

Coleção
Eduardo Espínola

Lírio Hoffmann Júnior

A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

2019

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

A SEGURANÇA JURÍDICA E A ATIVIDADE JURISDICIONAL À LUZ DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Enquanto obra do espírito humano, o direito vocaciona-se a servir de instrumento à pacificação social, e, segundo a pena de insuspeito sociólogo, não se tem notícia, em outras paragens dos sistemas sociais, que algum deles tenha logrado maior êxito e prestígio neste intento.¹

Se é correto afirmar, em um primeiro instante, que a autoridade do direito repousa na contingente aplicação da sanção – mecanismo de que se valem determinadas espécies de normas para o respeito a seu preceito impositivo –, não se poder olvidar, por outro lado, que a sua legitimidade encontra assento em fundamentos outros, além da força, que tornam a coação suave à intuição e à tolerância sociais.²

Constitui, pois, uma obviedade assentar que o direito não se traduz em objeto consumado, e que, ao reverso disso, recebe o influxo das mais diversas variáveis sociais que, além de forjar-lhe o conteúdo, laboram para a estabilidade e aceitabilidade dos comandos descritos.³ Convém,

1. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da Sociologia Compreensiva. vol. 1. Brasília: UNB, 1999, p. 201.
2. Como bem pondera Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “não se nega certa relação entre poder e força (física), pois se reconhece que os detentores do poder são aqueles que têm a força necessária para fazer respeitar as normas que deles emanam. Admite-se, pois, que a força é *instrumento* necessário do poder, mas nega-se que seja seu *fundamento*. Sutilmente, vai dizer o jurista que a força é necessária para *exercitar* o poder, mas não para justificá-lo. O que o justifica é o *consenso*”. (**Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17).
3. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: UFRGS, vol. 15, 1998, p. 7.

para além disso, perscrutar por que, e de que forma, o direito, e mais particularmente o direito processual civil, acabaram por sofrer o influxo de tais defluências.

Superada a ideia ingênua e insensível do fenômeno jurídico como pura categoria racional – que pelos mais variados matizes atraíram, não sem razão, críticas de todas as ordens –, sobretudo pelo exagerado colorido ao viés contratualista que explicaria a necessidade do direito,⁴ põe-se em realce a necessidade de idealizá-lo também como fenômeno social fruto da cultura.⁵

Se a tentativa de explicar a sociedade e o Direito a partir de um homem concebido anteriormente à organização da convivência social – fruto, pois, da razão – acabou por gorar,⁶ não se pode deixar de reconhecer que este método epistemológico, em si marcado por um profundo traço cognitivista, foi o responsável direto por uma deformação decisiva tanto do conceito de Direito, quanto das técnicas de interpretação jurídica.⁷

Nem sempre bem compreendida, pode-se afirmar com relativa certeza, consoante notícia Norberto Bobbio, que a passagem a esse sistema, embrião de um futuro “positivismo jurídico” que viria a reinar em diversos ordenamentos, ocorreu por consolidar-se com a formação do Estado Moderno e o estabelecimento da premissa de que a ele cabe, com exclusividade, a criação do Direito.⁸

Relativamente ao direito processual, e em particular ao processo civil, é intuitivo imaginar que as coisas tenham se passado de modo similar. A ideia de um processo universalmente aceito, infenso a falhas e de natureza intemporal, foi, seguramente, a mais eloquente tentativa do liberalismo reinante a partir do século XIX de fazer valer seus ideais de segurança jurídica.⁹

A tentativa desesperada de superar um suposto protagonismo judicial, e com isso resguardar a permanência e segurança do próprio

4. REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014, p. 78.

5. FALZEA, Angelo. **Introduzione alle Scienze Giuridiche**: Il Concetto di Diritto. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 492.

6. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5-7.

7. GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39.

8. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26-27.

9. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 178.

Direito, no pressuposto constante de que ao juiz competia apenas à tarefa de anunciá-lo, tornou por ocasionar um efeito deletério de proporções inauditas. O estabelecimento deste modo de encarar o fenômeno jurídico, de pronto migrada à seara processual, logo cobrou o preço pelo descolamento da realidade e pelo desprezo à história, em si essenciais não só à compreensão, como à reconstrução dos sentidos.¹⁰

Se na atualidade esse critério já não tem a aptidão de impressionar minimamente, não se pode deixar de reconhecer, como bem observa Ovídio A. Baptista da Silva, que o cinismo hermético resultado dessa ideologia teve, por diversas vezes, de ceder à realidade e deixar-se seguir pelos movimentos culturais que passaram a pautá-la.¹¹

