarily linked to immediate benefits or costs. In fact, they are often in conflict with people’s immediate material self-interest” TYLER, Tom R. *Why people cooperate: the role of social motivations*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 21.

⁹⁴³ “Two forms of cooperative behavior: *discretionary* cooperative behavior and *mandated* cooperative behavior. Mandated cooperation occurs when people engage in behavior that is dictated or required by group rules or norms. The terms and guidelines of the behavior are prescribed by some rule or policy of the group. In contrast, discretionary behavior is that which is not directly required by the rules or norms of group membership. Such behavior is “voluntary” in the sense that it is not specifically required by group rules or norms and is not directly linked to incentives or sanctions. Thus, this distinction between types of cooperative behavior involves the nature of the behavior involved. Mandated— that is, required—behaviors originate from external sources (group rules), while discretionary behaviors originate with the group members themselves”. TYLER, Tom R. *Why people cooperate: the role of social motivations*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 24.

⁹⁴⁴ Nesse sentido é possível falar em “cooperação involuntária” das partes (ou de seus advogados), entre si, quando o seu trabalho conjunto deriva de uma norma imperativa. Em sentido similar, ver Hazard e Dondi, para quem: “This pattern of “involuntary cooperation” between common law advocates commences with the exchange of documents and the scheduling of depositions. It also requires the advocates to meet with each other, outside the presence of the judge, to work out the exchange of

3.2. A cooperação das partes entre si: entre dever e estratégia

3.2.1. A tese da existência de deveres cooperativos das partes

Parcela da doutrina tem propugnado a existência de deveres derivados do princípio da cooperação para todos os sujeitos processuais, reciprocamente⁹⁴⁵, o que inclui deveres mútuos de *cooperação* das partes entre si. Para Miguel Teixeira de Sousa, os deveres de cooperação para as partes significam a necessidade de estas (a) comportarem-se de boa-fé na litigância, do que decorre (a.1.) dever de não formular pretensão destituída de fundamento; (a.2) dever de veracidade (“não alterar a verdade dos factos ou omitir factos relevantes para a decisão da causa”); (a.3.) dever de não omitir-se gravemente no dever de cooperar e (a.4.) dever de não usar do processo para atingir objetivos ilegais. Além disso, o dever de as partes, (b) quanto ao direito probatório, colaborarem para a descoberta da verdade, significando isso que estas têm o dever de (b.1.) responder ao que lhes for perguntado; (b.2.) submeter-se às inspeções necessárias; (b.3.) entregar o que for requisitado e (b.4.) praticar os atos que forem determinados. Ainda, (c) na execução, o dever de cooperarem para a satisfação do direito, do que decorre que o executado tem (c.1.) o dever de prestar informações indispensáveis à realização da penhora, pena de má-fé. Na sua visão, haveria ainda (d) um dever comum a todos os sujeitos de agir em conformidade com um (d.1.) dever de correção e (d.2.) de urbanidade⁹⁴⁶.

Na mesma esteira, estabelece Fredie Didier Jr. que os deveres oriundos da cooperação, para as partes, significam (a) um dever de esclarecimento, que impõe aos

evidence and to arrange schedules for resolving preliminary matters. In contrast, in the civil law system the advocates ordinarily deal with each other wholly through correspondence and by filling and counterfiling documents. They encounter each other directly only at hearings in court” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. *Legal Ethics: a comparative study*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 68).

⁹⁴⁵ “Os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu, etc. Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação”. DIDIER, JR., Fredie. *Comentários ao art. 6º*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19.

⁹⁴⁶ Tudo conforme SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, pp. 62-64 e p. 67.

demandantes a redação da demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia; (b) um dever de lealdade, em razão do qual (b.1.) as partes não podem litigar de má-fé (de que são exemplos os arts. 79-81 do CPC), além de (b.2.) ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC) e (c) um dever de proteção, que proíbe a parte de causar danos à parte adversária, no qual se incluem (c.1.) a punição ao atentado (conforme art. 77, VI, CPC), (c.2.) a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta (conforme arts. 520, I, e 776, CPC)⁹⁴⁷. O mesmo autor, em outra passagem, agrega: “há outras manifestações da consagração do modelo cooperativo de processo no Brasil. O §3º do art. 357 cuida do saneamento compartilhado; o art. 339 cuida do dever do réu de indicar o legitimado passivo da demanda (...)”⁹⁴⁸. Em outra obra, em coautoria, o autor cita os (d) deveres do executado de (d.1.) indicar bens à penhora e (d.2.) de indicação do valor devido em caso de impugnação do valor da execução⁹⁴⁹.

A doutrina alemã trata ainda de um dever geral de colaboração das partes (*allgemeine Prozessförderungspflicht*), que impõe, por exemplo, o comparecimento – forçado inclusive mediante multa coercitiva – no procedimento oral (*mündliche Verhandlung*), ressalvando, entretanto, que na maioria dos casos se trata de um ônus de cooperação (*Kooperationslast*) mais do que de um dever de cooperação (*Kooperationspflicht*)⁹⁵⁰. No Brasil, há ainda quem defenda deveres mútuos de esclarecimento e transparência entre as partes⁹⁵¹.

Afora os aspectos éticos, que serão enfrentados adiante, a doutrina aponta ainda alguns deveres cooperativos das partes para com o estado-juiz⁹⁵². Diz-se que as

⁹⁴⁷ Tudo conforme DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1 (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 129.

⁹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1 (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 131.

⁹⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5 (2009). Execução. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 82.

⁹⁵⁰ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem. In: RePro, vol. 206, Abr., 2012, pp. 123-134, item 4.b. da versão eletrônica.

⁹⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10.

⁹⁵² Em síntese, a cooperação das partes com o tribunal envolveria: “a) a ampliação do dever de litigância de boa fé; b) o reforço do dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais apresentadas; c) o reforço do dever de comparecimento pessoal em audiência, com a colaboração para a descoberta da verdade; e, d) o reforço do dever de colaboração com o tribunal, mesmo

partes devem cooperar “para que o processo tenha o melhor rendimento possível”⁹⁵³, que há “uma *co-responsabilidade* das partes para a correta resolução dos conflitos e para a realização dos escopos do processo”⁹⁵⁴. Ambas as manifestações significam para as partes um dever geral de abstenção da utilização do processo para fins protelatórios ou indevidos (que frustem a função judicial de dar tutela aos direitos)⁹⁵⁵. Além disso, defende a doutrina que as partes teriam “o dever de prestar esclarecimentos ao juiz sempre que por este exigido” e “o dever de comparecimento na presença do juiz sempre que a tanto instadas”⁹⁵⁶. Nesse caso, ambas as manifestações refletem-se em um dever geral de atenção e cumprimento às determinações judiciais⁹⁵⁷. O presente trabalho não adota a posição de reconhecimento de deveres *cooperativos*, fundamentados no princípio da cooperação, das partes para com o juiz. Como veremos adiante, são vários os deveres das partes para com o estado-juiz, porém esses não se fundamentam na cooperação⁹⁵⁸. A maioria deles tem seu fundamento na própria relação de poder e – em

quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade (CPC português, arts. 519º e 519º-A)” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. In: Revista Brasileira de Direito Processual, v. 20, n. 79, jul./set. 2012, pp. 147-159)

⁹⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vascontecelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Teoria geral do processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral. São Paulo: Forense, 2015, p. 40.

⁹⁵⁴ VINCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169.

⁹⁵⁵ Pode-se encontrar paralelo nos Principles of Transnational Civil Procedure (produzidos pelo American Law Institute e pela Unidroit): “Principle 11. Obligations of the Parties and Advocates. 11.2 The parties share with the court the responsibility to promote a fair, efficient, and reasonably speedy resolution of the proceeding”.

⁹⁵⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 194-195.

⁹⁵⁷ Em alguma medida é que prevê o art. 118 da Constituição Espanhola: “Artículo 118. Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”. Também o Código de Processo Civil Português: “Artigo 7.º Princípio da cooperação. 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º. 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”. (grifo nosso).

⁹⁵⁸ Contra, entendendo existir a possibilidade de *exigir colaboração dos particulares* por meio do exercício do poder jurisdicional: CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: RePro, vol. 126, Ago, 2005, pp. 59 - 81, item 6 na versão eletrônica: “Entre as faculdades processuais inserem-se as chamadas faculdades coercitivas, que permitem ao Judiciário exigir colaboração dos particulares com os juízes e tribunais e que sejam punidos comportamentos processuais

alguma medida – *submissão às determinações judiciais*, que se legitima pela participação e pelo banco de prova da motivação. No modelo cooperativo, o juiz é *paritário* no diálogo e *assimétrico* na decisão. Os *deveres* das partes para com o estado-juiz se explicam nessa assimetria: as decisões judiciais *devem* ser cumpridas pelas partes, não somente quanto à discussão de fundo, mas também com relação às situações inerentes ao impulso oficial e ao desenvolvimento do processo.

3.2.2. Cooperação como estratégia: o caráter voluntário das condutas cooperativas das partes

No que tange aos supostos deveres das partes entre si, em primeiro lugar, é importante observar que as partes atendem a interesses potencialmente *divergentes* e *antagônicos*, buscando *maximização dos seus resultados*, com base em uma racionalidade limitada. Assentados em “bases poucos realistas” sobre as atividades das partes, os deveres de cooperação dos sujeitos parciais entre si, “apesar de suas aspirações contrastantes”, são um “objetivo claramente irrealizável”⁹⁵⁹, de “imposição no mínimo contraintuitiva”⁹⁶⁰. A adesão a um modelo cooperativo – que como vimos assenta-se na estrutura dialógica das relações de poder entre estado-juiz e indivíduo – “não importa em renúncia ao primado da autorresponsabilização das partes no processo”⁹⁶¹. Ao contrário, a estrutura cooperativa das relações de cidadania no processo não é capaz de “revogar o princípio dispositivo ou mesmo de sufocar o princípio da liberdade que lhe outorga sustentação normativa”⁹⁶². As partes têm objetivos – nem sempre muito claros – *divergentes* no processo judicial⁹⁶³. Dessa forma,

antiéticos.” Na nossa visão, a exigência de comportamentos dos particulares não se explica pela assunção de *deveres cooperativos*, mas pela submissão dos particulares à autoridade da jurisdição.

⁹⁵⁹ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro. Parte Geral. Vol. 1.* São Paulo: RT, 2015, item 76 na versão eletrônica.

⁹⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 104.

⁹⁶¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 105.

⁹⁶² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos* (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 105.

⁹⁶³ “In realtà, se si esclude il giudice, nel quale dovrebbe concretamente personificarsi questo superiore interesse della giustizia che è proprio dello Stato, tutti gli altri soggetti perseguono nel processo scopi più limitati e più grettamente egoistici, talvolta in contrasto (se pur non confessato) con quello scopo superiore”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Il processo come giuoco.* In: *Rivista di Diritto Processuale.* Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 26

o transplante da cooperação existente no processo obrigacional para o processo judicial esbarra no elemento inescapável da divergência⁹⁶⁴.

Interessante observar, ainda, quanto ao tema, que há enunciado aprovado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que dispõe (Enunciado 373) que “as partes devem cooperar entre si; devem atuar com ética e lealdade, agindo de modo a evitar a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução do mérito e cumprindo com deveres mútuos de esclarecimento e transparência”. Comentando esse enunciado, Ravi Peixoto afirma, categoricamente: “do ponto de vista normativo, não parece viável a exigência de cooperação entre as partes – isso não significa que ela não possa ocorrer, como se verifica na realização de negócios processuais”⁹⁶⁵.

Estratégias cooperativas podem ser escolhidas pelas partes (e, de fato, o são, diuturnamente, em acordos de todo o gênero). Em outras palavras, *a cooperação pode ser uma boa estratégia para as partes*. Pode ser racionalmente útil para as partes deixarem de lado o antagonismo de posições e *voluntariamente* cooperarem⁹⁶⁶. Defender que o princípio da cooperação não determina deveres cooperativos das partes entre si não significa defender que o processo deve, sempre, ser estruturado a partir do antagonismo de posições. Ao contrário, significa preservar a *liberdade* de que os sujeitos *cooperem* – de forma voluntária e não forçada – entre si para atingir seus

⁹⁶⁴ “É certo que os deveres cooperativos no plano do direito material decorrem da boa-fé, notadamente no campo do direito obrigacional. Existe, porém, uma diferença central em um e em outro terreno: enquanto o processo civil é marcado normalmente pela divergência, a relação obrigacional no âmbito do direito privado é permeada, em regra, pela existência de *interesses convergentes* das partes. O adimplemento é o fim do processo obrigacional e ambas as partes estão normalmente interessadas na sua obtenção: daí a necessidade de colaboração entre as partes para promoção do interesse comum. No processo civil não há interesse comum do ponto de vista substancial entre as partes: cada uma quer perseguir o seu próprio interesse. E é por essa razão que a colaboração esperada pela ordem jurídica no processo civil é do *juiz para com as partes* – e jamais das partes entre si”. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 104.

⁹⁶⁵ PEIXOTO, Ravi. Comentários ao Enunciado 373. In: PEIXOTO, Ravi (coord.). Enunciados FPPC. Organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 36.

⁹⁶⁶ Tem razão Cabral, quando defende que “o reconhecimento do *alter*, próprio de debates reflexivos como aqueles travados no processo, possibilita o altruísmo e a compreensão de que nem sempre o ganho de um significa igual prejuízo de outros”. CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 229.

resultados⁹⁶⁷. A lógica da competição (o caráter *agonistico* do processo de que trata Calamandrei⁹⁶⁸) pode, estrategicamente, se converter em “coopetição”, para usar o neologismo da área de negócios⁹⁶⁹. A cooperação entre as partes deve ser entendida, portanto, como um *comportamento cooperativo discricionário*.

Estudos demonstram que mesmo em situações de conflito a cooperação pode surgir como uma estratégia útil⁹⁷⁰. A mirada aos processos reais, no dia-a-dia do foro, serve para comprovar essa assertiva. Inúmeras vezes as partes – por seus advogados – cooperam em torno de inúmeras pautas processuais, inclusive quanto ao direito material nas hipóteses de autocomposição. A partir de um experimento feito com sistemas computacionais desenhados por inúmeros especialistas, no qual se buscava um “vencedor” em um torneio de estratégias ligadas ao dilema do prisioneiro, Robert

⁹⁶⁷ Sobre a cooperação para a resolução da causa, alegadamente existente entre os litigantes, assim afirma Calamandrei: “contrastanti sull'azione (cioè sul contenuto del provvedimento giurisdizionale, che ciascuna parte attende favorevole a sè e sfavorevole all'avversario) tutte le parti sono però cooperanti nel processo, in quanto tutte concorrono ad affrettare coi proprî atti il raggiungimento di quello scopo formalmente comune che è la pronuncia del provvedimento giurisdizionale”. (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 169). Trata-se mais de uma externalidade positiva da postura antagônica do que propriamente uma cooperação voluntária em torno de um dado resultado comum. Segundo o autor, podem ser diversas as aspirações dos litigantes com relação ao conteúdo da decisão, mas ambos concordam em que alguma decisão seja pronunciada - e nisso seus interesses confluem (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 169). E prossegue com uma comparação: “come può avvenire, per lontana somiglianza, in una gara sportiva, in cui tutti i competitori, pur agognando, ciascuno per sè, alla vittoria finale, sono però concordi nell'uniformarsi alle regole del giuoco, e nel collaborare al regolare svolgimento della partita” (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 169). Calamandrei coloca-se em contradição ao afirmar que “anche nella struttura di questi oneri posti alle parti si faccia sentire quello spirito di collaborazione e di solidarietà” (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 221). Pode-se falar em cooperação forçada, mas nunca em solidariedade em função do não desempenho de certas cargas. No mesmo sentido, “sembra, se non ci illudiamo, che circoli nel nuovo processo un fecondo desiderio di collaborazione e di solidarietà (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima (1940). 2ª Ed. Padova: A. Milani, 1943, p. 224).

⁹⁶⁸ “In tutte le istituzioni processuali è riconoscibile, per chiara derivazione storica, un significato figuratamente agonistico”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 26.

⁹⁶⁹ O termo foi cunhado por Raymond Noorda, em 1993, em artigo para uma revista especializada na área de softwares (NOORDA, Raymond. Co-opetition. In: Electronic Business Buyer, vol. December, 1993, pp. 8-12) e consagrado por Barry Nalebuff e Adam Brandenburger no âmbito da administração estratégica em NALEBUFF, Barry; BRANDENBURGER, Adam. Co-opetition (1996). Reimp. New York: Currency Doubleday, 2007. A explicação dos autores é bem elucidativa: “Business is cooperation when it comes to creating a pie and competition when it comes to dividing it up” (p. 4).

⁹⁷⁰ Para a exposição e avaliação de vários deles, ver AXELROD, Robert. The evolution of cooperation (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006.

Axelrod chegou à seguinte conclusão: a melhor estratégia no longo prazo é o *tit-for-tat* (“olho por olho, dente por dente”)⁹⁷¹. Nesse estudo, concluiu que a evolução da cooperação requer que indivíduos tenham suficientemente largas chances de se encontrar novamente de modo a que tenham algum fator reconhecido nas suas futuras interações. Nesse estado, a cooperação tende a se desenvolver a partir de três estágios: (a) cooperação pode surgir em pequenos grupos de indivíduos que baseiam sua cooperação na reciprocidade, desde que, fazendo parte de um grupo maior, tenham uma pequena proporção de interações entre si; (b) uma estratégia baseada em reciprocidade pode surgir em um mundo em que diversas estratégias estão sendo desempenhadas e (c) uma vez estabelecida a cooperação com base na reciprocidade, essa estratégia acaba se protegendo de estratégias não-cooperativas⁹⁷².

Não se trata aqui de defender que o agir egoísta voltado à vitória não encontre limites éticos, mas de propor um modelo que veja a cooperação das partes entre si como uma possibilidade estratégica ligada às preferências individuais estruturadas na forma de estratégia processual, que muitas vezes podem convergir. A existência de uma regulamentação mínima do agir processual não impede que as preferências sejam externadas (em um contexto de racionalidade limitada)⁹⁷³. Diferentemente do que propugna Cabral⁹⁷⁴, o fato de que os comportamentos de um

⁹⁷¹ A estratégia *tit-for-tat* é bastante simples: o agente inicia cooperando e, depois, replica a estratégia do agente oposto. Ou seja, ele sempre irá começar cooperando e depois repetir a estratégia que a parte oposta desempenhar: se essa for cooperativa, ele irá cooperar; se essa for não-cooperativa, ele não irá cooperar. “Tit for tat is merely the strategy of starting with cooperation, and thereafter doing what the other player did on the previous move” AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. viii. Essa foi a estratégia vencedora, enviada por Anatol Rapoport. Segundo Dixit e Nalebuff, *Tit-for-tat embodies four principles that should be evident in any effective strategy: clarity, niceness, provocability, and forgivingness. Tit-for-tat is as clear and simple as you can get. It is nice in that it never initiates cheating. It is provokable, that is, it never lets cheating go unpunished. And it is forgiving, because it does not hold a grudge for too long and is willing to restore cooperation*” (DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, pp. 106-107).

⁹⁷² AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 21.

⁹⁷³ Em sentido contrário, CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 230: “No processo, a ação comunicativa dos sujeitos é regrada e normatizada, e quando as preferências comportamentais são posicionadas num contexto formalmente regulamentado, as condutas não podem ser justificadas com remissão pura às preferências egocêntricas, mas aos padrões normativos compartilhados. Nesse sentido, o processo evita a guerra ou jogo desregrado que prejudicaria a todos”.

⁹⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 230.

participante influenciem a adaptação do comportamento do outro não é razão suficiente para que a cooperação tenha de se tornar um dever. Aliás, esse é um pressuposto da ação estratégica: que ela seja decidida em função dos possíveis caminhos estratégicos da parte oposta. A tomada de decisão em jogos sequenciais, como é o caso do processo em seu desenvolvimento, pode ser orientada à cooperação, mas isso deve ser um espaço de atuação estratégica e não um *dever*. Não se deve normatizar a cooperação entre os agentes, mas deixá-los livres para cooperarem se entenderem essa como uma melhor tomada de posição. A limitação das estratégias por deveres diversos daqueles ligados ao componente ético é deletéria para um processo civil que preze pela liberdade.

Fora dos limites éticos impostos pelo regramento processual, a decisão de cooperar ou não cooperar deve ser uma *faculdade* ou um *ônus*, jamais um *dever*, de modo a respeitar a liberdade no agir das partes. Os exemplos práticos trazidos por Cabral, justamente, corroboram essa afirmação. Ao afirmar que “estudos sobre persuasão comunicativa” indicam que “expor somente os argumentos favoráveis” é uma atitude menos eficiente na persuasão do que “narrar em conjunto fatores positivos e negativos” para obter uma vitória em um debate, o autor conclui que, no processo, “nada leva a crer que uma atuação argumentativa egoísta seja mais eficaz. Aliás, comumente se percebe que os bons advogados tendem a argumentar de forma cooperativa”⁹⁷⁵. Não poderíamos concordar mais com o autor: existem hipóteses em que a cooperação é a melhor alternativa disponível para a parte e bons advogados devem ter em mente essa situação. Porém, nesses casos (o exemplo utilizado pelo autor do parcelamento do débito executivo – art. 916 do atual diploma processual – é muito elucidativo)⁹⁷⁶, cooperar deve ser o resultado de uma *escolha* e não de um comportamento *devido*⁹⁷⁷.

⁹⁷⁵ Tudo conforme CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 231.

⁹⁷⁶ É possível enquadrar a previsão de uma sanção premial (na forma de um *benefício*) como um *nudge* processual: um “empurrão” para que haja a satisfação do direito, comportamentos sem retirar a liberdade de escolha. Sobre o conceito de *nudge*, ver THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009. Remete-se, *supra*, às referências ao tema da arquitetura de escolhas.

⁹⁷⁷ O autor assume essa possibilidade, ao afirmar que “não se abandona a possibilidade de que, mesmo na ação estratégica voltada ao êxito, sejam incentivadas soluções cooperativas, baseadas em entendimentos compartilhados e com respeito à alteridade”. CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo

O processo é um ambiente relacional, que assume duas facetas: (a) a cooperação entre os sujeitos depende de uma atitude coordenada e (b) a melhor estratégia de um depende, sempre, da estratégia adotada pelo outro⁹⁷⁸. Situações como a elaboração de contratos com cláusulas de convenções processuais e o saneamento e organização consensual (para usar exemplos de antes e depois de o processo se instaurar) podem muito bem surgir mesmo em ambientes de conflituosidade, potencial ou real⁹⁷⁹. Mesmo a ausência de recurso contra uma decisão para não prolongar a discussão ou a desistência de uma testemunha que, devidamente intimada, não comparece à audiência, podem surgir como atitudes cooperativas de parte a parte em processos tumultuados, se houver confiança na reciprocidade (especialmente na atitude dos advogados) e nesse ganho compartilhado.

Um exemplo prático dessa situação é apresentado por Axelrod: as trincheiras da primeira guerra mundial. Durante a primeira grande guerra, inúmeros encontros entre as forças inglesas e alemãs nas trincheiras do fronte ocidental foram intervalados por longos períodos de pouca interação belicosa entre as tropas inimigas; o chamado “live-and-let-live system”⁹⁸⁰. Vislumbrou-se que as tropas inimigas nas

Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 233, nota 75.

⁹⁷⁸ Trata-se de uma premissa para explicar qualquer comportamento estratégico: “There is no *one* best strategy to use. What is best depends in part on what the other player is likely to be doing. Further, what the other is likely to be doing may well depend on what the player expects *you* to do” (AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 27).

⁹⁷⁹ “Devemos também lembrar com Brüggemann, que há casos no processo em que não se observa uma efetiva contraposição de interesses, mas apenas uma ‘rivalidade formal’. Em hipóteses como o reconhecimento do pedido ou renúncia ao direito, os sujeitos do processo não são oponentes (*Gegenspieler*), mas co-jogadores (*Mitspieler*). O mesmo ocorre quando o MP, no processo penal, ajuíza *habeas corpus* ou requer a liberdade provisória ou a absolvição do réu. Note-se que, tanto o processo civil francês quanto o regime processual experimental português recentemente implementado, admitem, p. ex., a formulação de requerimentos conjuntos pelas partes”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 229. Discordamos do autor quando esse defende a existência de deveres cooperativos. Entretanto, parece-nos que os requerimentos conjuntos, por exemplo, são uma efetiva demonstração de que a cooperação deve ser concebida, entre as partes, como uma *opção estratégica* e não como um dever. Em vários casos, é verdade, *cooperar* pode interessar às partes. Daí os inúmeros espaços de *interação estratégica-cooperativa* derivados, por exemplo, dos negócios – ou convenções – processuais.

⁹⁸⁰ “The live-and-let-live system was endemic in trench warfare. It flourished despite the best efforts of senior officers to stop it, despite the passions aroused by combat, despite the military logic of kill or be killed, and despite the ease with which the high command was able to repress any local efforts to arrange

trincheiras especialmente francesas desenvolviam longos períodos de baixa agressividade mútua. Esse sistema desenvolveu-se mesmo que sem qualquer acordo formal, e sistematicamente criava períodos de apatia dos exércitos de ambos os lados. Depois de algum tempo na guerra, os soldados aprenderam que para manter comedimento mútuo no enfrentamento entre as trincheiras (o que era uma estratégia positiva no sentido de mantê-los vivos) essa estratégia deveria funcionar na base da reciprocidade⁹⁸¹. Esse comportamento mútuo era sustentado por um potencial de retaliação claro para a contraparte⁹⁸² e pela continuidade e repetição dos enfrentamentos⁹⁸³. Para que fosse viável essa cooperação, era imprescindível que o agente conseguisse reconhecer o oponente a partir de suas experiências pregressas, de modo a fazer uma prognose sobre a futura ação oposta, já que a cooperação raramente é interessante sem a reciprocidade⁹⁸⁴. Na guerra, isso ocorria, pois os encontros eram diuturnos entre os dois exércitos. O exemplo demonstra que o intuito amigável não é um componente necessário para que surja a cooperação⁹⁸⁵.

Veja-se que essa sistematização explica a maior incidência de condutas cooperativas no âmbito da arbitragem⁹⁸⁶ e nos processos judiciais em comarcas menores

a direct truce”. AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 74.

⁹⁸¹ “The soldiers learned that to maintain mutual restraint with their enemies, they had to base that restraint on a demonstrated capability and willingness to be provoked. They learned that cooperation had to be based upon reciprocity. Thus, the evolution of strategies was based on deliberate rather than blind adaption”. AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 84.

⁹⁸² “Mutual cooperation can be stable if the future is sufficiently importante relative to the present. This is because the players can each use an implicit threat of retaliation against the other’s defection – if the interaction will last long enough to make the threat effective” AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 126.

⁹⁸³ “This continuing interaction is what makes it possible for cooperation based on reciprocity to be stable” AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 125.

⁹⁸⁴ “The ability to recognize the other player from past interactions, and to remember the relevant features of those interactions, is necessary to sustain cooperation. Without these abilities, a player could not use any form of reciprocity and hence could not encourage the other to cooperate”. AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 139.

⁹⁸⁵ “The live-and-let-live system that emerged in the bitter trench warfare of World War I demonstrates that friendship is hardly necessary for cooperation based upon reciprocity to get started. Under suitable circumstances, cooperation can develop even between antagonists”. AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 87.

⁹⁸⁶ WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 23, Jan-Jun, 2009, pp. 22-35. Em perspectiva crítica, em torno do incremento da chamada tática de guerrilha na arbitragem, ver COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. In: *Revista brasileira da advocacia*, v. 2, n. 5, abr./jun. 2017, pp. 35-55 e MUNIZ, Joaquim

e em ramos muito específicos e técnicos do direito. Nesses casos, há uma maior tendência cooperativa entre os atores forenses (advogados, entre si, especialmente)⁹⁸⁷. Isso porque todos os fatores que encorajam a cooperação fazem-se presentes. A uma, trata-se de um pequeno grupo de operadores que, entretanto, fazem parte de um grupo maior. Porém, esse pequeno grupo tem poucas interações com os participantes desse grupo maior e muitas interações entre si. A duas, a retaliação – e as sanções de natureza social – que pode advir de uma conduta não cooperativa pode acarretar prejuízos ao agente no médio e longo prazos. Por fim, uma vez estabelecida a cooperação com base na reciprocidade nesses ambientes, essa estratégia acaba se protegendo de estratégias não-cooperativas justamente pelas interações repetidas e contínuas no tempo entre esses mesmos agentes do pequeno grupo e pela pouca interação com agentes de fora desse grupo.

A cooperação deve ser estimulada, criando-se aquilo que a doutrina chama de “ambiente normativo contrafático de indução à participação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos)”⁹⁸⁸. Em verdade, a legislação processual e o poder de condução do juiz podem ser utilizados como mecanismos de indução à cooperação, sem que por isso devam ser criados deveres. Isso pode se dar, especialmente, pela “criação de espaços de interação (participação) que viabilizem consensos procedimentais aptos a tornar viável, no ambiente real do debate processual, a prolação de provimentos que representem o exercício de poder participado”⁹⁸⁹. A utilização de figuras como o ônus pode trazer um enorme ganho em termos de cooperação voluntária dos participantes do processo⁹⁹⁰.

Paiva. Guia politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 13, n. 50, jul./set., 2016, pp. 213-227.

⁹⁸⁷ Essa consequência se explica pela natureza cooperativa/retaliativa da relação entre advogados. Nesse sentido: “Most ‘civilizing’ among lawyers is done through cooperation or retaliation” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. Legal Ethics: a comparative study. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 244).

⁹⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização (2015). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 92.

⁹⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização (2015). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 99.

⁹⁹⁰ Sobre a utilização de deveres ou de ônus, pelo legislador, para induzir os comportamentos éticos esperados pelos sujeitos processuais, ver LENT, Friedrich (1882-1960). Obblighi e oneri nel processo civile. In: Rivista di diritto processuale. Padova, A. Milani, v. 9, n. 1, p. 150–158, gen./dic., 1954.

O legislador processual pode muito bem estimular comportamentos cooperativos mediante a previsão de consequências potencialmente negativas em caso de desempenho de condutas não-cooperativas (incentivos negativos à conduta não-cooperativa). Porém, não deve limitar o exercício da escolha dessas estratégias mediante imposição de *deveres*. Mais do que isso, deve investir na criação de mecanismos premiais em caso de desempenho de condutas cooperativas pelas partes (incentivos positivos à conduta cooperativa). Isso pode se dar mediante estímulos financeiros, mas não só. O estímulo à cooperação pode se dar muito bem mediante aplicação de *nudges* processuais, por exemplo.

3.2.3. Da inexistência de deveres cooperativos das partes

Independentemente da crítica feita em abstrato à estruturação de deveres cooperativos entre as partes, cumpre verificar se, em concreto, existem de fato deveres das partes entre si que encontrem seu fundamento no princípio da cooperação. Em síntese, os deveres mútuos de cooperação das partes delineados pela doutrina podem ser divididos em cinco grupos: (i) deveres de comparecimento (ligados à obrigatoriedade de comparecimento pessoal em determinados atos processuais), (ii) deveres de informação e esclarecimento (ligados ao esclarecimento das postulações e à prestação de informações), (iii) deveres de proteção (ligados ao dever de não causar danos à contraparte); (iv) deveres de prova (ligados ao aporte de material probatório) e (v) deveres éticos (ligados à lealdade e boa-fé). Como forma de comprovar a tese de que não existem deveres cooperativos das partes entre si, passa-se a analisar cada um dos grupos de exemplos utilizados pela doutrina.

O direito processual prevê a obrigatoriedade de comparecimento das partes em certos atos processuais: trata-se de *dever de comparecimento*. A determinação de que as partes compareçam a essas solenidades responde a dois tipos de situação: comparecimento para ser objeto de inquirição por parte do juiz ou comparecimento para

Ainda, CRESCI SOBRINHO, Elicio de (1943-2013). Dever de veracidade das partes no novo código de processo civil. São Paulo: L. J. Vellenich, 1975, pp. 104-105.

submissão a procedimentos autocompositivos. Essa previsão de comparecimento pessoal pode ser concebida na forma de um ônus ou de um dever processual. Quando se trata de comparecimento para fins probatórios – depoimento pessoal – é praxe a utilização de consequências jurídicas do tipo presunção de veracidade ou confissão ficta em caso de não comparecimento. Nesse tipo de situação, o comparecimento é entendido como um ônus processual⁹⁹¹, cujo não desempenho acarreta confissão relativamente aos fatos que seriam inquiridos⁹⁹². Diferente é a posição da doutrina para o cumprimento do comparecimento em vista de interrogatório livre (interrogatório *ad clarificandum*), cuja finalidade não é a confissão, mas o esclarecimento de fatos da causa. Nesse caso, admite-se a condução coercitiva, tratando-se, portanto, de um verdadeiro *dever*⁹⁹³, oriundo do exercício do poder judicial (no direito brasileiro, art. 139, VIII), que deve ser respeitado pela parte uma vez que o comparecimento advém de determinação judicial (no direito brasileiro, art. 77, IV)⁹⁹⁴. Verifica-se que o *dever* de comparecimento, quando presente, envolve a obrigatoriedade de comparecimento por decisão do juiz. Logo, não se trata de cooperação da parte com a contraparte, haja vista expressa previsão do art. 139, VIII, no sentido de que o interrogatório livre serve ao juiz para esclarecer-se acerca dos fatos da causa.

Normalmente, quando se trata de determinar o comparecimento para submissão a procedimentos autocompositivos, o não comparecimento da parte é sancionado com multa. Disso deriva que se trata de um efetivo *dever*, tendo em vista que o não comparecimento é considerado um ilícito processual. No direito brasileiro, é indicativo da natureza pública do *dever* o fato de que a multa é revertida à fazenda

⁹⁹¹ Por todos, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1892-1979). Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 304.

⁹⁹² É o que prevê o art. 385, §1º do Código de Processo Civil (“§ 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confissão, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena).

⁹⁹³ Nesse sentido CARNEIRO, Athos Gusmão (1925-2014). Audiência de Instrução e Julgamento. Aspectos teóricos e práticos (1979). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 77. Em sentido contrário, LOPES, João Batista. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. In: RePro, vol. 13, Jan-mar, 1979, pp. 86-108, item 11.c. na versão eletrônica.

⁹⁹⁴ Tratando de um “dever de obediência” das partes, ver ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo II. São Paulo: RT, 2015, pp. 276-277

pública por se tratar de ato atentatório à dignidade da justiça (art. 334, §8º⁹⁹⁵). Trata-se, como se verifica, de um dever para com o estado-juiz, na medida em que a própria reversão da multa vai para a fazenda pública. Portanto, não é possível encontrar, nos eventuais *deveres de comparecimento* das partes, exemplos de deveres colaborativos das partes entre si, mas, tão somente, ônus processuais ou deveres ligados à natureza pública da relação entre partes e estado-juiz⁹⁹⁶.

Pode-se discutir a existência, no processo civil, de deveres informacionais, ligados ao esclarecimento das postulações e ao aporte de informações pelas partes. Trata-se, nessa construção, de *dever cooperativo de informação e esclarecimento*. Um possível exemplo de dever de informação é o alegado dever de redigir a demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia⁹⁹⁷. A distinção utilizada nesse trabalho entre dever e ônus⁹⁹⁸ leva-nos a considerar essa situação jurídica como um ônus processual. Isso porque a ausência de completeza, clareza e coerência dos arrazoados das partes, por mais que leve a uma consequência jurídica (inépcia), não constitui um comportamento antijurídico. Trata-se de uma escolha lícita ao sujeito (ainda que potencialmente desvantajosa). O mesmo ocorre nas demais postulações em que certos critérios argumentativos são postos pelo legislador como comportamentos valorados positivamente. Um exemplo é o chamado ônus de dialeticidade recursal, cujo não desempenho acarreta o não conhecimento do recurso, especialmente nos casos em que se exige cotejo analítico de julgados (de que são exemplos o recurso de embargos de divergência e o recurso especial por divergência de orientações entre as cortes). Outro exemplo é o “dever” de indicar o valor correto da execução em caso de impugnação por

⁹⁹⁵ Art. 334, § 8º. O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado

⁹⁹⁶ Construção análoga é desenvolvida em GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal* (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 149-150.

⁹⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1 (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 129.

⁹⁹⁸ Com fundamento no quadro esquemático apresentado por PAULA RAMOS, Vitor de. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo. RT, 2015, pp. 64-65, define-se ônus como uma situação jurídica passiva que envolve um comportamento apreciado pelo direito, outorgando liberdade de escolha – lícita – entre agir ou não, e o dever como uma situação jurídica passiva que envolve um comportamento exigido pelo direito, exigindo cumprimento sob pena de ocorrência de ilicitude.

excesso de execução: trata-se de um ônus da parte, para que tenha conhecida a sua impugnação.

O mesmo ocorre com a previsão de que o réu indique o legitimado passivo quando alegue sua ilegitimidade: a consequência da inação (arcar com as despesas processuais e indenizar a contraparte dos eventuais prejuízos derivados dessa omissão) é desvantajosa para a parte, porém está no seu âmbito de escolha evitar as consequências potenciais – indicando o legitimado – ou arcar com essas consequências – silenciando quanto à informação. O *discrimen* entre a situação de ônus e a de dever não é a existência de consequências desfavoráveis, mas a licitude ou ilicitude da conduta (em outras palavras, tratar-se de um comportamento meramente apreciado – ônus – ou imperativamente exigido – dever). Como a não indicação não acarreta nenhuma ilicitude processual – litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça – trata-se de uma situação jurídica passiva na forma de ônus. Diferente é o “dever de inventário” do executado, quando devidamente intimado pelo juiz⁹⁹⁹. Nesse caso, o executado tem o dever de prestar as informações em função de decisão judicial dotada de autoritatividade, sob pena de incidir em ato atentatório à dignidade da jurisdição. Nesse caso, a parte tem o dever de respeitar a decisão judicial e, portanto, coloca-se na situação de um *dever* para com o estado-juiz. De todo o exposto, não é possível encontrar nos supostos *deveres de informação* e *esclarecimento* verdadeiros deveres cooperativos das partes entre si.

No que tange aos chamados *deveres de proteção* (ligados ao dever de não causar danos à contraparte), cumpre observar que sua estruturação se deve a um reflexo processual do dever geral de abstenção à causação de danos, que está na base de qualquer sistema de responsabilização civil¹⁰⁰⁰. Ainda que o regime de

⁹⁹⁹ Tratando da recusa em inventariar o patrimônio (“dever de inventário”), ver ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais*. Vol. II, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 318. Trata-se da previsão do art. 774, V, CPC: “Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: (...) V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus”.

¹⁰⁰⁰ Defendendo a responsabilidade processual como um sistema autônomo, ao lado da responsabilidade civil, ver SOARES, Fernando Luso (1924-2004). *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 42 e ss.

responsabilidade, aqui, possa ser diverso daquele tradicionalmente utilizado no âmbito do direito privado¹⁰⁰¹, trata-se de responsabilização que não deriva da concepção de um processo cooperativo ou da normatividade do princípio da cooperação. O dever de não causar danos à parte contrária (e o correlato dever de indenizar que deriva do descumprimento do comportamento determinado pelo direito) tem como fundamento a ideia de justiça comutativa, um dever de retorno ao *status quo ante*: “a função primordial da justiça será a de restabelecer o equilíbrio fraudado. (...) pouco importa, nesta perspectiva, se o desequilíbrio a corrigir proveio ou não da culpa”¹⁰⁰².

Especificamente, a responsabilidade pelo atentado¹⁰⁰³ e a responsabilidade pela reforma da decisão provisória – assim como todas as hipóteses de reparação de dano processual – são apenas reflexos dessa regra geral de responsabilização¹⁰⁰⁴. Isso se explica inclusive por razões históricas: a responsabilidade processual é também presente nos demais modelos e nos arranjos processuais que sequer cogitavam da existência de um princípio da cooperação¹⁰⁰⁵. Apesar de ser possível reconstruir a partir dos deveres anexos do processo obrigacional um dever de proteção da contraparte, o fundamento do dever de ressarcir os danos processuais não encontra no princípio da cooperação seu último fundamento. Extrair a responsabilidade por danos processuais do modelo

¹⁰⁰¹ Sobre as nuances desse sistema de responsabilização processual, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 16-35.

¹⁰⁰² MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, ano 15, vol. 93. São Paulo: Vellenich, 1991, p. 35. Para um apanhado da história da responsabilidade civil e da incorporação da culpa como seu elemento, ver VILLEY, Michel (1914-1988). Esboço histórico sobre o termo “Responsável” (1977). Trad. André Corrêa. In: Revista Direito GV, vol. 1, ano 1, maio, 2005, pp. 135 – 148.

¹⁰⁰³ Registre-se que a responsabilidade pelo atentado relativo a fontes de prova pode também constituir reflexo do descumprimento de deveres probatórios. Sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: RT, 2015, p. 254.

¹⁰⁰⁴ Para uma crítica ao regime de responsabilização objetiva – que prescinde inclusive do ato ilícito – ver BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Antecipação da tutela e responsabilidade objetiva. In: Revista AJURIS, nº 72, março de 1998, Porto Alegre: AJURIS, 1998, pp. 58-78 e ABREU, Rafael Sirangelo de. A responsabilidade pela fruição da tutela antecipada cassada. In: MITIDIERO, Daniel (coord.). O processo civil no estado constitucional. Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 321-405.

¹⁰⁰⁵ É sintomática a previsão específica do ressarcimento de danos em caso de lide temerária ainda no direito romano pós-clássico. Sobre o tema, ver CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). La condanna nelle spese giudiziali (1901). 2ª Ed. Roma: Foro Italiano, 1935. Para um tratamento analítico das inúmeras formas de responsabilização e dos inúmeros danos que podem advir do agir processual, ver CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). Sistema del diritto processuale civile. Vol. I. Padova: CEDAM, 1936, pp. 453-461.

cooperativo e do princípio da cooperação, com o devido respeito aos defensores da tese, não parece acertado.

Ainda, no que tange aos chamados *deveres probatórios* ou deveres de aporte de provas, cumpre destacar que essa obrigação deriva da necessidade de que o estado-juiz decida com base em uma apuração o mais próxima possível da verdade dos fatos¹⁰⁰⁶. Por essa razão, o dever geral de colaboração com a justiça para “descoberta” da verdade (que depende de determinação específica pelo juiz)¹⁰⁰⁷ e os pontuais deveres probatórios existentes para as partes (que incluem deveres de submissão a eventuais inspeções ou periciais judiciais e deveres de entrega de eventuais documentos requisitados) estão funcionalizados pela missão de dar tutela aos direitos mediante decisão justa¹⁰⁰⁸.

Pode-se falar em deveres de colaboração probatória, mas essa colaboração não é de uma parte a outra, mas de ambas as partes em relação ao processo, verdadeiro

¹⁰⁰⁶ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 225. Nesse sentido, “aumentar a qualidade e a amplitude do material probatório tem como consequência o aumento da corroboração das hipóteses fáticas. Isso acarreta, por sua vez, maior qualidade na apuração dos fatos, maior acuidade do processo para o ‘aporte’ da verdade e, consequentemente, um processo orientado tendencialmente à obtenção de decisões mais justas”. PAULA RAMOS, Vitor de. Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. São Paulo: RT, 2015, p. 46.

¹⁰⁰⁷ Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Como consignou a relatora do Recurso Especial nº 1286704/SP (Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013), deve-se distinguir a cooperação devida em abstrato daquela derivada da ordem judicial. Existem escolhas lícitas que podem acarretar prejuízos (em razão do risco assumido): “há de se distinguir a litigância de má-fé da estratégia processual adotada pela parte que, não estando obrigada a produzir prova contra si, opta, conforme o caso, por não apresentar em juízo determinados documentos, contrários à suas teses, assumindo, em contrapartida, os riscos dessa postura. Não se ignora o dever das partes de colaborarem com a Justiça, nos moldes do art. 339 do CPC, mas essa obrigação deve ser confrontada com o direito do réu à ampla defesa, o qual inclui, também, a escolha da melhor tática de resistência à pretensão veiculada na inicial. Conforme ressalta o parquet em seu parecer, a inobservância do dever de colaboração com a Justiça “gera efeitos distintos nas diversas situações em que incide, considerando o ato a praticar e quem deve praticá-lo”, concluindo que “neste caso, o art. 339, isoladamente, não acarreta a eficácia pretendida” (fls. 7.202/7.203, e-STJ). Por isso, o comportamento da parte deve sempre ser analisado à luz das peculiaridades de cada caso. (...) Aliás, nas hipóteses em que o documento se mostrar essencial, o Juiz ordenará à parte que o exiba, podendo inclusive, conforme o caso, não admitir a recusa, nos termos dos arts. 355, 358 e 359 do CPC. Na espécie, porém, em momento algum se cogitou de ordenar às rés a exibição dos documentos em questão. Por todos esses motivos, ausente violação dos arts. 17, 18 e 339 do CPC, não há motivo para reforma desse item do acórdão recorrido” (fls. 15-16).

¹⁰⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: RT, 2015, p. 253.

destinatário da prova, mediante indução do juiz por meio de decisões judiciais¹⁰⁰⁹. Estruturar os deveres probatórios como deveres das partes entre si significaria entender que o destinatário da prova é a parte, o que claramente desvirtua a atividade probatória. Os *deveres probatórios*, assim, têm eficácia horizontal imediata e aplicação mediada pelo juiz¹⁰¹⁰. Constituem exemplos dos deveres probatórios, no direito brasileiro, os deveres de submissão à inspeção para a parte se tornar fonte de prova por inspeção judicial ou perícia¹⁰¹¹, de submissão da parte à acareação¹⁰¹² e de exibição de documentos (no direito brasileiro, art. 400, parágrafo único)¹⁰¹³, este último reforçado pela previsão específica de técnicas executivas de execução indireta para indução ao cumprimento. Os eventuais deveres de prova, portanto, não são reflexos da colaboração das partes entre si¹⁰¹⁴.

3.2.3.1. Em especial: os deveres éticos das partes

Quanto aos deveres inerentes ao componente ético do processo (que tradicionalmente são conectados aos deveres gerais de lealdade e probidade e à cláusula geral de boa-fé processual), o discurso não é diferente. De fato, não há dúvida de que os comportamentos dos sujeitos parciais encontram limites no seu aspecto ético. São verdadeiros deveres, que gravam todos os sujeitos de forma recíproca. Os condicionamentos mútuos entre sujeitos parciais e imparciais não são absolutamente livres: a ética do processo limita a atuação das partes. Fora do terreno da ética, o processo se encontra com a ilicitude¹⁰¹⁵. A tese exposta no presente trabalho, entretanto,

¹⁰⁰⁹ “Evoluiu o dever de colaborar, no seio dessa comunidade e como poder concedido ao juiz para induzir essa recíproca colaboração (art. 6º), abarcando o cumprimento das resoluções judiciais” ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo I.* São Paulo: RT, 2015, p. 305.

¹⁰¹⁰ PAULA RAMOS, Vitor de. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar.* São Paulo: RT, 2015, p. 104.

¹⁰¹¹ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo II.* São Paulo: RT, 2015, pp. 272-274.

¹⁰¹² ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo I.* São Paulo: RT, 2015, p. 307.

¹⁰¹³ PAULA RAMOS, Vitor de. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar.* São Paulo: RT, 2015, p. 96.

¹⁰¹⁴ Em conclusão análoga, ver ALMENDRA, Matheus Leite. *Deveres das partes em matéria probatória: contornos sobre a influência (ou não) do princípio da cooperação processual instituído pelo novo código de processo civil.* In: *Revista dos Tribunais*, vol. 988, Fev., 2018, pp. 261-281.

¹⁰¹⁵ A consideração não escapa à doutrina, que mesmo entendendo o processo como uma luta, defende se tratar de uma luta regulada pelo direito: “Anche il fatto che nel processo si svolge una lotta non può

é de que esses deveres éticos (das partes entre si e para com o estado-juiz) encontram sua justificativa não no modelo cooperativo (arquétipo-ideal) ou no princípio da cooperação (norma), mas na exigência de limites éticos ao exercício das posições jurídicas¹⁰¹⁶.

Do ponto de vista histórico, é possível encontrar manifestações dos limites éticos ao exercício das posições processuais em todos os arranjos processuais. É possível encontrar reflexos da exigência ética já no direito romano, desde as manifestações ligadas tão só à sucumbência no período das *legis actiones*¹⁰¹⁷, passando pela fase formulária e a penalização da *ignominia* ou *infamia*¹⁰¹⁸ e o *juramento de calumnia*¹⁰¹⁹, até as inúmeras manifestações de represão à lide temerária e maliciosa no período pós-clássico¹⁰²⁰. No medioevo, são exemplos a sobrevivência do juramento de calúnia no direito canônico¹⁰²¹ e sua passagem à tradição lusitana por via das ordenações Filipinas¹⁰²², além do juramento de purificação no direito longobardo¹⁰²³. O

condurre alla conclusione che il principio della buona fede non debba venire osservato. Infatti lotta non significa scatenamento di violenza senza regole di una parte contro l'altra, tanto è vero che nelle fare sportive vi sono regole che non debbono venir violate, ed anche nella guerra vi sono regole di diritto internazionale. A maggior ragione il processo come lotta abbisogna di norme sul comportamento delle parti, non dovendo vincere il più forte o il più abile, ma chi ha ragione, indipendentemente dalla sua abilità nel condurre il processo. Lo scopo del processo è la vittoria del diritto e non della furberia e degli stratagemmi” LENT, Friedrich (1882-1960). *Obblighi e oneri nel processo civile*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova, A. Milani, v. 9, n. 1, p. 150–158, genn./dic., 1954, p. 154.

¹⁰¹⁶ “As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (obviamente, isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre dos deveres de boa-fé e lealdade, assunto correlato, mas diverso)”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. In: *RePro*, vol. 194, Abr. 2011, pp. 55-68, item 3 na versão eletrônica.

