

2017 - 03 - 03

**Revista de Processo**

2016

REPRO VOL. 251 (JANEIRO 2016)

TEORIA GERAL DO PROCESSO E PROCESSO DE CONHECIMENTO

2. INTRODUÇÃO ÀS RAÍZES HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO (KOOOPERATIONSMAXIME)

## 2. INTRODUÇÃO ÀS RAÍZES HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO (KOOOPERATIONSMAXIME)

---

### HISTORICAL INTRODUCTION TO THE 'PRINCIPLE OF COOPERATION' (KOOOPERATIONSMAXIME)

(Autor)

**RONALDO KOCHEM**

*Mestrando do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS. Membro do Grupo de Pesquisa CNPQ "Processo Civil e Estado Constitucional". Advogado. r.kochem@gmail.com*

**Sumário:**

Introdução

1 Plano legislativo

A A Civilprozessordnung de 1877

B As primeiras reformas (1909, 1924, 1933)

C A reforma para simplificação e aceleração do processo

2 Plano doutrinário

A Uma questão de método: princípios processuais?

B O princípio da cooperação (Koooperationsmaxime)

B. 1 Karl August Bettermann (1972)

B. 2 Peter Gilles (1977)

B. 3 Karl August Bettermann (1978)

B.4 Rudolf Wassermann (1978)

B. 5 Bernhard Hahn (1983)

3 Considerações finais

4 Bibliografia

**Área do Direito:** Processual

## Resumo:

O presente ensaio apresenta uma introdução ao princípio da cooperação (Kooperationsmaxime) no direito processual civil alemão sob a perspectiva histórica. Primeiramente por meio de um discurso sobre as fontes do assim chamado princípio e, em segundo lugar, centrando a análise sobre a doutrina alemã que iniciou e impulsionou a discussão em torno da cooperação processual.

## Resumo:

This essay presents an introduction to the history of the Principle of Cooperation (Kooperationsmaxime) in German civil procedure. Firstly, the essay explores a number of reforms on the German Civil Procedure Code. Then, it follows an analysis of legal literature that initiated and stimulated the discussion on the idea of judicial cooperation.

**Palavra Chave:** Processo civil - cooperativo - Princípios processuais - Normas fundamentais - Direito alemão

**Keywords:** Collaborative civil - procedure - Essential procedural principles - Fundamental norms - German law

## Introdução

O direito processual civil não é política ou culturalmente neutro. <sup>1</sup>

Pelo contrário, o direito como um todo responde aos anseios de determinada sociedade, ou de parcela dessa sociedade, em um determinado espaço e em um determinado tempo. Em síntese, na ciência do direito existem respostas universais e atemporais, por mais técnica que a área do direito seja concebida. E quanto ao processo civil, dada a sua proximidade com a realidade, é natural que a legislação processual e/ou a interpretação que se dá a ela receba rapidamente os influxos das mudanças sociais e políticas. <sup>2</sup> Daí que a afirmação de que existem respostas universais e atemporais para a ciência do direito é aplicável, de modo específico, à ciência do direito processual civil. Ademais, no que toca à relação entre o Estado e o indivíduo, há uma clara influência da configuração dessa para aquela entre o juiz e as partes. Uma Constituição na qual o Estado se coloque como "fim do indivíduo" certamente terá um processo civil desenhado de forma diversa daquela em que a Constituição coloca o indivíduo como o "fim do Estado". <sup>3</sup>

Karl August Bettermann, a propósito, já apresentou em 1978 a tese de que os institutos mais importantes do processo civil alemão foram motivados politicamente. <sup>4</sup> Isso, entretanto, não tem o significado de uma verdade histórica, segundo a qual, por exemplo, os Estados autoritários haveriam tido, necessariamente, processos autoritários e os Estados Democráticos, processos participativos. <sup>5</sup>

O que a afirmação de que o direito processual civil não é neutro significa, portanto, é que existe uma influência cultural, ideológica e política sobre a concepção da estrutura do processo civil e da divisão de tarefas no processo. O *formalismo processual* não é estruturado apenas por meio de determinações pragmáticas ou econômicas, mas por *valores* (incorporado em *normas*, é verdade) trazidos ao direito.