O nascimento do direito processual como ciência autônoma sofreu, por certo, a influência direta desse pensamento limitador.¹² Inspirado, sobretudo, por propósitos depuradores como uma reação natural ao desígnio autonomista, por longo tempo esteve divorciado de qualquer

-
10. ALLORIO. Enrico. **Significato della storia nello studio del Diritto processuale civile: problemi di diritto**. vol. 3. Milano: Giuffrè, 1957, p. 115.
 11. Segundo o processualista gaúcho, “a busca de regras e princípios de validade universal e eterna, que preside nossa cultura jurídica, esta “repulsa” pela historicidade do Direito, pode produzir consequências espantosas como adverte Ewald, ao descobrir-se, como o fizeram os juristas franceses, que, para mudar inteiramente o direito civil francês, não foi necessário mudar o Código Civil: ‘Desse modo, faz parte da experiência contemporânea do direito francês o facto de não ser necessário mudar o código – o Código Civil, precisamente – para que se mude o direito’ (p. 211). Este é o preço afinal pago pelos ordenamentos jurídicos e pelos ambiciosos sistemas doutrinários de que foi prodigioso o pensamento europeu, a partir do século XIX: a permanência do direito, a conservação indefinida de suas regras e princípios faz-se a custo da cada vez mais completa alienação da história e dos fatos sociais. b) O fenômeno é perfeitamente conhecido dos juristas que lidam com o processo civil, pois este é o ramo do direito mais comprometido com a história, uma vez que lhe cabe não apenas prescrever regras hipotéticas, como o faria o jurista do direito material, mas diretamente intervir nos conflitos sociais, impondo, aqui e agora, uma determinada regra de conduta. O exemplo francês da criação da moderna jurisdição de urgência (*jurisdiction des référés*) é ilustrativo, ao demonstrar como as pressões da experiência jurídica podem instituir novos modelos e abrir caminhos inovadores, mesmo que a doutrina tente preservar seus castelos conceituais e resista em admitir que os velhos princípios que sustentaram os códigos do século XIX já não mais atendem às exigências da civilização contemporânea”. (**Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179).
 12. Ilustrativa dessa peculiar forma de enxergar a função do juiz no processo, que, ao cabo, constituía, pois, a própria tarefa da jurisdição, é a célebre frase de Giuseppe Chiovenda, segundo a qual a função do magistrado consistia na descoberta da “vontade concreta da lei”. (**Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 40).

movimento que sugerisse, ainda que minimamente, uma tentativa emancipatória da jurisdição como atividade criativa.¹³

O modelo se propunha a garantir que a previsibilidade do Direito não fosse comprometida por uma atuação subversiva do juiz – preso aos modelos da lógica-substantiva – severamente advertido de que atividade de aplicação do quadro fático ao modelo abstrato do texto legal haveria de ocorrer à revelia de qualquer elemento exterior ao direito codificado.¹⁴

Como seria de supor, as reações a este modelo de frágil suficiência quanto aos aspectos de legitimidade e eficácia tornaram-se aparentes em movimentos cíclicos, alternados pendularmente em estágios que alternaram uma maior ou menor hegemonia em relação ao aspecto formalista. Segundo Vittorio Villa, “si guardiamo alla storia della cultura giuridica moderna, e in particolare ai sistemi di diritto codificato, possiamo in realtà notare che vi è stato un avvicinarsi di posizioni formalistiche e di posizioni antiformalistiche”¹⁵.

Um impulso de contenção a este modelo, que levou às últimas consequências a revolta à apatia interpretativa, pôde ser verificado na azáfama conhecida como movimento do Direito Livre. Por tal designação, segundo lembra Castanheira Neves, podia ser compreendida qualquer norma que fosse além – ou, em certo sentido, até mesmo contrariamente – do direito oficialmente produzido pelos órgãos legislativos do Estado.¹⁶

Liberta das amarras que a prendiam ao modo de produção oficial do Direito, a Escola do Direito Livre tinha subjacente à sua metodologia a noção de que o Direito não se continha exclusivamente no texto legal, e, a partir daí, estava o juiz autorizado a se valer de fontes extralegais que fugiam à pura lógica dedutiva.¹⁷

Se a posição contrária deixava a descoberto a necessidade de atualização do Direito em função das novas relações e posições jurídicas,

13. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12-13.

14. NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Ed, 1983, p. 37.

15. **Uma teoria pragmaticamente orientada dell’interpretazione giuridica**. Torino: Giappichelli, 2012, p. 78.

16. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. vol. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 193.

17. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. vol. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 196.

ao propósito de garantir, pois, a plenitude do ordenamento jurídico mediante uma atividade de interpretação integrativa, a Escola do Direito Livre expunha, por outro lado, o risco da ausência de controle quanto à atividade do juiz e da irreverência quanto à observância de elementos linguísticos mínimos contidos na legislação codificada.

Conquanto não pareça ser lícito ignorar que a atividade interpretativa revela, por mínimo que seja, um inexorável componente criativo,¹⁸ não seria desarrazoado admitir também que há no texto legal um significado mínimo de linguagem que necessita ser preservado. Uma radical teoria antiformalista quanto à interpretação do Direito não poderia ser aceita, diz Riccardo Guastini, porque interpretar não equivale a atribuir ao texto legal um significado desconectado de padrões já previamente avaliados pelos padrões normais da linguagem.¹⁹

A atividade interpretativa haveria, então, de levar em consideração elementos já previamente tomados em consideração pelo texto legal, que, se desconexos do uso natural já incorporado à linguagem, poderia levar a resultados absurdos.²⁰

Impõe-se daí a premência de uma posição equilibrada, que descontados os exageros de uma e outra vertente, possa justificar a tomada de

18. CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione**. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 145.

19. GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 426.

20. É por essa razão que Humberto Ávila afirma, com razão, que o uso corrente da linguagem constitui uma condição imanente à própria atividade interpretativa, como se extrai deste trecho de sua obra: "A constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da *condição a priori intersubjetiva*: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado. Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem". (**Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 52-53).

posição que prime por conclusões razoáveis e socialmente aceitáveis.²¹ Se está equivocado Eros Roberto Grau quando descreveu o Poder Judiciário como um “produto de insegurança”²², é natural supor que a atividade do juiz se justifique, ao menos, no propósito de se resguardar um mínimo de controle público.²³

É, pois, no respeito a esta garantia, que preside a atuação do Poder Judiciário, que reside o traço democrático que legitima a atuação da função jurisdicional por agentes não recrutados pelo voto popular. Nisso se compreende a expressão “Estado que se justifica”²⁴. Percebe-se daí que a própria atuação adequada do Poder Judiciário rebate a crítica incisiva do déficit de legitimidade, se levada em consideração uma atuação racional, estimada para efeitos constitucionais como um mister que encontra correspondência com as aspirações sociais.

Uma representação argumentativa, para usar de uma expressão que se notabilizou pelo juízo meticoloso de Robert Alexy, congraçaria um desempenho criativo paralelo ao Poder Legislativo, cujo componente político, por vezes degenerado, apenas artificialmente encontraria respaldo na cláusula democrática.²⁵

-
21. Segundo Aulis AARNIO: “In accordance with the generally accepted ideology of law based on Western democracy, not every use of power is acceptable. We assume that decision-maker does not reach decisions on impulse, at random or so the the pattern of decisions falters in unexpected ways. The decision maker is expected to adhere as far as possible to legal certainty”. (**The rational as reasonable – a treatise on legal justification**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 3).
 22. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 16.
 23. AARNIO, op. cit., p. 6.
 24. TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 461.
 25. Segundo este eminente jusfilósofo, o cerne desta conhecida e tormentosa controvérsia ensinaria uma análise acerca do próprio conceito de representação, que não poderia, por seu turno, enclausurar-se apenas em um componente de índole política: “O princípio fundamental: “todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o

Esse poder de limitação, que em relação ao Poder Judiciário ganha colorido diverso em função do modo peculiar de seu componente democrático,²⁶ há de levar em conta também um traço de personalidade atinente à eficácia dos comandos por ele exarados, a traduzir-se, por consequência, em um sítio de busca por resultados.²⁷

povo senão em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimento examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados". (Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: **Revista e Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, vol. 217, jul./set. 1999, p. 55-66).