¹⁰¹⁷ *Funcionando a entrega do sacramentum ao erário como uma pena ao litigante sucumbente (conforme COSTA E SILVA, Paula. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 179). No mesmo sentido, ZEISS, Walter (1933–2006). El dolo procesal. Aporte a la precisacion teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico (1967). Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1979, p. 15.*

¹⁰¹⁸ *Conforme COSTA E SILVA, Paula. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 171, com apoio em KASER, Max (1906-1997). Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen. In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung Bd. 73, 1956, pp. 220-278.*

¹⁰¹⁹ *ZEISS, Walter (1933–2006). El dolo procesal. Aporte a la precisacion teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico (1967). Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1979, p. 16.*

¹⁰²⁰ *COSTA E SILVA, Paula. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 155-166.*

¹⁰²¹ *ZEISS, Walter (1933–2006). El dolo procesal. Aporte a la precisacion teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico (1967). Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1979, p. 18.*

¹⁰²² *COSTA E SILVA, Paula. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 97-109.*

mesmo se pode dizer das legislações modernas, com ampla gama de sistema de responsabilização e controle da atividade das partes em termos éticos. O abuso do processo é reprimido de modo mais ou menos contundente por todos os sistemas jurídicos contemporâneos, ainda que mediante expedientes bastante diversos¹⁰²⁴. A explicação histórica permite a exclusão de todos os deveres de comportamento ligados a condutas culposas e dolosas da normatividade do princípio da cooperação. A repulsa ao comportamento culposo ou doloso no processo é certamente anterior ao advento do modelo cooperativo e ao reconhecimento da normatividade do princípio da cooperação.

Ocorre que é possível tratar de inúmeros comportamentos ilícitos no direito processual sem necessariamente partir do elemento volitivo. Assim como no direito privado, no qual “a ilicitude era vista, tradicionalmente, de forma amarrada à culpa, ao dano e à consequência indenizatória”¹⁰²⁵, a ilicitude processual tradicionalmente esteve atrelada à culpa ou ao dolo. Porém, em paralelo à reconstrução operada no direito privado, no que tange ao abuso do direito e ao chamado exercício disfuncional do direito¹⁰²⁶, também o processo civil operou uma transformação. No direito privado, o acento dado ao aspecto objetivo do abuso do direito¹⁰²⁷ e à separação operada pelo

¹⁰²³ CRESCI SOBRINHO, Elicio de (1943-2013). Dever de veracidade das partes no novo código de processo civil. São Paulo: L. J. Vellenich, 1975, pp. 32-33.

¹⁰²⁴ Sobre o tema, são importantíssimas as duas coletâneas em torno da comparação horizontal do direito processual em torno do abuso de direitos processuais. TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999 e BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017) (coord.). Abuso dos Direitos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Em especial, ver a conclusão de Taruffo no seu relatório geral: “Therefore, the global landscape concerning APR is complex and varied: the general idea is probably present everywhere, since in any legal system there is the tendency to believe that procedures should be managed in a honest and fair way, according to general standards of good faith and correctness. However, such an idea emerges in very different forms and in various and sometimes fragmented dimensions”. TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 5.

¹⁰²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil: estruturas e rupturas em torno do art. 187. In: Boletim Adcoas, v. n. 10, 2003, p. 309-310.

¹⁰²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

¹⁰²⁷ “A teoria do abuso do direito pode ser construída e considerada como categoria autônoma. Ela tem, inquestionavelmente, certas afinidades com a teoria da culpa, com a qual, todavia, não se confunde, pois que entre os caracteres de diferenciação destacam-se o seu acentuado cunho objetivista e, principalmente, a circunstância de serem noções incoadunáveis a de culpa e a de exercício de um direito”. MARTINS, Pedro Baptista (1895-1950). O Abuso do Direito e o Ato Ilícito (1935). 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 168.

direito positivo entre ilicitude, culpa e responsabilidade¹⁰²⁸, levou a doutrina a trabalhar com uma dimensão complexa da ilicitude, que abarca tanto a ilicitude subjetiva quanto a ilicitude objetiva¹⁰²⁹, podendo-se falar em ilícito sem culpa¹⁰³⁰. Enfoca-se o modo de exercício do direito, inadmitindo-se seu exercício de maneira disfuncional¹⁰³¹. O abuso do direito, assim, se reconstrói¹⁰³². Uma das balizas desse exercício inadmissível é a boa-fé em seu aspecto objetivo¹⁰³³, funcionando como *standard* ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento, apontando aos limites da licitude no exercício de direitos subjetivos, formativos, direitos de exceção, direitos expectativos, posições, situações e faculdades jurídicas¹⁰³⁴.

No processo, por sua vez, para além do reconhecimento da necessidade de punição à litigância de má-fé, ao dolo e à fraude processual, passa-se a reconhecer também a normatividade de um “devido processo leal”¹⁰³⁵, que estrutura situações de ilicitude que independem do elemento volitivo, em torno do abuso do processo e,

¹⁰²⁸ Faz-se referência, aqui, à estrutura do Código Civil, que prevê o ato ilícito culposo (art. 186, CC) e o exercício disfuncional do direito (art. 187, CC) separadamente da responsabilização (art. 927, CC).

¹⁰²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPELINO, Gustavo (Org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71. Em especial: “Porém, ainda que no terreno civil seja quantitativamente prevalecente a imputação informada pelo critério da culpa, esse não é o único critério. Também há essa atribuição segundo outros critérios (por exemplo, o critério da confiança; o do risco; etc). Como consequência, admite-se uma complexa dimensão da ilicitude que engloba a chamada ilicitude subjetiva e objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexo de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência ou da imprudência ou, ainda, no caso do dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento, compreendido – como acima se explicitou – como o conjunto de princípios e regras derivadas das quatro fontes de normatividade e destinadas, em última instância, a assegurar a coexistência de liberdades”.

¹⁰³⁰ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso do Direito. Coimbra: Almedina, 2005, p. 499. Na mesma esteira, CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil (1996). 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9-10. Essa já era a antiga lição de Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1892-1979). Tratado de Direito Privado. Tomo II (1954). 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, § 164).

¹⁰³¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil (1983). 5ª Reimp. Coimbra: Almedina, 2013, p. 879.

¹⁰³² MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 124-125.

¹⁰³³ No Brasil o tema remonta a COUTO E SILVA, Clóvis do (1930-1992). A obrigação como processo (1964). Reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, pp. 32-39..

¹⁰³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 263-265.

¹⁰³⁵ PICÓ i JUNOY, Joan. El debido proceso “leal”: reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal. In: Revista peruana de derecho procesal, n.º 9, 2006, pp. 331-372.

especialmente, de *standards* gerais como a boa-fé, a lealdade e a probidade. Muitas dessas situações envolvem a boa-fé em sua acepção objetiva¹⁰³⁶. O desenvolvimento da ilicitude objetiva no plano do direito privado abre espaço para o reconhecimento de situações processuais de ilicitude indiferentes ao agir culposo ou doloso e, assim, para o reconhecimento de um princípio da boa-fé objetiva aplicado ao processo civil¹⁰³⁷, que funcione como um limitador do agir estratégico¹⁰³⁸. Cumpre verificar se essa transformação no que tange ao afastamento do caráter subjetivo da ilicitude repercute na caracterização dos deveres éticos como reflexos do modelo cooperativo. É o assunto que ora passa-se a expor.

4. Limites ao exercício do contraditório como reflexo das exigências éticas do processo e não do modelo cooperativo

Já se afirmou que o agir estratégico encontra limites nos comportamentos previstos pelo direito processual como ilícitos. A lealdade limita o exercício do contraditório¹⁰³⁹. Isso não significa que haja deveres de cooperação, mas apenas que o

¹⁰³⁶ “É preciso, em síntese, eliminar todos os resquícios criminosos, se se permite o neologismo, do regramento legal de tutela processual da boa-fé”. BENEDUZI, Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, p. 92.

¹⁰³⁷ No Brasil, VINCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169-173; RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: Revista AJURIS, nº 95. Porto Alegre: AJURIS, 2004, p. 71-87; CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: RePro, v. 30, n. 126, ago. 2005, p. 59-81; THEODORO JR., Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé, papel do juiz. In: Revista autônoma de processo, n. 1, out./dez., 2006, pp. 323-343; DIDIER JR., Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. In: Revista autônoma de processo, nº 3, abr./jun. 2007, pp. 203-213; MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, pp. 90-93; PRETEL, Mariana Pretel e. A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

¹⁰³⁸ “No mais, o agir estratégico puro, que pode até ser orientado por intenções enganadoras, não ocorre em qualquer circunstância processual, pois existe regramento contra expedientes contrários à boa-fé”. CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 230.

¹⁰³⁹ “La loyauté est en effet une condition sine qua non, un présupposé du principe de discussion et de l’argumentation qui en procède et a fortiori du principe de la contradiction qui en assure l’effectivité au sein du procès”. BOURSIER, Marie-emma. Le principe de loyauté en droit processuel. Paris: Dalloz, 2003, pp. 320-321. No Brasil, “como uma decorrência da colocação definitiva do processo no campo do Direito Público, e tendo sido abandonada pela generalidade dos autores, a idéia de que o processo era uma liça ou luta, tendo-se particularmente por base a evolução legislativa do sistema continental europeu, construiu-se toda uma teoria a respeito do problema da lealdade processual, decorrente dessa posição assumida, de que resultou a concepção do processo como um campo dialético, mas onde se devem observar princípios éticos”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Deveres das partes e dos

desempenho das estratégias (exercício do contraditório) limita-se pela ética processual¹⁰⁴⁰. A estrutura conflitual do processo e o aspecto ritual que é inerente ao desenvolvimento do debate instaurado em contraditório abrem espaço – possivelmente até o induzam – ao agir antiético¹⁰⁴¹. Não é da ontologia do conflito a eticidade, daí porque são necessários limites ao exercício das posições processuais¹⁰⁴². A situação de competição inerente ao processo judicial requer certas regras mínimas de comportamento¹⁰⁴³. Esse limite encontra terreno fértil na aplicação da boa-fé objetiva em

procuradores, no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo). In: RePro, vol. 69, Jan-Mar, 1993, p. 7.

¹⁰⁴⁰ “Não podemos ter a ilusão, é verdade, de que as partes entrarão no tribunal de mãos dadas ou que sempre haverá uma propensão a ajudar a parte adversa. (...) Mas o exercício do direito de ação e das garantias processuais não pode ser concebido como ilimitado. Os deveres processuais das partes constituem um *minimum* de limitações ao exercício da *actio*, e podem ser legitimamente exigidos pelo juiz. Nem a ampla defesa nem o princípio dispositivo impedem que o juiz conduza a marcha processual dentro dos cânones éticos forjados pelo ordenamento”. CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 231-232. Em sentido análogo, ainda que defendendo as limitações éticas como *deveres cooperativos*, GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. In: JULGAR – Revista da Associação Sindical dos Juizes, n.º 1, Jan./Abr., 2007, p. 56. “Resumindo-se o que se disse sobre colaboração: em nenhuma das perspectivas de colaboração se pode falar de autoritarismo. Nem na colaboração que impende sobre as partes, na medida em que é uma mera consequência da aplicação do princípio da boa fé no direito processual e, portanto, não impõe às partes que desistam da sua pretensão e da sua versão dos factos em prol de uma verdade material ou verdadeira. Apenas lhes atribui a responsabilidade de um comportamento ético na defesa dos seus interesses”.

¹⁰⁴¹ Em alguma medida é acertada a realista e cética afirmação de Becker: “Deontologicamente, o processo deveria ser ético. Contudo, ontologicamente, não é” (BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 327). Não concordamos, entretanto, com a sua afirmação de uma necessária correlação entre estratégia e má-fé: “A regra estratégica é toda litigância ser de má-fé – mesmo porque soa como um contra-senso a existência de boa-fé em algum tipo de litigância” (BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 321. E nem com sua conclusão (“o processo é um instrumento estratégico, amoral, destinado a promover o comércio de direitos, sob o pálio do direito de propriedade” - BECKER, Laércio Alexandre. Epílogo. Ao jogar a toalha. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 542). É possível agir estrategicamente e, simultaneamente, cooperar ou, ao menos, não agir imbuído do espírito de burla ou fraude.

¹⁰⁴² “A preocupação com a ética é especialmente sensível no processo pela existência de um conflito de interesses, contexto em que os interessados atuam buscando a prevalência de suas posições, utilizando-se do agir estratégico. Visando à vitória, as partes poderiam ser tentadas a usar todos os meios, ainda que indignos, para atingirem seu objetivo final”. CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 237. Em sentido similar Dinamarco, para quem “a realidade do processo é a de um combate para o qual a lei as municia de certas armas legítimas e de uso legítimo, mas com a advertência de que será reprimido o uso abusivo dessas armas ou o emprego de outras menos legítimas. Como em todo combate ou jogo, há regras preestabelecidas a serem observadas”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II (2001). 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 259.

¹⁰⁴³ Essa é a premissa básica de todo e qualquer sistema competitivo. No que tange à organização social e a necessidade de regulações mínimas do ambiente competitivo, ver HAYEK, Friedrich August von (1899-1992). The road to serfdom (1944). Reimp. New York: Routledge, 2006, p. 37: “The liberal

seu aspecto proteção da confiança¹⁰⁴⁴, como elemento importantíssimo da concepção estratégica de processo ora apresentada¹⁰⁴⁵. Não há como sustentar a concepção estratégica sem que, para que essas mesmas estratégias tenham efetividade, imponham-se deveres éticos, especialmente aqueles ligados à boa-fé objetiva no seu viés proteção da confiança, às partes. De outro lado, é perfeitamente possível um agir cooperativo entre as partes, porém ilícito, como é o caso dos atos ou do próprio processo simulado. O estatuto ético do processo serve ao exercício das estratégias das partes, delimitando de maneira clara justamente os espaços de liberdade, dentro dos quais as estratégias poderão ser desempenhadas, e os seus limites. Em primeiro plano, é necessário destacar qual a abrangência desses limites. Em segundo plano, é necessário classificá-los.

4.1. Da vedação à trapaça e ao *doping* processuais (ilícitos processuais) ao incentivo ao *fairplay* processual (cooperação processual): os comportamentos obrigatórios e os comportamentos incentivados no direito processual

A metáfora esportiva, mesmo que não tenha o condão de explicar o processo, pode ajudar a diferenciar situações que devem ser albergadas pela normativa ética do processo e situações que devem ser vistas como preferíveis a outras, ainda que sem conteúdo jurídico. No esporte, existem regras constitutivas¹⁰⁴⁶ que transformam

argument is in favour of making the best possible use of the forces of competition as a means of co-ordinating human efforts, not an argument for leaving things just as they are. It is based on the conviction that where effective competition can be created, it is a better way of guiding individual efforts than any other. It does not deny, but even emphasises, that, in order that competition should work beneficially, a carefully thought-out legal framework is required”.

¹⁰⁴⁴ Especialmente no que tange aos aspectos ligados ao “dever de coerência” e ao “asseguramento de expectativas” que dela derivam. Sobre o tema, ver MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 233-236.

¹⁰⁴⁵ “Sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa fé” (DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 82). Registre-se que os deveres éticos podem ser entendidos como deveres recíprocos das partes, sem a necessidade de que se os explique a partir da intermediação judicial (concepção angular). Em sentido contrário, entendendo os deveres éticos como deveres perante o estado, ver CRESCI SOBRINHO, Elicio de (1943-2013). Dever de veracidade das partes no novo código de processo civil. São Paulo: L. J. Vellenich, 1975, pp. 104-116.

¹⁰⁴⁶ O presente trabalho não adota a distinção rígida entre regras constitutivas e regulativas (conforme, por todos, SEARLE, John. Speech acts: an essay in the philosophy of language (1969). New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 33-42), pelas razões expostas em RAZ, Joseph. Practical reason and norms (1975). 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 108-123 e SCHAUER, Frederick. Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life (1991). Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 7. Para Schauer, em suma, “the rule [constitutive] has a

aquela atividade humana em uma competição e regras comportamentais, que limitam os comportamentos no jogo. Ao lado dessas regras, tem-se o papel das habilidades humanas, que levam à vitória com o manejo adequado das regras do jogo. Fora dessas regras, há a burla, a trapaça, a falta, o antijogo e o *doping*. Na estruturação do exercício competitivo da atividade esportiva (esporte-competição), em primeiro lugar, deve-se seguir à risca as regras constitutivas do jogo de modo a que haja uma igualdade de ponto de partida para os competidores. O que constitui o objetivo do jogo é a vitória, e essa só será legítima se as regras do jogo forem respeitadas. Essa situação é diferente daquela ligada à atividade esportiva lúdica (esporte-recreação), na qual o objetivo comum do divertimento cria incentivos muito maiores à cooperação¹⁰⁴⁷ e é perfeitamente possível a alteração consensual das regras do jogo. No esporte-competição o objetivo da vitória é um obstáculo à cooperação¹⁰⁴⁸. No esporte-recreação o objetivo do divertimento é um incentivo à cooperação.

No processo judicial, a sua estrutura essencialmente competitiva impõe o respeito às suas normas, que incluem certos deveres de comportamento por aqueles que

double aspect - first defining the behavior and then regulating it” (p. 7). Esse duplo aspecto das normas constitutivas pode muito bem ser aplicado para as regras processuais que, a par de conformar o processo como ambiente normativo autônomo, prescrevem certos comportamentos sobre como agir e, portanto, constituem o processo e regulam os comportamentos. Para fins de sistematização, esse trabalho adota a proposta de ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos (2003). 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp.105-106, em torno das regras comportamentais (que descrevem comportamentos como obrigatórios, permitidos ou proibidos) e regras constitutivas (que atribuem efeitos jurídicos a determinados atos, fatos ou situações). Essa discussão (sobre a natureza jurídica das normas processuais), entretanto, não é objeto da presente trabalho.

¹⁰⁴⁷ “The goal of genuine sport must be the principal determinant of the conduct and attitudes proper to sporting activity. Since its goal is pleasant diversion-the immediate joy to be derived in the activity itself-the pivotal or essential virtue in sportsmanship is generosity. All the other moral qualities that may also be in evidence are colored by this spirit of generosity. As a result of this spirit, a determined effort is made to avoid all unpleasantness and conflict and to cultivate, in their stead, an unselfish and co-operative effort to maximize the joy of the moment” KEATING, James. Sportsmanship as a Moral Category. In: Ethics, vol. 75, nº 1, Oct., 1964, p. 34.

¹⁰⁴⁸ “Careful analysis has revealed that sport, while speaking the language of competition and constantly appearing in its livery, is fundamentally a co-operative venture. The code of the sportsman, sportsmanship, is directed fundamentally to facilitating the co-operative effort and removing all possible barriers to its development. Mutual generosity is a most fertile soil for co-operative activity. When we move from sport to athletics, however, a drastic change takes place. Co-operation is no longer the goal. The objective of the athlete demands exclusive possession. Two cannot share in the same victory unless they are team mates, and, as a result, the problems of competition are immediately in evidence” KEATING, James. Sportsmanship as a Moral Category. In: Ethics, vol. 75, nº 1, Oct., 1964, p. 31.

dele participam. O desrespeito a esses deveres deslegitima o resultado do processo¹⁰⁴⁹, pois tende a significar a burla e a trapaça. O processo civil não pode tolerar desrespeito às suas normas, sendo vedada a atividade ilícita das partes. O estatuto ético normativo do processo determina uma proibição à trapaça, à burla, à falta, ao antijogo e ao *doping* processual¹⁰⁵⁰. Esse objetivo de vitória dos litigantes (satisfação do seu interesse por decisão do juiz) é um inevitável obstáculo à cooperação. Como o processo não é um fim em si mesmo – como o é o esporte-recreação – a atividade cooperativa é dificultada.

Há um tema que é recorrente no esporte-competição e que pode abrir espaço a uma comparação interessante: o chamado espaço de *fairplay*¹⁰⁵¹. Na atividade competitiva, são comuns discussões em torno da conduta moral dos participantes quando deixam de atender às exigências morais do *fairplay*. Alguns exemplos do esporte são ilustrativos: o time de futebol que não devolve a posse de bola ao outro depois de ter sido voluntariamente jogada para fora para atenção a um atleta caído no gramado; o jogador de basquete que segue com a posse de bola e faz uma cesta, com a defesa parada em razão de apito advindo da arquibancada ou o maratonista que vence após o tropeço do atleta até então líder da prova. Todas essas condutas são consideradas lícitas – porque respeitadoras das regras do esporte, mas afrontosas ao *fairplay*. Embora discutíveis – e em alguma medida condenáveis – moralmente, são condutas que não ultrapassam os limites jurídico-normativos daquele ambiente.

O paralelo do espírito esportivo com situações processuais ajuda a ilustrar a inconveniência de se outorgar normatividade jurídica à cooperação entre as partes. Pense-se na parte que toma ciência informal da pendência de um processo e verifica que o endereço para citação contém equívoco formal a impedir a concretização da citação

¹⁰⁴⁹ “La validité du processus judiciaire dépend du respect de l’éthique procédurale condition sine qua non au bon droit” BOURSIER, Marie-emma. Le principe de loyauté en droit processuel. Paris: Dalloz, 2003, p. 344.

¹⁰⁵⁰ A expressão é de MORAES DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos (2013). 3ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 191-194.

¹⁰⁵¹ Entendido o *fairplay*, aqui, em sentido material: “formal fair play should be understood in terms of norms for rule conformity and justice that express what is considered morally right. Informal fair play should be seen as prescribing that players compete with a certain attitude or with certain virtues linked to the values and ‘internal goods’ of sport itself, and is tied to ideas of the morally good” LOLAND, Sigmund. Fair Play in Sport: a moral norm system. London: Routledge, 2002, p. 15.

ou no advogado atrasado para uma sustentação oral em razão de um engarrafamento, que comunica o advogado da contraparte, mas mesmo assim não o convence a requerer o adiamento do julgamento por alguns minutos. Em ambos os casos as normas processuais estão sendo cumpridas à risca, assim como o foram as regras do jogo nos casos de ausência de *fairplay* esportivo acima destacados. No entanto, as situações poderiam ser conduzidas de outro modo em um espírito cooperativo. Exigir – imperativamente – por meio de *deveres* as condutas cooperativas dos sujeitos parciais seria como, no jogo, transformar em regras as atitudes ligadas ao espírito esportivo. Exigir comportamentos cooperativos é normatizar as virtudes, disciplinar juridicamente o *fairplay*. É claro que as regras do jogo devem ser respeitadas, mas há condutas que mesmo tendo conteúdo moral positivo, não devem ser obrigatórias, sob pena de se estruturar um ambiente *irrealista* e *antiliberal* de conduta humana. Daí porque o estatuto ético do processo não deve se preocupar com um *fairplay* processual, no sentido esportivo do termo. A opção por uma atuação moralmente positiva deve ser incentivada, mas ainda assim deve ser uma opção, justamente porque deve constituir o espaço de estratégia (cooperativa ou competitiva) inerente à estrutura dialógica do contraditório¹⁰⁵².

Incentivos às condutas cooperativas são certamente positivos, desde que não instituem deveres. É possível pensar em medidas pouco custosas e potencialmente efetivas para o encorajamento desses comportamentos. No que tange à dinâmica processual, pode-se pensar em caminhos processuais diferenciados para litigantes que cooperem mutuamente, mediante procedimentos de instrução simplificada, preferências de julgamento e simplificação das formas processuais para processos com selo-cooperação, por exemplo. No que tange ao regime financeiro do processo, pode-se pensar na criação de estatutos financeiros distintos para atos concertados, com diminuição das despesas inerentes, exclusão de despesas cartoriais em caso de intercâmbio direto dos arrazoados entre as partes ou redução proporcional das custas totais de processos com desenvolvimento cooperativo, por exemplo. Podem ser

¹⁰⁵² Em sentido similar, CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). Giuoco e processo. In: Rivista di diritto processuale, v. 6, n. 1, p. 101–111, genn./dic., 1951, p. 106, para quem, ainda que seja possível defender a exigência de *fairplay* (entendido como lealdade – art. 88, *Codice*), a astúcia dos litigantes é algo inclusive desejável.

instituídos, ainda, prêmios reputacionais para sujeitos cooperantes, albergando prêmios do poder judiciário para advogados e litigantes habituais cooperantes ou mesmo distinções feitas pela ordem dos advogados ou pelos órgãos de classe dos advogados públicos aos procuradores que atuem cooperativamente. O direito processual deve operar com estímulos à cooperação (“incentivo ao *fairplay*”)¹⁰⁵³ e com sanções à afronta do seu estatuto ético (“vedação ao *doping*”), diferenciando as condutas apreciadas das condutas obrigatórias.

Em suma, para a preservação do agir estratégico não é necessário apelar para uma teoria pura do processo, como parece a Goldschmidt quando afirma que ao processo não interessa a moralidade. As posições processuais podem ser exercidas em desconformidade ao direito processual e, portanto, esse pode ter um referencial comportamental próprio. Acerta Goldschmidt quando pretende demonstrar que o exercício da situação processual independe da moralidade do direito material que é alegadamente subjacente, mas isso não significa que o direito processual não tenha um estatuto jurídico comportamental próprio¹⁰⁵⁴. A pretexto de moralizar o debate contraditório, não é adequado que se avance em espaços estratégicos lícitos¹⁰⁵⁵, mesmo que não-cooperativos¹⁰⁵⁶. O estatuto ético do processo é suficiente para a preservação de

¹⁰⁵³ Parece ser esse o sentido das *Civil Procedure Rules* inglesas, que prevê como *overriding objective* do processo inglês o desenvolvimento ativo do *case management*, incluindo o dever de a corte “encorajar a cooperação entre as partes” (“1.4. (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes – (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (...)”).

¹⁰⁵⁴ Essa consideração é necessária para contextualizar a conhecidíssima afirmação de Goldschmidt, para quem o processo está livre de moral (“Für die prozessuale Betrachtungsweise hat der Recht, der voraussichtlich Recht be halten wird; sie ist, wenn man so will, moralinfrei. Es ist im Prozesse wie im Krieg und in der Politik” - GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des Prozessualen Denkens*. Springer: Berlin, 1925, p. 292). Na tradução espanhola: “Para la consideración procesalista el derecho que vence es aquel edrecho que se tiene por previsible, o si así se quiere decir, el que está libre de moral. En el proceso sucede como en la guerra y en la politica” GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal* (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 314. A ressalva interpretativa à conhecida afirmação de Goldschmidt é feita também por COSTA E SILVA, Paula. *Litigância de Má Fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 319.

¹⁰⁵⁵ “Il giuoco, cioè, la gara di abilità, è lecito, ma non è permesso barare”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Il processo come giuoco*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 30.

¹⁰⁵⁶ “Como em todo combate, reprimem-se os golpes baixos mas sem golpes não há combate. Golpes leais não são reprimidos”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II (2001). 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 268. Ainda que defendendo deveres cooperativos, essa é também a preocupação de CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.

iguais oportunidades de exercício do contraditório sem interferência indevida nas estratégias processuais¹⁰⁵⁷.

4.2. O estatuto ético do processo como limite ao exercício do agir estratégico

Há uma variedade de limites impostos ao agir dos sujeitos processuais parciais em função dessa preocupação ética¹⁰⁵⁸. Para fins de sistematização, utilizamos a expressão *estatuto ético do processo*. Essa expressão se explica pelo fato de que são inúmeras as expressões normativas das exigências éticas no processo civil. Mesmo que se saia do ambiente comparativo e se passe à análise de um ordenamento específico, é igualmente difícil reconstruir o conjunto de previsões comportamentais senão em torno de um termo geral. Essa expressão consegue albergar, assim, as manifestações jurídicas da boa-fé¹⁰⁵⁹, da lealdade¹⁰⁶⁰, da probidade¹⁰⁶¹ e da vedação ao abuso do processo¹⁰⁶²,

233: “Como a reflexividade do contraditório-influência pressupõe a alteridade e recíproca interferência, podem ser exigidos certos deveres dos sujeitos do processo. Nesse ponto podem ser exercidas as faculdades processuais do magistrado, referentes à direção formal do processo, seu impulso e desenvolvimento regular. São poderes jurisdicionais dentre os quais se encontram as chamadas faculdades coercitivas, que autorizam exigir colaboração com o juízo e a punição de comportamentos processuais antiéticos. Porém, toda medalha tem o seu reverso. A punição é necessária, mas a repressão a atos contrários à boa-fé processual não pode resultar numa *incursão deletéria na estratégia processual dos sujeitos processuais*, devendo haver um equilíbrio entre a ampla defesa e a iniciativa da parte com os objetivos da cooperação, isto é, a correção sancionatória da infringência das regras do jogo” (grifo nosso).¹⁰⁵⁷ “Sebbene nel processo si svolga una lotta in cui ciascuno si vale liberamente delle armi disponibili, questa libertà trova un limite nell’obbligo di osservare le ‘regole del giuoco’: queste esigono che i contendenti si rispettino reciprocamente nella loro veste di contraddittori in giudizio, secondo il principio dell’uguaglianza delle loro posizioni rispettive; perciò ciascuna parte deve evitare di ricorrere a manovre od artifici, che protrebbero impedire all’altra di far valere le sue ragioni dinanzi al giudice, in tutti i modi e con tutte le garanzie stabilite dalla legge” (LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. I (1955). 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1957, pp. 163-164).

¹⁰⁵⁸ Um primeiro corte metodológico que pode ser feito é justamente com relação ao espectro de análise. A proposta dessa tese é identificar o componente estratégico dos sujeitos parciais, daí porque serão analisados os limites à atividade desses sujeitos. Os limites éticos à atividade judicial, portanto, não serão objeto do presente capítulo. Importante observar, ainda, que a doutrina comparatista aponta duas formas de aproximação do sistema de repressão ao abuso de direitos processuais. Aponta-se a existência de uma aproximação em torno dos “limites” para o exercício dos direitos e de outra em torno da defesa das posições da contraparte. Adotamos, aqui, a primeira visão: o exercício do contraditório é livre até o limite das exigências éticas. Para essas duas aproximações, ver NORMAND, Jacques. *Final report: the two approaches to the abuse of procedural rights*. In: TARUFFO, Michele (ed.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Hague: Kluwer Law, 1999, pp. 237-244.

¹⁰⁵⁹ PICO i JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2003. No Brasil, utilizando a expressão VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

bem como as situações da chamada litigância de má-fé¹⁰⁶³, que envolve entre outros a fraude¹⁰⁶⁴, a malícia e o dolo processuais¹⁰⁶⁵.

O objeto do presente capítulo é sistematizar os limites ao agir estratégico em torno de classificações comuns, sem a pretensão de esgotar as situações específicas em que o exercício do contraditório é limitado por exigências éticas¹⁰⁶⁶. Registre-se que nem sempre as condutas éticas serão normativamente sancionadas. O controle intersubjetivo dos próprios advogados cria incentivos não-instrumentais para condutas leais¹⁰⁶⁷. Em última análise, as condutas éticas do processo, quando não estão albergadas dentro de limites normativos, podem acarretar consequências não-jurídicas perceptíveis. A mais nítida delas é a consequência reputacional. Advogados que transitam no limite normativo da ética processual tendem a perder credibilidade nas suas

¹⁰⁶⁰ BOURSIER, Marie-emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003. No Brasil, utilizando a expressão, FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: RT, 2017.

¹⁰⁶¹ Em alguma medida, influenciado pela tradição italiana, CALOGERO, Guido. *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. I, 1939, pp. 129-153. No Brasil, LIMA, Alcides de Mendonça (1918-1998). *O princípio da probidade no código de processo civil brasileiro*. In: *RePro*, vol. 16, Out-Dez, 1979, pp. 15-42 e MILMAN, Fabio. *Improbidade processual. Comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁰⁶² TARUFFO, Michele (ed.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Hague: Kluwer Law, 1999; BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017) (coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. No Brasil, CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do Direito no Processo Civil (1955)*. Ed. Revista. Rio de Janeiro: Forense, 196 e ABDO, Helena Najjar. *O Abuso do Processo*. São Paulo: RT, 2007.

¹⁰⁶³ COSTA E SILVA, Paula. *Litigância de Má Fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

¹⁰⁶⁴ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fraude no Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

¹⁰⁶⁵ ZEISS, Walter (1933–2006). *El dolo procesal. Aporte a la precision teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico (1967)*. Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1979.

¹⁰⁶⁶ É sintomática da dificuldade de enfrentamento exaustivo do tema dos atos ilícitos processuais a pouca produção acadêmica sobre o tema. Como bem observa Carnelutti, “lo studio degli atti illeciti da parte dei cultori del processo è, di solito, meno attento, perchè essi rappresentano, certo, una anomalia; ma, mentre la realtà li impone alla osservazione, la loro importanza è denunziata dalla energia, con la quale il diritto provvede alla loro repressione”. CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). *Sistema del diritto processuale civile*. Vol. II. Padova: CEDAM, 1938, p. 88. Para um inventário da produção brasileira sobre o tema, em especial aquela de matriz ponteana, ver ÁVILA, Raniel Fernandes de. *A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2017, pp. 226-238. Sem tratar da ilicitude, porém analisando as hipóteses de ilicitude ligadas ao estatuto ético, ver MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual: Comportamento das Partes e de seus Procuradores no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁰⁶⁷ É o que observam Hazard e Dondi: “Lawyers in any legal system who have to deal with oppressive or dilatory misconduct by other lawyers chiefly rely on some combination of forbearance and retaliation - practicable mechanisms in an unpleasant relationship from which there is no escape (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. *Legal Ethics: a comparative study*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 244).

relações com os demais agentes forenses¹⁰⁶⁸. As normas sociais acabam exercendo um papel lá onde o direito deixa de ter normatividade¹⁰⁶⁹.

Do ponto de vistas das normas jurídicas (motivações do tipo instrumental), é possível vislumbrar alguns limites. Esses limites podem ser estruturados mediante *técnica casuística* ou mediante a utilização de *cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados*, operando em dois níveis: no primeiro nível, as limitações à atividade das partes; no segundo nível, as limitações à atividade do representante das partes¹⁰⁷⁰. No que tange ao primeiro nível de limitações, essas operam em dois sentidos. É possível cogitar de *deveres omissivos* e de *deveres comissivos*. Esses comportamentos esperados podem envolver o elemento volitivo ou não (*ilicitude subjetiva* ou *objetiva*). O controle desses comportamentos pode se dar pela via *preventiva* ou *repressiva*. O desrespeito a esses deveres pode ter consequências *reparatórias* ou *punitivas*. As punições podem ter natureza *pecuniária* ou *não-pecuniária*. As consequências de natureza pecuniária podem reverter *para a contraparte* ou *para o estado*.

Em primeiro lugar, quanto à técnica legislativa utilizada para regular os comportamentos éticos no processo, é possível encontrar duas “camadas de normas”: regras específicas considerando casos particulares e normas gerais¹⁰⁷¹. No âmbito geral, é comum a utilização no direito comparado de cláusulas como a da boa-fé (*good faith clause*), normalmente utilizadas pelos países da tradição continental europeia (com variações como o princípio da lealdade ou da probidade¹⁰⁷²) ou mesmo a partir de

¹⁰⁶⁸ “This aspect of a lawyer's reputation is often referred to as a lawyer's credit or credibility in the system. Like reputation at large, a lawyer's credit with the courts is established or lost through informal interchange and experience” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. *Legal Ethics: a comparative study*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 237).

¹⁰⁶⁹ Para um panorama geral das relações entre normas jurídicas e normas sociais e seu papel de coordenação de comportamentos, ver POSNER, Eric. *Law and social norms* (2000). Cambridge: Harvard University Press, 2002.

¹⁰⁷⁰ Esse segundo nível será tratado quando do enfrentamento do conflito de agência potencialmente existente entre os interesses do representante e do representado.

¹⁰⁷¹ TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 7.

¹⁰⁷² TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 6. No Brasil: “Tanto a litigância de má-fé como os atos do devedor, atentatórios à dignidade da justiça, têm raiz e tronco comuns nos deveres processuais das partes repousando estes no princípio da probidade processual” (MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual: Comportamento das Partes e de seus Procuradores no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 292).

cláusulas como a do *due process of law* nos países de *common law*¹⁰⁷³. Trata-se da utilização de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados¹⁰⁷⁴. No âmbito específico, utiliza-se a expressão pontual de deveres de alguns ou todos os sujeitos processuais em relação a determinados comportamentos. Isso normalmente se dá pela enumeração de *deveres* em fases específicas do desenvolvimento do processo, como na instrução probatória, no sistema recursal ou na execução. Pode haver, entretanto, a utilização da parte geral dos códigos para a enumeração de deveres específicos (no que tange ao comportamento a ser omitivo ou desempenhado), porém gerais (no que tange à amplitude subjetiva e no desenvolvimento do procedimento).

Mediante normas gerais a abordagem depende necessariamente da construção de grupos de casos paradigmáticos¹⁰⁷⁵ pela doutrina e pela jurisprudência, sendo inexorável uma maior indefinição *a priori* no que tange à normatividade, haja vista a tendência à sua exteriorização como princípio jurídico. No caso das normas específicas, os comportamentos esperados são desde logo cognoscíveis, porém dificultosa a aplicação nos casos de subinclusão ou hiperinclusão¹⁰⁷⁶. Importante observar, ainda, que é possível a utilização de ambas as formulações em um mesmo ordenamento. Mediante técnica casuística se outorga segurança jurídica, com a definição específica de condutas em determinadas situações processuais, e mediante técnica aberta se cria uma válvula de abertura, abrangendo a totalidade do fenômeno processual indistintamente. No Brasil, essa foi a abordagem utilizada pelo diploma processual. Optou-se pela técnica mista ao estabelecer uma norma geral de

¹⁰⁷³ HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018). Abuse of procedural rights: a summary view of the common law systems. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 38.

¹⁰⁷⁴ Sobre a definição de cláusulas gerais (indeterminação dos casos subsumíveis à *fattispecie* e da consequência jurídica) e conceitos formados por termos ou expressões indeterminadas (apenas indeterminação dos casos subsumíveis à *fattispecie*), ver: MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 141-146. Para um tratamento adequado da temática no âmbito do processo civil, ver DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. In: RePro, vol. 187, 2010, pp. 69-83.

¹⁰⁷⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos (2003). 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 117-118.

¹⁰⁷⁶ SCHAUER, Frederick. Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life (1991). Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002, pp. 31-34.

comportamento ético (“boa-fé”)¹⁰⁷⁷ e deveres específicos na parte geral do código¹⁰⁷⁸ e, em menor medida, em situações específicas de determinadas fases procedimentais¹⁰⁷⁹.

Seja pela utilização da técnica casuística, seja pela utilização da técnica aberta, o resultado é a previsão de deveres éticos para os sujeitos processuais. A estruturação desses deveres pode se dar mediante a previsão de *deveres omissivos* e de *deveres comissivos*. No primeiro caso, os comportamentos são proibidos, impondo-se ao sujeito a abstenção do seu desempenho. No segundo caso, os comportamentos são obrigatórios, impondo-se ao sujeito uma atitude comissiva para seu desempenho. Tanto a técnica aberta quanto a técnica casuística podem estruturar deveres omissivos e comissivos. O respeito à boa-fé objetiva, para utilizar o exemplo da cláusula geral prevista na legislação brasileira¹⁰⁸⁰, pode determinar a abstenção de um comportamento (em razão de sua contrariedade a um comportamento anterior em sentido contrário, por exemplo)¹⁰⁸¹, ou determinar o desempenho de um comportamento específico (no caso em que se obriga a parte a mitigar seu próprio dano, por exemplo)¹⁰⁸². Da mesma forma,

¹⁰⁷⁷ “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

¹⁰⁷⁸ “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões judiciais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. (...)”

¹⁰⁷⁹ Exemplificativamente: “Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: (...) II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; (...)”

¹⁰⁸⁰ “Vale dizer, a boa-fé e os deveres dela correlatos prospectivamente fomentam padrões de conduta cooperativos, mas também atuam com caráter negativo, proibindo condutas incompatíveis com seus cânones” CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 238-239.

¹⁰⁸¹ Expressão da tipologia do *venire contra factum proprium*. Sobre o tema, ver MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil (1983). 5ª Reimp. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 742-770; SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium (2005). 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. No processo, ver DIDIER JR., Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. In: Revista autônoma de processo, nº 3, abr./jun. 2007, pp. 203-213 e TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento processual contraditório. A proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015.

¹⁰⁸² É a expressão do chamado *duty to mitigate the loss*, corolário da boa-fé objetiva: “The duty to mitigate is a universally accepted principle of contract law requiring that each party exert reasonable efforts to minimize losses whenever intervening events impede contractual objective” GOETZ, Charles;

é bastante fácil encontrar deveres omissivos especificamente previstos pelo legislador, como o de não usar de expediente protelatório, e deveres comissivos, como o dever geral de cumprimento com exatidão das decisões judiciais.

Para a configuração do agir ilícito em função do descumprimento de deveres de natureza ética no processo nem sempre será necessária a presença do elemento volitivo. É possível que haja *ilicitude processual* mesmo *sem a presença da culpa ou dolo*, desde que haja a disfuncionalidade do exercício de uma situação processual¹⁰⁸³. Ou seja, a ilicitude não depende necessariamente do intuito de lesar ou das tipologias da culpa para se fazer presente. A previsão da ilicitude dependente do comportamento culposo ou doloso normalmente se apresenta nas expressões “malicious”¹⁰⁸⁴, “intencionalmente”¹⁰⁸⁵, ou mediante a previsão de “ciência” do agente¹⁰⁸⁶. Em síntese, condutas que, na tradição brasileira, podem ser reconduzidas à litigância de má-fé¹⁰⁸⁷. Nesses casos em que o agir ilícito é intencional, há a possibilidade de que a sanção seja reforçada, como ocorre na chamada *responsabilità aggravata* do direito processual italiano¹⁰⁸⁸. Esse tipo de previsão dependerá tendencialmente da formatação de textos

SCOTT, Robert. The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation. In: Virginia Law Review, Vol. 69, No. 6, Sep., 1983, p. 967. No Brasil, ver FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In: Revista trimestral de direito civil. v. 19, julho/setembro, 2004, pp. 109-119. No processo, ver DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. In: RePro, v. 34, n. 171, maio 2009, pp. 35-48. Para uma discussão em torno da natureza de ônus ou dever (ou incumbência) do “dever” de mitigar o próprio dano, ver RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: quid est et quo vadat? Civilistica.com, ano 6, n. 1, 2017, disponível em <www.civilistica.com/a-mitigacao-de-prejuizos/>, acesso em 11 de março de 2018.

¹⁰⁸³ Nesse sentido OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales en America Latina. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017) (coord.). Abuso dos Direitos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 22.

¹⁰⁸⁴ De que é exemplo a “malicious prosecution” do direito anglossaxão (ANDREWS, Neil. Abuse of process in english civil litigation. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 75. Na Argentina a expressão malícia consta do art. 34, 5, VI do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación e no Brasil, constava do art. 3º, parágrafo único do Código de Processo Civil de 1939.

¹⁰⁸⁵ Na redação originária do Código de Processo Civil de 1973 essa era a previsão do art. 17, II e III.

¹⁰⁸⁶ É a formatação do art. 77, II, do CPC brasileiro.

¹⁰⁸⁷ Uma excelente reconstrução das raízes lusitanas do instituto pode ser encontrada em COSTA E SILVA, Paula. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 31-130.

¹⁰⁸⁸ Conforme artigo 96 do *Codice*, que prevê ressarcimento de danos para o agir com má-fé ou culpa grave e o ressarcimento dos danos pela efetivação da tutela cassada apenas em caso de a parte ter agido “senza la normale prudenza”, diferentemente do sistema de responsabilização objetiva do Brasil. A doutrina aponta a dificuldade de se perquirir o elemento subjetivo nesse tipo de situação: “Il fondamento di questa responsabilità è dunque soggettivo; ma la difficoltà di indagare direttamente l’animo del

normativos mediante técnica casuística que delimitem a conduta culposa ou dolosa, em concreto.

De outro lado, há uma tendência nas legislações contemporâneas à adoção de *standards* comportamentais que, para caracterização da ilicitude, independam do elemento volitivo (subjetivo). A preocupação não está na vontade do agente, mas na tipologia do ato ou no resultado da conduta. Nessa esteira, as previsões explícitas de cláusulas gerais de *boa-fé*¹⁰⁸⁹, a sua adoção como fundamento para vedação em concreto de situações de ilicitude objetiva¹⁰⁹⁰, as remissões a deveres de *lealdade* como centrais ao sistema¹⁰⁹¹ ou a proibição do abuso de direito no processo¹⁰⁹². Todas essas previsões

litigante, costringe a ricorrere anche ad elementi oggettivi, atti ad identificare l'esistenza della lite temeraria" (LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile (1955). Principi. 7ª Ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 170).

Art. 96. (Responsabilita' aggravata). Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui e' stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore precedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni e' fatta a norma del comma precedente.

¹⁰⁸⁹ Como é especificamente o caso das legislações espanhola (art. 247, 1, *LEC*), portuguesa (art. 8º, *CPC*) e brasileira (art. 5º, *CPC*).

¹⁰⁹⁰ É exemplo a construção da proibição do *venire contra factum proprium* levada a efeito, para o direito alemão, por ZEISS, Walter (1933–2006). El dolo procesal. Aporte a la precisacion teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico (1967). Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1979, pp. 97-123.

¹⁰⁹¹ Extraíndo do sistema processual a exigência central de lealdade como “princípio geral do direito processual”, ver BOURSIER, Marie-emma. Le principe de loyauté en droit processuel. Paris: Dalloz, 2003, pp. 254-281. Especificamente, é da tradição italiana a remissão aos deveres de lealdade (art. 88 do *codice*), não necessariamente ligados à culpa ou dolo para configuração do seu descumprimento, mas como base para construção de deveres éticos para as partes: “È questa, dunque, la funzione cui assolve l'art. 88: evitare che la condotta processuale della parte, pur formalmente valida, alteri e pregiudichi la paritaria posizione delle parti nell'esercizio delle loro prerogative processuali. Esso «deve essere applicato — come rileva significativamente Andrioli — per evitare che la schermaglia si confonda con la mala fede» e per impedire che l'indubbio interesse privato della parte ad ottenere una sentenza favorevole sia coltivato abusando degli strumenti processuali.” CARRATA, Antonio. Doveri di verità e completezza nel processo civile (parte seconda). In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno LXVIII, n° 2, 2014, pp. 505-506. No Brasil, “exigências éticas do sistema (que no fim buscam a própria concepção de justiça processual) acabam por se resumir no princípio da lealdade processual” AULIO, Rafael Stefanini. O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 61. Em sentido análogo, advogando a inclusão da lealdade no rol de garantias constitucionais inerentes ao processo, ver FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: RT, 2017, p. 412.

¹⁰⁹² Apesar da previsão do art. 32-1 do *code* francês não fazer menção a elementos volitivos (“Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés”) a doutrina aponta a necessidade de comportamentos culposos ou dolosos. Sobre o tema, ver CADJET, Löic; JEULAND,

têm, em última análise, a preocupação de manter um debate livre de atitudes desleais: um devido processo “leal”¹⁰⁹³.

O direito pode estabelecer mecanismos para evitar a conduta ilícita no processo ou para reprimi-la, quando já ocorrida. Os poderes do juiz são o grande trunfo para a tutela *preventiva* dos ilícitos processuais¹⁰⁹⁴. São exemplos do exercício desse poder os deveres de prevenção, quando ligados à conduta procrastinatória, o controle da admissibilidade da prova, e a imposição de cauções para o exercício de determinadas situações processuais¹⁰⁹⁵. Os poderes do juiz podem funcionar como um mecanismo de promoção da eficiência do processo, indiretamente prevenindo desvios éticos das

Emmanuel (1992). *Droit Judiciaire Privé*. 8ª ed. Paris: LexisNexis, 2013, p. 345 e DONDI, Angelo. Abuse of procedural rights: report for Italy and France. In: TARUFFO, Michele (ed.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Hague: Kluwer Law, 1999, pp. 117-120. Trata-se de uma reminiscência do aspecto subjetivista tradicionalmente atrelado ao “abuso de direito”. No Brasil, advogando pela distinção entre ato abusivo e ato ilícito, ver ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: RT, 2007. Em nossa visão, o sintagma “abuso do direito” deve ser compreendido como uma das facetas do exercício disfuncional do direito, necessariamente ilícito. Daí aludirmos à “ilicitude objetiva”. Essa é a posição da MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 57-95: “Com os olhos voltados às potencialidades do art. 187 para a configuração desse “homem normativo”, ousemos, pois, unindo ética e técnica civilista, impedir que a denominação prevaleça sobre a significação da figura: *afastemos o exercício jurídico das trilhas subjetivistas encerradas tradicionalmente no nomen iuris “abuso do direito”* para, recheando com renovado conteúdo a concha do marisco abandonada, redirecioná-lo a uma qualificação normativamente polarizada pela conduta segundo a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico e social no exercício dos direitos, faculdades, posições e situações jurídicas subjetivas” (p. 95). (grifo nosso).

¹⁰⁹³ PICÓ i JUNOY, Joan. El debido proceso “leal”: reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal. In: *Revista peruana de derecho procesal*, nº 9, 2006, pp. 331-372. Nesse sentido: “O devido processo legal deve ser torneado num ‘devido processo leal’, na dinâmica conciliação de todos os princípios envolvidos”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 232.

¹⁰⁹⁴ Há uma tendência contemporânea ao aumento dos poderes do juiz, sendo exemplos as *CPR* inglesas na ideia de *case management* ligado à asseguaração de um processo rápido e justo – e, portanto, sem manobras dilatórias (“1.1 (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable – (...) (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly (...)”). Além do brasileiro, o Código de Processo Português também é um exemplo de legislação que outorga ao juiz poderes amplos de gestão processual, especialmente seu art. 6º, 1: “Artigo 6.º Dever de gestão processual. 1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”.

¹⁰⁹⁵ THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017) (coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 116-117.

partes¹⁰⁹⁶. A repressão dos ilícitos processuais, por sua vez, pode se dar mediante uma série de expedientes, com natureza reparatória ou punitiva, pecuniária ou não.

As consequências jurídicas derivadas do descumprimento dos deveres (gerais ou específicos; comissivos ou omissivos; de ilicitude subjetiva ou objetiva) previstos no estatuto ético do processo são absolutamente plurais¹⁰⁹⁷. Em primeiro lugar, o desrespeito a esses deveres pode ter consequências *reparatórias* ou *punitivas*. São reparatórias as consequências quando têm por objetivo a reparação do prejuízo juridicamente relevante derivado do agir ilícito. Nesse caso, a sanção decorrente da ilicitude tem como referencial o dano e como função a sua compensação¹⁰⁹⁸. A abrangência da reparação dependerá de uma escolha legislativa, mas é comum a responsabilidade por dano processual abarcar apenas o prejuízo diretamente derivado do ilícito processual¹⁰⁹⁹. Muito embora a responsabilidade tendencialmente se resolva em pecúnia, é possível pensar em situações em que a reparação tenha de se dar *in natura*¹¹⁰⁰.