É a partir dessa premissa que se investiga, no presente ensaio, as raízes históricas da noção, entendida como princípio processual, de cooperação no processo civil. Precisamente, investiga-se o direito alemão. A análise do processo civil é apresentada, na perspectiva da relação entre juiz e partes, desde a Zivilprozessordnung de 1877 até as reformas mais relevantes que consolidam o quadro da Zivilprozessordnung.

Por vezes, essa evolução legislativa da relação entre os participantes do processo é sintetizada em duas imagens: a de um juiz espectador de um duelo entre as partes, em um processo dominado por estas (*Parteiherrschaft*), e a de um juiz ativo, que interfere na disputa processual, dominando-a (

*Richterherrschaft*). As imagens remetem aos *princípios dispositivo processual e inquisitório*, que não apenas são determinantes para a devida compreensão acerca da histórica distribuição de atividades no processo, mas também são colocados em dúvida, pela doutrina que os investigou e proclamou o princípio da colaboração/cooperação.<sup>6</sup>

E, muito embora não se ignore que a norma seja criada pelo intérprete-cientista com base no texto normativo,<sup>7</sup> o que poderia ser levantado como crítica contra a divisão do presente trabalho em aspectos legislativos (ponto 1) e doutrinários (ponto 2), entendeu-se como sendo conveniente a realização de uma primeira análise da *evolução textual do direito processual civil* alemão para, em um segundo momento, analisar *as reconstruções realizadas por alguns dos doutrinadores*. É que assim se torna possível construir, no Brasil, um discurso crítico sobre as raízes históricas do princípio da cooperação.<sup>8</sup>

## 1. Plano legislativo

A mudança ocorrida na distribuição de atividades entre o juiz e as partes no processo civil alemão pode ser observada por meio de um breve exemplo a respeito da intimação da sentença judicial, que é a partir de quando o prazo recursal inicia seu curso. Pergunta-se, com esse exemplo de Bettermann, " *quem determina o ritmo do processo?*"<sup>9</sup>

No Império Alemão inaugurado no século XIX, entendia-se como apropriado que a parte vitoriosa no processo (ou seja, o cidadão) decidisse sobre o momento em que a sentença judicial, proferida *im Namen des Königs*, tornar-se-ia obrigatória. Ele poderia decidir até mesmo se a sentença seria obrigatória ou não, tendo em vista que poderia realizar (ou não) a intimação da parte contrária, dando início (ou não) ao prazo recursal. Na República de Weimar, inseriu-se o prazo de cinco meses, contados a partir da promulgação da sentença, para que ocorresse a intimação. E, no Estado Social Liberal de Bonn, com a passagem da intimação pelo particular para a intimação oficial, foi retirado do vencedor a *disposição* sobre o prazo recursal. Agora, apenas com o pedido de ambas as partes, em consenso, é que se torna possível que o juiz adie ( *mas não obrigatório que ele o faça*) a intimação para até 5 meses após a prolação da sentença.<sup>10</sup>

Alguns dispositivos da legislação processual que tratam da distribuição de atividades entre juiz e partes, no entanto, merecem uma análise individualizada para que se possa analisar, em um segundo momento, a doutrina a respeito do princípio de colaboração.<sup>11</sup>

### A. A *Civilprozessordnung* de 1877

A *Gerichtsverfassungsgesetz* (Lei de Organização Judiciária, GVG) de 1877<sup>12</sup> distribui a primeira instância da jurisdição ordinária civil entre dois tipos de tribunais: *Amtsgerichte* e *Landsgerichte* (§ 12, GVG/1877). Conforme a redação original da GVG, o *Amtsgericht* trata de questões de direito civil cujo valor da causa não alcance o estipulado para a competência do *Landgericht*. Além disso, algumas questões específicas de direito material são tratadas especificamente por apenas um dos tribunais (§§ 23, 70, GVG/1877).<sup>13</sup>

Como parte que é da organização da distribuição de justiça, a *Civilprozeßordnung* de 1877<sup>14</sup> prevê os procedimentos para os processos que tramitam junto aos *Amtsgerichte* e aos *Landsgerichte* (Livro Segundo, nas 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> Seções respectivamente, §§ 230 e 456, do CPO/1877).<sup>15</sup> Junto ao *Amtsgericht* não se faz necessário, desde sua origem, a representação da parte por advogado, o que é exigido apenas no *Landgericht* e nos tribunais de instância recursal (§ 74, do CPO/1877).<sup>16</sup>