26. A nódoa contramajoritária e antidemocrática, não raras vezes atribuída ao Poder Judiciário, inelutavelmente vinculada ao papel criativo da jurisprudência, sobretudo nos países de "civil law", foi respondida elegantemente por Mauro Cappelletti: "Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o "sentimento de participação". Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica quoad substantiam da jurisdição, como se viu no § 11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública". (**Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 100).
27. O reflexo da utilidade e eficácia do provimento jurisdicional para além do cumprimento do comando contido na decisão, uma verdadeira composição sociológica da controvérsia, pode ser encontrada nesta passagem da obra de Antônio Cláudio da Cota Machado: "De fato, o processo só poderá se revelar habilitado a cumprir todas as suas funções institucionais (sócio-político-jurídico) com eficiência se, a par de um contexto estrutural favorável, ele puder dispor de um modo de ser que represente, a um só tempo, instrumento adequado ao pleno exercício do direito de ação e do direito de defesa – expressos pelas faculdades de pedir, alegar e provar e, também, recorrer – e instrumento hábil à produção de um provimento que assegure ao vencedor exatamente aquilo que a ordem jurídica material lhe promete e que só não se realizou por causa da resistência da parte contrária. Vêem-se, aí, com clareza as duas vertentes do processo efetivo: de um lado, um processo cujo procedimento seja, pelo menos razoavelmente adaptado às peculiaridades da relação material controvertida, de sorte a permitir o desenvolvimento de atividades postulatórias e probatórias adequadas pelos sujeitos parciais para o alcance de uma também adequada e eficiente atividade decisória por

Em uma sociedade de massas, uma decisão justa²⁸ – sobretudo à luz do paradigma do Estado Constitucional – há de ser, acima de tudo, plena e efetiva, no desiderato propósito de se resguardar a segurança jurídica.²⁹

O Estado Constitucional, e a teoria do processo que eleva à condição primaz as decisões judiciais que não se exaurem em matriz de singela legalidade, buscam não só uma aproximação do processo com o direito material, mas, sobretudo, a inauguração de uma forma de participação das partes no jogo processual.³⁰

parte do magistrado (o procedimento como sede formal do bom desempenho do *actum trium*); do outro lado, um ato final do processo que seja carregado de potencialidade jurídica para gerar no mundo dos fatos alterações em grau suficiente, de forma a realizar em prol do vencedor exatamente aquilo que a ordem jurídica material lhe acenou como o devido provimento jurisdicional útil". (**Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 34-35).

28. "La giustizia della decisione non è un' valore complessivo unitario risultante da qualche somma algebrica, ma um algoritmo nel quale ogni critério mantiene la sua autonomia ed opera individuando valor autonomia che debbono essere tutti presenti preché si possa parlare di decisione giusta. (TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, mar. 1997, p. 319).
29. As razões pelas quais a sociedade contemporânea se vê envolta a um sentimento singular de insegurança foram assim, resumidamente, identificadas por Humberto Ávila: "por quê tamanha insegurança? Pode-se, apenas e tão-somente com a finalidade de fixar um *ponto de referência* inicial justificador da presente pesquisa, apontar causas de natureza social e causas de natureza jurídica para a referida insegurança hoje existente". (**Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53).
30. A superação de um modelo anacrônico de contraditório, inspirado na suficiência da regra "informação-reação", tem suscitado o debate a respeito das reais necessidades/imposições dos sujeitos processuais. Mais consentânea ao modelo constitucional de prestação jurisdicional se afina a necessidade de divisão de tarefas entre os sujeitos que participam da relação processual, como enfatiza Antônio do Passo Cabral: "As plurais funções do princípio do contraditório não se esgotam na sua compreensão como direito de informação-reação. Além de representar uma garantia de manifestação no processo, o contraditório impõe deveres. Nota-se, no cotidiano forense, que a participação das partes presta relevante contributo para o labor jurisdicional. Sem embargo, a participação não só tem escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem uma finalidade de colaboração das partes, e essa dialética processual acaba revertendo em prol da boa qualidade da prestação jurisdicional. Todos os sujeitos processuais devem ser co-responsáveis pela condução do processo e pela manutenção da higidez da relação processual" (O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 126, ago. 2005, p. 2. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/docum ent?&src=r1&srcuid=i0ad6adc600000161d62e8631cf2a9d11&docguid=lb08d6550f25611dfab6f010000000000&hitguid=lb08d6550f25611dfab6f010000000000&spos=1&epo>

A dialética que inspira a lógica do processo, sobretudo agora a partir do marco do Estado Constitucional, injunge as partes a novas responsabilidades, que devem ser traduzidas em novas modalidades de obrigações, devedores e ônus.³¹

Como bem assevera Cândido Rangel Dinamarco, entre os ônus processuais, o primeiro e de maior peso é o de afirmar, jungido ao próprio ônus de demandar;³² e se assim parece inequívoco, não é menos adequado compreender que às partes recai o ônus – reconhecido pelo mesmo autor como uma das mais lúcidas e preciosas contribuições que aportaram à ciência processual no século XX –,³³ também, de trazer ao processo todos os elementos importantes e pertinentes à resolução da lide.