Em segundo lugar, é possível pensar em consequências de natureza punitiva relativamente ao agir em desacordo ao estatuto ético do processo. Nesse caso, a punição se resolve tendencialmente em multas, mas não só. No que tange às multas, essas têm seus limites mínimos e máximos normalmente estabelecidos em lei, abrindo-se margem de discricionariedade judicial dentro desses limites¹¹⁰¹, que podem inclusive ter

¹⁰⁹⁶ Sobre o tema, ver a discussão em torno dos poderes do juiz no processo contemporâneo em DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processo Civil Comparado. Uma perspectiva evolutiva*. Trad. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (coord.). São Paulo: RT, 2017, pp. 50-61.

¹⁰⁹⁷ “Sanctions provided for APR are very different in various systems” TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 22.

¹⁰⁹⁸ TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 23.

¹⁰⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 33-34. Vige nesses casos o problema da prova do nexos de causalidade o fenômeno da multiplicidade de causas para aferição da amplitude da responsabilização. Sobre o tema, no seu aspecto probatório, ver CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexos de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2016.

¹¹⁰⁰ Pense-se nos casos de substituição de coisa deteriorada ou destruída pelo agir ilícito da contraparte ou na devolução de frutos ou benfeitorias.

¹¹⁰¹ TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 24.

correlação com o valor da causa¹¹⁰². Essas multas podem substituir a reparação de danos, funcionando como uma espécie de cláusula penal processual¹¹⁰³. Além das multas, a distribuição ou inversão do regime de custos do processo funciona como sanção pelo agir ilícito¹¹⁰⁴. Como penas de natureza não pecuniária, normalmente as consequências negativas decorrem do não desempenho de um ônus (e, portanto, não são ligadas a deveres), mas é possível se pensar na perda de certas prerrogativas processuais, especialmente para o procurador da parte¹¹⁰⁵, em razão do não cumprimento de um dever ético, ou na inversão do ônus do tempo do processo mediante concessão de tutela provisória pelo abuso da defesa, em ordenamentos que não trabalham com a previsão geral de tutela da evidência em situações de probabilidade¹¹⁰⁶.

As consequências de natureza pecuniária podem reverter *para a contraparte* ou *para o estado*. É difícil traçar uma linha entre as condutas antiéticas que afrontam interesses da parte contrária e aquelas que afetam interesses públicos¹¹⁰⁷. Tradicionalmente, o desrespeito a decisões judiciais é visto como uma afronta à justiça civil. São os casos de *contempt of court* da tradição anglossaxã, que tem a dupla função coercitiva (no caso do *civil contempt*) e punitiva (no caso do *criminal contempt*)¹¹⁰⁸. De

¹¹⁰² Como é o caso do direito brasileiro (art. 77, §2º e art. 81, CPC). A limitação pode ser prefixada, como no caso francês (art. 32-1, *Code de Procédure Civile*).

¹¹⁰³ Bem observa essa semelhança BENEDUZI, Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, p. 111.

¹¹⁰⁴ Esse tipo de sanção tem maior efetividade nos sistemas que não adotam a regra do *perdedor-pagador*, regra nos sistemas continentais europeus e latinoamericanos. Outra forma é a previsão de *wasted costs orders*, contra o advogado da parte que age de forma maliciosa. Sobre o tema, ver COSTA E SILVA, Paula. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 308-313.

¹¹⁰⁵ Nesse sentido a criativa previsão do art. 234, §2º do CPC brasileiro (que tinha previsão análoga no art. 196, CPC/73).

¹¹⁰⁶ A doutrina aponta o fundamento das hipóteses de tutela da evidência na probabilidade e não seu caráter sancionatório. Para uma discussão em torno do fundamento, ver MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2013, pp. 133-136. A realidade normativa atual encampa essa ideia ao ampliar as hipóteses de evidência do direito. No código de 1973, entretanto, ainda que o efeito indireto fosse o de distribuir de maneira igualitária o ônus do tempo do processo, a redução da hipótese à caracterização do abuso de defesa ou do intuito protelatório, levava à consideração de seu aspecto punitivo (art. 273, II, CPC/73). A alteração legislativa, entretanto, corrigiu o equívoco de se pensar a tutela da evidência a partir de prisma, ampliando as hipóteses em torno de um fio condutor, que é a probabilidade do direito e a distribuição isonômica do ônus do tempo (art. 311, CPC).

¹¹⁰⁷ Em verdade, a afronta ao estatuto ético do processo significa uma “pluriofensibilidade”, para usar a expressão de BORGES, Marta Alexandra Frias. Algumas Reflexões em Matéria de Litigância de Má-Fé. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 66.

¹¹⁰⁸ TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018). *American Civil Procedure*. An introduction. New Haven: Yale University Press, 1993, pp. 202-204.

outro lado, a afronta a alguns deveres ligados à lealdade para com a contraparte é vista como desrespeito aos interesses desta. Na tradição lusitana, são os casos da chamada litigância de má-fé¹¹⁰⁹. O sistema brasileiro é interessante, pois mescla ambas as vertentes¹¹¹⁰: no que tange à afronta à autoridade judicial, prevê sanções ligadas aos “atos atentatórios à dignidade da justiça”, relativamente às quais o valor arrecadado é revertido para a fazenda pública; no que tange à afronta a interesses da contraparte, prevê sanções ligadas à “litigância de má-fé”, relativamente às quais o valor arrecadado é revertido para a contraparte. No Brasil, a litigância de má-fé, por sua vez, comporta multa e indenização, o que não é comum, haja vista a natureza normalmente pública das previsões de penas pecuniárias no direito comparado. Registre-se, por fim, que as sanções podem ser cumuladas¹¹¹¹.

4.2.1. Em especial: o controverso dever de veracidade

Dentre os deveres potencialmente ligados ao estatuto ético do processo, o mais controverso deles é o dever de veracidade¹¹¹². A discussão deita raízes no direito romano clássico e seu juramento de calúnia¹¹¹³, mas tem expressões ainda mais acentuadas no processo pós-clássico¹¹¹⁴. A verdade das alegações não deixa de ser uma

¹¹⁰⁹ Na Espanha, por exemplo, há controvérsia sobre o destinatário da multa, sendo majoritária a defesa da reversão ao poder público. Joan Picó i Junoy defende a possibilidade de as multas na execução servirem para satisfação do crédito e, subsidiariamente, servirem à fazenda pública. PICÓ i JUNOY, Joan. Mecanismos de control de la mala fe procesal en la ejecución civil. In: CACHÓN CADENAS, Manuel; PICÓ i JUNOY, Joan (coord.). La ejecución civil: problemas actuales. Barcelona: Atelier, 2008, p. 58. Na Argentina o Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevê a contraparte como beneficiária (art. 45). Em Portugal, inclui-se a multa no regime geral de custas e, portanto, reverte-se à fazenda (conforme COSTA E SILVA, Paula. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 513-514).

¹¹¹⁰ “Enquanto a repressão tradicional à litigância de má-fé *subjetiva* deve-se à influência lusitana e a tutela *objetiva* da boa-fé processual (*Treu und Glauben im Zivilprozess*) à alemã, filia-se a proibição da prática de atos atentatórios à dignidade da justiça à tradição de *common law* (*contempt of court*)”. BENEDUZI, Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, pp. 84-85.

¹¹¹¹ No Brasil, o são. “É oportuno esclarecer que os diversos tipos de sanções acima caracterizados *não se excluem reciprocamente* de maneira necessária: bem se concebe que o transgressor incorra cumulativamente em sanções de mais de uma espécie, ou até de todas elas” BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 19.

¹¹¹² Como observa a doutrina brasileira, a “instituição de um dever geral de veracidade das partes no processo civil suscitou várias objeções e judiciosos receios”. ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 277.

¹¹¹³ CRESCI SOBRINHO, Elicio de (1943-2013). Dever de veracidade das partes no novo código de processo civil. São Paulo: L. J. Vellenich, 1975, pp. 13-14.

¹¹¹⁴ CRESCI SOBRINHO, Elicio de (1943-2013). Dever de veracidade das partes no novo código de processo civil. São Paulo: L. J. Vellenich, 1975, pp. 20-21.

preocupação no direito comum germânico¹¹¹⁵ e lusitano¹¹¹⁶. Porém, é na passagem dos oitocentos aos novecentos que a discussão em torno da existência de um dever de veracidade ganha corpo¹¹¹⁷. O momento chave para o tema é, sem dúvida, a *ZPO* austríaca de 1895. O desenvolvimento da legislação processual austríaca já permitia à doutrina a reconstrução de deveres de abstenção da mentira a partir da codificação *Giuseppina* (1781), havendo consequências previstas para as partes que agissem de má fé em juízo¹¹¹⁸. Na Itália, na ausência de normas específicas sobre o tema no *Codice* de 1865, a doutrina afirmava a existência de uma cláusula geral de boa-fé¹¹¹⁹. É pela mão de Franz Klein, entretanto, que a estipulação de um específico dever de veracidade para as partes torna-se uma realidade normativa. O código austríaco de 1895¹¹²⁰ passou a prever, expressamente, um dever de veracidade (*Wahrheitspflicht*) e de completude (*Pflicht zur Vollständigkeit* ou *Vollständigkeitspflicht*)¹¹²¹ no seu §178¹¹²².

¹¹¹⁵ CRESCI SOBRINHO, Elicio de (1943-2013). Dever de veracidade das partes no novo código de processo civil. São Paulo: L. J. Vellenich, 1975, pp. 34-50.

¹¹¹⁶ CRESCI SOBRINHO, Elicio de (1943-2013). Dever de veracidade das partes no novo código de processo civil. São Paulo: L. J. Vellenich, 1975, pp. 60-67. Para uma análise aprofundada das raízes teológicas do dever de veracidade e do desenvolvimento na tradição lusitana, ver BUZAID, Alfredo (1914-1991). Processo e verdade no direito brasileiro. In: RePro, vol. 47, Jul-Set, 1987, pp. 92-95.

¹¹¹⁷ “La strada che conduce, sul finire del XIX e all’inizio del XX secolo, all’introduzione del dovere di verità e completezza, dapprima nella *ZPO* austriaca e poi in quella tedesca, parte dalla riflessione più ampia intorno al problema della menzogna nel processo (*die Lüge im Prozesse*) ed ai modi per prevenirla o sanzionarla”. CARRATA, Antonio. Doveri di verità e completezza nel processo civile (parte prima). In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno LXVIII, n° 1, 2014, p. 56.

¹¹¹⁸ CARRATA, Antonio. Doveri di verità e completezza nel processo civile (parte prima). In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno LXVIII, n° 1, 2014, p. 58.

¹¹¹⁹ CARRATA, Antonio. Doveri di verità e completezza nel processo civile (parte prima). In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno LXVIII, n° 1, 2014, p. 61, nota 46. Chiovenda, cético quanto à aplicação de deveres específicos de boa-fé, entretanto afirma sua presença como norma geral: “Come ogni rapporto giuridico o sociale il rapporto processuale deve essere governato dalla buona fede. Ma non è sempre praticamente utile che il diritto provveda con sanzioni a colpire nel processo chi si comporta in mala fede: poichè volendo con norme generali (di dubbia efficacia) reprimere il litigante doloso, facilmente si troverebbe a vincolare la libertà anche del litigante di buona fede; mentre rimettendone al giudice pure in via generale la repressione, concederebbe un soverchio arbitrio al magistrato. Così la nostra legge non contiene ad es. un divieto generico ed espresso di affermare cose false in giudizio, lasciando alla sorveglianza reciproca fra le parti di meglio assicurare la verità delle affermazioni rispettive” CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Principii di Diritto Processuale Civile (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 745. Em outra obra, ainda sob a égide do Código de 1865, assim escreve o autor: “Impende ao litigante o dever de boa fé, o que compreende: 1) a obrigação de não sustentar teses de que, por sua manifesta inconsistência, é inadmissível que o litigante esteja convencido; 2) a obrigação de não afirmar conscientemente coisas contrárias à verdade; 3) a obrigação de comportar-se em relação ao juiz e ao adversário com lealdade e correção” (CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 370).

¹¹²⁰ De forte inspiração Kleiniana, como já tivemos oportunidade de ressaltar (sobre o tema, ver capítulo atinente às vertentes francesa e austríaca, *supra*).

¹¹²¹ BENEDUZI, Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, p. 93.

Sucedeu-se a isso um movimento doutrinário pela inclusão de semelhantes deveres na *ZPO* alemã¹¹²³. Após inúmeras tentativas¹¹²⁴, sobreveio a reforma de 1933 que incluiu, com influência austríaca¹¹²⁵, os deveres de veracidade e completude no §138 da *ZPO*¹¹²⁶. Trata-se, para a doutrina, de um afastamento da Alemanha de um modelo liberal de processo¹¹²⁷. Consiste o dever de veracidade, para a doutrina alemã, em um dever de *fidelidade subjetiva*, que impede as partes de apresentarem afirmações “contrárias a seu melhor saber”, utilizando-se de “mentiras conscientes”¹¹²⁸. Isso

¹¹²² No original: “§178. 1. Jede Partei hat in ihren Vorträgen alle im einzelnen Falle zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen tatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt anzugeben, die zur Feststellung ihrer Angaben nöthigen Beweise anzubieten, sich über die von ihrem Gegner vorgebrachten tatsächlichen Angaben und angebotenen Beweise mit Bestimmtheit zu erklären (...)”.

¹¹²³ Sobre o posicionamento da doutrina alemã da época, ver CARRATA, Antonio. *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte prima)*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno LXVIII, nº 1, 2014, pp. 59-61.

¹¹²⁴ Importante observar que a pecha de autoritária que é imputada à reforma, no ponto, não tem correlação com a situação política da época, já que mesmo anos antes do advento do nacional socialismo já havia previsões em tramitação, como bem constata CARRATA, Antonio. *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte prima)*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno LXVIII, nº 1, 2014, p. 60: “Infatti, l’introduzione del « dovere di verità e completezza » era stata già prevista nel Progetto per la *Semplificazione della via giudiziaria* del 1923, nel Progetto per la *Riforma del Procedimento tedesco* del 1928 e nel Progetto del *Nuovo Codice di procedura civile* del 1931”.

¹¹²⁵ “Este nuevo deber de las partes se ha establecido siguiendo la *ZPO* austríaca – §178 –, y tiene carácter jurídico aunque le falte la sanción penal. Las declaraciones de las partes están hechas sin reservas, son completas si abarcan todos los hechos relevantes (incluso los indicios) y de importancia para la resolución del negocio; éstos se han de alegar prescindiendo de que sean o no favorables para quien los alega” (GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *Derecho procesal civil* (1929). Trad. da 2ª Ed. Alemã (1932) Leonardo Prieto Castro. Reimp. Marcial Pons: Madrid, 2010, p. 165).

¹¹²⁶ No original: “§138. 1. Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben”.

¹¹²⁷ “O tema é polêmico e popular na Alemanha ao menos desde a entrada em vigor da novela de 1933 e da publicação, em 1939, do seminal *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess* de Fritz von Hippel. Esta novela é entendida como um dos símbolos do fim da fase liberal do processo civil alemão” (BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, p. 93). Para uma discussão do estado da doutrina alemã anterior à reforma de 1933 sobre o tema do dever de veracidade, ver GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal* (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 154-167. Ressalte-se que Goldschmidt inicialmente defendera a inexistência desses deveres, ressaltando que poderia haver a previsão específica de penas em determinados tipos penais, fundamentados esses não na relação jurídica processual, mas na relação de soberania (como deveres de polícia de justiça - *Justizpolizeiliche Pflichten*). (p. 164). Em obra posterior à reforma, entretanto, afirma que “Estos deberes eran de carácter moral en nuestro Derecho positivo hasta la Ley de 27 de octubre de 1933, que reformó en importantes extremos la *ZPO*” (GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *Derecho procesal civil* (1929). Trad. da 2ª Ed. Alemã (1932) Leonardo Prieto Castro. Reimp. Marcial Pons: Madrid, 2010, p. 165).

¹¹²⁸ “El deber de veracidad es la obligación de fidelidad subjetiva. Significa que la parte no puede presentar o discutir afirmaciones, ofrecer pruebas o plantear excepciones a la prueba contrarias a su mejor saber; pero no significa que solamente sean admisibles aquellas afirmaciones que la parte conoce como verdaderas o que nada más puedan ser discutidas las que conoce como falsas. La misma ley obliga a la

significa a vedação a que a parte alegue inverdades ou deixe ou conteste afirmações verdadeiras da contraparte, “sobre as quais esteja ciente ou tenha conhecimento (*Kenntnis*)”, significando mais um “dever de sinceridade” (*Wahrhaftigkeit*) que um “dever de veracidade”¹¹²⁹.

O dever de completude, por sua vez, que tem relação com o primeiro e é dele dependente, significa que as partes, ao descreverem fatos que tenham repercussão jurídica para uma determinada causa de pedir “devem proceder lealmente e não apresentar somente os fatos que são favoráveis, podendo calar sobre os demais”¹¹³⁰. Trata-se de uma proibição da meia-verdade (*Verbot der Halbwahrheit*)¹¹³¹, que entretanto não significa a “obrigação da parte de expressar todos os fatos que conheça de uma só vez” ou de “trazer aos autos fatos desfavoráveis à própria parte”¹¹³².

A reforma alemã repercutiu na doutrina italiana da época, o que culminou em divergências doutrinárias em torno da sua extensão (ora defendida como dever de não mentir, ora como dever de expressar-se conforme a verdade¹¹³³) e, por fim, na opção legislativa de não se albergar semelhante dever no *Codice*, com base nas ideias de Calamandrei¹¹³⁴, mantendo-se apenas a regra geral de *lealdade e probidade*. Em que

parte, en lugar de la declaración verídica, que no recuerde un acto o percepción propios que afirma el adversario, a discutir esa afirmación, pues en caso contrario se la tendrá por admitida. (...). El § 138, I, no quiere hacer imposible una gestión procesal de esta especie, sino sólo impedir la *mentira consciente*. (...) El deber de veracidad quiere asegurar al tribunal contra el engaño, y al adversario contra el perjuicio”. ROSENBERG, Leo (1879-1963). Tratado de derecho procesal civil. Tomo I (1927). Trad. da 5ª ed. Angela Romera Viera. Buenos Aires: EJEA, 1955, pp. 381-382.

¹¹²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: RePro, vol. 126, Ago, 2005, pp. 59 - 81, item 6 na versão eletrônica.

¹¹³⁰ ROSENBERG, Leo (1879-1963). Tratado de derecho procesal civil. Tomo I (1927). Trad. da 5ª ed. Angela Romera Viera. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 381.

¹¹³¹ “Não se permite, assim, narrar os detalhes favoráveis e, em relação ao mesmo fato, esconder os desfavoráveis” (BENEDUZI, Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, p. 93).

¹¹³² CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: RePro, vol. 126, Ago, 2005, pp. 59 - 81, item 6 na versão eletrônica.

¹¹³³ Que aparecem, respectivamente, nos projetos de novo código apresentados por Chiovenda e Carnelutti. Conforme CARRATA, Antonio. *Dovere di verità e completezza nel processo civile* (parte prima). In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno LXVIII, n° 1, 2014, p. 63. Sobre os inúmeros projetos e suas idas e vindas até a aprovação do *Codice* de 1942, ver TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, pp. 193-252. Especificamente quanto as idas e vindas italianas do dever de veracidade, ver CRESCI SOBRINHO, Elicio de (1943-2013). *Dever de veracidade das partes no novo código de processo civil*. São Paulo: L. J. Vellenich, 1975, pp. 82-89.

¹¹³⁴ “Soprattutto vi era l’opposizione di fondo di una parte consistente della dottrina processual-civilistica del tempo a riconoscere forza giuridica ad un simile dovere per le parti, opposizione che si manifestò in

pese a influência da vertente austríaca na conformação dos ordenamentos processuais dos novecentos, não é comum a previsão de deveres de forma expressa nos ordenamentos estrangeiros¹¹³⁵. No Brasil, a previsão de um dever de veracidade tem seu antecedente histórico no art. 64 do Código de Processo Civil de 1939, que trata da punição pela “alteração intencional da verdade”¹¹³⁶. O Código de 1973, entretanto, incluiu dentre os deveres das partes, aquele de “expor os fatos em juízo conforme a verdade” e o de “proceder com lealdade e boa-fé”¹¹³⁷, reputando litigantes de má-fé aquele que “alterar intencionalmente a verdade dos fatos”, além daquele de não “omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa”¹¹³⁸. Da sua redação originária, constava a necessidade de aferição da intencionalidade¹¹³⁹. Essas eram expressões claras do dever de veracidade, mas também daquele de completude. A Lei 6.771/80, entretanto, retirou a previsão de “intencionalidade” e de má-fé pela omissão de fatos essenciais ao julgamento da causa¹¹⁴⁰. O código atual mantém redação muito

maniera clamorosa nelle Osservazioni che vennero avanzate proprio su questo punto specifico al Progetto preliminare Solmi. In particolare, nel famoso parere redatto per l'Università di Firenze, che molto avrebbe influenzato la riflessione successiva sul tema (v. *infra* n. 8), Calamandrei — richiamando i precedenti dell'art. 26 del Progetto preliminare — rileva come le disposizioni previste nei precedenti Progetti avessero « una portata più morale e, diciamo così, pedagogica, che non giuridica » e non erano altro che la proclamazione solenne di un principio già latente nel codice del 1865”. CARRATA, Antonio. *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte prima)*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno LXVIII, n° 1, 2014, p. 64.

¹¹³⁵ “Um dever de veracidade (e de completude) consagrado *expressis verbis* depara-se em reduzido número de legislações” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). *A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 17). O autor cita as *ZPO* austríaca e Alemã e o código de processo do Vaticano como exemplos.

¹¹³⁶ “Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado”

¹¹³⁷ “Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; (...).”

¹¹³⁸ “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: II - alterar intencionalmente a verdade dos fatos; III - omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa (...).”

¹¹³⁹ “Tudo está, portanto, na apreciação subjetiva do comportamento das partes, analisado em cada processo, e no modo, também, subjetivo, como o juiz aferirá os fatos”. LIMA, Alcides de Mendonça (1918-1998). *Abuso do Direito de Demandar*. In: *RePro*, vol. 19, Jul-Set, 1980, pp. 57-66.

¹¹⁴⁰ A doutrina não viu mudanças nessa situação. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 170: “a exposição fáctica em juízo deve ser completa: atenta igualmente contra o dever de verdade quem omite algum fato que seja básico para o julgamento da causa (não se pense aí que a derrogação do art. 17, por obra da Lei n. 6.771/1980, eliminou o dever de não-omissão). No art. 17, II, CPC, “alterar a verdade dos fatos” está utilizado em sentido amplo, abarcando todas hipóteses em que possível se afigura ofensa ao princípio da veracidade”. Nesse mesmo sentido, BERMUDEDES, Sérgio. *Atualização*. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1892-1979). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 5. ed. rev. e aum. Atual. legisl.: Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 353: “A lei nova apenas aprimorou a redação do dispositivo, podando o advérbio supérfluo porque a norma regente do art. 16 torna indispensável a má-

parecida, separando o dever dos participantes do processo e a consequência da litigância de má-fé¹¹⁴¹. Pode-se dizer, assim, que o direito brasileiro contempla um dever de veracidade¹¹⁴² expresso e um dever de completude implícito à necessidade de exposição dos fatos “conforme a verdade”.

O fundamento de semelhantes deveres para os sujeitos processuais está na noção de lealdade como “sinceridade, fidelidade, honestidade”¹¹⁴³, o que explica a necessidade de se “agir às claras, sem embustes, ciladas ou armadilhas”¹¹⁴⁴, sem o “logro específico de fraude ou obtenção de resultado ilícito”¹¹⁴⁵. Não se trata de invadir o âmbito de liberdade das partes no que tange à disposição do direito e seu reflexo no processo (o princípio dispositivo)¹¹⁴⁶, mas simplesmente proteger a contraparte de armadilhas. As normas processuais são bastante abertas e elásticas, deixando amplo espaço de liberdade de ação para os litigantes: o limite a esse espaço de ação, dado pelo princípio dispositivo e pela dinâmica elástica do procedimento, é justamente o da

fé. Assim, se a alteração decorre de simples erro, fica afastada a responsabilidade. A má-fé se prova por todos os meios, não excluídos indícios e presunções”.

¹¹⁴¹ “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade (...)” e “Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: (...) II - alterar a verdade dos fatos (...)”;

¹¹⁴² Explicando o dever de veracidade, Cresci Sobrinho afirma que se configura como dois mandamentos: “O primeiro mandamento não quer dizer que a parte somente deva apresentar afirmações de cuja verdade tem seguro conhecimento, pois este lhe faltaria comumente. Assim, por ex., o paciente que aciona, pretendendo uma satisfação por danos, contra o dentista, por erro profissional culposos, em raríssimos casos poderá conhecer positivamente, tanto a culpa quanto o erro, e, na maioria dos casos, isto será deixado, no processo, para a solução dos peritos. Desta forma, o dever de veracidade em primeira linha dirige-se à negativa; nada afirmar cuja inveracidade a parte conheça positivamente. A segunda norma encontra-se na proibição de contradizer contra melhor saber (*wider besseres Wissen*), que vale quando a parte conheça positivamente a certeza da afirmação oposta; entendendo-a, porém, somente por verossímil (*wahrscheinlich*) ou por possível (*moeglich*), então pode contradizer, forçando o opositor à prova”. CRESCI SOBRINHO, Elicio de (1943-2013). Dever de veracidade das partes no novo código de processo civil. São Paulo: L. J. Vellenich, 1975, p. 75.

¹¹⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1892-1979). Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I (1974). 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 345). Essa lição é repetida por MITIDIERO, Daniel Francisco. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 172.

¹¹⁴⁴ TORNAGHI, Hélio (1915-2004). Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 1 (1974). 2ª Ed. São Paulo: RT, 1976, p. 145.

¹¹⁴⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 190.

¹¹⁴⁶ Sobre a suposta contradição entre o dever de veracidade e o princípio dispositivo, ver GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 162-163. No Brasil, “o dever de veracidade se harmoniza com o princípio dispositivo e respeita aos fatos constitutivos (ou principais) da causa petendi efetivamente deduzida” ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 279.

lealdade¹¹⁴⁷. Em um ambiente de comunicação mútua e interdependência estratégica, “com a sonegação de intenções ou por meio de ‘fintas’ maliciosas, é impossível que as condutas sejam adequadamente compreendidas”¹¹⁴⁸. Sem a devida compreensão das condutas de forma coerente no tempo, fica prejudicado o exercício de estratégias de médio e longo prazo no processo¹¹⁴⁹. A função dos deveres de veracidade e completeza está na proteção das iguais oportunidades de desempenho do contraditório e, portanto, das estratégias¹¹⁵⁰. A salvaguarda do leal e correto exercício dos espaços de liberdade existentes no processo é o modo pelo qual se garante que o debate transcorra mediante iguais condições de exercitar a influência e, assim, obter o êxito¹¹⁵¹. Bem aplicada, a

¹¹⁴⁷ “In realtà le norme del diritto processuale segnano soltanto certe direttive assai elastiche, che lasciano ampio margine, come si è visto, alla iniziativa e alla scelta individuale. Le regole propriamente giuridiche costituiscono nel processo una specie di cornice, entro la quale può spaziare il potere dispositivo delle parti: solo nell’osservanza di queste regole marginali l’attività delle parti è giuridicamente vincolata; ma nello spazio bianco è attività essenzialmente libera. È appunto in vista di questa attività libera (...) che l’art. 88 cod. proc. civ. impone alle parti e ai loro difensori ‘il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità’”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 30.

¹¹⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 225.

¹¹⁴⁹ Isso não significa dizer que todas as estratégias tenham de estar claras para os demais, mas apenas que as informações relevantes estejam disponíveis (envolvendo, especialmente, os fatos essenciais alegados sobre os quais a estratégia probatória vai se desenvolver). Nesse sentido, “a influência regradada pelo procedimento institucionalizado deve evitar assimetria de poder, que se reflete também na sonegação de informações, prejudicando a avaliação dos demais para sua tomada de conduta. As informações relevantes no processo devem ser acessíveis simultaneamente por todos, num formato aproximado de um ‘banco de dados’ comum” (CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 225-226).

¹¹⁵⁰ “La funzione cui assolve l’art. 88: evitare che la condotta processuale della parte, pur formalmente valida, alteri e pregiudichi la paritaria posizione delle parti nell’esercizio delle loro prerogative processuali. Esso «deve essere applicato — come rileva significativamente Andrioli — per evitare che la schermaglia si confonda con la mala fede» e per impedire che l’indubbio interesse privato della parte ad ottenere una sentenza favorevole sia coltivato abusando degli strumenti processuali”. CARRATA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte seconda). In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno LXVIII, n° 2, 2014, p. 505-506.

¹¹⁵¹ “salvaguardare il leale e corretto esercizio delle prerogative processuali riservate alla parte ed evitare che dall’esercizio scorretto, malizioso, sleale, fraudolento, sia pure processualmente valido, possa determinarsi in concreto un’indebita posizione di vantaggio nei confronti dell’avversario. Questo vale, in primis, con riferimento all’esigenza di salvaguardare la «piena e regolare applicazione del principio del contraddittorio». Se sul contraddittorio si innerva il processo e se il principio del contraddittorio viene ad assumere — nella dimensione consacrata dall’art. 111 cost. — il connotato di metodo privilegiato di verifica delle allegazioni fattuali, contrasta con tale metodo, in termini generali, qualsiasi attività «dolosamente preordinata al fine di ottenere una ingiusta posizione di vantaggio» e, con specifico riferimento al potere di allegazione, la condotta della parte che, attraverso il mendacio o la reticenza scientemente esercitati, intenda limitare le possibilità difensive della controparte, privandola sostanzialmente del diritto di partecipare «in condizioni di parità» alla dialettica processuale” CARRATA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte seconda). In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno LXVIII, n° 2, 2014, p. 507.

boa-fé serve a um processo de corte liberal¹¹⁵². Isso porque ela garante um desenvolvimento mutuamente confiável do debate e, portanto, o desenvolvimento do genuíno contraditório¹¹⁵³, trazendo segurança para o desempenho das estratégias¹¹⁵⁴. Seja pela via da previsão geral de boa-fé objetiva, pela expressão da lealdade e probidade, ou mesmo pela previsão de deveres específicos como o de veracidade e completude, o estatuto ético do processo exerce a função de guardião do exercício do contraditório (no interesse prevalente das próprias partes, portanto)¹¹⁵⁵.

Justamente por essa razão que o estatuto ético deve ter limites. No dever de veracidade e de completude esses limites são bastante sensíveis. Se o contraditório constitui o veículo por meio do qual as partes podem obter o êxito (e, portanto, desempenhar suas estratégias com vistas ao objetivo da vitória), não se pode exigir que o exercício do contraditório imponha um dever de favorecer o adversário¹¹⁵⁶. Afirma-se

¹¹⁵² “A imputação ao princípio da boa-fé de qualquer correlação com o processo autoritário me parece totalmente improcedente. Bem aplicado, esse princípio, que lança as suas raízes na mais remota história do direito processual, serve com certeza mais adequadamente ao processo liberal” GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: RePro, vol. 164, Out. 2008, pp. 29-56, item 13 na versão eletrônica.

¹¹⁵³ “Não há, portanto, qualquer correlação entre o princípio da boa-fé e a adoção de um modelo de juiz autoritário. Ao contrário, a eficácia das garantias fundamentais do processo impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade.” GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: RePro, vol. 164, Out. 2008, pp. 29-56, item 13 na versão eletrônica.

¹¹⁵⁴ O juiz, diante da previsão de deveres éticos, pode “esercitare un controllo, per così dire un potere di polizia moralizzatrice, sulla attività delle parti, per prevenire, possibilmente, o impedire ogni forma di contegno sleale e per sventare le manovre scorrette di una parte verso l'altra (e in questo suo controllo egli apparirà un po' come l'arbitro di una gara sportiva)” (LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). Manuale di Diritto Processuale Civile. Vol. I (1955). 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1957, p. 164).

¹¹⁵⁵ “Entrambi [lealdade e probidade] convergendo nell'obiettivo di salvaguardare il corretto esercizio delle prerogative processuali delle parti e, in primis, della genuinità del contraddittorio paritario fra le parti”. CARRATA, Antonio. Doveri di verità e completezza nel processo civile (parte seconda). In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno LXVIII, nº 2, 2014, p. 509.

¹¹⁵⁶ “Il processo civile, con la sua struttura contraddittoria, in cui a ciascuna parte è affidato il compito di sostenere le proprie ragioni, è essenzialmente refrattario a una rigorosa disciplina moralistica del comportamento delle parti. Se ciascun litigante può contare per vincere soltanto sulla propria capacità di far valere gli elementi e gli argomenti favorevoli, non si può pretendere che fornisca anche quelli che gli sono sfavorevoli e potrebbero giovare all'avversario. Un obbligo in tal caso non avrebbe alcuna probabilità di essere osservato ed avrebbe l'unico risultato di porre in difficoltà ed in imbarazzo la parte più onesta”. (LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). Manuale di Diritto Processuale Civile. Vol. I (1955). 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1957, p. 163). Nesse sentido, no Brasil, “A dialética intrínseca ao processo, da qual o contraditório constitui a expressão máxima, sugere só contarem as partes com a própria capacidade de argumentar para obter êxito, representando flagrante contradição exigir-lhes que, ao desincumbirem-se do respectivo ônus, também favoreçam o adversário, apresentando elementos que o ajudem. Um dever desse porte teria escassa probabilidade de ser cumprido e embaraçaria, provavelmente, a parte mais honesta ou ingênua”. ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 277.

que “a lei não reprovava a parte que acredita no que afirma”¹¹⁵⁷, mesmo que de intencionalidade já não mais se cogite no texto legal. Esse dever não teria a ver com a conformidade “objetiva” entre a afirmação feita e a verdade, mas simplesmente que o litigante, quando afirmar, o faça “consciente e voluntariamente” de que aquilo é verdade¹¹⁵⁸. Uma imagem falsa, mas sincera dos fatos não é valorada negativamente: as partes devem afirmar “só o que lhes parece ser a verdade (não mentir) e tudo quanto se lhes afigura verdadeiro (não omitir)”¹¹⁵⁹. A doutrina aponta, assim, um compromisso das partes com a “verdade subjetiva”: exposição dos “fatos tal como acreditam que realmente ocorreram”¹¹⁶⁰. Em suma, a função do dever de veracidade está “em que não proceda contra melhor saber, contra a verdade entendida subjetivamente”¹¹⁶¹.

O problema da verdade, aqui, merece destaque. Parte-se da noção de verdade como correspondência, em função da qual “um item x (uma proposição, uma frase, uma crença, etc.) é verdadeiro se e somente se x é descritivamente bem sucedido, isto é, x propõe-se a descrever a realidade e seu conteúdo nela se encaixa” (“an item X (a proposition, a sentence, a belief, etc.) is true if and only if X is descriptively successful, that is, X purports to describe reality and its content fits reality”)¹¹⁶². Em outras palavras, no processo, um enunciado será verdadeiro “se racionalmente confirmado pelas provas produzidas no processo”¹¹⁶³. Ocorre que o processo, como ambiente da incerteza, coloca-se como o palco do conflito de versões ou hipóteses sobre os fatos. Cada parte vai ao processo defender uma versão narrativa sobre os acontecimentos da vida: “a história que o advogado narra em relação a um fato da causa não é outra coisa senão uma história *hipotética* sobre aquele fato”¹¹⁶⁴. O advogado,

¹¹⁵⁷ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais*. Vol. II, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 279.

¹¹⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). *A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 27.

¹¹⁵⁹ TORNAGHI, Hélio (1915-2004). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1 (1974). 2ª Ed. São Paulo: RT, 1976, p. 144.

¹¹⁶⁰ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais*. Vol. II, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 286.

¹¹⁶¹ CRESCI SOBRINHO, Elicio de (1943-2013). *Dever de veracidade das partes no novo código de processo civil*. São Paulo: L. J. Vellenich, 1975, p. 105.

¹¹⁶² GOLDMAN, Alvin. *Knowledge in a social world*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 59.

¹¹⁶³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos* (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 88.

¹¹⁶⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos* (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 68.

representante da parte, expõe narrativas que contêm hipóteses, por sua vez apresentadas “como verdadeiras”¹¹⁶⁵.

Essas versões – ou hipóteses – sobre os acontecimentos da vida têm por função, assumindo-se a dinâmica estratégica do processo judicial, persuadir o juiz de que a narrativa corresponde à realidade¹¹⁶⁶. Porém, como qualquer empresa humana, a representação da realidade que se exterioriza na forma das narrativas pode (ou não) ser verdadeira. A *veracidade* ou não dessa narrativa é algo que somente os instrumentos de aferição da verdade (no processo, os meios de prova) poderão reconhecer. A função do advogado é fazer prevalecer, por meio de narrativas bem construídas e de ativa conduta probatória no sentido dessas afirmações, a versão dos fatos por ele trazida no interesse do seu cliente. Daí porque a doutrina inclusive afirma que a história narrada pelos sujeitos parciais “tem somente o fim de fazê-lo vencer a causa”¹¹⁶⁷. Pode vir a calhar de alguma das partes ter interesse na determinação da verdade (quando a hipótese por ela apresentada corresponder à realidade), o que necessariamente implicaria o interesse contraposto da contraparte (de que a verdade não fosse descoberta). Dessa simples afirmação resulta clara a inexistência, por inviabilidade lógica, de que haja um interesse *comum* que a verdade seja apurada. Nem mesmo é certo que uma das partes terá esse interesse¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ “Nos termos da teoria dos atos linguísticos essas histórias pertencem à categoria dos *atos ilocutórios*, caracterizados por uma função *assertiva ilocutória*”. TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 68.

¹¹⁶⁶ “O intuito do advogado é vencer a causa; portanto, a história por ele narrada é construída para persuadir o juiz de que seu cliente merece vencer. Nessa perspectiva a narrativa do advogado tem também outra função ilocutória de caráter *diretivo*, visto que tem o fim de justificar um pedido que pode ser acolhido ou não”. TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 68

¹¹⁶⁷ Taruffo inclusive vai além, afirmando que “o advogado não tem qualquer dever de buscar a verdade, e a história que ele narra tem somente o fim de fazê-lo vencer a causa”. TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 91. Em outro trecho: “As partes não têm qualquer obrigação ou dever de respeitar a verdade no âmbito de suas atividades processuais, e o mesmo vale para seus advogados”. TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 199, nota 214.

¹¹⁶⁸ “Pode inclusive ocorrer de que uma parte tenha interesse em que se determine a verdade, na hipótese em que isso possa levar a uma sentença favorável para ela. De resto, isso implica que a outra parte tenha um interesse contraposto equivalente (senão mais intenso) em que a verdade *não* seja descoberta. Em todo caso, pode-se excluir a possibilidade de que as partes tenham interesse *comum* em que a verdade seja apurada. Pelo contrário, pode acontecer de nenhuma das partes ter efetivo interesse em fazer com que isso aconteça” TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 198-199.

É claro que essa posição somente pode ser explicada se assumirmos a noção de verdade como correspondência. Isso porque, nesse caso, havendo narrativas distintas de parte a parte, é inviável que a verdade seja o objetivo de ambos os litigantes, uma vez que a realidade é apenas uma. Na prática, o que há em todo caso é um intento comum (e aí o único *interesse comum* das partes no que tange ao tema) de que prevaleça a narrativa exposta por cada uma delas como se verdadeira fosse, com o reconhecimento de sua correção pelo juiz em relação à prova produzida. As partes (e seus advogados) não se envolvem necessariamente na chamada “dimensão epistêmica do processo”, na medida em que sua atividade estratégica não tem comprometimento inexorável com a verdade, mas com a confirmação – probatória ou não – das hipóteses (ou narrativas processuais) expostas. O desempenho dessa tarefa epistêmica incumbe ao juiz, *apesar da atividade* das partes (e aí a legitimação de poderes instrutórios oficiais como mecanismo para se desincumbir dessa exigência)¹¹⁶⁹.

É por essa razão que o chamado dever de veracidade tem pouco ou nada a ver com a verdade entendida como correspondência com a realidade. Ele não tem por objeto impedir ou reprimir alegações *falsas* e induzir alegações *verdadeiras*. Ele não implica a obrigação de que as partes (e seus advogados) exponham narrativas ou versões *verdadeiras* dos fatos, senão simplesmente que o façam de maneira *sincera*¹¹⁷⁰. O dever de *veracidade* é um dever de *sinceridade*, não tendo a função de impedir alegações *falsas*, mas tão somente de coibir atitudes *mentirosas*¹¹⁷¹. Como bem observa

¹¹⁶⁹ “Por conseguinte, resulta claramente confirmado que a atividade das partes não pode ser posta no âmbito da dimensão epistêmica do processo. Pode-se, aliás, dizer que se (e na medida em que) o processo for epistemologicamente direcionado (tendo, pois, como fim a descoberta da verdade), isso acontecerá *apesar* da atividade defensiva desenvolvida pelas partes. Essas, de fato, encontram-se tipicamente na situação que se poderia definir, na terminologia de Norbert Elias, como *envolvimento*, ou seja, na situação tipicamente contraindicada para uma busca objetiva e desinteressada da verdade”. TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 200.

¹¹⁷⁰ “Decir la verdad (o no mentir) no implica una obligación de comunicar enunciados verdaderos sino la de ser sinceros al momento de comunicar mis creencias” COLOMA CORREA, Rodrigo. Vamos a contar mentiras, tralará..., o de límites a los dichos de los abogados. In: Revista de derecho (Valdivia), Vol. XIX, nº 2, dez. 2006, p. 46.

¹¹⁷¹ “O direito, em outras palavras, não faz, em geral, uma diferenciação essencial, entre dois pares de antônimos: *verdade* e *inverdade*, e *mentira* e *sinceridade*. (...) *A narrativa pode corresponder ou não à recordação*, e a *recordação pode ou não corresponder à realidade*. São passos diferentes. (...) As combinações possíveis, portanto, são: afirmação verdadeira e mentirosa, afirmação verdadeira e sincera, afirmação falsa e mentirosa e afirmação falsa e sincera”. PAULA RAMOS, Vitor de. Prova testemunhal:

Taruffo, a parte que faz alegações *falsas* corre o risco da sucumbência, caso não consiga (e provavelmente não conseguirá) atingir um grau de corroboração probatória suficiente para suas hipóteses¹¹⁷². Mas isso não significa que ela deva ser punida por afronta ao dever de veracidade. Fala-se, no direito estadunidense, em um *duty of candor*, que grava o advogado nas manifestações feitas em juízo¹¹⁷³, para além dos deveres ligados à *discovery*, que operam na fase de *pre-trial*¹¹⁷⁴. Entretanto, esse dever é bastante limitado, na medida em que impõe apenas deveres de abstenção (ligados à mentira e à conduta desleal)¹¹⁷⁵. O âmbito de normatividade de semelhante dever de *sinceridade* restringe-se, assim, a impedir obstruções, “o uso consciente de declarações ou de provas falsas”¹¹⁷⁶ e a instauração de controvérsia relativamente a fatos sabidamente ocorridos¹¹⁷⁷.

Por sua vez, o dever de completude tem seus limites delimitados a partir de uma pergunta: quais fatos são imprescindíveis de serem expostos quando previamente conhecidos pela parte? Tradicionalmente afirma-se que é dever das partes de não contar meias-verdades. Essa afirmação merece detalhamento.

Em primeiro lugar, o dever de completude não pode entrar em choque com o espaço de liberdade típico configurado pelo princípio da demanda. É lícito escolher não cumular pretensão fundada em causa de pedir distinta daquela deduzida (pense-se

Do subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universitat de Girona. Porto Alegre e Girona, 2018, p. 67.

¹¹⁷² TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 199.

¹¹⁷³ “L’avvocato non deve coscientemente affermare il falso o servirsi di prove che sappia essere chiaramente false, mentre non ha alcun dovere “positivo” verso l’accertamento della verità in giudizio” TARUFFO, Michele. Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana. Padova: Cedam, 1979, pp. 35-36.

¹¹⁷⁴ TARUFFO, Michele. Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana. Padova: Cedam, 1979, p. 36, nota 84.

¹¹⁷⁵ “Le regole di etica professionale si collocano coerentemente in questo contesto, e mirano ad evitare i più gravi abusi nella condotta dell’avvocato, più che a garantire che questi collabori nella ricerca della verità: si spiega, allora, che esse non impongano doveri “positivi” in tal senso, e si limitino ad imporre doveri negativi di portata ridotta e residuale” TARUFFO, Michele. Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana. Padova: Cedam, 1979, p. 40.

¹¹⁷⁶ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 199.

¹¹⁷⁷ “Indisputable facts therefore are a constraint with which an advocate must deal” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. Legal Ethics: a comparative study. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 65).

nas situações de duas ou mais possíveis causas de pedir para uma mesma consequência jurídica, como no caso da resolução contratual, por exemplo), assim como para o réu é lícito não contestar, excepcionar ou reconvir, se assim preferir. O dever de completude não significa afronta à liberdade, justamente porque encontra limite na causa de pedir deduzida¹¹⁷⁸. Em suma, o dever de completude somente pode ter normatividade no que diz respeito às singulares pretensões deduzidas pela parte, jamais àquelas que não o foram¹¹⁷⁹.

Em segundo lugar, o dever de completude não impõe que a parte, ao narrar os fatos principais constitutivos de seu direito tenha de narrar também fatos impeditivos, modificativos ou extintivos oponíveis pela contraparte ou expor fatos que fundamentem exceções ou pretensões da contraparte, já que esses estão no âmbito de sua disponibilidade¹¹⁸⁰. Mais uma vez, o princípio dispositivo é limitador do dever de completude, mas no que diz respeito à possível estratégia da contraparte. Ocorre que, uma vez exercida a liberdade da contraparte de opor exceções, apresentar defesas indiretas ou reconvir, a posição da parte autora muda. O dever de veracidade (em seu viés sinceridade) impede que a parte que se omitiu nos fatos respeitando o direito de liberdade da contraparte, mantenha a sua incompleta versão inicial mediante o ato comissivo da negação. Resta ao autor, nesse caso, a omissão total (arcando, assim, com as potenciais consequências negativas do não desempenho do ônus de se manifestar) ou o assentimento com relação a esses fatos (dever de não mentir). Se o fundamento da limitação do dever de completude é o princípio dispositivo, então, uma vez alegados os

¹¹⁷⁸ No Brasil, a distinção entre demandas autodeterminadas e heterodeterminadas não se aplica, daí porque semelhante posição opera, indistintamente, para ambos os casos. Sobre a distinção e sua aplicação no direito italiano, ver CANOVA, Augusto Cerino (1942-1988). *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*. In: *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Livro II, Tomo I, Torino: UTET, 1980.

¹¹⁷⁹ CARRATA, Antonio. *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte seconda)*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno LXVIII, n° 2, 2014, pp. 510-511: “del «dovere di completezza», come divieto di allegare, a sostegno della propria domanda (a prescindere dalla natura auto o eterodeterminata di questa) o della propria eccezione, una ricostruzione fattuale consapevolmente e fraudolentemente reticente, senza che ciò implichi dovere «in positivo» di allegare anche fatti a sostegno di eventuali eccezioni o domande riconvenzionali di controparte”.

¹¹⁸⁰ Nesse sentido, com âmbito de extensão menor, ver Carrata: “la «completezza» di cui si discorre si esaurisce nell’ambito oggettivo della domanda o dell’eccezione avanzata, senza estendersi anche ai fatti relativi ad eventuali eccezioni sostanziali o domande riconvenzionali riservate alla controparte” CARRATA, Antonio. *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte seconda)*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno LXVIII, n° 2, 2014, p. 496.

fatos – que dependiam de iniciativa – pela contraparte, passa a incidir o dever de sinceridade nas manifestações.

Em terceiro lugar, o dever de completude deve ser compreendido a partir da noção de que “no processo o ‘fato’ é na realidade aquilo que se diz em torno de um fato: é a enunciação de um fato e não o objeto empírico que é enunciado”¹¹⁸¹. Ou seja, o dever de completude deve ser entendido como o dever de que a enunciação de fatos seja completa. Os fatos existem ou não existem, independentemente das narrativas que tentam enunciá-los. Logo, o dever de completude diz respeito à completude da narrativa exposta. Porém, saber se uma enunciação de fato é “completa” é, na verdade, algo que somente poderá ser aferido em concreto, mediante análise dos critérios que o sujeito empregou na escolha dos fatos apresentados. Toda descrição de um fato é contextual, ainda mais em se tratando de fatos que são importantes porque qualificados juridicamente por algum texto normativo. A omissão quanto a determinados fatos na enunciação pode ser uma escolha estratégica para fins de utilização apenas daqueles fatos que interessam à qualificação jurídica e, nesse caso, à vista da qualificação jurídica não haverá infração ao dever de completude¹¹⁸².

Em quarto lugar, e por consequência, os fatos interessam ao processo tão somente na medida em que tenham repercussão jurídica¹¹⁸³. Na estruturação da estratégia, a parte procede à “seleção de fatos relevantes, o que exige, de seu turno, uma prévia valoração jurídica. É o direito que, por assim dizer, dá vida ao fato no

¹¹⁸¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 92.

¹¹⁸² É tautológica a afirmação de Gradi, segundo a qual a parte não pode omitir fatos de sua narração que tenham efeito tal de alterar o quadro de fatos em torno do qual a causa deverá ser decidida (“non sembra possibile che, in quest’opera di selezione del materiale di fatto e probatorio da offrire all’avversario e al giudice, la parte e il suo avvocato possano spingersi fino al punto di omettere del tutto la narrazione di quelle circostanze la cui mancanza è in effetti tale da alterare il quadro di fatto entro il quale la lite deve essere decisa”. GRADI, Marco. *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*. In: *Lo Sguardo - Rivista di Filosofia*, nº 8, I, 2012, p. 109). Ora, o quadro de fatos será alterado sempre que um fato seja omitido. A questão não está no quadro fático, mas justamente nas consequências derivadas do enquadramento jurídico dado aos fatos narrados: se o enquadramento jurídico muda pela omissão quanto aos fatos, é à luz desse enquadramento que a causa será julgada. Não há, nesse caso, afronta ao dever de completude. Diferente é o caso em que o fato omitido levaria a uma consequência diversa para a mesma causa de pedir (no mesmo enquadramento jurídico). Nesse caso, há afronta ao dever de completude.