Quanto ao processo do *Landgericht*, o § 130 da CPO/1877 tratava do *Fragerecht* (direito de o juiz realizar questionamentos).<sup>17</sup> Nesse parágrafo, estabelecia-se que o presidente do tribunal "deve contribuir, por meio de perguntas, para que sejam esclarecidos os pedidos obscuros, complementadas as declarações insuficientes a respeito dos fatos afirmados e indicados os meios de prova e, em geral, para que sejam apresentados todos os esclarecimentos essenciais para a determinação dos fatos". Além disso, já se

reconheciam alguns *poderes de instrução* aos juízes, como o de determinação de a parte apresentar documentos aos quais ela tenha realizado referência (§ 133, CPO/1877), ou que sejam importantes para a decisão de mérito (§ 134, CPO/1877). O § 132 estabelecia a possibilidade de o juiz determinar o comparecimento de uma das partes em juízo para o *esclarecimento dos fatos*.

No *Amtsgericht*, a ação do juiz correspondente ao § 130 não estava limitada ao *Fragerecht*,<sup>18</sup> devendo o "tribunal, na audiência, contribuir para que as partes se esclareçam completamente sobre todos os fatos essenciais e para que elas façam todos os pedidos pertinentes" (§ 464, CPO/1877). Assim, não havia uma limitação de a ação do juiz ocorrer somente por meio de realização de questionamentos, tal qual havia no *Landgericht*. A previsão do referido parágrafo estipulava, apenas, que o tribunal deveria *contribuir*, sem designar-lhe expressamente o modo pelo qual o faria.

## B. As primeiras reformas (1909, 1924, 1933)

A reforma<sup>19</sup> de 1909<sup>20</sup> colocou o juiz como responsável pela obtenção do material fático nos processos do *Amtsgericht*, conferindo-lhe amplos poderes para instrução e para ordenar esclarecimentos sobre fatos que pareçam úteis, de acordo com as petições iniciais e os escritos preparatórios para a audiência (§ 501, CPO/1909). Além disso, no § 502, passou-se a reconhecer o *Erörterungspflicht* (dever de debate)<sup>21</sup> do juiz, segundo o qual "na audiência, o tribunal deve debater com as partes os fatos relevantes (*Sachverhältnis*) e as questões em litígio (*Streitverhältnis*) e deve contribuir para que as partes se esclareçam completamente a respeito de todos os fatos essenciais e para que façam os pedidos pertinentes".

Contudo, foi a partir da colocação das reformas processuais como forma de contemplar interesses gerais e do reconhecimento da responsabilidade do Estado, por meio do juiz, de agir no processo *em interesse da melhor administração da justiça*, que se realizou uma verdadeira reforma no formalismo processual.<sup>22</sup> Nesse contexto que surgiu a *Emminger-Verordnung* de 1924,<sup>23</sup> que estendeu os direitos de preparação do § 501 da Reforma de 1909 para o *Landgericht*, com o objetivo de a participação do juiz no esclarecimento dos fatos ocorrerem já antes da audiência (§ 272b, CPO/1924).<sup>24</sup> Além disso, essa incorporação ocorreu na forma de um dispositivo de dever (*Mußvorschrift*), no lugar de um dispositivo autorizativo (*Kannvorschrift*).<sup>25</sup>

O texto do § 139, 1, promulgado em 1924 dispunha que "[o] presidente do tribunal deve contribuir para que as partes se esclareçam completamente sobre todos os fatos substanciais, apresentem os pedidos pertinentes e também, especialmente, complementem as especificações sobre os fatos afirmados e indiquem os meios de prova. Para esses fins, ele deve, na medida do necessário, debater com as partes os fatos relevantes (*Sachverhältnis*) e as questões em litígio (*Streitverhältnis*), em seu aspecto fático e jurídico, bem como, deve realizar perguntas".

Tal dispositivo era complementado pelo § 279a, CPO/1924, que permitia que o juiz designasse um prazo para que se esclarecesse determinadas questões.<sup>26</sup> Caso tal prazo não fosse respeitado injustificadamente, então seria possível desconsiderar a manifestação da parte (§ 279a, segunda parte, CPO/1924). A aplicação desse mesmo dispositivo, provocando a desconsideração da manifestação, era permitida para o caso da apresentação tardia de meios ou exceções de prova (§ 283 (2), CPO/1924).