É, pois, função do Estado não apenas estimular, mas, além disso, exigir dos atores processuais que o processo seja um *locus* definitivo de resolução dos conflitos. A percepção de que há potencialidade no processo para agregar essa atitude perpassa pelo abandono do ideal da plenitude do ordenamento jurídico, pelo relaxamento da mentalidade do juiz *bouche de la loi*, e da permeabilidade, como se verá adiante, do processo aos mais plurais sintomas culturais.

1.1. O PROCESSO COMO OBRA E REFLEXO DO FENÔMENO CULTURAL

A proposição de uma determinada espécie de estruturação normativa não ignora componentes de índole ideológica,³⁴ como se o Direito derivasse, *ex nihilo*, da pura ação ideal.³⁵

s=1&td=1&context=224&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 15 dez. 2017).

31. Sobre o conceito de ônus e das chamadas situações processuais passivas, consultar Francesco Carnelutti. **Sistema di diritto processuale civile**. vol. 1. Padova: Cedam, 1936.
32. Causa de pedir e ônus de afirmar. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. Tomo 1. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 572.
33. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 283.
34. MITIDIERO, Daniel Francisco; JÚNIOR, Hermes Zaneti. Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em direito processual civil. In: _____. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 13.
35. Ao se referir à Escola de Baden e ao facundo legado atribuído pela experiência alemã da segunda metade do século XIX, que deixara de lado o apego exacerbado à razão pura e às leis lógicas, Miguel Reale enfatiza o aspecto prático que se inaugurou a partir

Como pressuposto da experiência, o Direito é fruto da cultura do povo para o qual é dirigido, sendo ilusório supor que tais normas de conduta – quer se passem no plano material, quer se expressem na seara processual – possam ignorar, justamente para a resolução de casos concretos e particularizados, modelos abstratos havidos fora da experiência histórica.³⁶

Evidentemente, uma ordem jurídica justa,³⁷ que se manifesta e se implementa por um conjunto racional de disposições, ou por aquilo

dessa experiência: “Embora não se possa esquecer a decisiva contribuição de Dilthey, que punha em primeiro plano o problema da existência humana, ou de Nietzsche, que pregava a *inversão de todos os valores*, é justo reconhecer que a Escola de Baden contribuiu, poderosamente, a concentrar a atenção dos filósofos sobre os conceitos e valor e de cultura, dois temas hoje capitais da Sociologia, da Política, da Filosofia e da Filosofia do Direito em particular”. E, mais adiante, comenta o pensamento de Windelband e Rickert, dois de seus mais destacados membros: “Windelband observa que, além do mundo dos fatos, da realidade dada naturalmente, além do mundo do *ser*, há o mundo do *dever ser*, que não constitui objeto da experiência. O mundo do *dever ser* é, ao contrário, um pressuposto da experiência sob todos os pontos-de-vista: como conhecimento, como ação moral e como sentimento estético. Esse conceito deve, pois, dominar na Lógica, na Ética e na Estética, a quais foram o objeto da reflexão filosófica. O mundo do *ser* é o mundo da natureza, sujeito à causalidade mecânica; o do *dever ser* é o mundo dos valores espiritualmente autônomos, o mundo da liberdade. A filosofia não é criadora de valores, mas ela descobre no caos da experiência os valores cujo sistema representa e *cultura* humana. Rickert aceita estas ideais e as reelabora, procurando – mediante as noções de *valor* e de *cultura* – superar a antítese kantiana entre *ser* e *dever ser*, dando aos trabalhos um sentido dinâmico e histórico que revela a influência da filosofia de Hegel”. (**Fundamentos do Direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014, p. 241-243).

36. Segundo Castanheira Neves, o conteúdo da normatividade do Direito, que se expressa, inelutavelmente, no seu sentido, é uma resposta culturalmente humana, e, como tal, encontra significação na razão prática: “ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e condicionabilidade de toda a cultura – não é ‘descoberto’ em termos da objectividade essencial da ‘razão teórica’ e no domínio da filosofia especulativa ou teórica, é construído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela ‘razão prática’ e imputado à responsabilidade poética”. (**Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 47).
37. Inspirada por ventos renovadores advindos do velho mundo, gestados ainda no final da primeira metade do século XX, a ideia de “ordem jurídica justa” de pronto encontrou, em território nacional, ambiente propício a se desenvolver, conquanto uma primeira tomada de posição por parte do legislador só tenha ganhado sistematização com o advento da Constituição Federal de 1988. Antes disso, porém, já se percebia na doutrina nacional certa agitação em prol destes novos valores, destacando-se neste campo a contribuição valiosa de Kazuo Watanabe. Se os ideais desenvolvidos pelo processu-