¹¹⁸³ “Si acerta cioè il fatto non in sè, ma in quanto esso è il presupposto per l’applicazione di norme nel caso concreto” TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 68

processo”¹¹⁸⁴. A necessidade de enunciação do fato, portanto, tem a ver com a sua relevância para a consequência jurídica pretendida. A sua relevância por sua vez, depende de um critério externo, qual seja, o suporte fático da norma invocada como fundamento da pretensão¹¹⁸⁵. Daí porque o dever de completude somente pode ser compreendido à luz da situação jurídica específica que alegadamente leva à consequência pretendida. O dever de completude, por essa razão, só tem função como determinação de que a partes não omitam circunstâncias e informações atinentes ao fato principal, mas não tem normatividade em relação aos fatos secundários¹¹⁸⁶. Se esses deveres têm por finalidade proteger o exercício do contraditório, é em torno dos fatos principais, que conformam a causa de pedir, que deverá centrar-se a sua normatividade¹¹⁸⁷.

Em síntese, o *dever de veracidade* e o *dever de completude* reduzem-se a um dever de sinceridade. Respectivamente, um *dever de não mentir* e *dever de não omitir deliberadamente detalhes e informações atinentes a fatos principais*.

¹¹⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013, pp. 64-65.

¹¹⁸⁵ “O fato não deve ser tomado, a priori, como relevante ou irrelevante, como se essas fossem características ontológicas suas. A essencialidade do fato decorre de um critério a ele externo, qual seja, a norma invocada. É o suporte fático normativo que tornará relevante ou irrelevante o fato narrado”. DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. Iura Novit Curia e Causa de Pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2016, item 2.1.2.3 na versão eletrônica.

¹¹⁸⁶ Seguimos aqui a definição, segundo a qual “os fatos secundários se distinguem dos fatos principais, porque a omissão de um fato auxiliar não torna irreconhecível e inservível a individualização da pretensão processual. Em qualquer episódio da vida narrado pelo autor sempre haverá um núcleo duro – o esquema de fato previsto na norma –, que é imodificável sem descaracterização da causa de pedir” ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. Vol. I. Parte Geral. São Paulo: RT, 2015, item 247.2 na versão eletrônica. Ou ainda, os fatos secundários como “aqueles suscetíveis de ter em juízo alguma relevância, não como fatos constitutivos, extintivos ou impeditivos da relação ou do estado de *quo agitur* (fatos ‘principais’ ou ‘jurídicos’), mas enquanto fatos dos quais, direta ou indiretamente, possa deduzir-se a existência ou inexistência ou o modo de ser dos fatos jurídicos” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211, nota 68.

¹¹⁸⁷ Inclusive porque, como defende a doutrina, esses fatos secundários poderão ser apreciados pelo juiz mediante determinação da produção de prova de ofício, mesmo que não tenham sido alegados pelas partes (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211; MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 131; LANES, Júlio Cesar Goulart. Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo. São Paulo: RT, 2014, p. 150).

Surge, portanto, outro problema, ligado à prova do estado de sinceridade. É ingênuo pensar que partes insinceras afirmem sua insinceridade em juízo. O mentiroso consciente tendencialmente manterá sua mentira ao longo do processo, de modo que a prova de sua insinceridade será sempre bastante difícil. O tão só fato da apuração, ao final do processo, da *falsidade* da narrativa não conduz a que essa narrativa tenha sido *mentirosa*. Falhas de percepção, falhas de recepção¹¹⁸⁸ ou mesmo informações mentirosas obtidas de terceiros não fidedignos podem obnubilar a realidade exposta pelo narrador. Daí porque é bastante difícil verificar a afronta ao dever de sinceridade. Afora os casos em que se afigura clara a obtenção da informação verdadeira e a sua deturpação consciente (o que raramente ocorre, inclusive porque dependeria de prova do intento de deturpação), a prova de semelhante infração restaria bastante rara. Dessa forma, a função de proteção do contraditório que é conferida aos deveres ligados à lealdade acabaria por esvaziar-se, e o dever de veracidade acabaria por tornar-se tão somente um *slogan*, cuja normatividade é de parca aplicação.

De modo a contornar essa dificuldade prática de aferir-se o estado de insinceridade do emissor (que abarca, inclusive, a própria exigência de completude), pode-se compreender a sinceridade como um dever de diligência positivo, de que a parte desenvolva adequada pesquisa prévia à apresentação de suas narrativas. Dessa forma, haverá comportamento valorado negativamente pelo direito não somente quando a parte faça afirmações insinceras ou conscientemente incompletas relativas aos fatos essenciais, mas também quando ignore negligentemente a inexatidão e a incompletude das informações prestadas¹¹⁸⁹. O dever de *veracidade* (entendido como *dever de não mentir* e de *não omitir conscientemente informações ou detalhes relevantes relativos aos fatos principais afirmados*) passa a albergar também um dever de diligência razoável relativamente às informações prestadas¹¹⁹⁰. Essa aproximação permite que se

¹¹⁸⁸ Para um compêndio dos “erros honestos” e os fatores que os influenciam, no contexto da prova testemunhal, ver PAULA RAMOS, Vitor de. Prova testemunhal: Do subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universitat de Girona. Porto Alegre e Girona, 2018, p. 97-119.

¹¹⁸⁹ GRADI, Marco. Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile. In: Lo Sguardo - Rivista di Filosofia, nº 8, I, 2012, p. 112

¹¹⁹⁰ “Allo stato d’ignoranza non corrisponda sempre una condotta onesta e leale, in quanto l’obbligo di verità e completezza impone alla parte anche di procurarsi, per lo meno nei limiti di quanto è ragionevole, quelle informazioni necessarie per avere una conoscenza esatta e completa dei fatti di causa, implicando

forneçam *padrões objetivos de busca pela informação*, de modo a que se afira a conduta desleal.

A tradição estadunidense contempla um dever parecido, ainda que voltado ao defensor técnico da parte (ou à parte sem representação). As *Federal Rules of Civil Procedure* prevêm um *standard* de conduta diligente relativo aos enunciados fáticos na apresentação de requerimentos a juiz. A Rule 11.b.¹¹⁹¹ prevê que a atuação em juízo significa uma *certificação* de que prestação das informações tenha sido precedida por uma “inquiry reasonable under the circumstances” (“investigação razoável diante das circunstâncias”). Ou seja, determina-se a necessidade de uma prévia diligência apurativa relativamente aos enunciados de fato pelos representantes legais. Ao apresentar um requerimento, qualquer que seja¹¹⁹², automaticamente certifica-se “to the best of the person’s knowledge, information, and belief” (“de acordo com o melhor conhecimento, informação e crença”) (a) que este não foi apresentado para fins impróprios (como molestar o adversário, protelar o feito ou aumentar o custo da litigiosidade), (b) que o pleito fundamenta-se no direito (ou por um argumento de mudança *nonfrivolous* – “não frívolo”), (c) que os fatos têm ou poderão ter suporte probatório após oportunidades razoáveis de provar e (d) que as negativas de fato têm suporte probatório ou são razoavelmente fundadas na crença na falta de informação.

quindi anche un ulteriore ed accessorio obbligo di informarsi (*Informationspflicht*), ossia di «ricerca della verità», al fine di rendere piena ed attuale la conoscenza della parte in ordine ai fatti della causa. Si tratta, in sostanza, di un vero e proprio limite alla scusabilità dell’errore o dell’ignoranza, il cui superamento equivale in sostanza ad una menzogna”. GRADI, Marco. Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile. In: *Lo Sguardo - Rivista di Filosofia*, n° 8, I, 2012, pp. 111-112.

¹¹⁹¹ “Rule 11 – Signing Pleadings, Motions, and Other Papers; Representations to the Court; Sanctions: (...) (b) Representations to the Court. By presenting to the court a pleading, written motion, or other paper—whether by signing, filing, submitting, or later advocating it—an attorney or unrepresented party certifies that to the best of the person’s knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances: (1) it is not being presented for any improper purpose, such as to harass, cause unnecessary delay, or needlessly increase the cost of litigation; (2) the claims, defenses, and other legal contentions are warranted by existing law or by a nonfrivolous argument for extending, modifying, or reversing existing law or for establishing new law; (3) the factual contentions have evidentiary support or, if specifically so identified, will likely have evidentiary support after a reasonable opportunity for further investigation or discovery; and (4) the denials of factual contentions are warranted on the evidence or, if specifically so identified, are reasonably based on belief or a lack of information. (...)”

¹¹⁹² Exceto no que tange à *discovery* cuja regulação é autônoma, conforme Rule 11.d.

Para além das exigências de suporte probatório ((c) e (d)), que já determinam que as alegações sejam razoáveis e possam vir a se comprovar no processo, a Rule 11 é importante por criar esse necessário *standard* de razoável investigação prévia. A doutrina aponta alguns benefícios da exigência de investigação prévia. Em primeiro lugar, essa exigência acaba levando advogados a “stop and think”¹¹⁹³ antes de apresentar seus arrazoados. Mais do que o temor das sanções, o que incentiva a litigância não aventureira é o incremento cognitivo que a investigação prévia traz para fins de convencer o advogado de que não há chance de vitória¹¹⁹⁴. Fala-se em duas possíveis aproximações: aquela que foca na conduta e aquela que foca no produto. No primeiro caso, a mera conduta de apresentar os requerimentos sem a devida investigação sobre os fatos é suficiente para sancionar o agente; no segundo caso, haverá sanção tão somente quando o produto da ausência de investigação for, de fato, uma aventura jurídica¹¹⁹⁵. A jurisprudência tende a buscar padrões objetivos de razoabilidade da busca¹¹⁹⁶, assentando, entretanto, que a confiança cega no cliente não é suficiente¹¹⁹⁷. O advogado (ou a parte sem representante) que não efetivar uma razoável investigação prévia à apresentação de arrazoados relativos a fatos poderá ser

¹¹⁹³ Nesse sentido o 3rd Circuit: “The rule imposes on counsel a duty to look before leaping and may be seen as a litigation version of the familiar railroad crossing admonition to ‘stop, look, and listen’” (Lieb v. Topstone Indus. Inc., 788 F.2d. 151 e ss., 3rd Circuit, 1986).

¹¹⁹⁴ SCHWARZER, William W. Rule 11 Revisited. In: Harvard Law Review, vol. 101, 1987-1988, pp. 1013-1025.

¹¹⁹⁵ Sobre o tema, ver VAIRO, Georgene. Rule 11 and the Profession. In: Fordham Law Review, vol. 67, 1998, pp. 609-610. Para ele, tem prevalecido a aproximação ligada ao produto.

¹¹⁹⁶ Conforme Kamen v. American Telephone & Telegraph Co. 791 F.2d 1006 e ss., 2nd Circuit, 1986: “The district court found that plaintiff had provided information to counsel; plaintiff’s counsel had sought relevant information within the defendants’ control, which they declined to provide; the law on “Federal financial assistance” and “program or activity” is quite unsettled; and the plaintiff is very likely a “handicapped individual” under section 504, see Vickers, supra. Moreover, just as summary judgment or a 12(b) motion cannot be boot-strapped onto a finding of a Rule 11 violation, an improper grant of dismissal cannot be the basis for Rule 11 sanctions”. Como ressalta a doutrina, “it has to do with whether there is objectively reasonable evidence from which an attorney could suggest that a trier of fact could find that the facts are true”. VAIRO, Georgene. Rule 11 and the Profession. In: Fordham Law Review, vol. 67, 1998, p. 617).

¹¹⁹⁷ Conforme Southern Leasing Partners Ltd. v. McMullan, 801 F.2d 783 e ss., 5th Circuit, 1986: “Counsel has stressed the necessity of their reliance on the client due to the impending limitations deadline. We are not persuaded. Blind reliance on the client is seldom a sufficient inquiry and certainly not when the prior history of a case at the courthouse may well be dispositive, as here. The rule’s requirement of inquiry is a considered response to a perceived problem of baseless claims. We will give the rule its full due. If counsel had made inquiry, if it had taken the time to examine the pleadings, briefs, and records of the previous actions between the parties, it would have discerned as the district court did that”.

sancionado¹¹⁹⁸, normalmente em dinheiro. Porém, há uma forma de escapar da sanção, que é justamente a retirada o requerimento que a tenha dado causa¹¹⁹⁹.

O estímulo a que se conduza uma investigação prévia mínima por parte dos sujeitos parciais em torno das alegações de fato poderia contribuir para uma litigância menos aventureira, sem criar, com isso, um dever de veracidade (entendido como dever de apresentar alegações de fato conforme à realidade) e sem incorrer no problema da prova da insinceridade (entendido como dever de não mentir). O incremento da exigência de corroboração das hipóteses, mediante deveres de demonstração da

¹¹⁹⁸ “Rule 11 – Signing Pleadings, Motions, and Other Papers; Representations to the Court; Sanctions: (...) (c) Sanctions. (1) In General. If, after notice and a reasonable opportunity to respond, the court determines that Rule 11(b) has been violated, the court may impose an appropriate sanction on any attorney, law firm, or party that violated the rule or is responsible for the violation. Absent exceptional circumstances, a law firm must be held jointly responsible for a violation committed by its partner, associate, or employee. (2) Motion for Sanctions. A motion for sanctions must be made separately from any other motion and must describe the specific conduct that allegedly violates Rule 11(b). The motion must be served under Rule 5, but it must not be filed or be presented to the court if the challenged paper, claim, defense, contention, or denial is withdrawn or appropriately corrected within 21 days after service or within another time the court sets. If warranted, the court may award to the prevailing party the reasonable expenses, including attorney’s fees, incurred for the motion. (3) On the Court’s Initiative. On its own, the court may order an attorney, law firm, or party to show cause why conduct specifically described in the order has not violated Rule 11(b). (4) Nature of a Sanction. A sanction imposed under this rule must be limited to what suffices to deter repetition of the conduct or comparable conduct by others similarly situated. The sanction may include nonmonetary directives; an order to pay a penalty into court; or, if imposed on motion and warranted for effective deterrence, an order directing payment to the movant of part or all of the reasonable attorney’s fees and other expenses directly resulting from the violation. (5) Limitations on Monetary Sanctions. The court must not impose a monetary sanction: (A) against a represented party for violating Rule 11(b)(2); or (B) on its own, unless it issued the show-cause order under Rule 11(c)(3) before voluntary dismissal or settlement of the claims made by or against the party that is, or whose attorneys are, to be sanctioned. (6) Requirements for an Order. An order imposing a sanction must describe the sanctioned conduct and explain the basis for the sanction”.

¹¹⁹⁹ Observe-se que está em tramitação no Congresso estadunidense uma alteração a essa regra (H.R. 720). A proposta tem por objetivo tornar impositiva a punição e impedir a retirada dos requerimentos como forma de fugir da punição (o que a própria exposição de motivos chama de “safe harbour”). Para consulta ao texto do projeto (Lawsuit Abuse Reduction Act of 2017 – “LARA”) e sua exposição de motivos, ver <<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/720/text>>, consultado em 11.03.2018. Interessante observar que a proposta recebeu críticas da American Bar Association (<https://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/GAO/HR%20720_March%202017.authcheckdam.pdf>, consulta em 11.03.2018), pois, na visão da associação, trata-se de um retrocesso: “The ABA urges you to oppose enactment of H.R. 720 for three main reasons. First, the legislation was drafted in an empirical and historical vacuum without the input of the judicial branch. Second, there is no demonstrated evidence that the existing Rule 11 is inadequate and needs to be amended. And third, by ignoring the lessons learned from ten years of experience under the 1983 mandatory version of Rule 11, Congress incurs the substantial risk that the proposed changes will harm litigants by encouraging additional litigation and increasing court costs and delays.”. Crítica similar é feita por Cavanagh (CAVANAGH, Edward D. Mandating Rule 11 Sanctions? Here We Go Again!, In: Wash. & Lee Law Review, vol. 74, 2017, p. 36, que defende se tratar de um retrocesso sem base empírica que legitime a mudança: “There is no demonstrated need for mandatory sanctions, and prior experience in a mandatory sanctions regime has demonstrated that mandatory sanctions create more problems than they solve”.

razoabilidade da tese, inclusive com relação às provas a serem utilizadas (indicação das testemunhas ou dos quesitos a serem efetivados ao perito em caso de prova técnica desde a petição inicial, o que pode ser construído no direito brasileiro à luz das exigências de indicação probatória previstas no art. 319, CPC), pode funcionar como um freio muito mais efetivo à mentira. Mesmo que não se consiga demonstrar a probabilidade de que sejam verdadeiras as alegações de fato, o tão só fato de ser necessária a demonstração de que houve uma razoável investigação¹²⁰⁰ já serviria para frear litígios aventureiros e, assim, condutas desleais.

De lege ferenda, portanto, o dever de veracidade entendido como dever de sinceridade poderia abarcar, para além do *dever de não mentir* e do *dever de não omitir conscientemente informações relativas aos fatos principais*, também um *dever de diligência*, que imponha a demonstração de uma prévia e razoável investigação, nos moldes da Rule 11 estadunidense.

5. Síntese conclusiva: agir cooperativo do juiz e o agir estratégico das partes

As interações entre os sujeitos processuais na comunidade de trabalho do processo civil devem ser compreendidas de modo distinto, a depender de quais são os sujeitos relacionados. No que diz respeito às relações entre o juiz e as partes, a divisão de trabalho pode ser bem explicada pela proposta de um modelo cooperativo, que divide de maneira equilibrada as tarefas do estado e da cidadania, no processo judicial, respeitando os espaços de liberdade das partes, mas outorgando ao juiz poderes de direção e iniciativa. Esse modelo tem matriz cultural e pode ser bem compreendido a partir de três pressupostos (sociais, lógicos e éticos), que demonstram a superação de um modelo de protagonismo das partes (modelo paritário) e de um modelo de protagonismo do juiz (modelo assimétrico). Seu fundamento está na participação (que se consagra no processo na forma do livre exercício do contraditório). A justiça civil,

¹²⁰⁰ A apresentação de uma alegação de fato destituída de probabilidade “sarà quindi tollerata dall’ordinamento soltanto quando, dopo una tale reasonable inquiry, la parte non abbia potuto arrivare ad un’adeguata e corretta conoscenza della verità dei fatti” (GRADI, Marco. Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile. In: *Lo Sguardo - Rivista di Filosofia*, nº 8, I, 2012, p. 112).

como mecanismo de exercício de poder e serviço a ser prestado à cidadania, deve ser dialógica e, por essa razão, o estado-juiz deve se engajar no diálogo cooperando para que os cidadãos consigam exercer livremente o seu direito à tutela dos direitos e para que o processo tenha aproveitamento efetivo, julgando o mérito da causa. São essas as duas ópticas pela qual a cooperação do estado-juiz deve ser compreendida.

O juiz contemporâneo tem de cooperar para com as partes. Essa forma de enxergar o processo é informada pelo princípio da cooperação, que permite a construção de quatro grupos de deveres do juiz para com as partes: consulta, auxílio, esclarecimento e prevenção. Para que haja o exercício pleno do direito à participação e, portanto, que o contraditório como direito de influência seja exercido por todos, o juiz deve desempenhar um dever de consulta, permitindo às partes que debatam e exerçam influência antes de tomar qualquer decisão, e um dever de auxílio, permitindo às partes que superem obstáculos ao exercício do contraditório. Os deveres cooperativos, aqui, são funcionalizados pelo interesse em um debate plural. Para que o processo possa desempenhar a sua tarefa de dar tutela aos direitos e, portanto, julgar o mérito das controvérsias de maneira eficiente, o juiz deve desempenhar um dever de prevenção, informando às partes sobre potenciais desvios de rota derivados de seu comportamento, de modo a evitá-los, e um dever de esclarecimento, objetivando sanar dúvidas relativas aos arrazoados das partes, de modo a evitar ruídos e desvios no debate. No que tange aos deveres das partes para com o estado-juiz, o modelo cooperativo consegue explicá-los, na medida em que propõe um juiz paritário no diálogo e assimétrico na decisão. Na assimetria que é inerente à relação de poder, as decisões judiciais devem ser cumpridas. Isso explica a necessidade de as partes respeitarem – e fazerem com que se cumpram – as determinações judiciais, mesmo que elas digam respeito ao próprio desenvolvimento do processo e não à matéria de fundo.

Ocorre que o modelo cooperativo, se bem explica as relações do estado para com a cidadania no processo, é insuficiente para explicar as interações entre os sujeitos processuais parciais. É da estrutura do conflito inerente ao processo judicial que as partes estejam buscando objetivos *antagônicos*, senão ao menos *divergentes*. Porém, as suas tomadas de decisão são sempre interdependentes, o que joga luz no caráter *estratégico* desses comportamentos. A estratégia processual, métrica do agir parcial no

processo, pode ser compreendida como o conjunto de ações e intenções externalizadas por meio de condutas comissivas ou omissivas na forma de atos com eficácia em um processo atual ou futuro, direcionados e articulados, deliberadamente ou não, para influenciar os demais sujeitos processuais em função de um objetivo perseguido de vitória no processo. As partes não devem ser obrigadas a cooperar entre si; a cooperação deve surgir *voluntariamente*, como uma opção estratégica dos sujeitos parciais. Nada impede, entretanto, que o processo busque estimular esses comportamentos cooperativos, desde que o faça respeitando a liberdade dos agentes e, portanto, sem a criação de *deveres*.

Quanto maior a afirmação de deveres cooperativos para o juiz, maior a propensão de que se obtenha uma decisão de mérito. De outro lado, o incremento de deveres cooperativos para as partes pode significar uma diminuição dos espaços de liberdade e, portanto, uma transferência de poder ao estado, em função de um nebuloso “interesse público”. É para preservar os espaços de liberdade no processo que se limitam os *deveres* das partes. No modelo *cooperativo*, os espaços estratégicos devem ser limitados por um *estatuto ético do processo*, que tem por função organizar lealmente o debate e, portanto, limitar o exercício das posições processuais. Esse estatuto ético é formado por um conjunto de disposições atinentes aos comportamentos dos sujeitos processuais, de natureza geral ou específica, que vedam comportamentos dolosos, culposos, ou mesmo antijurídicos, a despeito da ausência do elemento volitivo.

Em síntese, nas inúmeras interações entre os sujeitos do processo, é possível compreender a ação do juiz como uma ação preponderantemente cooperativa devida e heterodeterminada e a ação das partes como uma ação estratégica, que pode ser cooperativa, desde que voluntária e autodeterminada. Em comum a ambos os modelos de ação, tem-se o limitador fornecido pelo estatuto ético do processo.

CAPÍTULO 2 – AS INTERAÇÕES PROCESSUAIS NA PERSPECTIVA DAS PARTES: O COMPORTAMENTO HUMANO E O ASPECTO ESTRATÉGICO DO PROCESSO CIVIL

*“O legislador deve conhecer, mais do que a técnica jurídica, a psicologia e a economia do seu povo”*¹²⁰¹
(Piero Calamandrei, 1950)

*“A ação humana é necessariamente sempre racional. O termo ‘ação racional’ é, assim, pleonástico e deve ser rejeitado. Quando aplicados aos fins últimos da ação, os termos racional e irracional são inapropriados e sem sentido. O fim último da ação é sempre a satisfação de algum desejo do agente”*¹²⁰². (Ludwig von Mises, 1949)

*“Comportamentos quase-rationais existem e isso importa. Em algumas bem delimitadas situações as pessoas tomam decisões que são sistemática e substancialmente diferentes daquelas previstas pelo modelo econômico padrão”*¹²⁰³. (Richard Thaler, 1991)

1. Premissas para a compreensão das interações humanas no processo

Uma vez assentado o fato de que o fenômeno processual civil pode ser concebido como um sistema de incentivos e, portanto, como uma instituição que molda

¹²⁰¹ CALAMANDREI, Piero. (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 24 (tradução livre).

¹²⁰² MISES, Ludwig von (1881-1973). Human Action: a treatise on economics (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 19 (tradução livre).

¹²⁰³ THALER, Richard. Quasi rational economics (1991). Reimp. New York: Russel Sage Foundation, 1994, p. XXI.

os comportamentos humanos, cumpre estabelecer algumas premissas para que se possa bem compreender como essas interações humanas se desenvolvem no âmbito do processo.

1.1. A importância da atenção ao comportamento humano para o estudo do processo

No que tange ao denominado *aspecto objetivo* do fenômeno processual, foi possível estabelecer que, na perspectiva econômica, o *objeto* de estudo do processualista é um grande conjunto de incentivos postos pelo direito para o desempenho dos comportamentos dos sujeitos processuais, sistema esse organizado na forma de um procedimento qualificado pela participação que tem como finalidade promover a tutela dos direitos. De outro lado, no que tange ao denominado *aspecto intersubjetivo ou interacional*, o fenômeno processual é conformado pelo desenvolvimento sequencial de comportamentos governados pelos incentivos postos pela instituição processual, comportamentos esses que atendem, ao menos no que diz respeito aos sujeitos parciais, a uma matriz estratégica de ação.

Em sendo assim, é necessário compreender quais são as bases do comportamento humano, em geral, para depois, uma vez assentadas essas premissas, aplicá-las ao ambiente do processo. As inúmeras normas processuais prevêm situações jurídicas em abstrato aos litigantes. Logo, o processualista deve estar atento, em seu estudo, a como os agentes reagem a essas normas que prevêm situações jurídicas, de modo a compreender a sua ação. O dinamismo do fenômeno processual, conforme estabelecido no primeiro capítulo do presente trabalho, outorga ao processo inúmeros espaços ou possibilidades de ação para os sujeitos parciais. Esses inúmeros espaços de escolha nada mais são do que as possibilidades de ação constantes da ordem normativa institucional (na matriz institucionalista jurídica) ou as tomadas de decisão no arranjo institucional (na matriz institucionalista econômica) a que se fez menção no segundo capítulo do presente trabalho. No ambiente interacional – o espaço de estratégia a que se fez menção no primeiro capítulo dessa segunda parte – que é o processo judicial, os sujeitos se comportam como em qualquer outro ambiente social.

Os inúmeros atores da justiça civil, seja atuando como sujeito processual em posição parcial ou imparcial, seja na posição de legislador ou de julgador, seja no papel doutrinário ou operativo, devem conhecer as matrizes do comportamento humano para um maior aproveitamento do fenômeno processual. De um lado, um projeto sério para a justiça civil impõe a análise do comportamento dos possíveis usuários da justiça, de modo a que se possam compreender suas ações para que se delimitem propostas adequadas de reforma. De outro lado, o operador do direito processual, em especial o advogado, para exercer adequadamente seu papel de arquiteto de estratégias, deve conseguir adequadamente antever e estimar os comportamentos, mesmo que em ambiente de absoluta incerteza e incompletude informacional.

Não se trata aqui de uma postura egológica do direito¹²⁰⁴, na medida em que o direito aqui não é visto como mera “conduta y el objeto del conocimiento dogmático en la conducta en interferencia intersubjetiva”¹²⁰⁵. Ressalta-se, em verdade, a importância do agir dos sujeitos em interdependência como elemento de conhecimento dos juristas: a ação humana como premissa para a compreensão do agir processual. Ainda que seja possível encontrar uma distante linha de contato entre a teoria egológica e uma das premissas da leitura que se propõe ao fenômeno processual¹²⁰⁶, essa não é a matriz teórica utilizada no trabalho, que se vale da metodologia ligada à ciência econômica e do aporte da psicologia – e não à filosofia do direito – para explicar a ação humana no processo.

Para que se possa compreender como a mecânica dos incentivos posta pelas normas influencia o comportamento efetivo dos sujeitos processuais, passa a ser necessário atentar para os fundamentos da própria ação humana. Isso significa adotar uma premissa específica: a de que as partes agem no processo de acordo com certos

¹²⁰⁴ Conforme COSSIO, Carlos (1903-1987). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (1944). 2ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

¹²⁰⁵ COSSIO, Carlos (1903-1987). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (1944). 2ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 26.

¹²⁰⁶ Pela via da fenomenologia de Husserl, que influenciou Cossio ao mesmo tempo em que Schütz (SCHÜTZ, Alfred (1889-1959). *The Phenomenology of the Social World* (1932). Trad. George Walsch. Evanston: Northwestern University Press, 1967, em especial p. 52 e ss.). Esse, por sua vez, transitava na Escola Austríaca, tendo sido aluno de Mises. *A praxeologia de Mises* (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996) está inserida, assim, nesse mesmo caldo teórico.

padrões de comportamento identificados por outros ramos do conhecimento humano para qualquer forma de ação humana¹²⁰⁷. O agir desenvolvido pelos sujeitos processuais não é distinto da mecânica de ação humana desenvolvida fora do processo. O microcosmos estabelecido pelas normas processuais não transforma os sujeitos ali envolvidos em seres distintos daqueles que agem fora dele. O agente *jurídico-processual* não é, na sua mecânica de ação, distinto do agente *real*. Daí porque a contribuição de outras áreas do conhecimento ao estudo do comportamento dos agentes, em especial o desenvolvimento da microeconomia com a contribuição da economia comportamental, pode ter grande utilidade para o estudo do direito processual.

1.2. Os axiomas do comportamento humano e a microeconomia

Tradicionalmente, define-se a economia, nas palavras de Robbins, como a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre os fins e os meios escassos que têm usos alternativos¹²⁰⁸. Trata-se de um ramo das ciências sociais que busca estudar a conduta humana nas suas interações coletivas¹²⁰⁹. Diante do problema da escassez, os indivíduos são levados a fazer escolhas, com base em incentivos¹²¹⁰.

¹²⁰⁷ Como observa Mises, a ação humana tem basicamente três âmbitos: o das leis físicas, o das restrições psicológicas e ambientais e a praxeologia. No terceiro âmbito é que a economia está fundada (modernamente, utilizando o ferramental do segundo âmbito). A ação humana, no processo, não deixa de ser ação apenas porque estruturada em um contexto jurídico. Daí a importância do seu estudo: “Man’s freedom to choose and to act is restricted in a threefold way. There are first the physical laws to whose unfeeling absoluteness man must adjust his conduct if he wants to live. There are second the individual’s innate constitutional characteristics and dispositions and the operation of environmental factors; we know that they influence both the choice of the ends and that of the means, although our cognizance of the mode of their operation is rather vague. There is finally the regularity of phenomena with regard to the interconnectedness of means and ends, viz., the praxeological law as distinct from the physical and from the physiological law” (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 885).

¹²⁰⁸ “Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses” (ROBBINS, Lionel (1898-1984). *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan Co., 1932, p. 15).

¹²⁰⁹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 15. Do mesmo autor: “A economia faz seu tema central o estudo das decisões individuais e colectivas tomadas em ambiente de escassez colocando especial ênfase no grau de liberdade do agente - na medida em que sem um grau mínimo de liberdade não há genuínas escolhas - e na interdependência que se gera entre essas decisões - no duplo sentido de ligação intertemporal e congruência das escolhas de uma só pessoa, e de interacção dinâmicas das decisões no seio de um grupo” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21).

¹²¹⁰ “Incentives matter — choice is influenced in a predictable way by changes in incentives. This is probably the most important guidepost in economic thinking. It is sometimes called the basic postulate of all economics. On the one hand, as the personal benefits from an option increase, a person will be more likely to choose it. On the other hand, as the personal costs associated with an option increase, a person

Nessa escolhas, o ser humano tenta extrair o que, a seus olhos¹²¹¹, pareça a melhor opção¹²¹². As preferências, assim, são previamente dadas ou, no jargão econômico, fatores exógenos¹²¹³. Isso significa dizer que a preferência é um dado pressuposto.

Para a satisfação dessas necessidades ditadas pela escolha do agente assume-se um modelo de escolha racional. Indivíduos racionais fazem o máximo que podem, sistemática e propositadamente, para atingir os seus objetivos diante das oportunidades disponíveis¹²¹⁴. Nesse modelo, a premissa principal é a de que os indivíduos exercem suas escolhas com base nas suas preferências e nas limitações que são impostas pelo ambiente em que inseridos. A sua escolha é orientada por uma lógica

will be less likely to choose it” (GWARTNEY, James; STROUP, Richar; SOBEL, Russell; MACPHERSON, David A. *Microeconomics: Private and Public Choice* (1976). 13ª Ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2011, p. 10).

¹²¹¹ Essa premissa é levada às últimas consequências pela escola austríaca: “The teachings of praxeology and economics are valid for every human action without regard to its underlying motives, causes, and goals. The ultimate judgments of value and the ultimate ends of human action are given for any kind of scientific inquiry; they are not open to any further analysis. Praxeology deals with the ways and means chosen for the attainment of such ultimate ends. Its object is means, not ends. In this sense we speak of the subjectivism of the general science of human action. It takes the ultimate ends chosen by acting man as data, it is entirely neutral with regard to them, and it refrains from passing any value judgments. The only standard which it applies is whether or not the means chosen are fit for the attainment of the ends aimed at” (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 21).

¹²¹² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31. Isso significa que “The idea that people behave rationally to get the greatest benefit at the least possible cost is a powerful tool. It can help us understand their choices. However, we need to realize that a rational choice is not the same thing as a “right” choice”. (GWARTNEY, James; STROUP, Richar; SOBEL, Russell; MACPHERSON, David A. *Microeconomics: Private and Public Choice* (1976). 13ª Ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2011, p. 10).

¹²¹³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia* (1988). 5ª Ed. Trad. Francisco Costa. Bookman, 2010, p. 43.

¹²¹⁴ “Economists normally assume that people are rational. Rational people systematically and purposefully do the best they can to achieve their objectives, given the available opportunities” (MANKIWI, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 6). Interessante observar que, na economia clássica, a racionalidade era compreendida como a própria premissa da maximização. A escola neoclássica é que, a partir da teoria da escolha racional, desdobra da premissa da racionalidade a consequência do agir maximizador. De qualquer forma, o *mainstream* da economia no século XX assume a racionalidade ilimitada do agente como uma premissa para a análise econômica.

de custo-benefício: o resultado é aquele que maximiza ou “otimiza” seu bem-estar¹²¹⁵. Essa é a chamada premissa do autointeresse¹²¹⁶.

As preferências individuais são racionais na medida em que, ao avaliarem as alternativas, atendem aos axiomas da completude e transitividade¹²¹⁷. O axioma da completude impõe que, em havendo duas alternativas (a_i e a_{ii}), estas serão necessariamente comparáveis (e o resultado será ou a preferência por um, ou a preferência por outro, ou a indiferença). O axioma da transitividade impõe que se a_i é preferível a a_{ii} , e a_{ii} é preferível a a_{iii} , então a_i é preferível a a_{iii} . Além desses dois axiomas, a teoria da escolha racional pressupõe um *set* de informações perfeitas.

Mesmo partindo-se das premissas tradicionais e admitindo as suas limitações, a racionalidade é um bom ponto de partida para que se possa antever a tomada de decisão dos agentes. Ela permite uma previsibilidade relativa, “no sentido de que, dadas certas circunstâncias, a resposta adaptativa tenderá a uma certa invariabilidade, uma certa congruência intertemporal”¹²¹⁸. Por certo, a racionalidade assumida pela economia não remove as limitações inerentes ao agir humano, mas permite antever ações consistentes¹²¹⁹. Presume-se que os indivíduos, mesmo sem

¹²¹⁵ O princípio da otimização prevê que a conduta escolhida será aquela que “de entre todas as possíveis, apresenta a máxima diferença entre benefícios e custos - sendo custos de oportunidade todos os benefícios que deixamos de receber por sacrificarmos as opções que tinham que ser preteridas em favor da conduta que escolhemos” (ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 30).

¹²¹⁶ “Self-interest should not be confused with selfishness; the happiness (or for that matter the misery) of other people may be a part of one’s satisfactions” (POSNER, Richard. Economic Analysis of Law (1972). 3ª Ed. Boston: Little Brown, 1986, p. 4). Na tradição da escola austríaca, essa premissa é posta como um necessário *trade-off* de estados: “Acting man is eager to substitute a more satisfactory state of affairs for a less satisfactory. His mind imagines conditions which suit him better, and his action aims at bringing about this desired state. The incentive that impels a man to act is always some uneasiness. A man perfectly content with the state of his affairs would have no incentive to change things (MISES, Ludwig von (1881-1973). Human Action: a treatise on economics (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 13).

¹²¹⁷ NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 89.

¹²¹⁸ ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 47.

¹²¹⁹ ROBBINS, Lionel (1898-1984). An essay on the nature and significance of economic science. London: MacMillan Co., 1932, p. 140.

necessariamente agir em conformidade real ao modelo de escolha racional, agem como se o fizessem¹²²⁰.

Esse modelo de escolha racional assume um *individualismo metodológico*¹²²¹. Em primeiro lugar, é na análise da ação individual que é possível compreender a racionalidade das escolhas¹²²². Em segundo lugar, esse “individualismo metodológico”¹²²³ pressupõe uma anonimidade e ausência de especificação dos comportamentos: “statements about anyone's action, about action or behavior considered as occurring in complete anonymity and without any specification of time or place”¹²²⁴. Em terceiro lugar, assume que o ‘estado’, o ‘governo’, o ‘povo’ ou o ‘sindicato’ não pensam e não decidem por si, mas mediante decisões tomadas por indivíduos que agem em seu nome. Dessa forma, mesmo entes “coletivos” respeitam os critérios de decisão aplicáveis em geral aos indivíduos¹²²⁵. A assunção do axioma da

¹²²⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31. É a chamada premissa do “*as if*”: para a economia, os indivíduos agem “como se” fossem racionais (ainda que não o sejam). Sobre o tema, ver FRIEDMAN, Milton (1912-2006). *The methodology of positive economics*. In: *Essays in Positive Economics*. Chicago: Chicago University Press, 1953, pp. 3-43.

¹²²¹ Em termos de metodologia, o individualismo metodológico é tradicionalmente definido como o método da tendência neoclássica austríaca. A economia neoclássica de Chicago, entretanto, por seu viés empiricista (e não deducionista como a escola austríaca), pode ser vista como aderente ao individualismo metodológico, desde que temperado pela sua proposta empiricista – e não axiomática – de análise dos comportamentos individuais. Em última análise, o fio condutor de toda a escola neoclássica é a premissa de que a análise dos comportamentos sociais deve se dar mediante atenção ao indivíduo e não a entes abstratos oriundos de coletivização.

¹²²² “First we must realize that all actions are performed by individuals. A collective operates always through the intermediary of one or several individuals whose actions are related to the collective as the secondary source” (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 42).

¹²²³ “Methodological individualism, far from contesting the significance of such collective wholes, considers it as one of its main tasks to describe and to analyze their becoming and their disappearing, their changing structures, and their operation. And it chooses the only method fitted to solve this problem satisfactorily. First we must realize that all actions are performed by individuals. A collective operates always through the intermediary of one or several individuals whose actions are related to the collective as the secondary source” (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 42).

¹²²⁴ SCHÜTZ, Alfred (1889-1959). *The Phenomenology of the Social World* (1932). Trad. George Walsch. Evanston: Northwestern University Press, 1967, em especial p. 244. Em outro trecho: “To be sure, no economic act is conceivable without some reference to an economic actor, but the latter is absolutely anonymous; it is not you, nor I, nor an entrepreneur, nor even an “economic man” as such, but a pure universal “one.” This is the reason why the propositions of theoretical economics have just that “universal validity” which gives them the ideality of the “and so forth” and the “I can do it again”” (SCHÜTZ, Alfred (1889-1959). *The Phenomenology of the Social World* (1932). Trad. George Walsch. Evanston: Northwestern University Press, 1967, em especial p. 137).

¹²²⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

racionalidade não implica que os agentes necessariamente tomem decisões adequadas (racionais no sentido de positivas)¹²²⁶, mas tão somente que, dado o conjunto de circunstâncias, a alternativa esperada de ação é aquela que se baseia nessas premissas, tendo em vista a satisfação de um determinado fim¹²²⁷. Nesse sentido é que se explica a afirmação em epígrafe nesse capítulo, de Ludwig von Mises, para quem a ação humana é sempre racional (e, portanto, a expressão “ação racional” seria um pleonasmo). O seu sentido está em assumir a premissa de que, independentemente dos fins escolhidos pelo agente (bons ou maus, adequados ou inadequados), em se tratando de um ser humano a decisão seria sempre a busca da satisfação de suas próprias preferências e, em função disso, uma decisão racional¹²²⁸.

Agentes racionais pensam na margem¹²²⁹, ou seja, a decisão não é tomada do ponto zero, na lógica do tudo ou nada, mas a partir de um dado contexto de ação, na lógica do mais ou menos¹²³⁰. Um agente racional age apenas quando o benefício

¹²²⁶ Como observa Fernando Araújo, “A minuciosa retrospectiva com que muito frequentemente a análise económica se dedica à avaliação de meios, de fins, de ótimos e de máximos individuais e sociais, e à reconstituição iterativa de racionalidade das decisões e das actividades não significa imputação de consciência, de racionalidade e de ponderação perfeitas aos agentes (sendo que hoje a análise económica lida pacificamente com o pressuposto da racionalidade limitada), mas apenas abstracção e subsunção de um fenómeno observado a categorias inteligíveis e universalmente válidas que transformem o conhecimento dos dados particulares em ciência” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 30).

¹²²⁷ ROBBINS, Lionel (1898-1984). *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan Co., 1932, pp. 140-141.

¹²²⁸ No original, “Human action is necessarily always rational. The term “rational action” is therefore pleonastic and must be rejected as such. When applied to the ultimate ends of action, the terms rational and irrational are inappropriate and meaningless. The ultimate end of action is always the satisfaction of some desires of the acting man. Since nobody is in a position to substitute his own value judgments for those of the acting individual, it is vain to pass judgment on other people’s aims and volitions. No man is qualified to declare what would make another man happier or less discontented. The critic either tells us what he believes he would aim at if he were in the place of his fellow; or, in dictatorial arrogance blithely disposing of his fellow’s will and aspirations, declares what condition of this other man would better suit himself, the critic” (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 19).

¹²²⁹ “When making a choice between two alternatives, individuals generally focus on the difference in the costs and benefits between alternatives. Economists describe this process as marginal decision making, or “thinking at the margin.” (...). Marginal choices always involve the effects of net additions to or subtractions from current conditions. In fact, the word additional is often used as a substitute for marginal” (GWARTNEY, James; STROUP, Richar; SOBEL, Russell; MACPHERSON, David A. *Microeconomics: Private and Public Choice* (1976). 13ª Ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2011, p. 11).

¹²³⁰ “A maior parte das decisões de que se ocupa a economia não são em rigor as de *fazer* ou *deixar de fazer* algo - o *tudo ou nada* -, mas antes as de *fazer mais ou menos* de algo” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44).

marginal é maior do que o custo marginal¹²³¹. Através da observação e da comparação entre benefício e custo marginal o objetivo pragmático da economia se concretiza: é possível, assim, “chegar à previsão da evolução das escolhas e das condutas em resposta à modificação dos incentivos”¹²³². Assim, a racionalidade assumida como premissa para a análise econômica é uma forma de simplificação das inúmeras vicissitudes do comportamento humano. A economia busca fornecer uma imagem da ação humana “na formulação dos seus interesses e no esforço da sua satisfação, em liberdade e em partilha colectiva”¹²³³. Por essa razão é que a economia passa a ser útil para a compreensão do direito, na medida em que procura sublinhar as consequências que decorrem da alteração das condutas em resposta aos incentivos estruturados pelo direito, com base nos critérios de racionalidade¹²³⁴.

Nessa tarefa de reconstrução dos modelos de comportamento, a economia pode enfatizar a racionalidade abstrata das escolhas ditadas pela escassez ou os arranjos institucionais que acabam por limitar ou direcionar essas escolhas¹²³⁵. A consideração dessa segunda opção, que na economia contemporânea tem nos custos de transação o seu grande ponto de partida, situa a escolha dentro de um contexto de ordenação exterior que tenta alinhar os incentivos em situações de intersubjetividade e potencial conflito¹²³⁶. Nessa medida, acaba-se temperando a abstração e perfeição dos modelos de preferência racional, agregando-se o componente comportamental interacional. No institucionalismo da nova economia institucional, parte-se da premissa de uma

¹²³¹ MANKIWI, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 6.

¹²³² ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44.

¹²³³ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21.

¹²³⁴ “É por isso, por exemplo, que quando a Economia analisa o Direito, ela tenta fazer ressaltar a estrutura de incentivos que o Direito põe em marcha, procurando sublinhar as consequências que decorrem da alteração das condutas em resposta a esses incentivos - evidenciando os critérios de racionalidade do acatamento e da violação das normas. Se for possível interferir com a dimensão absoluta ou relativa desses custos e benefícios, alterando-a, então será de esperar que um agente racional responda a essa alteração, adaptando a ela a sua conduta. É, pois, possível condicionar a conduta do agente econômico sem lhe retirar a sua liberdade de escolher e decidir - interferindo somente nos incentivos que são para ele o valor absoluto ou relativo dos ganhos e perdas esperados na sua próxima decisão, os pontos de referência das suas escolhas e a sua motivação para agir” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44).

¹²³⁵ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21.

¹²³⁶ “O paradigma institucionalista situa a escolha racional dentro de um contexto de ordenação (organizacional, normativo, institucional ou privado) que procura alinhar os incentivos diante do conflito e intersubjetividade. Assim, assume as relações de interdependência em um contexto limitador da sua atividade” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 23).

deliberação racional na configuração das escolhas, mas se tempera essa determinação voluntária do *homo economicus* com os constrangimentos sedimentados pelas opções de ação dentro dos arranjos institucionais¹²³⁷ e pelas limitações da racionalidade. Como bem observa Coase, “modern institutional economics should study man as he is, acting within the constraints imposed by real institutions”¹²³⁸.

2. Ajustes de rota para a compreensão do comportamento humano

Esse temperamento dos axiomas da racionalidade ilimitada tem recebido mais ênfase na ciência econômica desde a segunda metade do século passado. O modelo proposto de uma escolha racional pura, baseada nos axiomas da completude e da transitividade, que assume a maximização das preferências, passou a receber críticas por desconsiderar dois aspectos essenciais: o de que o contexto das escolhas influencia e limita a racionalidade do agente e o de que as informações disponíveis para a tomada de decisão nunca são completas¹²³⁹.

2.1. Racionalidade limitada: a economia comportamental e os limites da razão

2.1.1. As limitações da racionalidade humana

O questionamento do axioma da racionalidade ilimitada do agente econômico encontra no trabalho do ganhador do Nobel, Herbert Simon, o passo decisivo para seu desenvolvimento. Foi ele quem estruturou o primeiro desenvolvimento do que ficou conhecida como a premissa da *bounded rationality* ou

¹²³⁷ ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 27.

¹²³⁸ “I have said that to a large extent modern institutional economists use stand-ard economic theory. Nor do I think that it is wrong for them to do so. But there is one respect in which I hold a heretical view. Most economists make the assumption that man is a rational utility maximiser. This seems to me both unnecessary and misleading. I have said that in modern institutional economics we should start with real institutions. Let us also start with man as he is. (...) Modern institutional economics should study man as he is, acting within the constraints imposed by real institutions. Modern institutional economics is economics as it ought to be” (COASE, Ronald (1910-2013). The New Institutional Economics. In: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics, Vol. 140, nº 1., 1984, p. 231).

¹²³⁹ ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 23.

racionalidade limitada. Na sua visão, o modelo de racionalidade ilimitada poderia ser, no máximo, uma aproximação crua e simplificada¹²⁴⁰. O modelo utilizado como axioma pelos economistas não seria realista, na medida em que descreve decisões humanas sem considerar os problemas da ausência de informações necessárias para a tomada de decisão e da dificuldade de que o indivíduo considere adequadamente todas as informações disponíveis, dada a escassez do seu esforço cognitivo e de seu tempo¹²⁴¹. Ao considerar como premissa a utilização de toda a informação na tomada de decisão, desconsiderando esses dois problemas, o modelo acaba por tornar-se irrealista, daí porque Simon propõe a utilização de um modelo de aproximação que substitua a exatidão da tomada de decisão, assumindo-se que os indivíduos limitam sua atenção a um número restrito de aspectos na tomada de decisão¹²⁴².

Algumas premissas são contestadas por Simon. Em primeiro lugar, a de que os indivíduos têm a capacidade de definir – ordenadamente – as recompensas de cada possível resultado de suas escolhas¹²⁴³. Quanto a isso, Simon explica que não há qualquer evidência de que as condutas humanas se conformem desse modo¹²⁴⁴. Além disso, ele questiona a dificuldade de se tomarem decisões racionais quando não há conhecimento de fatos futuros (sobre a futura ocorrência ou não de fatos)¹²⁴⁵, bem como pressupõe que o conhecimento de toda informação tem custos e, portanto, pode não ser

¹²⁴⁰ “Actual human rationality striving can at best be an extremely crude and simplified approximation to the kind of global rationality that is implied, for example, by game theoretical models” (SIMON, Herbert (1916-2001). *A Behavioral Model of Rational Choice*. In: *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 101)

¹²⁴¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

¹²⁴² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34.

¹²⁴³ “The organism must be able to attach definite pay-offs (or at least a definite range of pay-offs) to each possible outcome. This, of course, involves also the ability to specify the exact nature of the outcomes - there is no room in the scheme for ‘unanticipated consequences’. The pay-offs must be completely ordered - it must always be possible to specify, in a consistent way, that one outcome is better than, as good as, or worse than any other. And, if the certainty or probabilistic rules are employed, either the outcomes of particular alternatives must be known with certainty, or at least it must be possible to attach definite probabilities to outcomes” (SIMON, Herbert (1916-2001). *A Behavioral Model of Rational Choice*. In: *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 103).

¹²⁴⁴ SIMON, Herbert (1916-2001). *A Behavioral Model of Rational Choice*. In: *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 104.

¹²⁴⁵ “When alternatives are examined sequentially, we may regard the first satisfactory alternative that is evaluated as such as the one actually selected” (SIMON, Herbert (1916-2001). *A Behavioral Model of Rational Choice*. In: *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 110).

razoável que se busque toda a informação disponível¹²⁴⁶. Como forma de contornar esse problema, ele busca apresentar algumas modificações necessárias ao modelo, que parecem corresponder aos processos comportamentais humanos na tomada de decisões¹²⁴⁷. Dadas essas dificuldades, o agente pode criar um limite até o qual ele busca a informação e, uma vez alcançado esse limite, o resultado já seria razoável (mas potencialmente subótimo dada a ausência da completa informação)¹²⁴⁸. Esse é o conceito, posteriormente cunhado, de *satisficing*, entendido como a busca por um curso de ação “bom o suficiente”¹²⁴⁹, substituindo a noção de maximização ou otimização. O segundo problema assumido por Simon é o do axioma da completude, que assume a premissa de que todos os possíveis cursos de ação são comparáveis¹²⁵⁰. Ele aponta problemas que impedem a assunção dessa premissa na predição de comportamentos. Em primeiro lugar, em casos de decisão coletiva, poderá haver divergência na composição dos *pay-offs*. Em segundo lugar, mesmo o indivíduo poderá buscar a implementação de valores distintos, que não tenham denominador comum¹²⁵¹.