Quanto à determinação de comparecimento da parte em juízo para o esclarecimento dos fatos, o § 141, CPO/1924, tornou o ônus de comparecimento em um dever de comparecimento das partes, ao possibilitar ao tribunal sanciona-las pela ausência injustificada.<sup>27</sup>

Ao lado da concepção de que o juiz teria uma maior responsabilidade pela chegada a uma sentença correta, passou-se a questionar se às partes não deveria ser imposto que suas manifestações respeitassem o *dever de veracidade*,<sup>28</sup> o que culminou na sua adoção por meio da reforma de 1933.<sup>29</sup> O § 138 (1) da ZPO/1933, dispõe "as partes devem submeter seus esclarecimentos sobre as circunstâncias fáticas de forma completa e de acordo com a verdade".

A par disso, a reforma trouxe ao direito processual civil a possibilidade de o tribunal ordenar o *depoimento das partes* (*Parteivernehmung*), o que havia sido descartado em 1877 por meio da redação original da CPO.<sup>30</sup> Por meio do § 448 (ZPO/1933), o tribunal poderia determinar que, pelo menos, uma parte depusesse, após a colheita de provas e a realização de audiência, sobre determinado enunciado de fato, a respeito do qual o tribunal houvesse dúvida. Ademais, ainda poderia ser determinado que a parte jurasse sobre o depoimento (§ 452, ZPO/1933).

### C. A reforma para simplificação e aceleração do processo

Após o final da Segunda Guerra Mundial,<sup>31</sup> houve diversas reformas na ZPO, entre as quais se destaca,<sup>32</sup> com relação ao tema do presente ensaio, a Vereinfachungsnovelle de 1976, que foi justificada, principalmente, com os argumentos de sobrecarga dos tribunais, desnaturalização do princípio da oralidade e do próprio procedimento, o que haveria conduzido a uma indesejável elevação na quantidade e na duração dos processos.<sup>33</sup>

As soluções sugeridas pelo projeto de lei do *Bundesregierung* para "racionalizar, simplificar e, assim, simultaneamente, acelerar o processo civil e liberar os tribunais" passavam por uma maior concentração do processo, especialmente na audiência oral, pela inclusão de juízos individuais nos *Landgerichte*, pelo aumento do limite de valor da causa relativo à competência dos *Amtsgerichte*, por alterações no regime das decisões, pela organização mais eficaz da execução provisória de decisões não definitivas, por uma simplificação do procedimento em revelia, pela racionalização do procedimento monitorio e pela admissão de protocolos de gravações em fita cassete.<sup>34</sup>

A Reforma para Simplificação de 1976 trouxe mudanças significativas para a fase preparatória do processo,<sup>35</sup> que devem ser contextualizadas com um modelo de prática judiciária de sucesso adotado anteriormente no *Landgericht* de Stuttgart (e, por isso, conhecido como *Stuttgarter Modell*).

Já em 1967, com base nos direitos de preparação da audiência, reconhecidos pelo § 272b da CPO/1924, a vigésima câmara civil daquele tribunal, por condução de seu presidente Rolf Bender, havia concebido uma diferente fase preparatória do procedimento.

De acordo com o § 272b da ZPO anterior à reforma de 1976, o magistrado deveria realizar todas as ordens necessárias para que o processo pudesse chegar ao seu fim em uma só audiência. De outro lado, o § 261 da ZPO estipulava que, em regra, a *primeira* audiência deveria ocorrer já após três semanas da apresentação da petição inicial. E o § 348, ainda, estipulava que todos os processos (ainda aqueles em que tramitassem em câmaras em que a decisão fosse tomada por três juízes) deveriam ter uma audiência oral prévia com um dos juízes. Contudo, solucionando a contradição entre o objetivo de concentrar o julgamento e os referidos parágrafos, a prática da câmara era a de marcar audiências para 8 ou até 10 semanas depois do recebimento da inicial, utilizando-se desse tempo para que o réu respondesse a ação, o autor apresentasse a réplica, as partes e testemunhas fossem chamadas à audiência, a apresentação de documentos fosse ordenada e fosse preparado um curto parecer sobre a compreensão dos fatos. Duas semanas antes da audiência principal, a câmara reunia-se para debater as questões processuais e materiais da causa e a respeito do material probatório já apresentado nos autos - tudo isso sendo gravado.<sup>36</sup> Os *resultados da reunião*, uma opinião escrita sobre a problemática da causa, seriam recebidos pelas partes juntamente com a notificação para o comparecimento pessoal na audiência principal, na qual seria devidamente instruída a causa de forma concentrada. Em síntese, o objetivo de Bender era o de aumentar o diálogo no processo e diminuir o tempo de duração,<sup>37</sup> de modo a enfrentar um procedimento marcado por muitas audiências e por uma troca excessiva de petições pelas partes.<sup>38</sup>

Nas justificativas para o projeto de lei que deu origem à *Vereinfachungsnovelle* de 1976, o *Stuttgarter Modell* é referido em diversos pontos para o fim de comparar modelos de estruturação do procedimento e, até mesmo, para apontar a origem de alterações.<sup>39</sup> Quanto ao texto aprovado, pode-se dizer que a reforma promoveu uma reorganização do processo de primeira e segunda instância, nos moldes do

modelo de Stuttgart, bem como, regulamentou o processo monitorio e a execucao provisoria. <sup>40</sup>

E, quanto a relacao entre partes e juiz, pode-se sintetizar, com os dizeres de Greger, que a intencao da reforma era de "colocar a disposicao, com o § 275 e ss. da ZPO, um instrumentario flexivel para a preparacao abrangente da *audiencia principal* ( *Vorbereitung des Haupttermins*)". <sup>41</sup> Essa intencao estava positivada ja no § 272, ZPO/1976, que dispunha que o litigio deveria ser resolvido, em regra, em uma completa e preparada audiencia oral ( *Termin zur mündlichen Verhandlung*), fosse por uma audiencia preliminar, conforme o § 275, ZPO/1976, ou por um procedimento preliminar escrito, conforme o § 276, ZPO/1976. Conforme o mesmo dispositivo, ainda, a audiencia deveria ocorrer "tao cedo quanto possivel" - suprimindo-se, portanto, o prazo limite de tres semanas.

Para ambos os tipos de procedimentos previos (oral ou escrito), a ZPO determinava que o tribunal tomasse todas as medidas preparatorias necessarias e que agissem continuamente para que as partes se esclarecessem tempestiva e completamente (§ 273 (1), ZPO/1976). Algumas dessas medidas eram previstas expressamente pelo § 273 (2), ZPO/1976, sendo elas: a determinacao as partes para complementacao ou explicacao de suas peticoes preparatorias, para exibicao de documentos ou outros, a fixacao de prazo para esclarecimento sobre determinados pontos, a solicitacao a autoridades ou agentes publicos para compartilhamento de documentos ou informacoes oficiais, a determinacao as partes para que comparecam pessoalmente e intimar testemunhas indicadas por uma das partes e peritos para comparecimento audiencia oral. Alem disso, em sendo necessaria a realizacao de producao de provas separadamente, era possivel que, antes da audiencia principal, o tribunal expedisse uma ordem de provas ( *Beweisbeschluss*), conforme o § 358a da ZPO/1976.

Ao lado da preparacao da audiencia oral, por meio da ativacao do juiz, a *Vereinfachungsnovelle* pretendeu consagrar o dever de colaboracao (ou suporte) no processo ( *Prozessförderungspflicht*). <sup>42</sup>

De fato, nao seria possivel concentrar o processo em uma audiencia apenas, caso fosse possivel que as partes apresentassem seus argumentos de forma ilimitada, ate o final da audiencia em que fosse proferida a sentenca. <sup>43</sup> Dessa forma, a ZPO/1976 passou a determinar, nos §§ 277 (1), 282 (1) e 340 (3), que os meios de acao e defesa deveriam ser apresentados de modo correspondente a uma conducao processual cuidadosa e preocupada como o suporte (ou a colaboracao) do processo. <sup>44</sup>