O argumento central do trabalho de Simon é o de que, como regra, os indivíduos não conhecem os custos agregados de obtenção da informação e não têm um arranjo preordenado de pesos para comparar os múltiplos *payoffs*. Assim, assumir a premissa da busca por um resultado bom o suficiente já seria o bastante para a construção de um modelo que, substituindo a racionalidade global por um modelo de comportamento racional compatível com o acesso à informação e as capacidades

¹²⁴⁶ SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 106.

¹²⁴⁷ “By the introduction of a simple pay-off function and of a process for gradually improving the mapping of behavior alternatives upon possible outcomes, the process of reaching a rational decision may be drastically simplified from a computational standpoint” (SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 108).

¹²⁴⁸ SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 108.

¹²⁴⁹ “The key to the simplification of the choice process in both cases is the replacement of the goal of maximizing with the goal of satisficing, of finding a course of action that is ‘good enough’”. (SIMON, Herbert (1916-2001). Models of Man: Social and Rational. New York: John Wiley and Sons, Inc., 1957, p. 205).

¹²⁵⁰ “The classical theory does not tolerate the incomparability of oranges and apples. It requires a scalar pay-off function, that is, a complete ordering of pay-offs” (SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 108).

¹²⁵¹ SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 109.

computacionais efetivamente possuídas pelos indivíduos¹²⁵², pudesse satisfazer adequadamente o intuito preditivo. Em perspectiva ampla, a proposta de Simon era a de criar um modelo mais aderente à realidade dos comportamentos dos indivíduos em contextos organizacionais¹²⁵³.

Com base nessas premissas, buscou-se adequar a teoria econômica à realidade, mediante a assunção de uma racionalidade “procedimental” em contraposição à racionalidade “substancial”¹²⁵⁴. Essa racionalidade procedimental, entendida como *racionalidade limitada*, depende da análise não só dos objetivos do agente econômico, mas também do nível de informação e conhecimento que esse tem da situação, além das suas habilidades para fazer inferências a partir da informação que possui. A situação objetiva em que ele se encontra apenas interessa na medida em que influencia a sua própria representação do contexto¹²⁵⁵. Ao defender que os indivíduos detêm

¹²⁵² “The task is to replace the global rationality of economic man with a kind of rational behavior that is compatible with the access to information and the computational capacities that are actually possessed by organisms, including man, in the kinds of environments in which such organisms exist” (SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 99).

¹²⁵³ “The broader aim, however, in constructing these definitions of ‘approximate’ rationality is to provide some materials for the construction of a theory of the behavior of a human individual or of groups of individuals who are making decisions in an organizational context. The apparent paradox to be faced is that the economic theory of the firm and the theory of administration attempt to deal with human behavior in situations in which that behavior is at least ‘intendedly’ rational; while, at the same time, it can be shown that if we assume the global kinds of rationality of the classical theory the problems of internal structure of the firm or other organization largely disappear. The paradox vanishes, and the outlines of theory begin to emerge when we substitute for ‘economic man’ or ‘administrative man’ a choosing organism of limited knowledge and ability. This organism’s simplifications of the real world for purposes of choice introduce discrepancies between the simplified model and the reality; and these discrepancies, in turn, serve to explain many of the phenomena of organizational behavior” (SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 115).

¹²⁵⁴ “Da racionalidade como pura premissa mecanicista, um dado exógeno e invariável, avançou-se para a graduação dessa racionalidade exógena, admitindo-se que um grau muito restrito de racionalidade pudesse presidir à ampla maioria das decisões correntes, e que a desigualdade desse grau implicasse a heterogeneidade e a idiosincrasia de padrões de conduta que, outrora se tinham tomado por universalizáveis” (ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 33).

¹²⁵⁵ “There is a fundamental difference between substantive and procedural rationality. To deduce the substantively or objectively rational choice in a given situation, we need to know only the choosing organism’s goals and the objective characteristics of the situation. We need to know absolutely nothing else about the organism, nor would such additional knowledge be of any use to us, for it could not affect the objectively rational behavior in any way. To deduce the procedurally or boundedly rational choice in a situation, we must know the choosing organism’s goals, the information and conceptualization it has of the situation, and its abilities to draw inferences from the information it possesses. We need know nothing about the objective situation in which the organism finds itself, except insofar as that situation influences

racionalidade *limitada*, Simon tão somente iluminou o fato de que esses não possuem completa capacidade cognitiva de resolver problemas complexos, “which is obviously true”, nas palavras de Richard Thaler¹²⁵⁶.

A partir desse ponto de partida, a economia passou a questionar os axiomas da racionalidade ilimitada, explorando uma série de situações em que tanto a completude quanto a transitividade não são observadas na prática. É claro que a economia se distingue das demais ciências sociais por partir do pressuposto de que a maioria dos comportamentos pode ser explicada assumindo-se que os agentes têm preferências bem definidas e estáveis e fazem escolhas racionais consistentes com essas preferências em mercados livres¹²⁵⁷. Porém, nem sempre as coisas acontecem dessa forma. Em verdade, a limitação desse modelo mecanicista de decisão pode encontrar três limites: *bounded rationality*, *bounded willpower* e *bounded self-interest*¹²⁵⁸. Justamente nesse âmbito, a psicologia¹²⁵⁹ teve um papel importantíssimo, ao trazer à tona um repertório bastante completo dos conjuntos de atalhos, “regras gerais” e máximas intuitivas¹²⁶⁰ utilizadas pelo agente no seu dia-a-dia quando da tomada de decisões: são as chamadas heurísticas¹²⁶¹ de decisão¹²⁶².

the subjective representation” (SIMON, Herbert (1916-2001). Human Nature in Politics: The Dialogue of Psychology with Political Science. In: The American Political Science Review, Vol. 79, nº 2, Jun., 1985, p. 294).

¹²⁵⁶ THALER, Richard. Misbehaving. The making of Behavioral Economics. New York: Norton & Company, 2016, p. 23.

¹²⁵⁷ THALER, Richard. Misbehaving. The making of Behavioral Economics. New York: Norton & Company, 2016, p. 172.

¹²⁵⁸ THALER, Richard. Misbehaving. The making of Behavioral Economics. New York: Norton & Company, 2016, p. 258. O *bounded willpower*, entendido como o fato de que “human beings often take actions that they know to be in conflict with their own long-term interests” e o *bounded self-interest* entendido como o fato de que as pessoas “care, or act as if they care, about others, even strangers, in some circumstances”. Sobre o tema, ver JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. In: SUNSTEIN, Cass (ed.). Behavioral Law and Economics (2000). New York: Cambridge University Press, 2003, p. 15.

¹²⁵⁹ “O pressuposto de que o homo aeconomicus é invariavelmente racional, egoísta, maximizador e inteiramente congruente nas suas preferências tem sido atacado crescentemente pelos psicólogos, e por todos aqueles que querem enriquecer a análise econômica com um maior realismo nas referências comportamentais, já que há muito se percebeu que a caricatura estilizada do 'homo aeconomicus' nem sequer corresponde à sofisticada psicologia e teoria moral que estava já presente na fundação da moderna ciência econômica” (ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 32).

¹²⁶⁰ ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 30.

¹²⁶¹ Pode-se denominar heurística o “simple procedure that helps to find adequate, though often imperfect, answers to difficult questions” (KAHNEMAN, Daniel. Thinking: fast and slow (2011). Reimp. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013, p. 98).

¹²⁶² ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 34.

2.1.1.1. Em especial: o papel das heurísticas na tomada de decisão

Desde os pioneiros trabalhos de Simon, o questionamento da racionalidade ilimitada (ou substancial) dos agentes tem ganhado espaço na economia. Nessa medida, tem-se constatado uma série de atalhos decisórios utilizados pelos indivíduos quando da tomada de decisões. Essas heurísticas, que afastam o indivíduo de uma racionalidade ilimitadamente maximizadora, ressignificam o próprio conceito de agente econômico. Agora não mais entendidos como *Econs*, mas como *Humans*, para mais uma vez utilizar a alegoria de Richard Thaler e Cass Sunstein. A racionalidade limitada leva a que se dê atenção a fatores supostamente irrelevantes¹²⁶³ que alteram significativamente a tomada de decisão.

Ainda que muitos tenham contribuído para o tema, foram Amos Tversky e Daniel Kahneman os responsáveis por sistematizar uma série de heurísticas utilizadas cotidianamente pelos indivíduos na tomada de decisão. Em artigo seminal sobre o tema, os autores apresentaram o primeiro catálogo da matéria¹²⁶⁴. A partir da constatação de que as pessoas reduzem a dificuldade da complexa tarefa de avaliar probabilidades e prever valores mediante utilização de operações mentais simples, os autores buscaram atentar para o fato de que, muitas vezes, essas simplificações de tomada de decisão levam a erros severos e sistemáticos (em razão de enviesamentos ou vieses)¹²⁶⁵. As heurísticas, assim, conformam uma ambiguidade: ao mesmo tempo em que são úteis,

¹²⁶³ THALER, Richard. *Misbehaving. The making of Behavioral Economics*. New York: Norton & Company, 2016, p. 9.

¹²⁶⁴ TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974. Antes disso, os autores já haviam trabalhado algumas heurísticas em separado em TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Availability: a Heuristic for Judging Frequency and Probability. In *Cognitive Psychology*, nº 5, 1973, pp. 207-232; TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. In: *Psychological Bulletin*, nº 76, 1971, pp. 105-110 e KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996). Subjective probability: A judgment of representativeness. In: *Cognitive Psychology*, nº 3, 1972, pp. 430-454 e KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996). On the psychology of prediction. In: *Psychological Review*, 1973, vol. 80, nº 4, pp. 237-251.

¹²⁶⁵ “People rely on a limited number of heuristic principles which reduce the complex tasks of assessing probabilities and predicting values to simpler judgmental operations. In general, these heuristics are quite useful, but sometimes they lead to severe and systematic errors” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1124).

por agilizarem o processo de tomada de decisão, reduzindo custos financeiros e temporais – podendo presumivelmente ajudar a tomada de decisão por indivíduos sem qualquer base probabilística –, fornecendo em muitos casos respostas úteis, de outro lado acabam levando a enviesamentos, ou seja, afastamentos dos modelos normativos¹²⁶⁶.

Segundo Tversky e Kahneman, em primeiro lugar, indivíduos utilizam a heurística da representatividade¹²⁶⁷, mediante a qual utilizam similitudes previamente conhecidas para a tomada de decisão¹²⁶⁸. A heurística da representatividade pode levar à insensibilidade para probabilidades anteriores (a noção de similaridade é mais forte do que os indicativos anteriores de probabilidade estatística, levando a erros de julgamento)¹²⁶⁹, para diferenças de tamanho da amostra (a noção de similaridade é mais forte do que a noção probabilística de que quanto menor a amostra mais ela tende a distanciar-se da média)¹²⁷⁰ e para possibilidade de predição (as pessoas desconsideram a ausência de fatores para predição e utilizam intuições por similaridade)¹²⁷¹. Além disso, leva à falta percepção de possibilidades (uma sequência curta de acontecimentos leva a

¹²⁶⁶ BARON, Jonathan. Heuristics and Bias. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 11.

¹²⁶⁷ “Many of the probabilistic questions with which people are concerned belong to one of the following types: What is the probability that object A belongs to class B? What is the probability that event A originates from process B? What is the probability that process B will generate event A? In answering such questions, people typically rely on the representativeness heuristic, in which probabilities are evaluated by the degree to which A is representative of B, that is, by the degree to which A resembles B. For example, when A is highly representative of B, the probability that A originates from B is judged to be high. On the other hand, if A is not similar to B, the probability that A originates from B is judged to be low” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1124). Para uma primeira aproximação, ver KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996). *Subjective probability: A judgment of representativeness*. In: *Cognitive Psychology*, nº 3, 1972, pp. 430-454.

¹²⁶⁸ TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1124.

¹²⁶⁹ “One of the factors that have no effect on representativeness but should have a major effect on probability is the prior probability, or base-rate frequency, of the outcomes” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1124).

¹²⁷⁰ “To evaluate the probability of obtaining a particular result in a sample drawn from a specified population, people typically apply the representativeness heuristic. (...) large sample is less likely to stray from 50 percent” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1125).

¹²⁷¹ “People are sometimes called upon to make such numerical predictions as the future value of a stock, the demand for a commodity, or the outcome of a football game. Such predictions are often made by representativeness” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1126).

uma percepção equivocada das possibilidades)¹²⁷², à ilusão de validade (mesmo sabendo da falibilidade dos fatores que basearam a percepção, agentes insistem em fazer previsões pela representatividade)¹²⁷³ e à falsa percepção da regressão (o fato de ter se afastado da média uma vez significa uma tendência à aproximação da média na próxima vez, mas isso não é percebido)¹²⁷⁴.

De outro lado, indivíduos utilizam da heurística da disponibilidade¹²⁷⁵, mediante a qual utilizam com maior ênfase as informações disponíveis quando comparadas às indisponíveis para a determinação das probabilidades e para a tomada de decisão. A heurística da disponibilidade pode levar ao viés da facilidade de recuperação da memória (a maior lembrança da ocorrência leva a um reforço de percepção de probabilidade e a saliência da situação na memória incentiva esse enviesamento)¹²⁷⁶, da maior facilidade de reconstrução do grupo de opções (a facilidade de reconstruir mentalmente as opções possíveis pode levar a um enviesamento)¹²⁷⁷, ao viés da imaginação (o fato de não termos acesso direto às circunstâncias faz com que

¹²⁷² “People expect that a sequence of events generated by a random process will represent the essential characteristics of that process even when the sequence is short” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1125).

¹²⁷³ “The unwarranted confidence which is produced by a good fit between the predicted outcome and the input information may be called the illusion of validity. This illusion persists even when the judge is aware of the factors that limit the accuracy of his predictions” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1126)

¹²⁷⁴ Logo, quando se pune alguém e na próxima escolha essa se aproxima da média, isso não necessariamente é resultado da punição, mas potencialmente apenas a regressão à média. Nesse sentido, TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, pp. 1126-1127.

¹²⁷⁵ “There are situations in which people assess the frequency of a class or the probability of an event by the ease with which instances or occurrences can be brought to mind” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1127). Para uma primeira aproximação, ver TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Availability: a Heuristic for Judging Frequency and Probability. In Cognitive Psychology, nº 5, 1973, pp. 207-232.

¹²⁷⁶ “Biases due to the retrievability of instances. When the size of a class is judged by the availability of its instances, a class whose instances are easily retrieved will appear more numerous than a class of equal frequency whose instances are less retrievable” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1127).

¹²⁷⁷ “Biases due to the effectiveness of a search set Suppose one samples a word (of three letters or more) at random from an English text. Is it more likely that the word starts with *r* or that *r* is the third letter? People approach this problem by recalling words that begin with *r* (road) and words that have *r* in the third position (car) and assess the relative frequency by the ease with which words of the two types come to mind” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1127).

imaginemos probabilidades com base em situações similares conhecidas)¹²⁷⁸. Além disso, a heurística da disponibilidade pode levar à correlação ilusória (imagina-se maior probabilidade de ocorrência conjunta de eventos cujo vínculo de associação é forte)¹²⁷⁹.

De outro lado, indivíduos utilizam da heurística da ancoragem¹²⁸⁰, mediante a qual diferentes pontos de partida podem levar a diferentes estimativas, em razão da tendência a que o agente utilize o ponto de partida como “âncora”. A heurística da ancoragem pode levar ao viés do ajuste insuficiente (a depender de qual a grandeza do ponto de partida, o resultado será distinto para mais ou para menos)¹²⁸¹ e ao viés na análise de eventos simples, conjuntivos ou disjuntivos (tende-se a achar mais provável a conjugação de dois elementos do que de um em separado, mesmo que a cumulação de duas características imponha probabilidade menor do que uma característica sozinha)¹²⁸².

A sistematização das heurísticas recebeu a contribuição de inúmeros economistas e psicólogos nos últimos anos. Em linhas gerais, parte-se da mesma base de Tversky e Kahneman, agregando algumas situações específicas, ligadas aos

¹²⁷⁸ “Biases of imaginability. Sometimes one has to assess the frequency of a class whose instances are not stored in memory but can be generated according to a given rule. In such situations, one typically generates several instances and evaluates frequency or probability by the ease with which the relevant instances can be constructed” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1127).

¹²⁷⁹ “Illusory correlation: Availability provides a natural account for the illusory-correlation effect. The judgment of how frequently two events co-occur could be based on the strength of the associative bond between them. When the association is strong, one is likely to conclude that the events have been frequently paired” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1128).

¹²⁸⁰ “In many situations, people make estimates by starting from an initial value that is adjusted to yield the final answer. The initial value, or starting point, may be suggested by the formulation of the problem, or it may be the result of a partial computation. In either case, adjustments are typically insufficient. That is, different starting points yield different estimates, which are biased toward the initial values. We call this phenomenon anchoring” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1128).

¹²⁸¹ TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1128.

¹²⁸² “Biases in the evaluation of conjunctive and disjunctive events. The overall probability of a conjunctive event is lower than the probability of each elementary event, whereas the overall probability of a disjunctive event is higher than the probability of each elementary event. As a consequence of anchoring, the overall probability will be overestimated in conjunctive problems and underestimated in disjunctive problems” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1129).

resultados extraídos de alguns experimentos¹²⁸³. A construção em torno das falhas da racionalidade humana (a hoje denominada *behavioral economics* ou economia comportamental) permitiu, após mais de cinquenta anos de pesquisa¹²⁸⁴, uma aproximação muito mais realista das situações em que os indivíduos desviam do raciocínio econômico tradicional (maximização de utilidade)¹²⁸⁵.

A contribuição da economia comportamental para a ciência econômica pode ser entendida, em sentido macro, como a tendência a um retorno à empiria¹²⁸⁶, com o consequente afastamento das pretensões teórico-axiomáticas¹²⁸⁷. Daí a sua comparação com a engenharia: a economia comportamental funcionando como um conjunto de aprimoramentos práticos que ajudam a melhorar as previsões de comportamento¹²⁸⁸. Em sentido micro, o futuro da disciplina centra-se em três preocupações: ensinar os indivíduos a fugirem dos viesamentos cognitivos, delimitar estruturas e arranjos institucionais adequados por meio da arquitetura de escolhas e ajudar no incremento informacional para a tomada de decisão¹²⁸⁹. Nesses três flancos o seu conhecimento pode ser útil para o direito processual.

¹²⁸³ Para uma análise representativa das teses desenvolvidas em torno das heurísticas, ver KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996); SLOVIC, Paul (ed.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982. Para uma crítica em torno da pluralidade de resultados empíricos e da ausência de suporte para tamanha proliferação de proposta de viesamentos, ver GIGERENZER, Gerd. *On narrow norms and vague heuristics: A reply to Kahneman and Tversky*. In: *Psychological Review*, Vol 103, nº 3, 1996, pp. 592-596.

¹²⁸⁴ Ainda que tradicionalmente remeta-se a Simon o crédito pelo nascimento desse ramo da disciplina, conceber a economia como a ciência do comportamento humano não é lá uma novidade. Nesse sentido, é possível encontrar algumas referências aos pilares da economia comportamental já em Adam Smith. Sobre o tema, ver ASHRAF, Nava; CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George. *Adam Smith, Behavioral Economist*. In: *Journal of Economic Perspectives*, vol. 19, nº 3, 2005, pp 131–145.

¹²⁸⁵ BARON, Jonathan. *Heuristics and Bias*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 22.

¹²⁸⁶ “If economics is a science primarily concerned with incentives, it is also—fortunately—a science with statistical tools to measure how people respond to those incentives. All you need are some data” (LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J.. *Freakonomics. A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*. Exp. Ed. New York: Harper Collins, 2005, p. 24).

¹²⁸⁷ “The first is that behavioral economic theories (or any descriptive theories) must abandon the inductive reasoning that is the core of neoclassical theories and instead adopt a deductive approach in which hypotheses and assumptions are based on observations about human behavior. In other words, behavioral economic theory must be evidence- based theory” (THALER, Richard. *Behavioral Economics: Past, Present, and Future*. In: *American Economic Review*, Vol. 106, n 7, 2016, p. 1591).

¹²⁸⁸ THALER, Richard. *Behavioral Economics: Past, Present, and Future*. In: *American Economic Review*, Vol. 106, n 7, 2016, p. 1592.

¹²⁸⁹ BARON, Jonathan. *Heuristics and Bias*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 24.

2.1.2. Limitação da racionalidade dos sujeitos processuais (em especial as partes)

A interação dos sujeitos processuais se desenvolve, como vimos, em um ambiente institucional de cooperação e conflito. Nessa medida, o estudo da economia tem grande utilidade para o direito, em especial o direito processual, ao permitir, em primeiro lugar, a delimitação de arranjos institucionais que conformem adequadamente os incentivos aos comportamentos dos sujeitos processuais. Em segundo lugar, ao permitir, com razoável fidelidade se cruzada com o empirismo estatístico, a antevisão dos efeitos dessas conformações normativo-institucionais¹²⁹⁰. Em terceiro lugar, por fim, é uma fonte bastante frutífera de *insights* para a atividade estratégica dos sujeitos parciais, especialmente se considerada a vantagem realista fornecida pela compreensão das heurísticas e dos enviesamentos. Assim como em qualquer outra área da ação humana, o agir processual racional encontra limites. A limitação da racionalidade global com a consequente adoção de um paradigma de racionalidade procedimental pode ter reflexos importantes para o processo. É possível enquadrar os sujeitos processuais nos três problemas enfrentados por Simon.

Em primeiro lugar, a característica *sequencial* da maioria dos espaços de tomada de decisão no processo impõe aos indivíduos a dificuldade de se tomarem decisões racionais quando não há conhecimento de fatos futuros. A incerteza que é inerente ao fenômeno processual (como já analisado) impõe a tomada de decisão em ambientes de informação incompleta. Especialmente no que tange às decisões procedimentais mais drásticas (acordar ou não acordar; produzir prova ou não produzir prova; recorrer ou não recorrer), essa característica é sempre presente.

Em segundo lugar, a incompletude informacional típica do ambiente processual, seja pelas informações possuídas apenas por terceiros (modelo de informações incompletas para ambas as partes), seja pelas informações em posse da

¹²⁹⁰ “Como estudo centrado na determinação e avaliação de escolhas racionais, a economia tem, aliás, muito a dizer, por sua vez, sobre a modelação jurídica, na medida em que esta seja fruto ou objecto de escolhas sociais e se trate de prever os efeitos de regras jurídicas alternativas aplicadas àquelas decisões individuais” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 29).

contraparte (modelo de informação assimétrica), é fator que acarreta custos de obtenção da informação. Esses custos (especialmente temporais e financeiros) normalmente não são percebidos pela parte quando da tomada da decisão de litigar. Nesse caso, o processo de tomada de decisão é tendencialmente limitado também pelo tema da insuficiência da informação.

Em terceiro lugar, e no que diz respeito mais especificamente à dificuldade de se modelarem adequadamente árvores de decisão e esquemas de jogos teóricos, dificilmente o sujeito processual (por si ou pelo seu agente, o procurador) poderá fazer escolhas dotadas das características de completude e intransitividade. Isso porque, além das limitações relativas às normas processuais, que muitas vezes impedem a antevisão dos comportamentos dos demais sujeitos em situações como a da manifestação simultânea, os múltiplos *payoffs* decorrentes das manifestações (especialmente nos atos estimulantes¹²⁹¹).

Em quarto lugar, e por fim, o processo judicial tem um componente de incerteza ligado à estrutura de heterocomposição do conflito, que se exacerba em sistemas pouco funcionais como o brasileiro: a aleatoriedade do resultado. Para além da incerteza relativa à possibilidade de apuração adequada dos fatos da causa, a incerteza no que diz respeito à resposta jurídica a ser conferida pelo juiz é maior ainda em sistemas não habituados ao *stare decisis*¹²⁹².

¹²⁹¹ COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 207; CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 139-140. Na linguagem de Goldschmidt, “atos postulativos” (GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 383-470).

¹²⁹² Remete-se aqui à bibliografia já indicada em matéria de precedentes. Para uma análise dos custos e benefícios de um sistema estruturado em respeito ao *stare decisis*, ver MACEY, Jonathan R. The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis. In: Chicago-Kent Law Review, Vol. 65, 1989, pp. 93-113; FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. In: International Review of Law and Economics, vol. 26, 2006, pp. 519-535 e SUMMERS, Robert (1922-2012); KELLEY, Leigh. Economists reasons for common law decisions - a preliminary inquiry. In: Oxford Journal of Legal Studies, vol. 1, 1981, pp. 213-255.

2.2. Assimetria informacional e o problema agente-principal: aplicações para a relação advogado-parte

2.2.1. Informações assimétricas e conflitos de agência

Um segundo problema ligado à premissa de racionalidade dos agentes está na ausência de completude das informações ou na assimetria das informações¹²⁹³ entre dois indivíduos que interagem¹²⁹⁴. Em casos assim, as escolhas poderão levar a um resultado não-maximizador na medida em que a ausência de informação pode ter repercussões para a tomada de decisão. Daí porque se diz que, em casos assim, está-se diante de uma potencial falha de mercado¹²⁹⁵. A incompletude da informação pode não levar a resultados ineficientes se ambas as partes dispuserem do mesmo grau de conhecimento e informação. No entanto, quando uma das partes tem mais informações – em função da obtenção ilícita da informação¹²⁹⁶ ou mesmo pelo fato de tê-las disponíveis –, diz-se que ela tem “informações privadas” ou “informações assimétricas”¹²⁹⁷. Mesmo que esse problema possa ser resolvido, o tão só fato da necessidade de obtenção das informações pelo indivíduo desinformado, e a necessidade da criação de arranjos para conter os seus efeitos, acaba criando custos de transação¹²⁹⁸.

¹²⁹³ Para alguns exemplos de situações não tradicionalmente vistas como de informação assimétrica, ver LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J.. *Freakonomics. A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*. Exp. Ed. New York: Harper Collins, 2005, p. 60 e ss.

¹²⁹⁴ “Quando os vendedores sabem mais a respeito de um produto do que os compradores, ou vice-versa, diz-se que as informações estão distribuídas assimetricamente no mercado” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia* (1988). 5ª Ed. Trad. Francisco Costa. Bookman, 2010, p. 64).

¹²⁹⁵ NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 641.

¹²⁹⁶ Um caso clássico é o da *inside information* (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 641).

¹²⁹⁷ “Transactions can involve a considerable amount of uncertainty. The value of a snow shovel will depend on how much snow falls during the winter season. The value of a hybrid car will depend on how much gasoline prices increase in the future. Uncertainty need not lead to inefficiency when both sides of a transaction have the same limited knowledge concerning the future, but it can lead to inefficiency when one side has better information. The side with better information is said to have private information or, equivalently, asymmetric information”. (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 641)

¹²⁹⁸ “In general, these informational problems prevent society from achieving the first-best allocation of resources that could be possible in a world where all information would be common knowledge. The additional costs that must be incurred because of the strategic behavior of privately informed economic agents can be viewed as one category of the transaction costs emphasized by Williamson (1975)” (LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: the principal-agent model*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 3).

A forma mais comum de se enfrentar o problema da informação assimétrica é quando da existência de relações economicamente chamadas de *agência*¹²⁹⁹. O agente é alguém contratado para exercer alguma atividade (prestador); o principal em última análise é o tomador¹³⁰⁰. Nesses casos, o principal pode não ter poder para fazer coincidir seus interesses com os do agente, muitas vezes pela impossibilidade de se anteverem todas as possíveis ações. Além disso, o principal dificilmente conseguirá fiscalizar a ação do agente porque, além do custo, o agente em regra controla a informação que seria necessária para que a fiscalização fosse efetiva¹³⁰¹. Em situações como essa, é possível que o agente acabe se valendo da assimetria para exercer comportamentos contrários ao interesse do principal. Esses comportamentos são chamados de comportamentos oportunistas¹³⁰². As instituições (e os arranjos contratuais) exercem um papel importantíssimo na delimitação dos incentivos adequados a que esse tipo de comportamento não seja exercido¹³⁰³. As normas atinentes à justiça civil, portanto, podem funcionar como mecanismos de obstaculização dos efeitos do problema de agência.

¹²⁹⁹ O modelo de agência é um modelo simplificador, por explicitar a ação de apenas dois agentes. Nesse sentido: “Models of asymmetric information can quickly become quite complicated, and thus, before considering a full-blown market model with many suppliers and demanders, we will devote much of our analysis to a simpler model—called a principal-agent model—in which there is only one party on each side of the market. The party who proposes the contract is called the principal. The party who decides whether or not to accept the contract and then performs under the terms of the contract (if accepted) is called the agent. The agent is typically the party with the asymmetric information” (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. pp. 642-643).

¹³⁰⁰ “The canonical form of a moral hazard problem is the following: when one party, the principal (P) benefits from an action (*a*) which is taken by another party (A), the agent, which is costly for A to perform and not subject to costlessly enforceable contracting, we call P the principal and A the agent” (BOWLES, Samuel. *Microeconomics: behavior, institutions, and evolution*. New York: Russel Sage Foundation, 2004, p. 250).

¹³⁰¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 73.

¹³⁰² “Opportunism refers to the incomplete or distorted disclosure of information, especially to calculated efforts to mislead, distort, disguise, obfuscate, or otherwise confuse. It is responsible for real or contrived conditions of information asymmetry, which vastly complicate problems of economic organization. Both principals and third parties (arbitrators, courts, and the like) confront much more difficult ex post inference problems as a consequence” (WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (1985). Beijing: China Social Sciences Publishing House, 1999, p. 48).

¹³⁰³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 73.

Na economia, normalmente são estudados dois modelos de informação assimétrica. Um primeiro caso é o da ação oculta: o principal pode até conseguir controlar os resultados, mas não consegue observar as ações envidadas pelo agente¹³⁰⁴. Um segundo caso é o do tipo oculto ou informação oculta: o agente tem informações prévias à instituição da relação com o principal, o que pode impedir o principal de tomar uma decisão acertada¹³⁰⁵. O problema da ação oculta é tradicionalmente estudado como um problema de “moral hazard”¹³⁰⁶: há um risco moral¹³⁰⁷ justamente porque quem toma a decisão sobre a ação (o agente) sabe que os riscos inerentes à escolha não são dele, o que pode levá-lo a escolher entre as alternativas que mais o satisfaçam (que não são necessariamente as do principal) já que suas ações não são, em princípio, observáveis¹³⁰⁸. O exemplo tradicionalmente utilizado é do mercado de seguros, em que o agente (segurado) pode deixar de tomar as devidas precauções pelo fato de que o risco é transferido ao principal (seguradora). De outro lado, o problema do tipo oculto ou informação oculta é tradicionalmente estudado como um problema de “adverse selection”¹³⁰⁹: ocorre a seleção adversa justamente porque um dos sujeitos em interação

¹³⁰⁴ “In a first model, the agent’s actions taken during the term of the contract affect the principal, but the principal does not observe these actions directly. The principal may observe outcomes that are correlated with the agent’s actions but not the actions themselves. This first model is called a hidden-action model” (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 643).

¹³⁰⁵ “In a second model, the agent has private information about the state of the world before signing the contract with the principal. The agent’s private information is called his type (...). The second model is thus called a hidden-type model”. (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 643).

¹³⁰⁶ “Moral hazard is a problem that arises when one person, called the agent, is performing some task on behalf of another person, called the principal. If the principal cannot perfectly monitor the agent’s behavior, the agent tends to undertake less effort than the principal considers desirable. The phrase moral hazard refers to the risk, or “hazard,” of inappropriate or otherwise “immoral” behavior by the agent. In such a situation, the principal tries various ways to encourage the agent to act more responsibly”. (MANKIWI, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 462)

¹³⁰⁷ “The use of the term ‘moral’ to describe this response is perhaps unfortunate. There is nothing particularly “immoral” about the behavior being described, since individuals are simply responding to the incentives they face” (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 651).

¹³⁰⁸ “The agent’s actions may be unobservable to the principal. Observing the action may require the principal to monitor the agent at all times, and such monitoring may be prohibitively expensive. If the agent’s action is unobservable, then he will prefer to shirk, choosing an action to suit himself rather than the principal” (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 645).

¹³⁰⁹ “Adverse selection is a problem that arises in markets in which the seller knows more about the attributes of the good being sold than the buyer does. In such a situation, the buyer runs the risk of being sold a good of low quality. That is, the “selection” of goods sold may be “adverse” from the standpoint of

(o agente) conhece informações que o outro não conhece (o principal), e poderá selecionar o objeto da troca de maneira adversa em razão da incompletude da informação¹³¹⁰. O exemplo tradicionalmente utilizado é do mercado de carros usados, em que o agente (vendedor) pode vender um carro com defeito sem que a outra parte possa descobrir antes da venda (comprador)¹³¹¹.

Mercados podem responder aos problemas de informação assimétrica. Duas formas podem ser desde logo citadas: a sinalização e a varredura¹³¹². Mediante instrumentos de sinalização, o agente informado pode sinalizar ao principal, mediante prestação de informações privadas ou garantias, com vistas a obter sua credibilidade¹³¹³. É mais comum em situações de ação oculta. Nas transações comerciais entre vendedores habituais e compradores esporádicos, a instituição de garantias é um fator conhecido de redução dos problemas de assimetria, assim como os deveres de transparência¹³¹⁴. Mediante instrumentos de varredura, o principal pode requerer

the uninformed buyer”. (MANKIWI, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 464)

¹³¹⁰ “Whereas in the hidden-action model the agent has private information about a choice he has made, in the hidden-type model he has private information about an innate characteristic he cannot choose” (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 655).

¹³¹¹ O problema é enfrentado pelo Nobel de Economia Akerlof no seu conhecido artigo sobre os “lemons” (cuja tradução poderia ser “abacaxis”) que são os carros usados com defeito oculto. Sobre o tema, ver AKERLOF, George. *The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. In: *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, nº 3, Aug., 1970, pp. 488-500.

¹³¹² A literatura aplicada ao processo ainda é incipiente. Entretanto, é possível destacar que no litígio, é comum a sinalização por parte dos litigantes, mediante comprometimentos internos de uma parte a outra (as estratégias cooperativas de que tratamos no capítulo 1 da parte II desse trabalho). A própria oferta de acordo, com repercussões para as custas (de que tratamos no capítulo 3 da parte I desse trabalho) não deixa de ser uma sinalização. Em linhas gerais, toda oferta (de acordo ou mesmo de negócio jurídico processual) é uma sinalização para a parte contrária, assim como a resposta, em sentido contrário. Sobre o tema, ver TABBACH, Avraham; LAVIE, Shay. *A theory of litigation signals*. Disponível em <<https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/workshops/Documents/Paper%2012.Tabbach.%20A%20Theory%20of%20Litigation%20Signals.pdf>>, acesso em 12.03.2018.

¹³¹³ “One of them is signaling, which refers to actions taken by an informed party for the sole purpose of credibly revealing his private information” (MANKIWI, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 465).

¹³¹⁴ Para uma crítica ao modelo regulatório que impõe requisitos de absoluta – e exacerbada – transparência na comercialização de produtos, a ponto de inundar o principal de informações, ver BEN-SHARAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. *More than you wanted to know. The failure of mandated disclosure*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

informações do agente ou utilizar outros agentes para checar as informações, com vistas a equilibrar as informações¹³¹⁵.

2.2.2. Espaços de aplicação do problema de agência no processo civil: relação advogado-parte

No processo civil, uma relação típica agente-principal é a relação entre o advogado e a parte¹³¹⁶. A razão de ser de um advogado é a existência de assimetria informacional¹³¹⁷. Sem ela, advogados não seriam necessários¹³¹⁸. O advogado atua em nome da parte com vistas a influenciar terceiros¹³¹⁹. Há um risco grave de que, na

¹³¹⁵ “When an uninformed party takes actions to induce the informed party to reveal private information, the phenomenon is called screening. Some screening is common sense. A person buying a used car may ask that it be checked by an auto mechanic before the sale. A seller who refuses this request reveals his private information that the car is a lemon. The buyer may decide to offer a lower price or to look for another car” (MANKIOW, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 466).

¹³¹⁶ “The relationship between the typical lawyer and the typical client therefore does not conform to market theory, in which a ‘reasonable’ buyer and seller are free to deal with each other or not” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. *Legal Ethics: a comparative study*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 258). No mesmo sentido: “An essential characteristic of legal practice is acting for a client, rather than acting on one’s own account. The lawyer’s typical function is endeavoring to induce some third party to take actions that could assist the client’s interests. People other than lawyers act as agents for others in many everyday relationships. Parents act as agents of sorts in children’s education; spouses act as agents in dealings on behalf of families; employees act as agents for their employers, etc. In this sense, nearly everyone acts as an agent some of the time. (Indeed, perhaps only academics speaking as such do not act as agents.) The distinctive feature of a “lawyer” is that agency is definitional in the role. To speak of a lawyer without a client may accurately describe a jurist or a legal scholar, but it does not describe a lawyer” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018). *Law Practice and the Limits of Moral Philosophy*. In: RHODE, Deborah (ed.). *Ethics in Practice: Lawyers’ Roles, Responsibilities, and Regulation*. New York: Oxford University Press, 2000, pp. 79-80).

¹³¹⁷ De outro lado, além da informação a respeito do direito, o advogado permite um maior distanciamento psicológico da posição do sujeito (principal) com a causa, com bem observa Dinamarco: “As regras de combate que então se vêem [as partes] obrigadas a obedecer permitem-lhes combater e em certa medida desafogar-se, fazendo-o porém pelos modos civilizados que o estado lhes impõe. A presença do defensor técnico funciona também como anteparo aos ímpetos dos contendores e modo de manter o conflito em limites toleráveis” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo* (1987). 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 158).

¹³¹⁸ “If the client-lawyer relationship, if the client could provide himself with advice and assistance equal to that available from a lawyer, the lawyer would be unnecessary. The lawyer’s training and experience thus effectuate the purposes of the “community” formed by client and lawyer better than those purposes can be effectuated by the client acting for himself” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018). *Law Practice and the Limits of Moral Philosophy*. In: RHODE, Deborah (ed.). *Ethics in Practice: Lawyers’ Roles, Responsibilities, and Regulation*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 86).

¹³¹⁹ “The lawyer’s agency function involves taking positions on the basis of loyalty to the client regarding relationships with third persons. Third persons include private parties or governmental officials in a position to affect the client. The paradigmatic government official is of course a judge” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018). *Law Practice and the Limits of Moral Philosophy*. In: RHODE, Deborah (ed.).

estrutura de incentivos posta, o advogado (agente) possa agir em desconformidade aos interesses do cliente (principal)¹³²⁰. Nesse caso, trata-se de um modelo de ação oculta. Como o componente da aleatoriedade do processo judicial impede que a parte tenha compreensão exata das razões pelas quais eventual resultado negativo (se em razão de questões ligadas ao desempenho do mandato ou a questões de natureza normativa) e a assimetria informacional relativa ao componente jurídico impede o controle efetivo das ações, trata-se de uma relação potencialmente fadada a sofrer problemas de risco moral¹³²¹. Alguns problemas podem ser desde logo enfatizados.

É possível que surja um conflito entre agente e principal nos casos em que a remuneração estruturada crie incentivos à permanência da litigância, mesmo que sem necessário interesse da parte na continuidade. Isso pode se dar de duas formas. Em primeiro lugar, a tendência pela continuidade, por si só, pode ser rentável. Trata-se daquilo que os italianos costumam chamar, utilizando o *latim*, de *dum pendet, rendet*, segundo o qual, para os advogados, quanto mais a causa demora, melhor¹³²². Como bem ressalta Calamandrei, a tática de procrastinar o feito é bastante comum¹³²³, quando os incentivos estão postos para que o principal remunere o agente em função do trabalho adicional ou da passagem do tempo. Uma aplicação prática desse fenômeno está nas construções contratuais entre litigantes habituais e escritórios que atuam em processos chamados “de massa”, em que é pago um valor específico mensal por processo em tramitação. Nesse caso, é bastante claro o risco moral de tomada de decisão, na medida em que, para o agente, a manutenção do litígio é essencial para o incremento da

Ethics in Practice: Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation. New York: Oxford University Press, 2000, p. 80).

¹³²⁰ “The dual agency that characterizes claim-sharing arrangements becomes problematic because the interests of plaintiff and attorney are never perfectly aligned” (MILLER, Geoffrey. Some Agency Problems in Settlement, In: The Journal of Legal Studies, Vol. 16, nº 1, Jan., 1987, p. 190).

¹³²¹ “Em disputas jurídicas, os autores de ações colocam suas reivindicações sob o controle de advogados. O advogado pode servir seu cliente ou explorá-lo. Consequentemente, o mercado para serviços jurídicos é um jogo de principal e agente. O advogado oferece conselhos ao cliente e o esforço para vencer o caso” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito e Economia (1988). 5ª Ed. Trad. Francisco Costa. Bookman, 2010, p. 419).

¹³²² “gli avvocati sono più che interessati a perdere tempo, atteso che essi, dalla pendenza e dalla durata del processo, hanno tutto da guadagnare e nulla da perdere” (CIPRIANI, Franco (1939-2010). *Dum pendet rendet*. In: La previdenza forense, vol. 3, 2006, pp. 220-221).

¹³²³ “*Dum pendet rendet*, è vecchio rimprovero mosso agli avvocati; Il rinvio è, nella opinione comune, l'arma prediletta del litigio” (CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 35).

remuneração, porém para o principal muitas vezes o encerramento do litígio, sem que se agreguem os custos (que como vimos, não são somente financeiros diretos) inerentes ao prolongamento, é a estratégia ótima. O mesmo pode se pensar dos contratos por hora trabalhada relativamente à decisão entre recorrer ou não.

Em segundo lugar, toda e qualquer divergência com relação aos rumos da estratégia processual pode ter sua raiz em um problema de risco moral. Em especial, isso se verifica quando da decisão sobre manter o litígio ativo ou encerrá-lo em momentos críticos como o da decisão sobre aderir ou não a uma proposta de acordo (ou sobre oferecê-la, se oportuno). Nesse caso, a formatação dos incentivos para o agente – por exemplo, em função de uma diminuição da remuneração esperada no caso de autocomposição naqueles específicos termos – pode levá-lo a contraindicar o acordo. A decisão é do principal¹³²⁴, mas a assimetria informacional impede que ele calcule adequadamente o resultado da equação custo-benefício dessa tomada de decisão. Nessa medida, a prestação de informação incompleta pelo agente, realçando os custos (“malefícios”) e omitindo os benefícios do acordo, pode levar a uma decisão que, na racionalidade do principal, em caso de informação completa, seria tida como subótima.

Em ambos os casos, é inequívoca a repercussão ligada à deontologia, porém o custo agregado para que se efetive esse controle e a incerteza quanto à ocorrência de conflito ético em função de se tratar de uma decisão estratégica (e, por isso, em alguma medida discricionária) impede uma repressão efetiva. De outro lado, os custos reputacionais podem ser contabilizados em caso de atuação contrária aos interesses do cliente, mas isso só poderá ocorrer se e quando o cliente verificar o descumprimento. Daí porque uma forma de redução desses custos é mediante a construção de arranjos contratuais adequados¹³²⁵. Sob a óptica do advogado, é importantíssimo antever os

¹³²⁴ “Under principles of agency law and the rules of professional ethics, the client has final authority of objectives of the representation—for example, whether to settle in litigation or to walk away from a proposed transaction” (HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018). *Law Practice and the Limits of Moral Philosophy*. In: RHODE, Deborah (ed.). *Ethics in Practice: Lawyers’ Roles, Responsibilities, and Regulation*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 86).

¹³²⁵ “The combined effects of legal ethics and professional reputation are no doubt significant. But of equal if not greater moment are the formal or informal contractual arrangements available to the plaintiff and the attorney to reduce potential settlement conflicts” (MILLER, Geoffrey. *Some Agency Problems in Settlement*, In: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 16, n° 1, Jan., 1987, p. 210).

possíveis espaços de risco moral para evitá-los por meio de arranjos que garantam a remuneração esperada independentemente das vicissitudes daquele determinado processo; sob a óptica da parte, é importantíssimo antever esses espaços para evitá-los por meio de arranjos que aumentem o grau de informação (ou permitam um incremento na obtenção dessa informação mediante utilização de *segunda opinião*) e, portanto, viabilizem uma tomada de decisão sem a incerteza da possível ocorrência desse tipo de problema derivado da assimetria. Em última análise, a formulação de uma cláusula de saída amigável do advogado pode evitar problemas quando, no limite, o liame de confiança já não existe mais¹³²⁶.

Esse problema pode ter contornos especiais em três grupos de casos. O primeiro grupo de casos diz respeito aos conflitos de agência existentes em situações ligadas a conflitos coletivos (no Brasil, em razão das limitações das ações coletivas, o exemplo serve para aqueles capitaneados por sindicatos e associações, mediante contratação de advogados para a defesa da classe). Nesse tipo de caso, que no jargão estadunidense é chamado de *entrepreneurial litigation*¹³²⁷, o advogado normalmente é remunerado pelo sucesso da causa, que em regra tem pouco valor econômico para os indivíduos, sozinhos, mas em conjunto representa um valor considerável. Essa característica influi em dois aspectos: de um lado, o custo do controle do principal é normalmente quase tão alto quanto a expectativa de ganho; de outro lado, a ausência de controle facilita que o agente tome decisões no seu próprio interesse sem nenhum tipo de consequência.

¹³²⁶ “Since the client is usually not in a good position to monitor the attorney's actions in advance, the client's formal power to accept or reject settlement offers may not be a sufficient safeguard against attorney opportunism. A power to discharge the attorney gives the client the ability, after the fact, to penalize lawyers who have not acted in the client's best interests. Lawyers, knowing that clients have this power, may be less inclined to behave opportunistically in the first instance” (MILLER, Geoffrey. Some Agency Problems in Settlement, In: The Journal of Legal Studies, Vol. 16, nº 1, Jan., 1987, p. 211).

¹³²⁷ O tema é tratado em COFFEE, John. *Entrepreneurial Litigation. Its rise, fall and future*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. Em especial, ao tratar do conflito de agência: “private enforcement of law through entrepreneurial litigation does litigate complex cases well (probably better than more resource-constrained public enforcers can do) but is persistently misdirected by the tendency of plaintiff's attorneys to settle cases in their own interest. Entrepreneurial litigation does generate deterrence in some contexts, but a substantial shortfall results in the case of corporate and securities litigation because plaintiff's attorneys are indifferent to who pays the recovery, and defendants prefer to settle on a basis that passes the real costs on to others. So constructed, the resulting system benefits lawyers unduly and the public inadequately” (p. 219).

Em um segundo grupo de casos, o conflito de agência recebe contornos diferentes na medida em que a parte possui um departamento jurídico especializado e um advogado terceirizado. Nessa situação, há uma dupla relação de agência, pois como regra o departamento jurídico presta contas à diretoria ou aos acionistas (atuando como agente da empresa), mas ao tempo atua como principal na relação com o advogado terceirizado. De qualquer modo, nesse caso a assimetria informacional é muito menor, o que diminui consideravelmente a dependência do advogado para a tomada de decisão. O delineamento é complexo quando, em muitos casos, os processos demoram mais que o próprio período de tempo em que mantido o diretor jurídico ou o coordenador da área. Essa situação gera um efeito de curto-prazo na busca por resultados que, nem sempre, são os mais adequados para o caso, gerando conflitos decisórios entre advogado e departamento jurídico, já que este precisa entregar resultados mensais, semestrais ou anuais para seu principal, a empresa, mas a eventual estratégia ótima no longo prazo seja outra. Em situações como a descrita, limitações orçamentárias e necessidades de curto prazo podem atuar como fator de pressão para estratégias subótimas de acordo ou manutenção de litígio, mesmo que no longo prazo sejam financeiramente desastrosas.

Outro fator a ser destacado nesse tipo de relação é a existência de distância entre a atuação estratégica e o polo decisório: nesses casos, a conciliação como estratégia geral do sistema processual encontra obstáculos, pois o distanciamento do procurador da esfera de tomada de decisão normalmente impede acordos no primeiro encontro. Por fim, uma situação que diferencia esse tipo de relação das demais é o potencial conflito entre a estratégia macro de enfrentamento do passivo judicial pela empresa e a estratégia micro de enfrentamento de cada caso específico. Muitas vezes o procurador (agente) não tem a visão do todo e, por isso, pode ser levado a tomar decisões estratégicas que, no âmbito macro, podem ser contrárias à estratégia delimitada pelo departamento. Desse potencial conflito decorre uma necessidade especial e adicional de mútua transparência.

Um terceiro caso que merece atenção pelas suas particularidades é o da advocacia pública. Nesses casos, os arranjos institucionais para a atuação têm grande importância, pois alteram substancialmente os incentivos da relação. Em primeiro lugar, pela estrutura de remuneração, o risco moral de um conflito de interesses em função de

uma atuação autointeressada do agente para fins de maior remuneração acaba tendo menor importância, na medida em que o benefício financeiro do agente não está diretamente condicionado ao tempo de tramitação e apenas indiretamente (com a proporcional distribuição dos honorários de sucumbência, instituída pelo novo código e que tem recebido a devida regulamentação nas carreiras) ao sucesso. De outro lado, justamente pela ausência desse regime de incentivos, o comprometimento passa a ser ligado a motivações instrumentais (ligadas às normas de direito administrativo relativas aos deveres do servidor) cujo *enforcement* tem controle corporativo e entre os pares, o que modifica o arranjo típico da situação advogado privado-parte. Nesses casos, motivações não-instrumentais devem ser determinantes.

Como se verifica, o problema da informação assimétrica, especialmente relevante no contexto da relação advogado-parte, rompe com o pressuposto da completude da informação, atingindo a atividade dos sujeitos processuais.

3. O processo como jogo: do bélico ao lúdico; do lúdico ao econômico

3.1. A metáfora do processo como jogo: do bélico ao lúdico

As assimilações do processo judicial como duelo ou guerra entre os contendores são antigas. Em verdade, mais do que o simbolismo de um “combate” entre dois contendores, que perpassa o caráter competitivo do litígio jurídico, o duelo foi, durante algum tempo, entre o ocaso do império romano e a sua redescoberta no início do segundo milênio, a própria forma de solução dos conflitos¹³²⁸. Por meio dos ordálios, o mais comum deles o duelo¹³²⁹, o conflito era resolvido, funcionando estes como um “instrumento para chegar a uma decisão definitiva nos casos de incerteza”¹³³⁰.

¹³²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). Duelo e processo. In: Temas de Direito Processual. 8ª Série. São Paulo: RT, 2004, p. 211.

¹³²⁹ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 19.

¹³³⁰ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 23.

A representação bélica do processo, portanto, legitima-se pela sua natureza histórica. A noção de certo e errado (justo e injusto; jurídico e antijurídico), senão estranha, era ao menos subvalorizada na maioria das manifestações processuais do alto medievo, em grande medida pela natureza “sagrada” dos ordálios. Nessa concepção do litígio, prepondera o caráter puramente competitivo, interessando mais a vitória do que a juridicidade, na acepção moderna na palavra¹³³¹. Superados os juízos divinos e a utilização dos ordálios como sistema de solução dos conflitos, sobrevive, entretanto, o caráter competitivo inerente à litigiosidade. Isso porque ele é decorrência da própria necessidade de que as partes tenham de se valer de um processo para resolver suas crises de cooperação no plano material. Assim, leva-se a representar a estrutura de um processo judicial como um ambiente bélico, no qual o debate judiciário se converte em uma guerra em “paridade de armas”.

Em verdade, mais do que uma *realidade bélica*, o processo é visto como uma *representação simbólica* da guerra, alusiva a um combate no qual as armas dos litigantes são as oportunidades que têm de participar da formação da decisão¹³³². A civilidade transformou a espada no argumento, e o processo transformou-se de brutal conflito entre impetuosos guerreiros a um jogo sutil de raciocínios e exposições¹³³³.

¹³³¹ “Turning our eyes from the administration of justice in highly developed civilizations to that which obtains in less advanced phases of culture, we see that the idea of right and wrong, the ethical-juridical conception, comes to be overshadowed by the idea of winning and losing, that is, the purely agonistic conception. It is not so much the abstract question of right and wrong that occupies the archaic mind as the very concrete question of winning or losing”. HUIZINGA, Johan (1872-1945). *Homo Ludens: a study of the play-element in culture* (1944). London: Routledge & Kegan Paul, 1980, p. 78

¹³³² “In tutte le istituzioni processuali è riconoscibile, per chiara derivazione storica, un significato agonistico. Il dibattito giudiziario è una specie di rappresentazione allusiva e simbolica di un *certamen* primitivo, in cui il giudice altro non era che un arbitro di campo: l’alternato susseguirsi degli atti processuali dei litiganti è la trasformazione mimica di quello che era alle origini uno scontro d’armi”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Il processo come giuoco*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 26. Em sentido similar, Chiovenda, para quem “a preparação do pronunciamento do juiz forma-se normalmente por meio das atividades contrastantes das partes, cujos interesses se acham em oposição. Pode efetivamente faltar o contraste: basta que se cumpra quanto prescreve a lei para torná-lo possível”. CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 58.

¹³³³ “All’urto delle spade si è sostituita, colla civiltà, la polemica degli argomenti; ma vi è ancora, in questo contrasto, l’accanimento di una partita. Ragione si darà a chi saprà meglio ragionare: se alla fine il giudice darà la palma a chi meglio saprà persuaderlo col suo argomentare, si può dire che il processo è diventato, da brutale scontro di impeti guerrieri, giuoco sottile di ingegnosi ragionamenti”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Il processo come giuoco*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, pp. 26-27.

Nem por isso deixou de ser visto como uma “luta (intelectual) regulada pelo direito”¹³³⁴, que pode muito bem premiar “quem lute com maior vigor ou maior habilidade - para não dizer com menores escrúpulos”¹³³⁵.

A doutrina aponta certos modelos processuais que privilegiam uma abertura maior a esse aspecto de liberdade de utilização das “armas” pelas partes. Neles, sobressai a característica da presença de um juiz reduzido ao papel de fiscalizador da “pugna, para evitar ou reprimir golpes desleais, e afinal proclamar o vencedor”¹³³⁶. Tende-se a reconhecer no processo civil dos países de *common law* “o que de mais parecido existe, na substância se não na forma, com o velho duelo judiciário”¹³³⁷. Não à toa, no *adversary system* o papel passivo do juiz é visto como um dos pilares do sistema¹³³⁸. Como veremos adiante, o problema do papel das partes e do juiz no processo é bastante mais complexo do que isso. A conflituosidade inerente à dialeticidade do processo é invariável no que diz respeito às interações interpartes, sendo indiferente, para a caracterização do processo como uma manifestação alegórica do combate, a presença de um juiz mais ou menos passivo. Essa caracterização é uma representação parcial do fenômeno processual, restrita às interações entre os litigantes.

Foi justamente a partir dessa ênfase no caráter competitivo (“combate regulado pelo direito”) do processo que surgiu a conhecida metáfora do “processo como jogo”¹³³⁹, de caráter bélico¹³⁴⁰. Para Calamandrei, o contraste entre as duas partes faz

¹³³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 58. As expressões já aparecem em CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Principii di Diritto Processuale Civile (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965, p. 92.

¹³³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). Duelo e processo. In: Temas de Direito Processual. 8ª Série. São Paulo: RT, 2004, p. 213.

¹³³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). Duelo e processo. In: Temas de Direito Processual. 8ª Série. São Paulo: RT, 2004, p. 213.

¹³³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). Duelo e processo. In: Temas de Direito Processual. 8ª Série. São Paulo: RT, 2004, p. 220.

¹³³⁸ “L’immagine del giudice come arbitro passivo dello scontro giudiziario è infatti un cardine fondamentale della struttura dell’*adversary system*, in quanto questo si fonda sulla rigorosa applicazione congiunta dei principi della *party-prosecution* e della *party-presentation* delle prove” TARUFFO, Michele. Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana. Padova: Cedam, 1979, p. 117.

¹³³⁹ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950. A metáfora do processo como jogo já havia sido objeto de trabalho na Alemanha, no início do século. Infelizmente, não foi possível acesso à obra. OTTO, Hermann. Der Prozeß als Spiel. Desden: A.Dressel Akademische Buchhandlung, 1918. Foi possível acesso a uma

com que, muitas vezes, no processo conte mais a vitória que a justiça. Por isso, nesses casos, “il processo diventa nient’altro che un *giuoco per vincere*”¹³⁴¹. A metáfora de Calamandrei é construída a partir da ênfase no contraste existente entre as partes. Afirma o autor que, excluído o juiz – no qual é personificado o interesse superior da justiça, próprio do estado –, todos os sujeitos do processo¹³⁴² perseguem *objetivos egoístas* cujo escopo é limitado e “talvolta in contrasto (se pur non confessato) con quello scopo superiore”¹³⁴³. Daí porque a decisão que dará fim a essa competição será sempre o resultado de ao menos três forças em jogo (juiz, autor e réu), duas das quais desenvolvendo entre elas uma corrida ou competição concorrida não somente em torno de boas razões, mas inclusive da habilidade técnica para fazê-las valer¹³⁴⁴. Mesmo o reconhecimento do caráter público do processo não afastou o processo dessa alusão ao jogo e ao combate, especialmente na sua terminologia¹³⁴⁵. Não à toa, fala-se em “paridade de armas”, direito de “defesa”, “sucumbir”, entre outras expressões que denotam o caráter *agonístico*¹³⁴⁶ do processo.

resenha da obra (MALLACHOW, J. Der Prozeß als Spiel - Hermann Otto. In: Annalen der Philosophie, 1921, pp. 119-120) que demonstra tratar-se de abordagem filosófica do processo à luz da teoria do conhecimento de Hans Vaihinger. Agradeço ao colega Prof. Ronaldo Kochem pela gentileza da tradução da resenha. A expressão também aparece, *en passant*, em GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 282.

¹³⁴⁰ Como bem observa Alcalá-Zamora y Castillo, a posição de Calamandrei é mais uma perspectiva realista-tática do processo do que uma tentativa de reconstrução de sua natureza jurídica (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). Concepciones Menores Acerca del Proceso (1952). In: Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972). T. I. México: UNAM, 1974, p. 443). É por isso que chamamos de “representação” e “alegoria” a metáfora do processo como jogo.

¹³⁴¹ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 26.

¹³⁴² A quem chamamos de sujeitos parciais, nesse trabalho.

¹³⁴³ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 26.

¹³⁴⁴ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 25.

¹³⁴⁵ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 26.

¹³⁴⁶ Interessante observar que a palavra *agonístico* (com pequenas variações nas línguas latinas), cujo significado tem seu sinônimo em competitivo, combativo, tem sua raiz no grego *agôn* (“*ἀγών*”), que servia para designar a representação no teatro grego de um duelo verbal ao mesmo tempo em que denominava um dos *daemones* (divindades) que representava as disputas. A mesma raiz também conforma a palavra *agonia*, que retrata a angústia e o esforço da luta (conforme PRATI, Angelico. Vocabolario Etimologico Italiano. Torino: Garzanti, 1951, p. 21), e as palavras *antagonista* (o contrário do que fala) e *protagonista* (o primeiro que fala). Huizinga encontra ligação entre o litígio e o *agôn* grego: “In Greece, litigation was considered as an agon, a contest bound by fixed rules and sacred in form, where the two contending parties invoked the decision of an arbiter” (HUIZINGA, Johan (1872-1945). Homo Ludens: a study of the play-element in culture (1944). London: Routledge & Kegan Paul, 1980). Caillois, por sua vez, aponta o *agôn* como um dos elementos do conceito de jogo: “I am proposing a division into

O duelo hoje é apenas uma representação alegórica do caráter combativo do “jogo” do processo¹³⁴⁷. Porém, para além do aspecto bélico da concepção de processo como jogo, são comuns alusões a outra faceta dessa concepção: o processo como jogo, na acepção lúdica¹³⁴⁸. A partir da estrutura competitiva (*Agôn*) do processo é possível reconstruir as características de um jogo lúdico¹³⁴⁹. Huizinga explica que uma das formas de enxergar o litígio na cultura pré-moderna, ao lado da acepção “processo como disputa” e da acepção “processo como batalha verbal”, é justamente a do processo como um “jogo de azar” (*game of chance*)¹³⁵⁰.

A representação do processo como jogo lúdico¹³⁵¹ busca encontrar, em alguns elementos do processo, seu aspecto lúdico, mediante a adoção de paralelismos

four main rubrics, depending upon whether, in the games under consideration, the role of competition, chance, simulation, or vertigo is dominant. I call these *agon*, *alea*, *mimicry*, and *ilinx*, respectively” (CAILLOIS, Roger (1915-1978). *Man, Play and Games* (1958). Trad. Meyer Barash. Chicago: University of Illinois Press, 2001, p. 12).

¹³⁴⁷ Não se trata de uma definição ontológica, mas de uma equiparação de certa forma alegórica. Nesse sentido, Robles: “A comparação não tem, desde logo, caráter absoluto, pois é evidente que o Direito não é um jogo. Não se trata de equipará-los desde um ponto de vista antropológico ou sociológico, nem tampouco desde uma perspectiva de teoria dos valores. Limita-se a ressaltar o parecido dos diferentes tipos de regras e de seus caracteres estruturais” (ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito* (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, pp. 4-5).

¹³⁴⁸ Antes mesmo de Calamandrei, Huizinga via no processo judicial a característica de jogo lúdico: “That an affinity may exist between law and play becomes obvious to us as soon as we realize how much the actual practice of the law, in other words a lawsuit, properly resembles a contest whatever the ideal foundations of the law may be” (HUIZINGA, Johan (1872-1945). *Homo Ludens: a study of the play-element in culture* (1944). London: Routledge & Kegan Paul, 1980, p. 76). Demonstrando algumas semelhanças entre o jogo – em sua acepção lúdica – e o processo, em resposta a Calamandrei, ver CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). *Gioco e processo*. In: *Rivista di diritto processuale*, v. 6, n. 1, p. 101–111, gen./dic., 1951. Essa analogia não tem relação com a analogia utilizada na teoria do direito entre o xadrez e o direito, relativamente ao caráter das normas jurídicas. Para essa discussão, ver MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹³⁴⁹ Huizinga vê no *agôn* grego as características de jogo (“The *agon* in Greek life, or the contest anywhere else in the world, bears all the formal characteristics of play” HUIZINGA, Johan (1872-1945). *Homo Ludens: a study of the play-element in culture* (1944). London: Routledge & Kegan Paul, 1980, p. 31).

¹³⁵⁰ “The active association of law and play, particularly in archaic culture, can be seen from three points of view. The lawsuit can be regarded as a game of chance, a contest, or a verbal battle” HUIZINGA, Johan (1872-1945). *Homo Ludens: a study of the play-element in culture* (1944). London: Routledge & Kegan Paul, 1980, p. 78.

¹³⁵¹ Há outra analogia entre processo e jogo, no sentido esportivo do termo, ligada à chamada *sporting theory of justice*, que ataca justamente a ênfase à *procedural justice* que é dada nos ordenamentos de *common law*. Esse tema tem a ver com o papel outorgado ao juiz nos processos de trato adversarial. Sobre o assunto, ver o ensaio seminal de Pound (POUND, Roscoe (1870-1964). *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (1906). In: *Crime & Delinquency*, Vol 10, Issue 4,

com três características do jogo (*agôn, alea e mimicry*)¹³⁵². A partir do seu elemento competitivo, encontra-se a característica de *agôn*, típica dos jogos lúdicos: “o jogo processual como combate entre os litigantes, supostamente em igualdade de condições”¹³⁵³. Nesse caso, “a função do *agôn* é mediatizar os conflitos sem os censurar”¹³⁵⁴. Como o processo civil é orientado para a vitória de um dos litigantes, ficaria claro o seu caráter agonístico, movido por uma ação estratégica¹³⁵⁵. Isso não significa, entretanto, que a ética fique de fora, mas essa não é vista, portanto, como “elemento característico que distingue a ação estratégica”¹³⁵⁶. A partir de seu elemento aleatório, encontra-se a característica da *alea*: “o elemento aleatório preside a

1964, pp. 355-371), para quem: “The sporting theory of justice, the “instinct of giving the game fair play” as Professor Wigmore has put it, is so rooted in the profession in America that most of us take it for a fundamental legal tenet. But it is probably only a survival of the days when a lawsuit was a fight between two clans in which change of venue had been taken to the forum. So far from being a fundamental fact of jurisprudence, it is peculiar to Anglo-American law; and it has been strongly curbed in modern English practice. With us, it is not merely in full acceptance, it has been developed and its collateral possibilities have been cultivated to the furthest extent. Hence in America we take it as a matter of course that a judge should be a mere umpire, to pass upon objections and hold counsel to the rules of the game, and that the parties should fight out their own game in their own way without judicial interference. We resent such interference as unfair, even when in the interests of justice”. (p. 362). Em verdade, a crítica - acertada - ao aspecto exclusivamente procedimental leva a uma crítica à despreocupação da justiça estadunidense com os resultados fornecidos pelo processo: “If the law is a mere game, neither the players who take part in it nor the public who witness it can be expected to yield to its spirit when their interests are served by evading it” (p. 363). Isso porque, ao fim e ao cabo, despreocupadas com o resultado dos casos “the courts, instituted to administer justice according to law, are made agents or abettors of lawlessness” (p. 363). O advento do *case management*, especialmente na tradição inglesa, diminui a intensidade da crítica de Pound, mas na essência do *adversary system* ainda está a preponderância do papel das partes. Uma crítica mais recente a esse aspecto, especialmente voltada ao incremento das técnicas de resolução privada de disputas é de FISS, Owen. *Against Settlement*. In: *The Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, pp. 1073-1090.

¹³⁵² BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 163 e ss. A distinção é retirada de CAILLOIS, Roger (1915-1978). *Man, Play and Games* (1958). Trad. Meyer Barash. Chicago: University of Illinois Press, 2001.

¹³⁵³ BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 164.

¹³⁵⁴ BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 165.

¹³⁵⁵ BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 166.

¹³⁵⁶ “Nada impede que uma determinada ação estratégica seja teoricamente pautada por valores da ética (p. ex. *neminem laedere*), como os jogos de xadrez e de damas, que têm sua etiqueta e sua ética, ou o processo civil, com suas regras. Todavia, pautar-se pela ética não é o elemento característico que distingue a ação estratégica. Como dissemos, esse elemento é a busca da vitória”. BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: SAFe, 2012, pp. 166-167. Para o presente trabalho, o estatuto ético é um limitador da estratégia, é o limite do seu espaço de ação. Sobre o assunto, ver capítulo atinente às limitações impostas pelo estatuto ético, *supra*.

distribuição e a petição inicial e do recurso”¹³⁵⁷, por exemplo. Por fim, do elemento *mimicry* (ou simulacro) pode-se encontrar similitude na característica ritual do processo¹³⁵⁸: “o jogo como aceitação temporária de uma ilusão, a evasão da vida real para um universo fechado, limitado no tempo (...) e no espaço (...) convencional, com orientação e regras próprias”¹³⁵⁹.

Ainda que não se possa concordar com a analogia entre processo e jogos lúdicos, haja vista a existência de uma dimensão *epistêmica* ligada à finalidade de dar tutela aos direitos (ausente nos jogos lúdicos), a comparação é interessante, pois exacerba certas características inevitáveis em todo espaço de interação humana. Os elementos da competição, da aleatoriedade e da representação estão presentes na realidade processual. Em maior ou menor medida, a competição é inerente à estrutura dialética do processo, o elemento da álea está presente em situações envolvendo composição de tribunais e, até mesmo, tempo de tramitação de um processo em um ou outro órgão judiciário, e o elemento da representação encontra eco nas características quase teatrais e rituais dos processos antigos e nas reminiscências da tradição jurídica como o jargão, as vestes talares ou a própria formalidade das audiências.

3.2. O processo como jogo: teoria dos jogos e a tomada de decisão em ambientes de interação entre diferentes sujeitos

A representação do processo como jogo bélico e como jogo lúdico serve como alegoria para explicar certas características presentes nos processos judiciais. No entanto, essas alegorias não têm utilidade metodológica para a compreensão das engrenagens processuais. Sua utilidade é meramente descritiva, mas dessa representação não se podem extrair instrumentos metodológicos que permitam um melhor enfrentamento dos problemas processuais práticos. A concepção do processo como jogo

¹³⁵⁷ BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 171.

¹³⁵⁸ Sobre a importância do elemento ritual no processo, ver CHASE, Oscar. Law, culture, and ritual : disputing systems in cross-cultural context. New York: NYU Press, 2005. Ressaltando esse aspecto do jogo na sua relação com o processo, ver CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). Giuoco e processo. In: Rivista di diritto processuale, v. 6, n. 1, p. 101-111, genn./dic., 1951, pp. 110-111.

¹³⁵⁹ BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 178.

pode, entretanto, abrir espaço para uma construção metodológica útil para o processo, ligada à sua representação como um jogo no aspecto matemático e econômico do termo. A utilidade de semelhante sistematização está em permitir-se um incremento instrumental na tomada de decisão em ambientes de interações entre diferentes sujeitos, mediante utilização de um marco teórico próprio para esse tipo de problema prático.

Trata-se da chamada “teoria dos jogos”, disciplina que tem por objeto de análise as situações nas quais mais de um sujeito deve tomar decisões, que, em conjunto, conformam o resultado final¹³⁶⁰. Formalizada pela primeira vez na década de 1940¹³⁶¹, a teoria dos jogos lida com as escolhas que as pessoas fazem ou, melhor, que as pessoas podem fazer, em ambientes de interação na tomada de decisão, de modo a obter resultados em equilíbrio para ambos¹³⁶². Comportamentos estratégicos surgem sempre que dois ou mais sujeitos interagem e o resultado depende da decisão tomada por ambos¹³⁶³. A teoria dos jogos nada mais é do que um ramo da matemática

¹³⁶⁰ PATRONE, Fioravante. *Decisori (razionali) interagenti. Una introduzione alla teoria dei giochi*. Pisa: Pisa University Press, 2016, p. 1.

¹³⁶¹ Costuma-se afirmar que a teoria dos jogos tem seu nascimento com a obra de von Neumann e Morgenstern, em 1944 (NEUMANN, John Von (1903-1957); MORGENSTERN, Oskar (1902-1977). *Theory of games and economic behavior* (1944). 3ª Ed.(1953) Reimp. Princeton: Princeton University Press, 1990). Há algumas formulações anteriores, como em BOREL, Émile (1871-1956). *La théorie du jeu et les équations intégrales à noyau symétrique gauche*, In: *Comptes Rendus de l'Académie des Sciences*, vol. 173, 1921, pp. 1304–1308 e NEUMANN, John von (1903-1957). *Zur Theorie der Gesellschaftsspiele*. In: *Mathematische Annalen*, vol. 100, 1928, pp. 295-320. A formulação do “equilíbrio para jogos não-cooperativos de estratégia mista” é de NASH, John F. (1928-2015). *Equilibrium Points in n-Person Games*. In: *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 36, nº 1, Jan., 1950, pp. 48-49 (posteriormente desenvolvido em NASH, John F. (1928-2015). *Non-Cooperative Games*. In: *The Annals of Mathematics*, 2ª series, Vol. 54, nº 2, Sep., 1951, pp. 286-295. O conhecido “dilema do prisioneiro” foi estruturado a partir de ideias de Merrill Flood e Melvin Dresher e, na sua primeira versão, apresentado em palestra em 1950 por Albert W. Tucker. Os três eram pesquisadores da RAND Corporation, instituição sem fins lucrativos que fazia pesquisas para o departamento de defesa estadunidense. Sua primeira aparição escrita está em FLOOD, Merrill (1908-1991). *Some Experimental Games*. In: *Rand Corporation Research Memorandum RM-789-1*, 1952, posteriormente publicado como FLOOD, Merrill (1908-1991). *Some experimental games*. In: *Management Science*, vol. 5, nº 1, Oct., 1958, pp. 5-26. Para um inventário da história da teoria dos jogos, ver POUNDSTONE, William. *Prisoner's dilemma* (1992). New York: Anchor Books, 1993, pp. 37-132.

¹³⁶² “Game theory deals with the choices people may make, or, better, the choices they should make (in a sense to be specified), in the resulting equilibrium outcomes, and in some aspects of the communication and collusion which may occur among players in their attempts to improve their outcomes” RAIFFA, Howard (1924-2016); LUCE, Duncan (1925-2012). *Games and decisions: introduction and critical survey*. New York: John Wiley and Sons, 1957, p. 5.

¹³⁶³ “Strategic behavior arises when two or more individuals interact and each individual’s decision turns on what that individuals expects the others to do. Legal scholars have long recognized the need to take account of strategic behavior”. BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert; PICKER, Randal. *Game Theory and the Law* (1994). Reimp. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 1.

preocupado com os aspectos formais da tomada de decisão¹³⁶⁴, com o problema da escolha entre diferentes alternativas de ação¹³⁶⁵: “game theory is a study of conflict between thoughtful and potentially deceitful opponents”¹³⁶⁶. Trata-se de um enfoque não lúdico, mas estratégico, que “consiste na investigação da estratégia adequada para conseguir o triunfo no jogo, isto é, para ganhar”¹³⁶⁷.

De fato, o nome remete a uma concepção lúdica, mas essa não é uma característica da teoria dos jogos. Seu nome deveria refletir melhor o fato de que se trata de uma teoria acerca das interações entre sujeitos. Como ressalta a doutrina, “deveria ser denominada – menos elegantemente – de teoria das interações estratégicas”¹³⁶⁸. A tomada de decisões interdependentes difere da mera tomada de decisão, porque, no primeiro caso, não basta encontrar a melhor solução (em termos de utilidade), como ocorre no segundo, já que o que é melhor para uma pessoa nas situações de interdependência depende do que a outra irá escolher¹³⁶⁹.

Pode-se dizer que existe um jogo sempre que sujeitos interagem¹³⁷⁰. O uso da expressão jogo se explica, pois na redução dos complicados problemas envolvendo

¹³⁶⁴ “A mathematical theory of decision-making by participants in a competitive environment. In a typical problem to which theory is applicable, each participant can bring some influence to bear upon the outcome of a certain event; no single participant by himself nor chance alone can determine the outcome completely”. DRESHER, Melvin (1911-1992). *Games of strategy: theory and applications*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1961, p. 1.

¹³⁶⁵ RAPOPORT, Anatol (1911-2007). *Two-person game theory* (1966). Reimp. Mineola: Dover publications, 2016, p. 16.

¹³⁶⁶ POUNDSTONE, William. *Prisoner's dilemma* (1992). New York: Anchor Books, 1993, p. 6. E segue: “This may make it sound like game theory is a branch of psychology rather than mathematics. Not so: because the players are assumed to be perfectly rational game theory admits of precise analysis. Game theory is therefore a rigorous branch of mathematical logic that underlies real conflicts among (not always rational) humans” (p. 6)

¹³⁶⁷ ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito* (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 13.

¹³⁶⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

¹³⁶⁹ “In a strategic setting, a person may no longer have an obvious choice that is best for him or her. What is best for one decision-maker may depend on what the other is doing and vice versa.” (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 251).

¹³⁷⁰ “Drivers manoeuvring in heavy traffic are playing a driving game. Bargain-hunters bidding on eBay are playing an auctioning game. A firm and a union negotiating next year’s wage are playing a bargaining game. When opposing candidates choose their platform in an election, they are playing a political game. The owner of a grocery store deciding today’s price for corn flakes is playing an economic game. In brief, a game is being played whenever human beings interact”. BINMORE, Ken. *Game Theory: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 1.

interações sociais e econômicas (dentre as quais o processo é uma delas) aos seus elementos básicos é possível enxergar características de um jogo¹³⁷¹. Para a resolução de problemas econômicos e sociais de interação, a utilização dos jogos como modelos de predição pode ter a mesma função dos modelos geométrico-matemáticos para as ciências físicas¹³⁷². Por essa razão, a teoria dos jogos não tem a ver com “jogar”, mas com “assumir” e “formalizar” situações de conflito entre sujeitos (nem sempre) racionais¹³⁷³. A alusão ao jogo destaca o aspecto central da teoria das decisões interdependentes: estratégia e vitória (no sentido geral de maximização de utilidade)¹³⁷⁴. A teoria dos jogos tem por pretensão formalizar, ainda que mediante simplificação, o processo de racionalização das ações que os agentes irão adotar¹³⁷⁵. Em síntese, um “jogo” existe para a teoria dos jogos sempre que se apresenta uma situação de conflito na qual um deve fazer escolhas sabendo que os outros também o farão e o resultado será determinado pelo conjunto das escolhas cooperativas e/ou competitivas feitas por todos¹³⁷⁶.

¹³⁷¹ BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert; PICKER, Randal. *Game Theory and the Law* (1994). Reimp. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 7.

¹³⁷² “For economic and social problems the games fulfill - or should fulfill - the same function which various geometrico-mathematical models have successfully performed in the physical sciences”. NEUMANN, John Von (1903-1957); MORGENSTERN, Oskar (1902-1977). *Theory of games and economic behavior* (1944). 3ª Ed.(1953) Reimp. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 32.

¹³⁷³ “Game theory is not about ‘playing’ as usually understood. It is about conflict among rational but distrustful beings” (POUNDSTONE, William. *Prisoner's dilemma* (1992). New York: Anchor Books, 1993, p. 39).

¹³⁷⁴ “Although the term ‘game’ may seem to undersell the theory's importance, it correctly highlights the theory's central feature: The agents under study are concerned with strategy and winning (in the general sense of utility or profit maximization) in much the same way that players of most parlor games are” MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael; GREEN, Jerry. *Microeconomic Theory*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 215.

¹³⁷⁵ BERNI, Duílio de Avila; FERNANDEZ, Brena Paula Magno. *Teoria dos Jogos: crenças, desejos, escolhas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 4. Em outras palavras, “game theory is about perfectly logical players interested only in winning. When you credit your opponents with both rationality and a desire to win, and play so as to encourage the best outcome for yourself, then the game is open to the analysis of game theory”. (POUNDSTONE, William. *Prisoner's dilemma* (1992). New York: Anchor Books, 1993, p. 44).

¹³⁷⁶ “As von Neumann used the term, a ‘game’ is a conflict situation where one must make a choice knowing that others are making choices too, and the outcome of the conflict will be determined in some prescribed way by all the choices made”. (POUNDSTONE, William. *Prisoner's dilemma* (1992). New York: Anchor Books, 1993, p. 6). Em outras palavras, “A *game* is a formal representation of a situation in which a number of individuals interact in a setting of *strategic interdependence*. By that, we mean that each individual's welfare depends not only on her own actions but also on the actions of the other individuals. Moreover, the actions that are best for her to take may depend on what she expects the other players to do” (MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael; GREEN, Jerry. *Microeconomic Theory*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 216).

Um exemplo bastante simples ilustra o que é um jogo, para a teoria dos jogos¹³⁷⁷. Suponha-se que dois irmãos resolvem dividir o último pedaço de torta que sobrou na geladeira. Em situações como essa, a experiência demonstra que uma estratégia eficiente é a do “um corta, outro escolhe”. Assim, aquele que tem a incumbência de cortar a torta terá todos os incentivos (supondo-se que tenha interesse no maior pedaço possível) a cortar a torta milimetricamente na metade. Ele supõe que seu irmão também tem interesse no maior pedaço possível. Por isso, sabe que se fizer o corte deixando um pedaço maior que o outro, sua recompensa será provavelmente menor, pois restará para si o pedaço menor. Cada irmão antecipa a conduta do outro irmão, prevendo que ambos querem o maior pedaço de torta possível. Isso é o que caracteriza o caráter de jogo – no sentido dado por von Neumann e Morgenstern – a esse conflito de interesses: a possibilidade de que se busque soluções racionais para o resultado desses conflitos de interesse. No caso, a divisão o mais igualitária possível é a melhor estratégia para ambos. Essa solução não depende de generosidade de um dos irmãos. Ela surge como a melhor opção apesar de ambos agirem no seu autointeresse¹³⁷⁸.

O jogo é um modelo abstrato que tenta representar de forma simples situações estratégicas, explicitando ao menos três elementos essenciais: *jogadores*, *estratégias* e *recompensas* (*payoffs*). Em jogos mais complicados, também a sequência das ações e as informações de que cada jogador dispõe ao agir¹³⁷⁹. Deve-se fazer a distinção entre a formulação abstrata do jogo (*game*) e as “jogadas” em concreto (*plays*). O jogo é o conjunto de regras que o descrevem. Portanto, o jogo é a formatação da interação. Cada passo jogado do jogo é uma “jogada”. Um movimento (ou “ação” -

¹³⁷⁷ Esse exemplo é retirado de POUNDSTONE, William. *Prisoner's dilemma* (1992). New York: Anchor Books, 1993, p. 43.

¹³⁷⁸ Esse exemplo seria um caso de estratégia *Minimax* (idêntica à *Maximin* em jogos de soma zero), que significa a intenção de quem joga primeiro, de minimizar as suas perdas máximas (e de maximizar o próprio ganho mínimo): “The value in the upper left cell is both the maximin (the cutter's best “realistic” outcome) and the minimax (the chooser's best realistic outcome, here expressed as what the cutter would get)” POUNDSTONE, William. *Prisoner's dilemma* (1992). New York: Anchor Books, 1993, p. 54.

¹³⁷⁹ “A game is an abstract model of a strategic situation. Even the most basic games have three essential elements: players, strategies, and payoffs. In complicated settings, it is sometimes also necessary to specify additional elements such as the sequence of moves and the information that players have when they move (who knows what when) to describe the game fully” (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, pp. 251-252).

move) é a ocasião em abstrato do exercício da escolha entre alternativas possíveis em concreto (*choice*). O conjunto de movimentos escolhidos é o que chamamos de estratégia ou perfil estratégico do jogo para cada agente (cada “jogador” - *player*)¹³⁸⁰. Para a concepção do jogo em situações de interdependência é necessário definir (i) os jogadores (quem está envolvido?); (ii) as regras (quem age quando? Quais informações eles têm quando agem? O que eles podem fazer?) (iii) os resultados (para cada possível arranjo de ações pelos jogadores, qual o resultado do jogo?) e as (iv) recompensas (quais são as preferências, em termos de utilidade, dos jogadores em relação aos possíveis resultados?)¹³⁸¹. Os *jogadores* são os sujeitos interrelacionados; as *estratégias* são delimitadas pelos jogadores, de acordo com as *regras* e em função das *preferências*, estruturadas na forma de *recompensas*. Fatores complicadores como o número de jogadores, a sequência de jogos, as informações disponíveis para cada jogador e a construção condicionada das estratégias podem dificultar a compreensão, representação e assertividade do modelo de jogo, mas ainda assim sua utilização pode trazer contribuições interessantes para a compreensão de ambientes interativos como o processo judicial.

O aporte inicial da teoria dos jogos para as ciências sociais foi para modelos econômicos e situações de guerra¹³⁸², na medida em que essas situações lidam com cooperação e competição, pressuposto para utilização desse tipo de ferramenta de

¹³⁸⁰ “First, one must distinguish between the abstract concept of a game, and the individual plays of that game. The game is simply the totality of the rules which describe it. Every particular instance at which the game is played - in a particular way - from beginning to end, is a play. Second, the corresponding distinction should be made for the moves, which are the component elements of the game. A move is the occasion of a choice between various alternatives, to be made either by one of the players, or by some device subject to chance, under conditions precisely prescribed by the rules of the game. The move is nothing but this abstract 'occasion', with the attendant details of description, - i.e. a component of the game. The specific alternative chosen in a concrete instance - i.e. in a concrete play - is the choice. Thus the moves are related to the choices in the same way as the game is to the play. The game consists of a sequence of moves, and the play of a sequence of choices. Finally, the rules of the game should not be confused with the strategies of the players”. NEUMANN, John Von (1903-1957); MORGENSTERN, Oskar (1902-1977). *Theory of games and economic behavior* (1944). 3ª Ed.(1953) Reimp. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 49.

¹³⁸¹ “To describe a situation of strategic interaction, we need to know four things: (i) The players: Who is involved? (ii) The rules: Who moves when? What do they know when they move? What can they do? (iii) The outcomes: For each possible set of actions by the players, what is the outcome of the game? (iv) The payoffs: What are the players' preferences (i.e., utility functions) over the possible outcomes?” (MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael; GREEN, Jerry. *Microeconomic Theory*. New York: Oxford University Press, 1995, pp. 219-220).

¹³⁸² O clássico SCHELLING, Thomas C. *The strategy of conflict* (1960). New Ed. Cambridge: HUP, 1980 é um exemplo disso.

análise¹³⁸³. Essa mesma racionalidade permite que se utilize esse tipo de ferramenta no direito¹³⁸⁴, com ainda mais complexidade haja vista a dificuldade de quantificação das recompensas relativas a cada ação¹³⁸⁵.

3.3. As dificuldades de implementação de uma teoria dos jogos aplicada para o processo civil

*“Il processo nasce e si crea volta per volta, mossa per mossa, così come lo modellano in maniera imprevista e imprevedibile le combinazione spesso bizzarre delle forze contrapposte che vi si scontrano”*¹³⁸⁶. (Piero Calamandrei, 1950)

Como vimos, o processo se desenvolve mediante a concatenação de atos sequencialmente coordenados pelo fio condutor da atividade comunicativa das partes. As inúmeras intervenções dos sujeitos processuais têm, durante o processo, a potencialidade de influenciar a atividade dos demais sujeitos. As normas processuais estruturam incentivos para que a atividade parcial das partes possa levar, no agregado, a um resultado adequado na apuração dos fatos e na interpretação do direito, pelo julgador. Porém, não se pode perder de vista que esse espaço de comunicação é permeado por um intento de vitória de ambos os lados. As partes têm interesses antagônicos e, por isso, estudam-se mutuamente ao longo de todo o processo, tentando encontrar os pontos fracos da argumentação da parte contrária com vistas à obtenção de pequenas vantagens processuais ao longo da tramitação do feito, que levem à vitória final¹³⁸⁷.

¹³⁸³ ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 12.

¹³⁸⁴ O trabalho monográfico pioneiro é BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert; PICKER, Randal. Game Theory and the Law (1994). Reimp. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

¹³⁸⁵ ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 13.

¹³⁸⁶ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 29.

¹³⁸⁷ “Così, pur non perdendo di vista il fine ultimo del processo che è la vittoria, i competitori continuano a studiarsi per tutto il corso del processo come due schermidori sulla pedana: e la partita viene a spezzettarsi in una serie di episodi, in ognuno dei quali i loro sforzi sono immediatamente indirizzati a

É claro que o resultado do processo não pode ser compreendido como a soma das pequenas vitórias intermédias de cada parte, mas esses pequenos trunfos durante a estrutura do jogo sequencial podem ser analisados como pequenos espaços de interação subjetiva¹³⁸⁸. Não se deve pensar o processo como a soma de vitórias intermediárias, pois vitórias em matérias processuais não levam a vitórias em matérias de direito substancial. Em alguma medida, no entanto, a analogia é válida, ainda que o “jogo” do processo tenha contornos distintos em razão de alguns “pontos” serem meramente instrumentais.

Nessa cadeia sequencial de espaços de ação outorgados pela instituição processual, os sujeitos exercem estratégias bastante complexas, condicionadas às estratégias desempenhadas pela contraparte. Entretanto, em que pese a adequação da analogia do processo como jogo sequencial e da potencial utilidade do uso das ferramentas fornecidas pela teoria dos jogos, a sua implementação no processo civil acarreta algumas dificuldades.

O processo civil, tendo em vista sua estrutura de interações subjetivas, pode ser compreendido como um jogo, no sentido dado pela teoria dos jogos, pois é um *ambiente de tomada de decisões interdependentes* que contém todos os *elementos essenciais do jogo*, afora alguns fatores complicadores adicionais.

Em primeiro lugar, no que tange à situação dos litigantes¹³⁸⁹, o processo é um *ambiente de tomada de decisões interdependentes* na medida em que (a) as decisões tomadas por um dos sujeitos do processo *condicionam e/ou limitam* a tomada de decisão

consequire un vantaggio parziale, un ‘punto’ che rimanga acquisito a suo favore e possa concorrere ad assicurargli, quando si dovranno tirare le somme, la vittoria finale”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 28.

¹³⁸⁸ “Il processo è costituito così da un serrato susseguirsi di *chances*, alternativamente offerte all’una o all’altra parte: chi non sa prevedere la *chance* favorevole che una sua mossa imprudente può dare all’avversario, chi non sa servirsi al momento buono della *chance* che l’avversario gli offre, rischia di perder la causa”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 28.

¹³⁸⁹ Registre-se que a atividade do julgador é, por óbvio, dependente (limitada, condicionada e influenciada) das decisões tomadas por cada uma das partes. O escopo do presente trabalho, entretanto, é iluminar a relação de interdependência existente entre os sujeitos parciais.

dos demais, em ao menos três aspectos: (a.1.) limitação da abrangência do objeto da discussão, em função dos poderes dispositivos relativos ao direito material conferidos às partes (com reflexos inclusive na manutenção da litispendência); (a.2.) a utilização de determinados procedimentos por uma das partes pode limitar o âmbito de atuação da contraparte e (a.3.) a utilização ou não de determinados meios recursais por uma das partes pode limitar o âmbito de rediscussão para a contraparte. O processo pode ser compreendido também como um ambiente de tomada de decisões interdependentes na medida em que as atitudes de um sujeito (b) *influenciam* a tomada da decisão dos demais, tendo em vista o caráter comunicativo (contraditório como influência) do processo judicial, em ao menos duas formas (b.1.) o uso dos argumentos por uma parte influencia a outra a contrastá-los nas suas manifestações, sob pena de prejuízos jurídicos, (b.2.) a utilização de determinados meios de prova por uma parte influencia a atividade probatória que será desempenhada pela contraparte.

Em segundo lugar, no que tange aos *jogadores*, o processo tem uma formação bastante plural. Para além da formação com e sem o sujeito imparcial (juiz), pode-se pensar em jogos simples, que envolvam autor e réu, ou mais complexos, que envolvam litisconsortes em pontual discordância na atuação (autor-autor; réu-réu), jogos que envolvam terceiros interventores (autor-terceiro; réu-terceiro), ou um conjunto de interesses antagônicos (parte 1-parte 2-parte 3). Em suma, a estrutura subjetiva do processo judicial e a tendência de uma despolarização dos interesses¹³⁹⁰ representam terreno fértil – muito embora penoso – para compreensão do processo como jogo no sentido dado pela teoria dos jogos.

Em terceiro lugar, no que tange às *estratégias*, é facilmente verificável que a potencial divergência de interesses entre os sujeitos processuais permite a construção de estratégias de conflito e cooperação entre eles¹³⁹¹. O processo é, no seu

¹³⁹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e 'zonas de interesse': sobre a migração entre polos da demanda. In: Revista da SJRJ, nº 26. Rio de Janeiro, 2009, pp. 19-55.

¹³⁹¹ “Um processo diante de um juiz é focado por cada parte com uma estratégia diferente com o objeto de levar a decisão ao terreno do benefício próprio ou da parte representada. Um advogado sabe que tem que preparar, para a defesa de seu cliente, uma estratégia, basicamente argumentativa, que contradiga a elaborada pela parte oposta, de tal modo que as probabilidades de êxito, pelo menos de êxito relativo, sejam maiores que as de fracasso” ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 13.

desenvolvimento real, um espaço de desenvolvimento de estratégias pelos sujeitos processuais, estratégias, estas, que podem ser reversíveis ou irreversíveis (limitada essa reversibilidade por exigência de natureza ética – boa-fé, por exemplo – ou mesmo procedimental – preclusões temporais e consumativas, por exemplo), cooperativas ou não-cooperativas (quando buscam objetivos distintos ou quando convergem no seu objetivo, inclusive potencializando sua chance pelo agir convergente). Pode-se dizer que a metáfora de Calamandrei, do “*giuoco per vincere*”¹³⁹², aplica-se com algumas nuances. É verdade que a estratégia de buscar a vitória é o tendencial objetivo das partes no processo. Porém, como bem observa Taruffo, as partes (e seus advogados) não se envolvem necessariamente na chamada “dimensão epistêmica do processo”, na medida em que sua atividade estratégica não tem comprometimento inexorável com a verdade, mas com a confirmação – probatória ou não – das hipóteses (ou narrativas processuais) expostas¹³⁹³. Assim, o objetivo das partes não é necessária e nem potencialmente a adequada interpretação e aplicação do direito conjugada com a apuração o mais próximo possível da verdade. A estratégia tem por objetivo que prevaleça a tese exposta, seja ela correspondente à verdade e a uma adequada interpretação e aplicação do direito ou não.

Por fim, no que tange às *recompensas*, sua discussão assume a necessidade de um tratamento adequado da *maximização de utilidade* buscada pelos sujeitos parciais no processo judicial. Justamente aqui é que o processo encontra a maior dificuldade de se receber aportes úteis da teoria dos jogos, já que é preciso revisitar os axiomas que guiam o comportamento humano, dentro e fora do processo, tema abordado no capítulo anterior, temperando-os com as premissas de limitação da racionalidade.

¹³⁹² CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 26.

¹³⁹³ “Por conseguinte, resulta claramente confirmado que a atividade das partes não pode ser posta no âmbito da dimensão epistêmica do processo. Pode-se, aliás, dizer que se (e na medida em que) o processo for epistemologicamente direcionado (tendo, pois, como fim a descoberta da verdade), isso acontecerá *apesar* da atividade defensiva desenvolvida pelas partes. Essas, de fato, encontram-se tipicamente na situação que se poderia definir, na terminologia de Norbert Elias, como *envolvimento*, ou seja, na situação tipicamente contraindicada para uma busca objetiva e desinteressada da verdade”. TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 200.

A compreensão do processo como jogo (no sentido outorgado pela teoria dos jogos e, portanto, para além do seu aspecto bélico ou lúdico) permite, ainda, algumas considerações. A dinâmica do debate judicial é, naturalmente, a de um jogo de informações incompletas, na medida em que, ao menos na estrutura processual da tradição romano-germânica, as partes não dispõem, previamente, de todas as informações obtidas pela contraparte. Além disso, a existência de um agente que “age em nome” da parte principal (o procurador) é fator de assimetria informacional relativamente ao próprio desenvolvimento do litígio¹³⁹⁴. O problema clássico de informação assimétrica¹³⁹⁵ e incompleta (para ambos os agentes em razão das informações que a outra parte detém) dificulta a formatação das estratégias para os agentes¹³⁹⁶. A informação correta tem papel central na definição das estratégias, tanto em relação à própria situação e capacidade, quanto às do oponente¹³⁹⁷. As vicissitudes da informação, assim, têm enorme relevância para a estruturação dos jogos processuais.

O processo pode ser concebido como um jogo de soma zero¹³⁹⁸. Nesse tipo de jogo, a vitória de um é a derrota de outro. Interessam, para o processo, as duas formações de interação estratégica: interações sequenciais e interações simultâneas¹³⁹⁹. Quando da interação na forma de um jogo, é necessário verificar qual

¹³⁹⁴ Para uma análise das implicações do problema de agência no direito, ver POSNER, Eric A.. Agency Models in Law and Economics. In: University of Chicago Law School, John M. Olin Law and Economics Working Paper nº 92, 2000, disponível em < <https://ssrn.com/abstract=204872>>, acesso em 11.03.2018. Especificamente no conflito parte-advogado, ver GILSON, Ronald; MNOOKIN, Robert. Disputing through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation. In: Columbia Law Review, Vol. 94, nº 2, Mar., 1994, pp. 509-566. Para mais referências, remetemos ao capítulo da presente tese, atinente ao tema.

¹³⁹⁵ Que na microeconomia é considerado uma “falha de mercado”, já que “markets may not be fully efficient when one side has information that the other side does not (asymmetric information)” (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 641).

¹³⁹⁶ É o problema enfrentado em BEBCHUK, Lucian. Litigation and settlement under imperfect information. In: Rand Journal of Economics, vol. 15, nº 3, 1984, pp. 404-415.

¹³⁹⁷ ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 13.

¹³⁹⁸ “The interests of the players in a game may be in strict conflict; on person’s gain is always another’s loss. Such games are called *zero-sum*. But more typically, there are zones of commonality of interests as well as of conflict; there can be combinations of mutually gainful or mutually harmful strategies. Nevertheless, we usually refer to the other players in a game as one’s rivals” (DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life. New York: Norton & Company, 1991, p. 85).

¹³⁹⁹ “The essence of a game of strategy is the interdependence of the players’ decisions. These interactions arise in two ways. The first is *sequential* (...). The players make alternating moves. Each player, when it is his turn, must look ahead to how his current actions will affect the future, actions of

das duas formas de interação estará presente¹⁴⁰⁰. O mesmo ocorre no processo. Em primeiro lugar, cumpre observar que é da estrutura da teoria dos jogos a diferenciação entre jogos simultâneos e jogos sequenciais. Como vimos, a dinâmica de coordenação das normas processuais define uma *ordem* para as manifestações das partes e, em alguns casos, essa ordem impõe manifestações sequenciais e, em outros, manifestações simultâneas. Na prática, essa é a estrutura típica de jogos complexos, nos quais há uma mescla entre jogos simultâneos e jogos sequenciais. Nesses casos, “a combination of these techniques must be employed to think about and determine one’s best choice of actions”¹⁴⁰¹. A potencial forma sequencial das “jogadas” processuais, assim, não impede a aplicação da teoria.

No jogo sequencial, há uma cadeia linear de prognose. Esse tipo de jogo é estudado por meio de árvores de decisão, mediante a aplicação de uma regra simples: olhe para frente, raciocine regressivamente¹⁴⁰². Nas várias intersecções dessa árvore de decisão, haverá diferentes rodadas de jogos, uma jogada após a outra. Quando faz escolhas, a pessoa deverá olhar para frente, não apenas para suas futuras chances, mas também para as chances dos demais. Há uma necessidade de exercer prognose e regressão (“colocando-se na pele dos outros”)¹⁴⁰³.

Diz-se que uma estratégia é dominante quando uma das estratégias é a de maior utilidade em relação a todas as demais. Em situações como essa, o jogador tem

others, and his own future actions in turn. The second kind of interactions is *simultaneous* (...). The players act the same time, in ignorance of the others’ current actions” (DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 33).

¹⁴⁰⁰ “When you find yourself playing strategic game, you must determine whether the interaction is simultaneous or sequential. Some games such as football have elements of both” (DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 33).

¹⁴⁰¹ DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 86.

¹⁴⁰² “The moves in a game may be sequential or simultaneous. In a game of sequential moves, there is a linear chain of thinking (...). Such game is studied by drawing the *game tree*. The best choices of moves can be found by applying Rule 1: Look forward, and reason backward”. (DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 85).

¹⁴⁰³ DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 36.

conforto na escolha da estratégia pois sabe que obterá o maior resultado possível¹⁴⁰⁴. A dominância ligada à estratégia dominante é a dominância de uma em relação a todas as demais estratégias, mas não com relação aos ganhos do outro jogador: “a dominant strategy is one that makes a player better off than *he* would be *if the used any other strategy* no matter what strategy his opponent uses”¹⁴⁰⁵. Se um dos jogadores não tem uma estratégia dominante (pois a dominância depende da jogada da contraparte), mas a contraparte possui uma estratégia dominante, então isso tem de ser usado como informação para que se antecipe a jogada daquele que tem predisposta a maximização da utilidade em uma das estratégias¹⁴⁰⁶. De outro lado, chama-se estratégia dominada aquela que é pior que todas as outras¹⁴⁰⁷. Nesse tipo de situação, o “agente” deve eliminar todas as estratégias dominadas de sua consideração para seguir em diante na escolha da melhor estratégia¹⁴⁰⁸.

Esse tipo de situação é mais fácil de se visualizar no exemplo dos jogos simultâneos, em que a jogada de um é concomitante à jogada do outro. Um exemplo disso é o chamado dilema dos prisioneiros¹⁴⁰⁹. O exemplo ganhou notoriedade ultimamente no direito brasileiro pela sua aplicação ao problema das colaborações premiadas¹⁴¹⁰. Nesse caso, como nenhum dos dois jogadores conhece a estratégia do outro nem podem combinar entre si, cada um deve antecipar todas as possíveis estratégias do outro, combinando-as com as suas (cujos resultados são parcialmente

¹⁴⁰⁴ DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 59.

¹⁴⁰⁵ DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 65.

¹⁴⁰⁶ “If you do not have a dominant strategy, but your rival does, then anticipate that he will use it, and choose your best response accordingly” (DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 66).

¹⁴⁰⁷ DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 67.

¹⁴⁰⁸ DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 69.

¹⁴⁰⁹ AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 7: “To make headway in understanding the vast array of specific situations which have this property, a way is needed to represent what is common to these situations without becoming bogged down in the details unique to each. Fortunately, there is such a representation available: the famous *Prisoner’s Dilemma* game”

¹⁴¹⁰ Nesse sentido, ver ROSA, Alexandre Morais da. *Para Entender A Delação Premiada Pela Teoria Dos Jogos: Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico*. Florianópolis: Modara, 2018. O exemplo pode ter aplicação no processo civil (improbidade administrativa) na situação dos acordos de leniência.

conhecidos previamente), para encontrar o equilíbrio¹⁴¹¹. Simplesmente assumir o autointeresse e a maximização, nesse caso, levaria a que ambos tivessem resultados piores. Por essa razão, faz-se um exercício de prognose do tipo “o que ele pensa que eu penso que ele vai fazer”¹⁴¹².

Em inúmeras situações, os comportamentos esperados pelo ordenamento não seriam desempenhados não fosse a sistematização de incentivos. Os incentivos podem levar a comportamentos cooperativos. O direito faz isso, especialmente, quando estrutura situações processuais na forma de ônus. Em última análise a modificação desses *payoffs* em função das consequências jurídicas previstas pode tornar uma estratégia¹⁴¹³ específica em estratégia dominante, quando comparada a uma estratégia de não-cooperação. A alteração da matriz de custos e benefícios funciona como um fator de alteração dos resultados do jogo¹⁴¹⁴. O papel dos incentivos então é importantíssimo.

A análise da teoria dos jogos demonstra que nem sempre é benéfico agir antes em jogos de natureza sequencial. O primeiro jogador sempre acaba passando informações úteis para a jogada subsequente do seu oponente. A segunda jogada tende a estar em uma situação estratégica melhor¹⁴¹⁵. Esse é um exemplo que pode ser aplicado, facilmente, para casos como a da antecipação de defesas em caso de arguição de arbitragem e competência, p. ex. Ou ainda no caso de sustentação oral ou de recurso condicionado.

¹⁴¹¹ AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, pp. 15-16.

¹⁴¹² “So, the assumption of self-interest is really just an assumption that concern for others does not completely solve the problem of when to cooperate with them and when not to” (AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 7).

¹⁴¹³ “In general, a *strategy* (or *decision rule*) is a specification of what to do in any situation that must arise” (AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation* (1984). Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006, p. 14).

¹⁴¹⁴ BECKER, Laércio Alexandre. O dilema dos litigantes: Processo civil e teoria dos jogos. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 70.

¹⁴¹⁵ “The general point is that in games it is not always an advantage to seize the initiative and move first. This reveals your hand, and the other players can use this to their advantage and your cost. Second movers may be in the stronger strategic position” (DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 30).

Afora isso, em perspectiva macro, a teoria dos jogos permite compreender a própria funcionalidade da justiça civil como um problema de ação coletiva não-cooperativa, na medida em que a existência de um litígio pendente repercute na situação dos demais litígios pendentes dadas as limitações de recursos humanos, financeiros, espaciais e temporais da justiça civil. A justiça civil, como recurso ou bem público, pode ser objeto de condutas aventureiras a ponto de significar um uso indiscriminado¹⁴¹⁶ a levar a justiça civil ao problema da tragédia dos comuns ou baldios¹⁴¹⁷.

Como não é de se menosprezar, “depender da teoria dos jogos é no mínimo perigoso. Ainda mais quando é apropriada dessa forma *naïve*, que desconsidera até mesmo seus limites epistemológicos externos”¹⁴¹⁸. Nessa medida, mais do que uma defesa da sua aplicação para o processo, passa-se a expor algumas de suas limitações, de modo a conferir ao operador do direito maior acurácia na formatação das prognoses.

¹⁴¹⁶ “When one person uses a common resource, she diminishes other people’s enjoyment of it. Because of this negative externality, common resources tend to be used excessively. The government can solve the problem by using regulation or taxes to reduce consumption of the common resource. Alternatively, the government can sometimes turn the common resource into a private good” (MANKIW, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, pp. 224-225).

¹⁴¹⁷ Uma derivação do problema da “tragédia dos comuns” (termo cunhado por HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. In: *Science*. Vol. 162, Issue 3859, 1968, pp. 1243-1248) aplicada ao sistema de justiça. Em linhas gerais, a tese é a de que as escolhas individuais em ambientes sem a delimitação de direitos de propriedade podem levar à saturação: “The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy” (p. 1244). O problema já havia sido apontado por Hume: “Dois vizinhos podem concordar em drenar um prado que possuem em comum, porque é fácil para cada um saber o que o outro pensa; e cada um deve perceber que a consequência imediata da falha na execução de sua parte é o abandono de todo o projeto. Mas é muito difícil, e na verdade até impossível, que mil pessoas se ponham de acordo em uma ação desse tipo; pois é difícil conceberem juntas um plano tão complicado, e ainda mais difícil executá-lo, quando cada uma busca um pretexto para se livrar do trabalho e dos custos, e gostaria de jogar toda a carga sobre as outras” (HUME, David (1711-1776). *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais* (1739). 2ª Ed. Trad. Débora Danowski. São Paulo: UNESP, 2009, pp. 577-578). Sobre a aplicação do tema ao problema do acesso à justiça civil, no Brasil, ver GICO JR., Ivo Teixeira. *A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Economia, 2012; MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 155-214 e GONÇALVES, Jéssica. *Acesso à justiça e teoria dos jogos: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 198-202.

¹⁴¹⁸ BECKER, Laércio Alexandre. O dilema dos litigantes: Processo civil e teoria dos jogos. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: SAFE, 2012, p. 108.

Algumas dessas limitações merecem atenção, justamente por imporem fatores complicadores que acarretam dificuldades na implementação das suas ferramentas teóricas.

Em primeiro lugar, a estrutura do processo judicial, por contar com a característica da heterocomposição do conflito, como regra, cria dificuldades operativas na medida em que a maioria de seus atos tem finalidade meramente estimulante (e não determinante dos efeitos). Independentemente da “jogada”, haverá a necessidade de que um juiz decida em torno das estratégias defensivas desenvolvidas pelos jogadores. A formulação de jogos com um terceiro pode ser resolvida de duas formas. De um lado, a inclusão do juiz como jogador. Nesse caso, a dificuldade está em se conseguir precificar as “jogadas” desse agente e seus *payoffs*, uma vez que ele é vinculado ao direito e às estratégias das partes. De outro lado, pode-se desprezar todas as jogadas em que o ato tem finalidade estimulante, reduzindo-se a aplicação da teoria dos jogos aos atos determinantes. Nesse espaço, há grande utilidade na utilização de modelos de jogos para construção de acordos. Os meios adequados de solução de conflitos de maneira autocompositiva são uma área na qual a teoria dos jogos tem muita utilidade. Da mesma forma na formatação de negócios processuais. Um pequeno espaço de desenvolvimento também pode ser o tema dos recursos condicionados, como o recurso adesivo e a apresentação de impugnação em sede de contrarrazões. Tem-se, inequivocamente, um fator de limitação prática da aplicação da teoria dos jogos ao processo civil.

Além disso, o processo é um ambiente de tomada de decisão mediante informação incompleta. Nas estruturas processuais como a brasileira, em que os deveres probatórios são pontuais, há uma incompletude ainda maior. O custo de obtenção da informação também gera uma tendência à incompletude. As decisões tomadas pelos sujeitos processuais o são em um ambiente de informação incompleta, o que, se não inviabiliza, dificulta drasticamente a utilização da *teoria dos jogos* (e mesmo da *decision analysis*), no processo¹⁴¹⁹. Por fim, os axiomas da racionalidade na forma como

¹⁴¹⁹ Para uma tentativa de construção metodológica de modelos estratégicos de atuação processual com base na *decision analysis* e mediante consideração dos problemas de limitação da racionalidade, ver o excelente CELONA, John. *Winning at litigation through decision analysis. Creating and executing winning strategies in any litigation or dispute*. Cham: Springer, 2016. O livro demonstra ser possível

questionados pela economia comportamental dificultam a modelagem adequada das recompensas de cada jogador, na medida em que nem sempre o indivíduo age em respeito à completude e transitividade, especialmente numa relação dinâmica como o processo.

4. A estratégia processual para além do direito

4.1. A estratégia como exigência de comportamento limitadamente racional dos sujeitos em interação processual

É possível, com isso, passar a delimitar o componente estratégico da realidade processual civil. O termo estratégia, aqui, é entendido a partir da linguagem da teoria dos jogos¹⁴²⁰, que distingue entre jogos de habilidade, jogos de álea e jogos de estratégia. Os últimos são aqueles em que o melhor curso de ação de um agente depende da atividade dos demais agentes. O termo, de origem grega, foi inicialmente utilizado na linguagem de guerra (o *strategos* – στρατηγός - seria o general, em linguagem atual) e a sua atuação pautava-se pela *strategike episteme* (conhecimento-informação do general) e pela *strategon sophia* (conhecimento-erudição do general)¹⁴²¹. Estratégia, assim, era entendida como a arte da guerra¹⁴²². Seu uso, entretanto, como uma expressão com

modelar árvores de decisão apuradas, porém a necessidade de se valer da probabilidade para aferimento dos *payoffs* dificulta sobremaneira a modelagem.

¹⁴²⁰ “Strategy is also frequently presented as a duel, a clash of two opposing wills. This reflects the term’s military origins and regular comparisons to a wrestling match. It can also be the result of the simple modeling of conflicts encouraged by game theory with the standard two-by-two matrix. Few situations involving strategy are so simple”. FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. xi.

¹⁴²¹ Tudo conforme FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 72.

¹⁴²² “Strategy is the art of making war upon the map, and comprehends the whole theater of operations. Grand Tactics is the art of posting troops upon the battle-field according to the accidents of the ground, of bringing them into action, and the art of fighting upon the ground, in contradistinction to planning upon a map. Its operations may extend over a field of ten or twelve miles in extent. Logistics comprises the means and arrangements which work out the plans of strategy and tactics. Strategy decides where to act; logistics brings the troops to this point; grand tactics decides the manner of execution and the employment of the troops”. JOMINI, Antoine Henri de (1779-1869). *The Art of War* (1862). Restored Edition. Trad. G.H. Mendell e W.P. Craighill. Kingston: Legacy Books Press Classics, 2008, pp. 46-47. Não à toa, é comum na literatura de guerra a utilização desse título. São exemplos os clássicos: TZU, Sun (544a.C.-496a.C.). *A arte da guerra* (data desconhecida). Trad. Sueli. Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2006 e MACHIAVELLI, Niccolò (1469-1527). *Dell'arte della guerra* (1521). Firenze: Einaudi, 1971. Mais recentemente JOMINI, Antoine Henri de (1779-1869). *The Art of War* (1862). Restored Edition. Trad. G.H. Mendell e W.P. Craighill. Kingston: Legacy Books Press Classics, 2008.

sentido específico na linguagem corrente é do século XIX¹⁴²³. Desde então, é compreendida como a aplicação de meios com vistas à vitória na guerra¹⁴²⁴. Ao lado da estratégia, a tática: a primeira ligada ao planejamento e a segunda à execução desse planejamento¹⁴²⁵.

A abordagem do presente trabalho difere dessa perspectiva militarista do conceito de estratégia e se aproxima mais ao uso amplo que hoje o termo tem recebido¹⁴²⁶. Busca-se compreender a estratégia (e, por consequência, o agir estratégico) como um termo mais amplo que pode ser utilizado em uma multiplicidade de matérias e

¹⁴²³ “The word *strategy* only came into general use at the start of the nineteenth century. Its origins predated Napoleon and reflected the Enlightenment’s growing confidence in empirical science and the application of reason” (FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 72). São exemplos: CLAUSEWITZ, Carl von (1780–1831). *On War* (1832). Trad. Michael Howard e Peter Paret. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 93; JOMINI, Antoine Henri de (1779-1869). *The Art of War* (1862). Restored Edition. Trad. G.H. Mendell e W.P. Craighill. Kingston: Legacy Books Press Classics, 2008, p. 46. Porém, como ressalva Freedman, “if we consider strategy to be a particular sort of practical problem-solving, it has existed since the start of time. Even if the word was not always in use, we can now look back and observe how personalities engaged in activities that would later be called strategy” FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 72. Até hoje estratégia é um conceito central na literatura de guerra, ainda, que mudando a forma de enfrentamento dos conflitos da guerra física, à guerra fria e à guerra ao terror: HART, B.H. Liddell (1895-1970). *Strategy: the indirect approach* (1929). 2ª Ed. Rev. New York: Fredrick A. Praeger Publishers, 1967; SCHELLING, Thomas C. *The strategy of conflict* (1960). New Ed. Cambridge: HUP, 1980; HENG, Yee-Kuang. *War as risk management. Strategy and Conflict in an Age of Globalised Risks*. New York: Routledge, 2006, em especial pp. 144-161.

¹⁴²⁴ “The original means of strategy is victory – that is, tactical success; its ends, in the final analysis, are those objects which will lead directly to peace. The application of these means for these ends will also be attended by factors that will influence it to a greater or lesser degree”. CLAUSEWITZ, Carl von (1780–1831). *On War* (1832). Trad. Michael Howard e Peter Paret. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 93.

¹⁴²⁵ “The conduct of war, then, consists in the planning and conduct of fighting. If fighting consisted of a single act, no further subdivision would be needed. However, it consists of a greater or lesser number of single acts, each complete in itself, which, as we pointed out in Chapter 2 of Book I, are called ‘engagements’ and which form new entities. This gives rise to the completely different activity of planning and executing these engagements themselves, and of coordinating each of them with the others in order to further the object of the war. One has been called tactics, and the other strategy. The distinction between tactics and strategy is now almost universal, and everyone knows fairly well where each particular factor belongs without clearly understanding why. Whenever such categories are blindly used, there must be a deep-seated reason for it. We have tried to discover the distinction, and have to say that it was just this common usage that led to it. We reject, on the other hand, the artificial definitions of certain writers, since they find no reflection in general usage. According to our classification, then, tactics teaches the use of armed forces in the engagement; strategy, the use of engagements for the object of the war”. CLAUSEWITZ, Carl von (1780–1831). *On War* (1832). Trad. Michael Howard e Peter Paret. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 74.

¹⁴²⁶ “Strategy provides a way into a whole range of discourses: abstract formulations of what it means to act rationally and postmodern musings on domination and resistance; propositions on causation and insights into the working of the human brain; and practical advice on how best to catch enemies in battle, undermine rivals in elections, and launch a new product into the market.” FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. xiv.

atividades que exigem planejamento (escolha de objetivos, otimização de recursos e sistematização de métodos) e comportam uma série de variáveis¹⁴²⁷, atinentes especialmente ao sistema de incentivos ditados pela instituição processual. A menção ao termo estratégia, nesse trabalho, tem por finalidade focar no aspecto de prognose, na tentativa de identificar ações futuras, em vista de objetivos, capacidades e limitações de cada agente¹⁴²⁸. Em suma, estratégia aqui pressupõe a construção do equilíbrio entre finalidades, modos e meios, mediante identificação de objetivos e consideração dos recursos e dos métodos disponíveis para atingir esses objetivos, quando outros podem frustrar os planos em razão de diferentes – e possivelmente opostos – interesses e considerações, no âmbito das permissões institucionais¹⁴²⁹. Daí porque estratégia é mais do que planejamento: é planejamento em situações de atual ou potencial conflito de interesses¹⁴³⁰, de oposição entre vontades em ambiente hostil¹⁴³¹.

Ao tratar de estratégia, mais do que simplesmente o aspecto bélico do uso da força, o que se pretende é demonstrar que a atividade processual das partes é

¹⁴²⁷ ABREU, Carlos Pinto de. *Estratégia Processual. De uma visão bélica para uma perspectiva meramente processual*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 11. Por essa razão aproxima-se nosso conceito daquele utilizado pela literatura de negócios (o chamado “planejamento estratégico”). Sobre o tema, ver, por todos, MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. *Strategy Safari*. New York: Free Press, 1998. Ver, ainda, MINTZBERG, Henry. *Tracking Strategies. Toward a General Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007, para quem, inspirado em SIMON, Herbert (1916-2001). *Models of Man: Social and Rational*. New York: John Wiley and Sons, Inc., 1957, estratégia, mais do que apenas planejamento, é *padrão (pattern)*, é a série de ações (e não somente decisões deliberadas) que determinam o comportamento ao longo de um dado período de tempo (pp. 1-2).

¹⁴²⁸ “Yet strategy remains the best word we have for expressing attempts to think about actions in advance, in the light of our goals and our capacities. It captures a process for which there are no obvious alternative words, although the meaning has become diluted through promiscuous and often inappropriate use”. FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. x

¹⁴²⁹ Estratégia como “the choice between the various options permitted by the rules” (RAZ, Joseph. *Practical reason and norms* (1975). 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 120).

¹⁴³⁰ “There is no agreed-upon definition of strategy that describes the field and limits its boundaries. One common contemporary definition describes it as being about maintaining a balance between ends, ways, and means; about identifying objectives; and about the resources and methods available for meeting such objectives. This balance requires not only finding out how to achieve desired ends but also adjusting ends so that realistic ways can be found to meet them by available means. This process can describe the simplest tasks, but when the ends are easily reached, when inanimate objects rather than other people are involved, and when very little is at stake, this barely counts as strategy. By and large, strategy comes into play where there is actual or potential conflict, when interests collide and forms of resolution are required. This is why a strategy is much more than a plan. A plan supposes a sequence of events that allows one to move with confidence from one state of affairs to another. Strategy is required when others might frustrate one’s plans because they have different and possibly opposing interests and concerns.” FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. xi.

¹⁴³¹ ABREU, Carlos Pinto de. *Estratégia Processual. De uma visão bélica para uma perspectiva meramente processual*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 29.

presidida por uma coordenação entre barganha¹⁴³² e persuasão¹⁴³³, ameaças (ou blefes) e ações¹⁴³⁴, razão e intuição¹⁴³⁵. A estratégia é livre, na medida em que ela não é prescrita imperativamente pelas normas processuais. Sua função está justamente em indicar melhores ou piores caminhos naqueles espaços de liberdade outorgados pelas normas processuais¹⁴³⁶. A estratégia pressupõe o conhecimento das regras que constituem a atividade a ser desempenhada (a instituição processual). Para estabelecer o plano estratégico, pressupõe-se o conhecimento dos comportamentos permitidos e dos

¹⁴³² “To study the strategy of conflict is to take the view that most conflict situations are essentially *bargaining* situations” SCHELLING, Thomas C. *The strategy of conflict* (1960). New Ed. Cambridge: HUP, 1980, p. 5.

¹⁴³³ A persuasão, no processo civil, é um dos elementos mais importantes da estratégia, na medida em que o agente decisor (estado-juiz) deve ser persuadido pelas partes a decidir em modo ‘a’ ou ‘b’. Esse tema está intimamente ligado ao das narrativas judiciais. “Not only are stories instruments of strategy, they also give form to strategy. Reinforced by cognitive theories and the role of interpretative constructs and scripts in organizing attitudes and behavior, narratives have moved to the fore in the contemporary strategic literature in military, politics, and business” FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 615. Para uma discussão em torno das narrativas parciais, no processo, e seu caráter estratégico, ver TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos* (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 51-94.

¹⁴³⁴ “So the realm of strategy is one of bargaining and persuasion as well as threats and pressure, psychological as well as physical effects, and words as well as deeds. This is why strategy is the central political art. It is about getting more out of a situation than the starting balance of power would suggest. It is the art of creating power.” FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. xii

¹⁴³⁵ “Strategic thinking can and often does start in the subconscious before it breaks into conscious thought. It can originate as apparently intuitive judgments, reflecting what can now be labeled System 1 thinking. System 1 strategies draw on an ability to read situations and see possibilities that less-strategic intelligences would miss” FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 613. A distinção entre o sistema 1 (“intuição”) e o sistema 2 (“razão”) de atividade cognitiva (a partir da assunção de um processo dual cognitivo, que se deve inicialmente a WASON, Peter; EVANS, Johnatan. *Dual Processes in Reasoning?* In: *Cognition*, nº 3, 1975, pp. 141-154) teve seu desenvolvimento na economia comportamental devido, especialmente, ao nobel de economia Daniel Kahneman (afirmadamente influenciado pelo trabalho de STANOVICH, Keith; WEST, Richard. *Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate?* In: *Behavioral and Brain Sciences*, nº 23, 2000, pp. 645–726, especificamente às páginas 658 a 660 os autores expõem pela primeira vez a distinção entre sistema 1 e sistema 2). Em síntese, o sistema 1 opera de forma automática e rápida, com pequeno ou nenhum esforço, e sem controle voluntário; o sistema 2 aloca atenção nas atividades mentais que demandam esforço, raciocínio e concentração (KAHNEMAN, Daniel. *Thinking: fast and slow* (2011). Reimp. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013, pp. 20-21). Como bem ressalva o próprio autor, os sistemas 1 e 2 são simplificações que não existem enquanto sistemas físicos no cérebro, mas funcionam como abstrações didáticas para compreensão dos dois modos de proceder da atividade cognitiva (p. 415).

¹⁴³⁶ Nesse sentido, as regras da estratégia estariam alocadas naquilo que Schauer chama de instrução (*instruction*), já que são usadas para “provide direction for success in one enterprise or task” (SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life* (1991). Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 3).

comportamentos proibidos¹⁴³⁷ e por isso a necessidade de que tratássemos das relações entre partes e juiz do ponto de vista do estatuto ético do processo.

O componente estratégico está também intimamente ligado ao caráter de interdependência da atividade dos contendores¹⁴³⁸. A situação de interdependência dos sujeitos parciais é um aspecto inescapável do processo, tendo em vista o caráter dialógico e os condicionamentos recíprocos¹⁴³⁹. O processo é, ao fim e ao cabo, um ambiente de tomada de decisões interdependentes¹⁴⁴⁰ ou, em outras palavras, decisões estratégicas¹⁴⁴¹. Pode-se falar em estratégia relativamente aos diversos processos de decisão em que partes antagônicas representam pontos de vista diferentes¹⁴⁴². O resultado será, obviamente, dependente das estratégias desenvolvidas pelos demais agentes. Essa interdependência força a que os objetivos iniciais muitas vezes tenham de

¹⁴³⁷ “Apenas se soubermos exatamente o que é o jogo, isto é, aquilo em que consiste, poderemos organizar a estratégia a seguir de uma ou de outra forma. A estratégia em si não faz parte do que é o jogo, mas pressupõe a definição do jogo ou, o que dá no mesmo, das regras que o constituem”¹⁴³⁷. Em outras palavras: “como seria possível estabelecer um plano estratégico para vencer o adversário se não soubéssemos previamente como se joga?” ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 23.

¹⁴³⁸ SCHELLING, Thomas C. The strategy of conflict (1960). New Ed. Cambridge: HUP, 1980, p. 3, nota 1.

¹⁴³⁹ “Ogni mossa fatta da una parte del processo non è causa necessaria e sufficiente dell’atto successivo della controparte, ma è soltanto un *occasione* che vien data a questa di compiere a sua volta una tra varie mosse, tutte giuridicamente possibili, tra le quali sta al suo senso di opportunità scegliere quella più adatta a neutralizzare la mossa avversaria”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 27.

¹⁴⁴⁰ SCHELLING, Thomas C. The strategy of conflict (1960). New Ed. Cambridge: HUP, 1980, pp. 15-16

¹⁴⁴¹ “Such interactive decisions are called strategic, and the plan of action appropriate to them is called a strategy”. DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life. New York: Norton & Company, 1991, p. 2. Registre-se que a presente tese não tem a pretensão de incluir como tomador de decisões estratégicas também o juiz. Isso não significa uma defesa de que o julgador não exerça posições estratégicas ao longo do desenvolvimento normal (mantida a imparcialidade) ou anormal (com afronta à imparcialidade) do processo. Trata-se de um corte metodológico. Sobre o tema das estratégias dos julgadores, ver MURPHY, Walter (1929-2010). Elements of judicial strategy (1964). Reimp. New Orleans: Quid Pro Books, 2016, em especial 163-194. Ainda no tema, ver BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph. Strategy on the United States Supreme Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, abordando estratégias ideológicas e institucionais dos julgadores da suprema corte estadunidense. São exemplos do agir estratégico do juiz a seleção de questões a serem julgadas (exemplo clássico é *writ of certiorari*, estadunidense), a forma de exposição da divergência em julgamentos colegiados, a utilização de expedientes para viabilizar autocomposição, a instituição de sanções comportamentais mais ou menos intensas, a utilização de expedientes de contraditório prévio para evitar alegações de nulidade futuras, entre outras situações. É possível pensar – fora do âmbito da juridicidade – em estratégias coordenadas (conscientes ou não) entre juiz e uma das partes. Um exemplo possível é a utilização do plantão judiciário como forma de burla ao juiz natural.

¹⁴⁴² ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 13.

ser alterados em razão dos condicionamentos recíprocos de todos os sujeitos processuais¹⁴⁴³.

É verdade, como bem lembra Robert Alexy, que a juridicidade e a racionalidade são condições do discurso jurídico parcial no processo¹⁴⁴⁴. Se o contraditório entendido como influência impõe a consideração do juiz acerca dos argumentos das partes, e se o contraditório como não-surpresa impõe que os fundamentos jurídicos que estruturam a decisão devam ser previamente debatidos pelas partes, então, por óbvio, a discussão das partes terá, sempre, um referencial jurídico e racional. Diferentemente de Alexy, entretanto, entendemos esse modo de proceder jurídico e racional, para as partes, como uma condição de sucesso da estratégia (e não do próprio discurso). A conduta da parte que desviar do cerne do debate será fadada não só ao insucesso; haverá risco de que isso infrinja o conteúdo mínimo ético do processo, na medida em que condutas protelatórias ou destituídas de fundamento podem ser sancionadas, como tratado *supra*.

Em síntese, além de um modelo de ação humana normativamente regulada – com exigências de juridicidade e racionalidade – na forma de uma instituição no sentido econômico do termo, pode-se compreender o processo também como um ambiente de ação humana estratégica, no qual, para além da matriz teleológica (em que há uma tomada de decisão entre diferentes cursos de ação, com vistas à realização de um fim, guiado por máximas, e baseado na interpretação da situação¹⁴⁴⁵), entra no cálculo do agente parcial a antecipação (prognose) das decisões dos demais agentes. O agente é chamado a escolher e calcular meios e fins em termos utilitários (de maximização da

¹⁴⁴³ “With each move from one state of affairs to another, the combination of ends and means will be reappraised. Some means will be discarded and new ones found, while some ends will turn out to be beyond reach even as unexpected opportunities come into view”. FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 611.

¹⁴⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978). Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007, pp. 304-305.

¹⁴⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action. Vol. 1. Reason and the rationalization of society* (1981). Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984, p. 85.

utilidade ou expectativa de utilidade)¹⁴⁴⁶, temperadas pelos inúmeros problemas de limitação da sua racionalidade.

Nesse tipo de modelo de ação humana, o sucesso da ação é também dependente dos demais agentes e isso se desenvolve de modo a que cada um deles oriente sua conduta com vistas ao sucesso, cooperando somente quando isso combina com seu cálculo de utilidade egoísta¹⁴⁴⁷. Paralelamente a isso, pode-se dizer que há uma inconsciente e inevitável cooperação que decorre da atividade divergente de cada parte. As partes trabalham com uma diretriz que é a de buscar a maximização de seus resultados em um contexto de racionalidade limitada. A finalidade de seu conjunto de ações é, em situações ordinárias, a vitória. A defesa da cooperação como uma exigência derivada de uma finalidade única do processo, em um ambiente de antagonismo de posições é, no mínimo, simplificador. Em verdade, cada parte busca um determinado fim, cujas bases podem ser racionais ou irracionais (pense-se no caso das ações de família que muitas vezes surgem por fatores estritamente emocionais).

Daí porque a “cooperação” dos sujeitos processuais a que faz menção o art. 6º do novo Código de Processo Civil somente pode ser concebida como o resultado natural da conformação ou ordem (nem tão) espontânea das estratégias processuais. Este resultado nada mais é do que uma externalidade positiva do próprio debate, que acaba levando elementos para a tomada de uma decisão melhor informada pelo juiz. As partes, nessa medida, tendencialmente “cooperam” com o juízo, de várias formas: (a) para uma análise fática de maior amplitude, ao aportarem diferentes versões narrativas sobre fatos; (b) para uma decisão dotada de um maior grau de corroboração de hipóteses, ao

¹⁴⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Vol. 1. Reason and the rationalization of society (1981). Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984, p. 85. Pode-se dizer, desde logo, que essa utilidade não leva em conta apenas variáveis econômicas de cunho estritamente pecuniário. O cálculo de utilidade ou bem-estar pode levar em conta outros benefícios não-pecuniários para o agente.

¹⁴⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Vol. 1. Reason and the rationalization of society (1981). Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984, p. 86. Importante observar que Habermas inicialmente havia afirmado tratar-se a discussão judicial de um típico exemplo de ação estratégica (como refere à fl. 35, nota 49, sua posição havia sido explicitada em J. Habermas and N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie* (Frankfurt, 1971), pp. 200-201), mas depois foi persuadido por Robert Alexy de que a argumentação jurídica é um caso especial de discurso prático (HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas (1927-1998). *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971, pp. 200-201).

aportarem provas, e (c) para uma interpretação do direito mais apurada, ao aportarem diferentes propostas interpretativas aos textos normativos.

4.2. O carácter estratégico do fenómeno processual

A estrutura do processo civil, no que tange às partes, é moldada a partir da premissa de que há um conflito de versões acerca de fatos ou de interpretações acerca do direito aplicável (ou ambos). A estrutura dialética do processo judicial é construída de modo a normatizar o conflito em atuações jurídicas (cuja externalidade é a promoção de um ambiente de maior amplitude argumentativa para a tomada de decisão do juiz)¹⁴⁴⁸. Na cadeia procedimental, como vimos, a sucessão de atos e fatos tem por finalidade a preparação e a influência de um ato final, decisório. Os atos, sozinhos, não têm o condão de determinar a produção do efeito final, mas têm o condão de determinar a produção de seus próprios efeitos, quais sejam, as situações jurídicas processuais¹⁴⁴⁹. Na coordenação entre o desempenho dos atos, as situações jurídicas que deles se originam, e o desempenho de atos a elas relacionados é que se estrutura o procedimento. Indiretamente, portanto, o desempenho de cada ato é um estímulo ao desempenho do próximo ato na cadeia¹⁴⁵⁰.

Tendo em vista o quanto exposto, é possível delimitar o conceito de estratégia, na sua acepção processual, como o *conjunto de ações e intenções externalizadas por meio de condutas comissivas ou omissivas na forma de atos com eficácia em um processo atual ou futuro, direcionados e articulados, deliberadamente*

¹⁴⁴⁸ “A tutela de situações jurídicas gera posições de defesa e de constantes ou potenciais ameaças e de esporádicos, intermitentes ou contínuos ataques mais ou menos sucedidos conforme a reacção do titular do direito e eficácia do sistema jurídico e da máquina judiciária. A constituição, manutenção, modificação ou extinção de relações ou situações jurídicas é uma constante de equilíbrio de forças, de sopesar de oportunidades e, quantas vezes, de guerrilha ocasional ou permanente ou de guerra aberta” ABREU, Carlos Pinto de. *Estratégia Processual. De uma visão bélica para uma perspectiva meramente processual*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 15.

¹⁴⁴⁹ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 257.

¹⁴⁵⁰ “Ogni mossa di una parte crea per l’avversario una serie di possibilità, dalle quali può darsi che riesca, abilmente destreggiandosi, a trarre profitto contrariamente a quello che il suo antagonista supponeva. In questo consiste la tattica processuale, affidata alla sagacia e al senso di responsabilità di ciascun litigante; qui è l’abilità del giuoco”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Il processo come giuoco*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 28.

ou não, para influenciar os demais sujeitos processuais em função de um objetivo de benefício, direto ou indireto, perseguido no processo ou fora dele¹⁴⁵¹.

A tomada de decisão acerca do desempenho, do modo e da extensão do ato é, assim, um espaço tático para desenvolvimento da estratégia traçada de vitória ou de obtenção de benefício igualmente autointeressado, porém distinto¹⁴⁵². Se essa tomada de decisão tem o condão de influenciar, condicionar, estimular e, muitas vezes, inclusive delimitar o espaço de atuação da contraparte, então fica claro o aspecto de interdependência da atuação processual, típico do conceito de estratégia de que lançamos mão. Todos os atos processuais são – ou ao menos deveriam ser não fossem as limitações cognitivas – fruto de uma decisão consciente em torno das opções estratégicas disponíveis naquele momento¹⁴⁵³. O desempenho de atos processuais em específico pode ser assumido como espaço de tática, assim como o agir processual das partes, como um todo, pode ser assumido como um agir estratégico. *O componente estratégico da realidade processual civil está justamente na relação de interdependência dos agentes*, que, pelo desempenho dos inúmeros atos processuais, influenciam, paulatinamente, a decisão final e o modo pelo qual vai se dar a tutela do direito.

5. Síntese conclusiva: o comportamento humano e o componente estratégico do processo civil

“Law is a behavioral system. It seeks to shape human behavior to regulate, to incentivize, to nudge

¹⁴⁵¹ A articulação baseia-se, com adaptações, no conceito de ABREU, Carlos Pinto de. *Estratégia Processual. De uma visão bélica para uma perspectiva meramente processual*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 41: “estratégia é o fluxo racional, organizado e hierarquizado de intenções e acções, consubstanciadas por atitudes ou comportamentos, actos ou omissões processuais, direccionados, consistentes, coerentes e articulados com vista a atingir as legítimas pretensões manifestadas e perseguidas pelas partes ou sujeitos do processo”. O principal fator de distinção dos conceitos está na ausência de menção ao carácter intersubjetivo (ligado aos condicionamentos recíprocos dos sujeitos processuais) no conceito do autor citado.

¹⁴⁵² “Assim, é forçoso reconhecer que o processo civil se orienta pelo agir estratégico. Vale dizer, por uma racionalidade voltada à consecução de um objetivo, à obtenção de uma vantagem, de uma vitória sobre o adversário” BECKER, Laércio Alexandre. *A erosão do sagrado processual*. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 151.

¹⁴⁵³ ABREU, Carlos Pinto de. *Estratégia Processual. De uma visão bélica para uma perspectiva meramente processual*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 32.

people to behave in some ways and not to behave in others”¹⁴⁵⁴ (Thomas Ulen, 2014).

A ação humana, fora e dentro do processo, é estruturada a partir de alguns axiomas comportamentais, estruturados pela ciência econômica e recentemente temperados pelo aporte relativo à cognição trazido pela economia comportamental. O desenvolvimento dos trabalhos pela economia comportamental permite questionar o modelo de agente econômico tradicionalmente construído: um indivíduo dotado de racionalidade ilimitada que vive para a maximização de sua utilidade. Isso não significa o abandono da contribuição do modelo da escolha racional. Esse sempre poderá servir como primeira aproximação aceitável para quem estuda qualquer ciência social. Na tomada de decisões em situações complexas de incerteza e risco como as do processo judicial, seus resultados podem não ser fidedignos, mas esse será sempre um limite de qualquer pretensão de análise econômica de fenômenos humanos. A economia comportamental, assim, busca enriquecer as ferramentas de análise, tornando esse intento de prognose um pouco mais aderente à realidade¹⁴⁵⁵. Não se trata do abandono da racionalidade, mas tão somente da incorporação de motivações para o curso de ação não somente materiais (e nem sempre voluntárias) na sua conformação. Independentemente das limitações cognitivas, no fundo estará sempre o agente buscando a satisfação de algum de seus desejos, mesmo que os meios utilizados para isso acabem conduzindo-o a resultados distintos¹⁴⁵⁶.

Do ponto de vista das interações entre os sujeitos processuais, não há dúvida que a estrutura típica de um processo judicial é a de uma mescla de cooperação e conflito. Do ponto de vista das formatações jurídico-institucionais, são delimitados incentivos para que, de um lado, a jurisdição possa desenvolver-se com vistas à tutela

¹⁴⁵⁴ ULEN, Thomas. The importance of Behavioral Law. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 93.

¹⁴⁵⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 38-39.

¹⁴⁵⁶ “The ultimate end of action is always the satisfaction of some desires of the acting man. Since nobody is in a position to substitute his own value judgments for those of the acting individual, it is vain to pass judgment on other people’s aims and volitions. No man is qualified to declare what would make another man happier or less discontented” (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 19).

dos direitos e, de outro, que as partes tenham o maior espaço de liberdade possível para desempenho de seus movimentos processuais. A formatação dessas interações é, portanto, concebida juridicamente em dupla perspectiva: o agir cooperativo do juiz e o agir estratégico e tendencialmente autointeressado das partes.

Ao lado disso, a formatação do processo como um jogo, na concepção econômico-matemática, permite que se desenvolva justamente esse aspecto estratégico da atividade das partes (ou, para utilizar a terminologia da teoria dos jogos, dos “jogadores”). Mais do que a aplicação cega de métricas de maximização de utilidade, o realce do caráter estratégico do fenômeno processual pode ser útil justamente em função do fato de que o comportamento dos sujeitos é desempenhado em um ambiente de interação. O processo tem um componente estratégico inafastável na medida em que é da sua estrutura a interação entre sujeitos com interesses divergentes. Sempre que indivíduos com interesses potencialmente divergentes encontram-se em um ambiente de interação surge a necessidade de se pensar em conformações de comportamento estratégico. A teoria dos jogos e a formulação de árvores de decisão são apenas alguns dos espaços possíveis de aplicação da economia para o processo, porém a economia comportamental tem desenvolvido uma série de ferramentas como a formatação de *nudges*, as estratégias de enviesamento, entre outras, que podem ser utilizadas pelas partes nas suas movimentação interativas, seja criando mecanismos de influência para a contraparte, seja proporcionando incentivos a condutas desejadas.

TESES

1. Teses Gerais. A exposição desenvolvida teve por objeto propor uma *leitura* diferente do fenômeno processual, a partir da óptica das interações entre o processo civil e a economia. Após o desenvolvimento dos capítulos precedentes, pensamos estarem comprovadas duas teses gerais:

a) Na perspectiva de sua estrutura, a abertura do processo civil às ciências que estudam o *comportamento humano*, em especial à perspectiva da *nova economia institucional*, é útil na medida em que permite que se compreenda o processo como uma *instituição* cuja *mecânica de incentivos* aos comportamentos dos participantes deve ser estruturada na forma de *arranjos institucionais* adequados ao fim de dar *tutela aos direitos*;

b) Na perspectiva dos sujeitos processuais, a abertura do processo civil às ciências que estudam o *comportamento humano*, em especial a perspectiva do modelo de *racionalidade limitada*, é útil na medida em que permite que se compreenda o processo como um *ambiente de estratégias*, que devem ser desenvolvidas pelos sujeitos parciais, com vistas ao *sucesso no pleito*, considerando as suas limitações cognitivas e informacionais e sua relação de agência com o procurador, além dos *incentivos postos pelos arranjos institucionais*.

2. Teses específicas. Algumas teses específicas dão suporte a cada uma das teses gerais. Quanto à primeira tese geral (caráter institucional):

a.1) A discussão em torno da natureza jurídica do processo permite que se realce o seu caráter *formal, autônomo e finalisticamente dependente* do direito material, *dinâmico, incerto, abrangente e participativo*;

a.2) Além disso, a reconstrução da natureza jurídica do processo permite que se possa concebê-lo atualmente como o realizar-se em concreto da jurisdição (tutela dos direitos) mediante exercício da situação compósita de todos os sujeitos (ação e defesa) em contraditório, reorganizando-se o trinômio estrutural da disciplina processual;

a.3) Em seu aspecto econômico, o conjunto de normas que estruturam o sistema processual pode ser concebido como um *sistema de incentivos* ao comportamentos dos sujeitos processuais;

a.4) Uma vez considerada a mecânica dos incentivos processuais como um conjunto de *espaços de ação* (aporte do neoinstitucionalismo), pode-se reconhecer no direito processual o papel de estrutura de conformação das interações humanas (aporte da nova economia institucional);

a.5) Na conformação desses arranjos institucionais, deve-se atentar para a estrutura de incentivos ligada aos fatores temporais e financeiros que conformam a atividade dos sujeitos processuais;

a.6) A arquitetura da instituição processual passa a ter um terreno bastante frutífero de desenvolvimento com as contribuições das *arquitetura de escolhas*, do *design de mecanismos* e da *análise institucional comparativa*;

a.7) A efetividade da instituição processual depende da conformação dos incentivos por meio desses arranjos institucionais.

Quanto à segunda tese geral (caráter estratégico):

b.1) A divisão de trabalho que preside o modelo processual brasileiro é conformada pelo *modelo cooperativo* de processo, no qual o papel da jurisdição (estado-juiz) é pensado em função das partes (indivíduos);

b.2) O que fundamenta os deveres de cooperação do juiz para com as partes é, em última análise, o direito à participação e o dever de o estado-juiz prestar tutela aos direitos;

b.3) As partes não têm deveres entre si e nem com o estado-juiz, senão mediante exercício do poder de determinação, quando, então a atividade vinculada deriva da necessidade de cumprimento de decisões judiciais;

b.4) As partes agem a partir de uma matriz estratégica, que pode se tornar cooperativa quando a cooperação for compreendida como uma estratégia maximizadora, e são limitadas tão somente pelo estatuto ético do processo, que tem no dever de veracidade (entendido como *dever de não mentir* e *dever de não omitir deliberadamente detalhes e informações atinentes a fatos principais*) o seu grande instrumento;

b.5) O estudo do comportamento humano, a partir da compreensão do modelo de escolha racional e dos temperamentos fornecidos pela economia comportamental, é útil para o processo na medida em que os sujeitos processuais, assim como qualquer agente econômico, comportam-se de acordo com algumas premissas gerais que permitem, com um grau satisfatório de fidelidade, o exercício de prognoses;

b.6) As limitações cognitivas demonstradas pela economia comportamental não infirmam a premissa da racionalidade, apenas limitando-a, o que não invalida a compreensão do agir processual como uma espécie de ação racional. Porém, a sua consideração diminui a efetividade dos instrumentos utilizados para situações de interdependência, como a teoria dos jogos e a *decision analysis*, que podem ser úteis para a formatação de estratégias;

b.7) a estratégia processual deve ser pensada como o conjunto de ações e intenções externalizadas por meio de condutas comissivas ou omissivas na forma de atos com eficácia em um processo atual ou futuro, direcionados e articulados, deliberadamente ou não, para influenciar os demais sujeitos processuais em função de um objetivo de benefício, direto ou indireto, perseguido no processo ou fora dele.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: RT, 2007.

ABREU, Carlos Pinto de. Estratégia Processual. De uma visão bélica para uma perspectiva meramente processual. Coimbra: Almedina, 2014.

ABREU, Rafael Sirangelo de. A responsabilidade pela fruição da tutela antecipada cassada. In: MITIDIERO, Daniel (coord.). O processo civil no estado constitucional. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Comparação jurídica: perspectivas analíticas do método comparativo para o processo civil. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2017.

_____. Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015.

_____. O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC (2015). In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). Novo CPC doutrina selecionada. v. 1. Parte geral. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado liberal ao Estado social e a atualidade de sua discussão. Revista de Processo, São Paulo, v.39, n.229, p. 89-120, mar. 2014.

_____. ‘Customização processual compartilhada’: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. Revista de Processo, São Paulo, v.41, n.257, p. 51-76, jul. 2016.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza (2012). Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AKERLOF, George. The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. In: The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, nº 3, Aug., 1970.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). Concepciones Menores Acerca del Proceso (1952). In: Estudios de Teoria General e Historia del Proceso (1945-1972). T. I. México: UNAM, 1974.

_____. Evolución de la doctrina procesal. In: Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Tomo II. Ciudad de México: UNAM, 1974.

_____. La Teoría General y la Enseñanza del Derecho Procesal. In: Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Tomo I. Ciudad de México: UNAM, 1974.

_____. Liberalismo y Autoritarismo en el proceso. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). México: UNAM, 1974.

_____. Momento y figuras del procesalismo italiano. In: Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Tomo II. Ciudad de México: UNAM, 1974.

ALEMANNI, Alberto; SPINA, Alessandro. Nudging Legally - On the Checks and Balances of Behavioural Regulation. In: International Journal of Constitutional Law, Vol. 12, Issue 2, 2014.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law. Durham: Duke University Press, 2001.

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica (1978). Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007.

ALLORIO, Enrico (1914-1994). Per l'oggettività del raffronto tra il codice di processo civile austriaco e il codice italiano In: Studi In Onore Di Enrico Redenti Nel XL Anno Del Suo Insegnamento, Milano : Giuffrè, 1951.

_____. Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale, in: Problemi di diritto, III, Milano: Giuffrè, 1957.

ALMENDRA, Matheus Leite. Deveres das partes em matéria probatória: contornos sobre a influência (ou não) do princípio da cooperação processual instituído pelo novo código de processo civil. In: Revista dos Tribunais, vol. 988, Fev, 2018.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). A garantia do contraditório. In: Do formalismo no processo civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo (1997). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Revista da Ajuris. Porto Alegre, v. 30, n. 90, 2003.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. In Revista de Processo, nº 71. São Paulo: RT, 1993.

AMARAL SANTOS, Moacyr (1902-1983). Contra o processo autoritário. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, v. LIV, fasc. II, 1959.

_____. Primeiras linhas de direito processual civil. Vol. 1 (1962). 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

ANDOLINA, Italo. 'Cognizione' ed 'esecuzione forzata' nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983.

ANDREOLI, James; HARBAUGH, William; VESTERLUND, Lise. The Carrot or the Stick: Rewards, Punishments, and Cooperation. In: The American Economic Review, June, 2003.

ANDREWS, Neil. Abuse of process in english civil litigation. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999.

ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. Coimbra: Almedina, 2007.

ARIELY, Dan. Payoff: the hidden logic that shapes our motivations. New York: Ted Books (Simon & Schuster), 2016.

_____. Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions. New York: Harper Collins, 2008.

_____; WERTENBROCH, Klaus. Procrastination, Deadlines, and Performance: Self-Control by Precommitment. In: Psychological Science, Vol. 13, nº 3, 2002.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Deveres das partes e dos procuradores, no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo). In: RePro, vol. 69, Jan-Mar, 1993.

ASHRAF, Nava; CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George. Adam Smith, Behavioral Economist. In: *Journal of Economic Perspectives*, vol. 19, nº 3, 2005.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro. Parte Geral. Vol. I.* São Paulo: RT, 2015.

_____. *Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo I.* São Paulo: RT, 2015.

_____. *Processo Civil Brasileiro. Parte Geral: Institutos fundamentais. Vol. II, Tomo II.* São Paulo: RT, 2015.

ATIENZA, Manuel. A propósito do novo código de processo civil brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, vol. 13, n. 3, p. 3-15, Set.-Dez., 2017.

AULIO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC.* Salvador: Juspodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n.29, jan. 2013.

_____. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário (2011).* 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos (2003).* 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Raniel Fernandes de. *A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro.* Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2017.

AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation (1984).* Rev. Ed. New York: Basic Books, 2006.

BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert; PICKER, Randal. *Game Theory and the Law (1994).* Reimp. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

BAJONS, Ena-Marlis. *Processo civile (Austria)*, em coop. com Augusto Chizzini, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino: UTET, 1997.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo (1929-2009). *Curso de Processo Civil. Vol. I (1987).* 2ª Ed. Porto Alegre: SAFe, 1991.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.* 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017) (coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Duelo e processo*. In: *Temas de Direito Processual*. 8ª Série. São Paulo: RT, 2004.

_____. *O neoprivatismo no processo civil*, in *Temas de direito processual*, Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O problema da ‘divisão de trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. In: *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Presentación*. In: GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925)*. Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015.

BARNARD, Chester (1886-1961). *The Functions of the Executive (1938)*. Cambridge: Harvard University Press, 1968.

BARON, Jonathan. *Heuristics and Bias*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BASTIAT, Frédéric (1801-1850). *O que se vê e o que não se vê (1850)*. Trad. Ronaldo Legey. São Paulo: LVM, 2010.

BEBCHUK, Lucian Arye; CHANG, Howard F. *The Effect of Offer- of- Settlement Rules on the Terms of Settlement*. In: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 28, nº 2, 1999.

_____. *Litigation and settlement under imperfect information*. In: *Rand Journal of Economics*, vol. 15, nº 3, 1984.

BECKER, Laércio A. (coord.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: SAFe, 2012.

_____. *A erosão do sagrado processual*. In: BECKER, Laércio Alexandre (coord.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: SAFe, 2012.

_____. O dilema dos litigantes: Processo civil e teoria dos jogos. In: BECKER, Lâercio Alexandre (coord.). Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: SAFE, 2012.

BENEDUZI, Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. São Paulo: RT, 2016.

_____. Forum non conveniens. In: MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Peixoto; FREIRE, Alexandre Freire. (Org.). vol. 1. Coleção novo CPC (doutrina selecionada). 2ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BEN-SHARAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. More than you wanted to know. The failure of mandated disclosure. Princeton: Princeton University Press, 2014.

BENTHAM, Jeremy (1748-1832). An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1789). Reimp. New York: Prometheus, 1988.

_____. The Rationale of Reward (1811). London: John and Hunt, 1825.

BENVENUTI, Feliciano (1916-1999). Funzione amministrativa, procedimento, processo. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, Anno II, parte I, 1952.

BERMUDES, Sérgio. Atualização. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1892-1979). Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. 5. ed. rev. e aum. Atual. legisl.: Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BERNI, Duílio de Avila; FERNANDEZ, Brena Paula Magno. Teoria dos Jogos: crenças, desejos, escolhas. São Paulo: Saraiva, 2014.

BETHMANN-HOLLWEG, Moritz August Von (1795-1877). Der civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Bonn: Adolf Marcus, 1865.

BETTERMANN, Karl August (1913-2005). Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. Zeitschrift für Zivilprozeß. Band 91, Heft 1978.

_____. Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. Juristischer Blätter, 94. Jahrgang, Heft 3/4, p. 56-68, Feb. 1972.

BINMORE, Ken. Game Theory: a very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2007.

BOBBIO, Noberto (1909-2004). Le sanzioni positive. In: Dalla struttura alla funzione. Milano: Edizione della Comunità, 1977.

- _____. *Teoria Generale del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1993.
- BODART, Bruno. *Tutela da evidência. Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC (2014)*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2015.
- BONE, Robert. *Civil Procedure. Economics of civil procedure*. New York: Foundation Press, 2003.
- _____. *To Encourage Settlement: Rule 68, Offers of Judgment, and the History of the Federal Rules of Civil Procedure*. In: *Northwestern University Law Review*, Vol. 102, 2008.
- BOREL, Émile (1871-1956). *La théorie du jeu et les équations intégrales à noyau symétrique gauche*, In: *Comptes Rendus de l'Académie des Sciences*, vol. 173, 1921.
- BÖRGERS, Tilman. *An Introduction to the Theory of Mechanism Design*. New York: Oxford University Press, 2015.
- BORGES, Marta Alexandra Frias. *Algumas Reflexões em Matéria de Litigância de Má-Fé*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.
- BOURSIER, Marie-emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003.
- BOWLES, Samuel. *Microeconomics: behavior, institutions, and evolution*. New York: Russel Sage Foundation, 2004.
- BRAGA, Paula Sarno. *Competência adequada*. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.219, maio, 2013.
- _____. *Norma de Processo e Norma de Procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BRAMS, Steven J.; MITTS, Joshua. *Law and Mechanism Design: Procedures to Induce Honest Bargaining*. In: *NYU Annual Survey of American Law*, 68, 2013.
- _____. *Negotiation games. Applying Game Theory to Bargaining and Arbitration (1990)*. Reimp. New York: Routledge, 2003.
- BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph. *Strategy on the United States Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

BROSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel (Ed.). *New Institutional Economics: A Guidebook*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

BUCHANAN, James (1919-2013). *Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications* (1979). In: BUCHANAN, James (1919-2013); TOLLISON, Robert (ed.). *The Theory of Public Choice - II*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1984.

_____. *Opportunity Cost*. In: EATWELL, J.; MILGATE, M.; NEWMAN, P. (ed.). *The World of Economics*. Palgrave Macmillan: London, 1991.

BÜLOW, Oskar (1837-1907). *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (1868). Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.

BUONOMANO, Dean. *Brain bugs: how the brain's flaws shape our lives*. New York: Norton & Company, 2011.

BUZAID, Alfredo (1914-1991). *Processo e verdade no direito brasileiro*. In: *RePro*, vol. 47, Jul-Set, 1987.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Despolarização do processo e 'zonas de interesse': sobre a migração entre polos da demanda*. In: *Revista da SJRJ*, nº 26. Rio de Janeiro, 2009.

_____. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017.

_____. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. In: *RePro*, vol. 126, Ago, 2005.

_____; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

CADIET, Löic; JEULAND, Emmanuel (1992). *Droit Judiciaire Privé*. 8^a ed. Paris: LexisNexis, 2013.

CAILLOIS, Roger (1915-1978). *Man, Play and Games* (1958). Trad. Meyer Barash. Chicago: University of Illinois Press, 2001.

CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950.

_____. Il processo come situazione giuridica. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 4, n. 1, p. 219-226, 1927.

_____. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

_____. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Parte Prima* (1940). 2^a Ed. Padova: A. Milani, 1943.

_____. Un maestro di liberalismo processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 1, parte I, p. 1-8, 1951.

_____. La obra de Francisco Klein y el proceso civil austríaco. In: *Chiovenda: recuerdo de juristas*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1959.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José (1920-2008). *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais* (2002). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CALOGERO, Guido. Probità, lealtà, veridicità nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. I, 1939.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (1969). 3^a Ed. da trad. da 2^a Ed. (1983). Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (1997). 7^a Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOVA, Augusto Cerino (1942-1988). La domanda giudiziale ed il suo contenuto. In: *Commentario del Codice di Procedura Civile. Libro II, Tomo I*, Torino: UTET, 1980.

CAPPELLETTI, Mauro (1927–2004). La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. V. I, Milano: Giuffrè, 1962.

_____. Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato. In: *Processo e Ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

CARNACINI, Tito (1909-1983). Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951.

CARNEIRO, Athos Gusmão (1925-2014). Audiência de Instrução e Julgamento. Aspectos teóricos e práticos (1979). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). Giuoco e processo. In: Rivista di diritto processuale, v. 6, n. 1, p. 101–111, gen./dic, 1951.

_____. Istituzioni del processo civile italiano. Vol. 1 (1941). 5ª ed. Roma: Foro Italiano, 1956.

_____. Sistema del diritto processuale civile. Vol. I. Padova: CEDAM, 1936.

_____. Sistema del diritto processuale civile. Vol. II. Padova: CEDAM, 1938.

_____. Teoria geral do direito (1940). Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942.

CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexó de causalidade na responsabilidade civil. São Paulo: RT, 2016.

CARRATA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte seconda). In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno LXVIII, nº 2, 2014.

CARRÉ, Guillaume-Louis-Julien (1777-1832). Les Lois de la Procédure civile. Tome I (1821). 3ª Ed. Atual. CHAVEAU, Adolphe (1802-1869). Paris: Lib. de Jurisp. de Delamotte et Robillard, 1840.

CASTRO FILHO, José Olympio de. Abuso do Direito no Processo Civil (1955). Ed. Revista. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil (1996). 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVANAGH, Edward D. Mandating Rule 11 Sanctions? Here We Go Again!, In: Wash. & Lee Law Review, vol. 74, 2017.

CELONA, John. Winning at Litigation Through Decision Analysis. Creating and executing winning strategies in any litigation or dispute. Cham: Springer, 2016.

CHASE, Oscar. Law, culture, and ritual : disputing systems in cross-cultural context. New York: NYU Press, 2005.

CHEUNG, Steven. Economic Organization and Transaction Costs. In: The New Palgrave Dictionary of Economics. London: Palgrave Macmillan, 1987.

CHIASSONI, Pierluigi. Positivismo Giuridico. Una investigazione analitica. Modena: Mucchi, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). Cosa giudicata e competenza. In: Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento, Vol. II. Napoli: Luigi Pierro e figlio, 1906.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II (1933). 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. La condanna nelle spese giudiziali (1901). 2ª Ed. Roma: Foro Italiano, 1935.

_____. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno (1907). In: Saggi di diritto processuale civile (1900-1930). Volume I. Roma: Foro Italiano, 1930.

_____. Principii di Diritto Processuale Civile (1906). 4ª Ed. reimpressa. Napoli: Jovene, 1965.

_____. Rapporto giuridico processuale e litispendenza. Rivista di Diritto Processuale Civile, v. 8, n. 1, Padova: CEDAM, 1931.

_____. Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile (1902). Saggi di Diritto Processuale Civile, v. I. Roma: Foro Italiano, 1930.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini (1933-2017); DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo (1974). 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CIPRIANI, Franco (1939-2010). Dum pendet rendet. In: La previdenza forense, vol. 3, 2006.

_____. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. Rivista Di Diritto Civile, Padova , v.49, n.1, pt. 1, jan. 2003.

_____. Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè, v. 56, n.4, 2002.

_____. Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità). Rivista di Diritto Processuale, v. 22, n. 3, 1995.

_____. Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936). Milano: Giuffrè, 1991.

CLAUSEWITZ, Carl von (1780–1831). On War (1832). Trad. Michael Howard e Peter Paret. Oxford: Oxford University Press, 2007.

COASE, Ronald (1910-2013). The Nature of the Firm. In: *Economica*, New Series, Vol. 4, n° 16, Nov., 1937.

_____. The New Institutional Economics. In: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 140, n° 1., 1984.

_____. The problem of social cost. In: *Journal of Law and Economics*, vol. 3, oct., 1960.

COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. In: *Revista brasileira da advocacia*, v. 2, n. 5, abr./jun. 2017.

COFFEE, John. *Entrepreneurial Litigation. Its rise, fall and future*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

COLOMA CORREA, Rodrigo. Vamos a contar mentiras, tralará..., o de límites a los dichos de los abogados. In: *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. XIX, n° 2, dez. 2006.

COMMONS, John R. (1862–1945). Institutional Economics. In: *American Economic Review*, vol. 21, 1931.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del 'giusto processo'*. Torino: Giappichelli, 2004.

COOTER, Robert. Normative Failure Theory of Law. In: *Cornell Law Review*, Vol. 82, n° 5, July, 1997.

_____; ULEN, Thomas. *Direito e Economia* (1988). 5ª Ed. Trad. Francisco Costa. Bookman, 2010.

CORDERO, Franco. *Studi sulle dottrine generali del processo penale; le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1956.

COSSIO, Carlos (1903-1987). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (1944). 2ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

- _____. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização Processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios Processuais. Coleção Grandes temas do novo CPC (2015). Vol. 1. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- COUTO E SILVA, Clóvis do (1930-1992). A obrigação como processo (1964). Reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- COUTURE, Eduardo Juan (1904-1956). El proceso como institución (1948). In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1951.
- _____. Fundamentos del derecho procesal civil (1942). 3ª Ed. Buenos Aires: De Palma, 1958.
- _____. Fundamentos do Direito Processual Civil (1942). Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.
- CRESCI SOBRINHO, Elicio de (1943-2013). Dever de veracidade das partes no novo código de processo civil. São Paulo: L. J. Vellenich, 1975.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o processo autoritário. In: RePro, vol. 242, Abr., 2015.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso do Direito. Coimbra: Almedina, 2005.
- CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (org.). Gestão e Jurisdição: o caso da execução fiscal da União. Brasília: IPEA, 2013.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil. Uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. Jurisdição e competência (2008). 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- _____. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. In: Revista Brasileira de Direito Processual, v. 20, n. 79, jul/set 2012.
- DAMAŠKA, Mirjan. The faces of justice and state authority. A comparative approach of the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DE GUENYVEAU, Arnault (1831-1905). Du Quasi-Contrat Judiciaire. Poitiers: A. Dupré, 1857.

DECI, Edward; RYAN, Richard. *Intrinsic Motivation and Self-Determination in Human Behavior*. New York: Springer, 1985.

DENTI, Vittorio (1919-2001). *Concetto e classificazione degli atti processuali (1959)*. In: *Dall'azione al giudicato*. Padova: CEDAM, 1983.

_____. *Dall'azione al giudicato. Temi del processo civile*. Padova: CEDAM, 1983.

_____. *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione*. In: *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982.

_____. *Il processo come strumento di politica sociale*. In: *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

_____. *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v. 38, n. 3, Milano: Giuffrè, 1984.

_____. *Le ideologie del processo di fronte al problema sociale*. In: *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

_____. *Sistematica e post-sistematica nell'evoluzione delle dottrine del processo*. In: DENTI, Vittorio (1919-2001). *Sistemi e Riforme. Studi sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1999.

DI ROBILANT, Enrico (1924-2012). *Modelli nella Teoria del Diritto*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, Anno XXIV, 1970.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fraude no Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DIDIER JR., Fredie. *Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil*. In: *Revista autônoma de processo*, n° 3, abr./jun. 2007.

_____. *Cláusulas Gerais Processuais*. In: *RePro*, vol. 187, 2010.

_____. *Comentários ao art. 6º*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1 (2004). 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. In: RePro, v. 34, n. 171, maio 2009.

_____. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. In: RePro, v. 37, n. 210, ago. 2012.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de processo, v. 36, n. 198, 2011.

_____. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida (2012). 3ª Ed. Salvador: Juspodivm.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5 (2009). Execução. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo (1987). 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I (2001). 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II (2001). 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Nova Era do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life. New York: Norton & Company, 1991.

DJELIC, Marie-Laure. Institutional Perspectives - working towards coherence or irreconcilable diversity? In: MORGAN, Glenn, CAMPBELL, John; CROUCH, Colin; PEDERSEN, Ove Kaj; WHITLEY, Richard (ed.). The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis. New York: Oxford University Press, 2010.

DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. Iura Novit Curia e Causa de Pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

DONDI, Angelo. Abuse of procedural rights: report for Italy and France. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999.

_____.; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processo Civil Comparado. Uma perspectiva evolutiva*. Trad. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (coord.). São Paulo: RT, 2017.

DREIER, A. S. *Strategy, Planning & Litigating to Win: Orchestrating Trial Outcomes with Systems Theory, Psychology, Military Science and Utility Theory*. Lexington: Conatus Press, 2012.

DRESHER, Melvin (1911-1992). *Games of strategy: theory and applications*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1961.

ELIAS, Norbert (1897-1990). *Sobre el tiempo* (1984). Trad. Guillermo Hirata. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1989.

ESTRADA CAÑAS, Ismael; MENESES, Claudia; PALACIO, Luis. *Diseño de mecanismos como herramienta para alcanzar objetivos socialmente deseables*. In: *Criterio Libre*, Vol. 13, N° 22, 2015.

FAIREN GUILLEN, Victor (1921-2013). *El proyecto de La Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz Klein*. In: *Estudios de derecho procesal*. Madrid: *Rev. de Derecho Privado*, 1955.

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: RT, 2017.

FAZZALARI, Elio (1925-2010). "Processo" e Giurisdizione. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, anno 48, n. 1, 1993.

_____. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. XII, n. 3, Milano: Giuffrè. 1958.

_____. *Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, Anno XVIII, n° 3, 1963.

_____. *Istituzioni di Diritto Processuale* (1975). 5ª Ed. Padova: CEDAM, 1989.

_____. *La Dottrina Processualistica Italiana dall'azione al processo: 1864-1994*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, ano 49, n° 4, 1994.

_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1989.

_____. *La democrazia attraverso i diritti: il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Roma: Laterza, 2013.

FERRARA, Luigi (1875-?). La nozione del rapporto processuale. In: Saggi di diritto processuale civile. Napoli: Jovene, 1914.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. (1988). Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Manuel Carlos de Figueiredo (1885-1967) Apontamentos sobre a noção ontológica do processo (1936). Campinas: Julex, 1984

FIANI, Ronaldo. Cooperação e Conflito: Instituições e Desenvolvimento Econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (1935-2009). Processo administrativo e judicial: O devido processo legal. In: Revista de Direito Tributário São Paulo: Malheiros, 1991.

FINZI, Enrico (1884-1974). Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria. In: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 3, II, 1926.

FISS, Owen. Against Settlement. In: The Yale Law Journal, vol. 93, 1984.

FLOOD, Merrill (1908-1991). Some experimental games. In: Management Science, vol. 5, nº 1, Oct., 1958.

_____. Some Experimental Games. In: Rand Corporation Research Memorandum RM-789-1, 1952.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. In: International Review of Law and Economics, vol. 26, 2006.

FOX, Craig R.; RATNER, Rebecca K.; LIEB, Daniel S. How subjective grouping influences choice and allocation: diversification bias and the phenomenon of partition dependence. In: Journal of Experimental Psychology, Vol. 134, nº 4, 2005.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In: Revista trimestral de direito civil. v. 19, julho/setembro, 2004.

FREEDMAN, Lawrence. Strategy. A History. New York: Oxford University Press, 2013.

FREITAS, Juarez. Discrecionalidade administrativa e direito fundamental à boa administração pública (2007). São Paulo: Malheiros, 2009.

FRIEDMAN, Milton (1912-2006). The methodology of positive economics. In: Essays in Positive Economics. Chicago: Chicago University Press, 1953.

FULLER, Lon. The morality of law (1964). 2ª Ed. New Haven: Yale University Press, 1969.

FURUBOTIN, Eirik; RICHTER, Rudolf. *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics* (1998). 2ª Ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005.

GÄCHER, Simon. Human prosocial motivation and the maintenance of social order. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vascontecelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral*. São Paulo: Forense, 2015.

GAVAZZI, Giacomo (1932-2006). *L'onere – tra la libertà e l'obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970.

GELBACH, Jonah. Can Simple Mechanism Design Results Be Used to Implement the Proportionality Standard in Discovery? In: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, nº 172, 2016.

GIANTURCO, Adriano. *A ciência política. Uma introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GICO JR., Ivo Teixeira. *A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Economia, 2012.

GIGERENZER, Gerd. On narrow norms and vague heuristics: A reply to Kahneman and Tversky. In: *Psychological Review*, Vol 103, nº 3, 1996.

GILLES, Peter. Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträglich Parteidispositionen über das Rechtsmittel. *Archiv für die civilistische Praxis*. Band 177, Heft 2/3, p. 189-244, 1977.

GILSON, Ronald; MNOOKIN, Robert. Disputing through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation. In: *Columbia Law Review*, Vol. 94, nº 2, Mar., 1994.

_____; _____. Disputing through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation. In: *Columbia Law Review*, Vol. 94, nº 2, Mar., 1994.

GIULIANI, Alessandro (1925-1997); PICARDI, Nicola (1934-2016). *La responsabilità del giudice* (1987). Reimp. Milano: Giuffrè, 1995.

GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation. In: Virginia Law Review, Vol. 69, No. 6, Sep., 1983.

GOLDMAN, Alvin. Knowledge in a social world. Oxford: Clarendon Press, 1999.

GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des Prozessualen Denkens. Springer: Berlin, 1925.

_____. Derecho procesal civil (1929). Trad. da 2ª Ed. Alemã (1932) Leonardo Prieto Castro. Reimp. Marcial Pons: Madrid, 2010.

_____. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Jéssica. Acesso à Justiça e Teoria dos Jogos. Da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GONÇALVES, Jéssica. Acesso à justiça e teoria dos jogos: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. In: JULGAR – Revista da Associação Sindical dos Juízes, n.º 1, Jan./Abr., 2007.

GRADI, Marco. Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile. In: Lo Sguardo - Rivista di Filosofia, n.º 8, I, 2012

GRASSI, Lucio. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. In: RePro, vol. 172, Jun., 2009.

GRASSO, Eduardo (1922-2004). La collaborazione nel processo civile. Rivista di diritto processuale. Anno XXII, n.º II, Padova: Cedam, 1966.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: RePro, vol. 164, Out. 2008.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem. In: RePro, vol. 206, Abr, 2012.

GUASP, Jaime (1913-1986). Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil. Vol. 1. Madrid: M. Aguilar, 1943.

_____. Concepto y Metodo de Derecho Procesal (1944). Madrid: Civitas, 1997.

GUASTINI, Riccardo. Il realismo giuridico ridefinito (Legal Realism Restated). In: *Revus*, 19, 2013.

_____. Teoria del Diritto. Approccio metodologico. Modena; Mucchi Editore, 2012.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Universidad Nacional Autónoma de México: México, v. 2, p. 55-91, 2006.

GUIMARÃES, Luiz Machado (1895-1971). Processo autoritário e regime liberal. *Revista Forense*, n. 82, 1940.

GÜTH, Werner. Mechanism design and the Law. In: *The Oxford Handbook of Law and Economics*. Vol. 1. Methodology and Concepts. Oxford: Oxford University Press, 2017.

_____; SCHMITTBERGER, Rolf; SCHWARZE, Bernd. An experimental analysis of ultimatum bargaining. In: *Journal of Economic Behavior & Organization*, Volume 3, nº 4, 1982, pp. 367-388.

GWARTNEY, James; STROUP, Richar; SOBEL, Russell; MACPHERSON, David A. *Microeconomics: Private and Public Choice* (1976). 13ª Ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2011.

HABERMAS, Jürgen. The theory of communicative action. Vol. 1. Reason and the rationalization of society (1981). Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984.

_____; LUHMAN, Niklas (1927-1998). *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971.

HANEKE, Uwe; SADDI, Vitória. Prêmio Nobel de Economia de 1994: Contribuições de Nash, Harsanyi e Selten à Teoria dos Jogos. In: *Revista de Economia Política*, vol. 15, nº 1, 1995.

HANSEN, Pelle; JESPERSEN, Andreas. Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy. In: *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 1, 2013.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. In: Science. Vol. 162, Issue 3859, 1968.

HARSANYI, John (1920-2000). Games with incomplete information played by 'bayesian' players, I-III. Part I. The Basic Model. In: Management Science, Vol. 14, nº 3, 1967.

HART, B.H. Liddell (1895-1970). Strategy: the indirect approach (1929). 2ª Ed. Rev. New York: Fredrick A. Praeger Publishers, 1967.

HAURIOU, Maurice (1856-1929). Principes de Droit Public (1910). 2ª Ed. Paris: Recueil Sirey, 1916.

HAWKING, Stephen. Uma breve história do tempo (1988). Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

HAYEK, Friedrich A. (1899-1992). Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principals of justice and political economy. Vol. 1. Rules and Order (1973). London: Routledge & Kegan Paul Ltd, 1982.

_____. The road to serfdom (1944). Reimp. New York: Routledge, 2006.

HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018). Abuse of procedural rights: a summary view of the common law systems. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999.

_____. Law Practice and the Limits of Moral Philosophy. In: RHODE, Deborah (ed.). Ethics in Practice: Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation. New York: Oxford University Press, 2000.

_____; DONDI, Angelo. Legal ethics: a comparative study. Stanford: Stanford University Press, 2004.

HAZLITT, Henry (1894-1993). Economics in one lesson (1946). Benicia: Laissez Faire Books, 1996.

HEGEL, Georg Wilhelm F. (1770-1831). Grundlinien der Philosophie des Rechts. Berlin: Nicolai, 1821.

_____. Lineamenti di filosofia del Diritto (1821). Trad. Vincenzo Cicero. Milano: Bompiani, 2006.

_____. Princípios da filosofia do direito (1821). Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HELLWIG, Konrad. Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Band 1. Leipzig: Deichert, 1903.

HENG, Yee-Kuang. War as risk management. Strategy and Conflict in an Age of Globalised Risks. New York: Routledge, 2006.

HERTWIG, Ralph. When to consider boosting: some rules for policy-makers. In: Behavioural Public Policy, Vol. 1, n° 2, 2017.

HOBBS, Thomas (1588-1679). Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiastical and Civil (1651). London: Green Dragon.

HUIZINGA, Johan (1872-1945). Homo Ludens: a study of the play-element in culture (1944). London: Routledge & Kegan Paul, 1980.

HUME, David (1711-1776). Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais (1739). 2ª Ed. Trad. Débora Danowski. São Paulo: UNESP, 2009.

HURWICZ, Leonid; REITER, Stanley. Designing Economic Mechanisms. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

INVREA, Francesco (?-?) Contro il concetto dei presupposti processuali. Rivista di diritto processuale civile. Padova: Cedam VIII, parte II, 1931.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione (1979). 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JEFFERSON, Thomas (1743-1826). Autobiography. In: The writings of Thomas Jefferson. Vol. 1 (1853). Editado por H. A. Washington. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

JOBIM, Marco Félix. Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JOHNSON, Eric (et ali). Beyond nudges: Tools of a choice architecture. In: Marketing Letters, Volume 23, n° 2, June 2012.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. In: SUNSTEIN, Cass (ed.). Behavioral Law and Economics (2000). New York: Cambridge University Press, 2003.

JOLOWICZ, John Anthony (1926-2012). Adversarial and Inquisitorial approaches do civil litigation (1983). In: On Civil Procedure. Cambridge: University Press, 2000.

JOMINI, Antoine Henri de (1779-1869). *The Art of War* (1862). Restored Edition. Trad. G.H. Mendell e W.P. Craighill. Kingston: Legacy Books Press Classics, 2008

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking: fast and slow* (2011). Reimp. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013.

_____; TVERSKY, Amos (1937-1996). On the psychology of prediction. In: *Psychological Review*, 1973, vol. 80, n° 4, pp. 237-251.

_____; _____. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. In: *Econometrica*, Vol. 47, n° 2., 1979, pp. 263-292.

_____; _____. Subjective probability: A judgment of representativeness. In: *Cognitive Psychology*, n° 3, 1972, pp. 430-454.

_____; _____. SLOVIC, Paul (ed.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982.

KEATING, James. Sportsmanship as a Moral Category. In: *Ethics*, vol. 75, n° 1, Oct., 1964.

KELSEN, Hans (1881-1973). *General Theory of Law and State* (1945). New Brunswick: Transaction Publishers, 2006

KELSEN, Hans (1881-1973). *Pure Theory of Law* (1934). Trad. da 2ª Ed. (1960): Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967.

KLEMENT, Alon; NEEMAN, Zvika. Against Compromise: A Mechanism Design Approach. In: *The Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 21, n° 2, 2005.

_____; NEEMAN, Zvika. Civil justice reform: a mechanism design framework. In: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n° 64, 2008.

_____; _____. Incentive Structures for Class Action Lawyers. In: *The Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 20, n° 1, 2004.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). In: *RePro*, vol. 251, Jan., 2016,

LA TORRE, Massimo. *Law as Institution: Normative Language between Power and Values*. Dordrecht: Springer, 2010.

LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: the principal-agent model*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

LANDSBURG, Steven. *The Armchair Economist. Economics & Everyday Life* (1993). 2ª Ed. New York: Free Press, 2012.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo*. São Paulo: RT, 2014.

LARENZ, Karl (1903-1993). *Metodologia da Ciência do Direito* (1960). 3ª Ed. da trad. da 6ª Ed. (1991). Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo. Uma trajetória conjuntural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

_____. *Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neoinstitucionalista*. In: DIDIER JR., Fredie; MOURÃO, Eduardo (coord.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. *Teoria geral do processo: primeiros estudos* (1999). 13ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LENT, Friedrich (1882-1960). *Obblighi e oneri nel processo civile*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova, A. Milani, v. 9, n. 1, genn./dic., 1954.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J.. *Freakonomics. A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*. Exp. Ed. New York: Harper Collins, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*. In: LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). *Problemi del processo civile*. Milano: Morano, 1962.

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. I (1955). 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1954.

_____. *Qualche osservazione sullo studio della storia del processo civile*. In: *Problemi del Processo Civile.*, Napoli, Morano, 1962.

LIMA, Alcides de Mendonça (1918-1998). *Abuso do Direito de Demandar*. In: *RePro*, vol. 19, Jul-Set, 1980.

_____. *O princípio da proibidade no código de processo civil brasileiro*. In: *RePro*, vol. 16, Out-Dez, 1979.

LIMA, Mariana Sciesleski de. *Fundamentos para uma administração pública dialógica*. In: *Revista perspectiva*, v. 34, n. 126, jun. 2010.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.

LLEWELLYN, Karl (1893-1962). *The Bramble Bush: the Classic Lectures on the Law and the Law School* (1930). New York: Oxford University Press, 2008.

_____. *The Constitution as an Institution*. *Columbia Law Review*, vol. 34, n. 1, 1934.

LOCKE, John (1632–1704). *Second Treatise of Government* (1690). London: Awnham Churchill.

LOLAND, Sigmund. *Fair Play in Sport: a moral norm system*. London: Routledge, 2002.

LOPES, João Batista. *O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro*. In: *RePro*, vol. 13, Jan-mar, 1979.

LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure* (2001). 2ª Ed. London: Cavendish, 2004.

MACCORMICK, Neil (1941-2009). *Institutional Normative Order: A Conception of Law*. In: *Cornell Law Review*, Vol. 82, nº 5, July, 1997.

_____. *Institutions of Law. An essay in legal theory*. Oxford: OUP, 2007.

_____. *Retórica e o Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____; WEINBERGER, Ota (1919-2009). *An institutional theory of law. New approaches to legal positivism*. D. Reidel: Dordrecht, 1986.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEY, Jonathan R. *The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis*. In: *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 65, 1989.

MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). *Polêmica sobre a ação. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACHIAVELLI, Niccolò (1469-1527). *Dell'arte della guerra* (1521). Firenze: Einaudi, 1971.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MAFFINI, Rafael Da Cás. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 253, jan/abr. 2010.

MALLACHOW, J. Der Prozeß als Spiel - Hermann Otto. In: Annalen der Philosophie, 1921.

MANDRIOLI, Crisanto. La rappresentanza nel processo civile. Torino: UTET, 1959.

MANKIW, Gregory. Principles of Microeconomics (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. A audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da afronta à voluntariedade às primeiras experiências práticas. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Coleção grandes temas do novo CPC. Vol. 9. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARCHESI, Daniela. Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile. Bologna: Il Mulino, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014.

_____. Precedentes Obrigatórios (2010). 4ª Ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. Técnica processual e tutela dos direitos (2004). 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença (1997). 4ª Ed. São Paulo: RT, 2000.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IV. São Paulo: RT, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: RT, 2015.

- _____ ; MITIDIÉRO, Daniel. Curso de Direito Constitucional (2012). Em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARQUES, José Frederico (1912-1993). Manual de Direito Processual Civil. Vol. I (1974). 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- MARTINS, Pedro Baptista (1895-1950). O Abuso do Direito e o Ato Ilícito (1935). 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- _____. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil: estruturas e rupturas em torno do art. 187. In: Boletim Adcoas, v. n. 10, 2003.
- _____. O Sistema na Codificação Civil Brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999.
- _____. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, ano 15, vol. 93. São Paulo: Vellenich, 1991.
- MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael; GREEN, Jerry. Microeconomic Theory. New York: Oxford University Press, 1995.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- MENARD, Claude; SHIRLEY, Mary (Ed.). Handbook of New Institutional Economics. Dordrecht: Springer, 2005.
- MENDES, Paulo. Flexibilização Processual e Segurança Jurídica. Obra no prelo.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil (1983). 5ª Reimp. Coimbra: Almedina, 2013.
- MENGER, Antonio (1841-1906). El derecho civil y los pobres (1890). Trad. Adolfo Posada. Buenos Aires: Atalaia, 1947.
- MICHELON JR., Claudio. Direito Restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. São Paulo: RT, 2007.
- _____. MacCormick's. Institutionalism between theoretical and practical reason. In: Diritto & questione pubbliche, nº 9, 2009.

MILLAR, Robert Wyness. The Formative Principles of Civil Procedure - I. In: Illinois Law Review, Vol. XVIII, nº 1, Maio, 1923.

MILLER, Geoffrey. An Economic Analysis of Rule 68. In: Journal of Legal Studies, vol. 15, 1986.

_____. Some Agency Problems in Settlement, In: The Journal of Legal Studies, Vol. 16, nº 1, Jan., 1987.

MILLS, Chris. The Heteronomy of Choice Architecture. In: Review of Philosophy and Psychology, Volume 6, nº 3, September 2015.

MILMAN, Fabio. Improbidade processual. Comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MINTZBERG, Henry. Tracking Strategies. Toward a General Theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. Strategy Safari. New York: Free Press, 1998.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MISES, Ludwig von (1881-1973). Human Action: a treatise on economics (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996.

_____. Socialism: An Economic and Sociological Analysis (1922). Trad. da 2ª Ed. (1932) por J. Kahane. New Haven: Yale University Press, 1951.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. In: RePro, v. 39, n. 229, São Paulo: RT, 2014.

_____. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2013.

_____. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: RePro, vol. 194, Abr. 2011.

_____. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos (2009). 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

_____. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013.

_____. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 165-194, maio 2010.

_____. Precedentes: da persuasão à vinculação (2016). 3ª Ed. São Paulo: RT, 2018, no prelo.

_____. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. Gênese. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 33, 2004.

MONTERO AROCA, Juan (coord.). Coletânea Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant Lo Branch, 2006.

_____. El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria (2004). In: MONTERO AROCA, Juan (coord.). Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant Lo Branch, 2006.

_____. Il processo civile 'sociale' come strumento di giustizia autoritaria. Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, V. 59, n. 2, apr/giugno, 2004.

_____. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999 (2000). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: RT, 2017.

MUNIZ, Joaquim Paiva. Guia politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 13, n. 50, jul/set, 2016.

MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016.

MURPHY, Walter (1929-2010). Elements of judicial strategy (1964). Reimp. New Orleans: Quid Pro Books, 2016.

MYERSON, Roger. Mechanism Design. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (ed.). Allocation, Information and Markets (1987). London: Macmillan Press, 1989.

_____. Optimal auction design. In: Mathematics of operations Research, Vol. 5, n° 1, Feb. 1981.

NALEBUFF, Barry; BRANDENBURGER, Adam. Co-opetition (1996). Reimp. New York: Currency Doubleday, 2007.

NARAHARI, Y. Game Theory and Mechanism Design. Singapore: World Scientific, 2014.

NASH, John F. (1928-2015). Equilibrium Points in n-Person Games. In: Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, vol. 36, n° 1, Jan., 1950

NASH, John F. (1928-2015). Non-Cooperative Games. In: The Annals of Mathematics, 2ª series, Vol. 54, n° 2, Sep., 1951.

NEUMANN JR., Richard. Legal Reasoning and Legal Writing. Structure, Strategy and Style (1990). 4ª Ed. New York: Aspen Law & Business, 2001.

NEUMANN, John von (1903-1957). Zur Theorie der Gesellschaftsspiele. In: Mathematische Annalen, vol. 100, 1928.

_____; MORGENSTERN, Oskar (1902-1977). Theory of games and economic behavior (1944). 3ª Ed.(1953) Reimp. Princeton: Princeton University Press, 1990.

NEVES, Celso (1913-2006). Estrutura fundamental do processo civil. Tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento (1995). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOORDA, Raymond. Co-opetition. In: Electronic Business Buyer, vol. December, 1993

NORMAN, Donald. The design of everyday things (1988). 2ª Ed. New York: Basic Books, 2013.

NORMAND, Jacques. Final report: the two approaches to the abuse of procedural rights. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999.

NÖRR, Knut Wolfgang. Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale. *Rivista Di Diritto Processuale*. Padova; CEDAM. v. 59, n.1 p.1-10, genn/mar, 2004.

_____. La Scuola Storica, Il Processo Civile e Il Diritto delle Azioni. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: v. XXXVI, anno 57, 1981.

NORTH, Douglass (1920-2015). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. O princípio do contraditório. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 29, 2004.

_____; VIANA, Aurélio. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O'BARR, William. *Linguistic Evidence. Language, Power, and Strategy in the Courtroom*. San Diego: Academic Press, 1982.

OSBORNE, Martin. *An Introduction to Game Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017.

OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales en America Latina. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017) (coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OTTO, Hermann. *Der Prozeß als Spiel*. Desden: A.Dressel Akademische Buchhandlung, 1918.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

PATRONE, Fioravante. *Decisori (razionali) interagenti. Una introduzione alla teoria dei giochi*. Pisa: Pisa University Press, 2016.

PAULA RAMOS, Vitor de. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo. RT, 2015.

_____. Prova testemunhal: Do subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universitat de Girona. Porto Alegre e Girona, 2018.

PEIXOTO, Ravi. Comentários ao Enunciado 373. In: PEIXOTO, Ravi (coord.). Enunciados FPPC. Organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2017.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. Poderes e atribuições do juiz. São Paulo: Saraiva, 2014.

PENN, William (1644-1718). Some fruits of solitude (1682). London: Headley Brothers, 1905.

PICARDI, Nicola (1934-2016). 'Audiatur et Altera Pars' – Le Matrici Storico-Culturali del Contraddittorio. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. La sucessione processuale. I. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964.

_____. Manuale del Processo Civile. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010

_____. Processo Civile (dir. moderno). In: Enciclopedia del Diritto. Vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987.

PICÓ i JUNOY, Joan. El debido proceso “leal”: reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal. In: Revista peruana de derecho procesal, n.º. 9, 2006.

_____. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. Revista Iberoamericana de derecho procesal, v. 3, n. 4, 2004.

_____. El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Bosch: Barcelona, 2007.

_____. El principio de la buena fe procesal. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2003.

_____. Mecanismos de control de la mala fe procesal en la ejecución civil. In: CACHÓN CADENAS, Manuel; PICÓ i JUNOY, Joan (coord.). La ejecución civil: problemas actuales. Barcelona: Atelier, 2008.

_____. O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PINTORE, Anna. Institutionalism in Law. In: Routledge Encyclopedia of Philosophy, London: Routledge, 1998.

PLANCK, Julius Wilhelm. Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts. Band 1. Nördlingen: C.H. Beck'schen Buchhandlung, 1887.

PODETTI, José Ramiro. Teoría y técnica del proceso civil (Ensayo de una sistemática del derecho procesal argentino). Buenos Aires: Editorial Ideas, 1942.

POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel. Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis. In: Georgetown Law Review, vol. 82, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1892-1979). Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I (1974). 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo I (1954). Atual. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: RT, 2012.

_____. Tratado de Direito Privado. Tomo II (1954). 4ª ed. São Paulo: RT, 1983.

PORTO, Éderson Garin. A colaboração no direito tributário. Por um novo perfil de relação obrigacional tributária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

POSNER, Eric A.. Agency Models in Law and Economics. In: University of Chicago Law School, John M. Olin Law and Economics Working Paper nº 92, 2000, disponível em < <https://ssrn.com/abstract=204872>>, acesso em 11.03.2018.

_____. Law and social norms (2000). Cambridge: Harvard University Press, 2002.

POSNER, Richard. Economic Analysis of Law (1972). 3ª Ed. Boston: Little Brown, 1986.

POTHIER, Robert Joseph (1699-1772). *Traté des Obligations* (1761). In: Ouvres. Tome Premier, Partie IV, Chapitre III, n. 904, Paris: Bechet Ainé, 1824.

POUND, Roscoe (1870-1964). *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922). New Haven: Yale University Press, 1930.

_____. *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (1906). In: *Crime & Delinquency*, Vol 10, Issue 4, 1964.

POUNDSTONE, William. *Prisoner's dilemma* (1992). New York: Anchor Books, 1993.

PRATI, Angelico. *Vocabolario Etimologico Italiano*. Torino: Garzanti, 1951.

PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

PRIETO CASTRO, Leonardo (1905-1995). *Cuestiones de Derecho Procesal*. Madrid: Reus, 1947.

PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*. In: *Rivista di Diritto Civile*, I, 1987.

_____. *Il Codice di Procedura del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo*. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. n° 28, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1999.

_____. *Lezioni di Diritto Processuale Civile* (1994). 4ª Ed. Napoli: Jovene, 2002.

PUGLIESE, Giovanni (1914-1995). *Giudicato*. I. *Giudicato civile*. a) *Storia*. In: *Enciclopedia del Diritto*. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969.

_____. *Processo privato e processo pubblico*. In: *Rivista di diritto processuale*. v. 3, n. 1, Padova: A. Milani, 1948.

RAIFFA, Howard (1924-2016); LUCE, Duncan (1925-2012). *Games and decisions: introduction and critical survey*. New York: John Wiley and Sons, 1957.

RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. *A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: quid est et quo vadat?* *Civilistica.com*, ano 6, n. 1, 2017, disponível em <www.civilistica.com/a-mitigacao-de-prejuizos/>.

RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação de debate*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte: Fórum, n. 70, 2010.

RAPOPORT, Anatol (1911-2007). Two-person game theory (1966). Reimp. Mineola: Dover publications, 2016.

RAPOPORT, Nancy. 'Nudging' Better Lawyer Behavior: Using Default Rules and Incentives to Change Behavior in Law Firms. In: St. Mary's Journal on Legal Malpractice and Ethics, Vol. 4, 2014.

RAZ, Joseph. Practical reason and norms (1975). 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Oxford: Oxford University Press, 1979.

REALE, Miguel (1910-2006). Lições Preliminares de Direito (1973). 10ª Ed. São Paulo: RT, 1983.

REDENTI, Enrico (1883-1963). Diritto Processuale Civile. Tomo I (1949). Milano: Giuffrè, 1957.

_____. Il giudizio civile con pluralità di parti (1911). 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1960.

REICHELTL, Luis Alberto. Equilíbrio processual: Adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: Revista AJURIS, nº 95. Porto Alegre: AJURIS, 2004.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. In: Revista de informação legislativa, v. 50, n. 199, jul/set 2013.

RICCA-BARBERIS, Mario (1877-1959). Due concetti infecondi: negozio e rapporto processuale. Rivista di diritto processuale civile. Padova: Cedam, 1930, II, Vol. VII.

_____. Progresso o regresso intorno ai concetti di negozio e rapporto processuale. Rivista di diritto processuale civile. Padova: Cedam, 1931, I, Vol. VIII.

RICCI, Gian Franco. Principi di Diritto Processuale Generale (1995). 3ª Ed. Torino: Giappichelli, 2001

ROBBENNOLT, Jennifer. Litigation and Settlement. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014.

ROBBINS, Lionel (1898-1984). *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan Co., 1932.

ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito* (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

ROMANO, Santi (1875-1947). *L'ordinamento giuridico* (1918). 2ª ed. Firenze: Sansoni, 1945.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos* (2013). 3ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. *Para Entender A Delação Premiada Pela Teoria Dos Jogos: Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico*. Florianópolis: Modara, 2018.

ROSENBERG, Leo (1879-1963). *La carga de la prueba* (1923). Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEA, 1956.

_____. *Tratado de derecho procesal civil. Tomo I* (1927). Trad. da 5ª ed. Angela Romera Viera. Buenos Aires: EJEA, 1955.

ROTUNDA, Ronald D. *Why Lawyers are Different and Why We are the Same: Creating Structural Incentives in Large Law Firms to Promote Ethical Behavior - In-House Ethics Counsel, Bill Padding, and In-House Ethics Training*. In: *Akron Law Review*: Vol. 44, nº 3, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1712-1778). *Du contract social ou Principes du Droit Politique* (1762). Amsterdam: Marc-Michel Rey.

SANDULLI, Aldo (1915-1984). *Il procedimento amministrativo* (1940). Reimp. Milano: Giuffrè, 1959.

SANFILIPPO, Cesare (1911-2000). *Istituzioni di Diritto Romano* (1944). 10ª Ed. Soveria Mannelli: Rubbettino Editore, 2002.

SATTA, Salvatore (1902-1975). *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. XIII. Milano: Giuffrè, 1964.

_____. *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, XIV, Parte I, 1937.

SAVIGNY, Friedrich Carl von (1779-1861). Sistema del derecho romano actual. Tomo I (1840). Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: F. Gongora y Compañía Editores, 1878.

_____. Sistema del diritto romano attuale. Tomo I (1840). Trad. Paride Zajotti. Venezia: Eco dei Tribunali, 1856.

_____. System des heutigen römischen Rechts. Vorsatz I. Berlin: Veit, 1840.

SCARSELLI, Giuliano. Ordinamento giudiziario e forense (2004). 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010.

SCHAUER, Frederick. Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life (1991). Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002.

_____. The force of Law. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SCHELLING, Thomas C. The strategy of conflict (1960). New Ed. Cambridge: HUP, 1980.

SCHÖNKE, Adolf (1908-1953). Derecho procesal civil (1938). Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1950.

SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium (2005). 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHÜTZ, Alfred (1889-1959). The Phenomenology of the Social World (1932). Trad. George Walsch. Evanston: Northwestern University Press, 1967.

SCHWARZER, William W. Rule 11 Revisited. In: Harvard Law Review, vol. 101, 1987-1988.

SCOTT, Richard. Institutions and Organizations. Thousand Oaks: Sage, 1995.

SEARLE, John. Speech acts: an essay in the philosophy of language (1969). New York: Cambridge University Press, 2011.

SEGNI, Antonio (1891-1972); COSTA, Sergio (1904-1981). Procedimento civile. In: Novissimo Digesto Italiano. XIII. Torino: UTET, 1966.

SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3-4, Dec. 2010.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011

_____. Preclusão Processual Civil (2006). 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, João Paulo Hecker da. Tutela de urgência e tutela da evidência nos processos societários. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955.

_____. Human Nature in Politics: The Dialogue of Psychology with Political Science. In: The American Political Science Review, Vol. 79, nº 2, Jun., 1985.

_____. Models of Man: Social and Rational. New York: John Wiley and Sons, Inc., 1957.

SMITH, Adam (1723-1790). An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1776). Edwin Cannan's Edition (1904). Chicago: Chicago University Press, 1976, Livro I, Cap. VII.

_____. The Theory of Moral Sentiments (1759). Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SOARES, Fernando Luso (1924-2004). A responsabilidade processual civil. Coimbra: Almedina, 1987.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. Lisboa: Lex, 1997.

_____. Introdução ao Direito. Coimbra: Almedina. 2016.

SPAMANN, Holger. Can Simple Mechanism Design Results Be Used to Implement the Proportionality Standard in Discovery? Comment. In: Journal of Institutional and Theoretical Economics, nº 172, 2016.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. In: RePro, vol. 17, Jan-Mar, 1980.

STANOVICH, Keith; WEST, Richard. Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate? In: Behavioral and Brain Sciences, nº 23, 2000.

STRECK, Lenio; MOTTA, Francisco. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? In: RePro, vol. 213, Nov, 2012.

SUMMERS, Robert (1922-2012); KELLEY, Leigh. Economists reasons for common law decisions - a preliminary inquiry. In: Oxford Journal of Legal Studies, vol. 1, 1981.

_____; MACCORMICK, Neil (1941-2009) (ed.). Interpreting Precedents. A comparative study. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Processo administrativo: Um diálogo necessário entre Estado e cidadão. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 23, pp. 39-51, jan/mar, 2006.

SUNSTEIN, Cass. Foreword: the ethics of nudging. In: ALEMANNI, Alberto; SIBONY, Anne-lise (ed.). Nudge and the Law: A European Perspective. Oxford: Hart Publishing, 2015.

_____. Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow. New York: Palgrave Macmillan, 2017.

_____. The Ethics of Nudging. In: Yale Journal on Regulation, Vol. 32, 2015.

_____. Why nudge? The politics of libertarian paternalism. New Haven: Yale University Press, 2014.

TABBACH, Avraham; LAVIE, Shay. A theory of litigation signals. Disponível em <https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/workshops/Documents/Paper%2012.Tabbach.%20A%20Theory%20of%20Litigation%20Signals.pdf>, acesso em 12.03.2018.

TARELLO, Giovanni (1934-1987). Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile. Bologna: Il Mulino, 1989.

_____. Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione nel diritto. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999.

_____. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. In: Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana. Padova: Cedam, 1979.

_____. Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali (2001). In: Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. La giustizia civile in Italia dal ‘700 ad oggi. Bologna: Il Mulino, 1980.

_____. La Motivazione della Sentenza Civile. Padova: CEDAM, 1975.

_____. La prova dei fatti giuridici. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____; HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018). American Civil Procedure. An introduction. Neu Haven: Yale University Press, 1993.

_____; MITIDIERO, Daniel. A Justiça Civil – da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje. Obra no prelo.

THALER, Richard. Anomalies: The Ultimatum Game. In: Journal of Economic Perspectives — Volume 2, n° 4, 1988.

_____. Behavioral Economics: Past, Present, and Future. In: American Economic Review, Vol. 106, n 7, 2016.

_____. Misbehaving. The making of Behavioral Economics. New York: Norton & Company, 2016.

_____. Quasi rational economics (1991). Reimp. New York: Russel Sage Foundation, 1994.

_____; SUNSTEIN, Cass. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009.

THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017) (coord.). Abuso dos Direitos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé, papel do juiz. In: Revista autônoma de processo, n. 1, out./dez., 2006.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo Código de Processo Civil. Fundamentação e Sistematização. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2015.

_____. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I (1985). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORNAGHI, Hélio (1915-2004). Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 1 (1974). 2ª Ed. São Paulo: RT, 1976.

TROCKER, Nicolò. Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento processual contraditório. A proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015.

TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Availability: a Heuristic for Judging Frequency and Probability. In Cognitive Psychology, nº 5, 1973, 207-232.

_____; _____. Availability: a Heuristic for Judging Frequency and Probability. In Cognitive Psychology, nº 5, 1973.

_____; _____. Belief in the law of small numbers. In: Psychological Bulletin, nº 76, 1971, pp. 105-110.

_____; _____. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974.

_____; _____. The framing of decisions and the psychology of choice. In: Science, New Series, vol. 211, nº 4481, 1981.

TYLER, Tom R. Why people cooperate: the role of social motivations. Princeton: Princeton University Press, 2011.

_____. Why people obey the law. New Haver: Yale University Press, 1990.

TZU, Sun (544a.C.-496a.C.). A arte da guerra (data desconhecida). Trad. Sueli. Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2006

ULEN, Thomas. The importance of Behavioral Law. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law. New York: Oxford University Press, 2014.

VAIRO, Georgene. Rule 11 and the Profession. In: *Fordham Law Review*, vol. 67, 1998.

VEREECK, Lode; MÜHL, Manuela. An Economic Theory of Court Delay. In: *European Journal of Law and Economics*, Vol. 10, n° 3, 2000.

VILLEY, Michel (1914-1988). Esboço histórico sobre o termo “Responsável” (1977). Trad. André Corrêa. In: *Revista Direito GV*, vol. 1, ano 1, maio, 2005.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WACH, Adolf (1843-1926). *Manual de Derecho Procesal Civil*. T. I (1885). Trad. Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1977.

WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 23, Jan-Jun, 2009

WALDRON, Jeremy. It’s All for Your Own Good. In: *The New York Review of Books*, 2014, disponível em <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/oct/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good/>>, acesso em 12.03.2018.

WARD, Daniel L. New Carrots and Sticks: Proposals for Reform of CPR Part 36. In: *The Modern Law Review*, n° 70, 2007.

WASON, Peter; EVANS, Johnatan. Dual Processes in Reasoning? In: *Cognition*, n° 3, 1975.

WASSERMANN, Rudolf (1925-2008). *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand Verlag, 1978.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: *estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

WEINBERGER, Ota (1919-2009). *Law, Institution and Legal Politics*. Fundamental problemas os Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht: Springer, 1991.

WHITE, Mark. Overview of Behavioral Economics and Policy. In: ABDUKADIROV, Sherzod (ed.). *Nudge Theory in Action: Behavioral Design in Policy and Markets*. New York: Palgrave Macmillan, 2016.

WIEACKER, Franz (1908-1994). História do Direito Privado Moderno (1952). 4ª Ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

WILLIAMSON, Oliver. Contract and Economic Organization. In: Revue d'économie industrielle, vol. 92, 2000.

_____. The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting (1985). Beijing: China Social Sciences Publishing House, 1999.

WINDSCHEID, Bernhard (1817-1892); MUTHER, Theodor (1826-1878). Polemica sobre la 'actio' (1856-1857). Trad. Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

ZANETI JR., Hermes. A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição (2007). 2ª Ed. Ver., amp. e alt. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANITELLI, Leandro Martins. Regulação responsiva e efeito solapador das sanções. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). Direito e economia em dois mundos: pesquisa jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

ZEISS, Walter (1933–2006). El dolo procesal. Aporte a la precisacion teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico (1967). Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1979.

ZILLMAN, Donald; ROTH, Evan. Strategic Legal Writing. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.