## 2. Plano doutrinário

Inicialmente, discute-se a existencia do Principio de Cooperacao ( *Kooperationsmaxime*) no quadro da tradicional distincao entre o principio dispositivo processual ( *Verhandlungsmaxime*) e o principio inquisitorio ( *Untersuchungsmaxime*). Em linhas de sintese, o principio dispositivo processual dispoe que o Estado e a sociedade nao estao interessados no processo e em seu resultado justo, motivo pelo qual se deve deixar nas maos das partes o fornecimento do material fatico e a aquisicao dos meios de prova. De outro lado, o principio inquisitorio dispoe que existe um interesse publico na determinacao da situacao fatica de forma verdadeira e completa e, com isso, na prolação de uma decisao tao correta e conforme o direito quanto possivel, razao por que no processo vale o principio da determinacao, investigacao e prova dos fatos de oficio. <sup>45</sup>

É esse contexto, em que surgiu a ideia da cooperacao processual como principio processual no direito alemao, que a presente pesquisa investiga. Nesse ambito, a abordagem dada a seguir, embora nao ignore a multiplicidade de textos sobre possiveis tendencias de comportamento das partes e do juiz no processo, <sup>46</sup> tem o foco na *ideia de cooperacao concebida como principio*, cuja primeira manifestacao é de Bettermann em 1972.

### A. Uma questao de método: principios processuais?

A discussao a respeito do principio da cooperacao ( *Kooperationsmaxime* ou *Kooperationsgrundsatz*) <sup>47</sup>

está colocada dentro da discussão a respeito dos princípios processuais. Para se entender o primeiro, portanto, deve-se estabelecer o que aqueles que escreveram sobre o princípio da colaboração entendem pelo gênero dos *princípios processuais*.

Conforme Peter Gilles,<sup>48</sup> os princípios processuais são entendidos como ideias diretrizes, sobreconceitos, com pretensão de universalidade (dentro de uma ordem jurídica) para todos os processos ordinários ou, ainda, para todo um grupo de processos com determinada especialidade.<sup>49</sup> Os princípios representam e documentam a ideologia de um processo historicamente determinado e, segundo Gilles, exercem a função de orientação à atividade do legislador e, para fins de sistematização, do jurista, bem como de auxílio para a interpretação do direito processual pelos juízes, inclusive no que toca ao desempenho da discricionariedade que lhe é reconhecida pela lei processual.<sup>50</sup>

Nesse mesmo sentido, Bettermann refere que os princípios processuais expressam determinadas concepções de valores e modelos: ideias, ideais e ideologias, segundo os quais o processo civil vai estruturado.<sup>51</sup>

No contexto de uma série de publicações realizadas após a *Vereinfachungsnovelle* de 1976, em que se passou a questionar em que medida a ZPO haveria extrapolado o princípio dispositivo processual (não previsto expressamente na legislação) e que, portanto, tratava a respeito da suposta dicotomia entre a *Verhandlungsmaxime* e a *Untersuchungsmaxime*,<sup>52</sup> Bernhard Hahn reconheceu a existência de três diferentes métodos para a fundamentação dos princípios. Um dos métodos pode ser relacionado à dogmática-positivista, já que pretende extrair o princípio da lei por meio de um instrumentário metodológico com pretensão de pureza técnica e conceitual, como a analogia e o *argumentum e contrario* (*Umkehrschluß*).<sup>53</sup> O segundo método, que pode ser nomeado de jurídico-político ou processual-político, remete os fundamentos dos princípios processuais a noções extraprocessuais de natureza política - como, por exemplo, a autonomia privada, a partir da qual se justificaria o princípio dispositivo processual para determinados autores.<sup>54</sup> Um terceiro método de justificação dos princípios processuais decorre de argumentos de praticabilidade e que, por isso, pode ser nomeado como método pragmático.<sup>55</sup>

A utilização do assim chamado método dogmático-positivista não é suficiente para a justificação da dedução do princípio dispositivo processual ou do princípio inquisitório, sendo necessário reconhecer o papel das pré-compreensões dos juristas nesse processo.<sup>56</sup> Em razão disso, o método dogmático-conceitualista de dedução não é garantia suficiente para firmar convicções e para determinar a correção da existência do princípio dispositivo processual ou do princípio inquisitório. Para tanto, é necessário, no mínimo, que também seja revelado, conjuntamente, o horizonte político dessa escolha.<sup>57</sup>

Indo mais longe na linha do tempo: em 1801, a ideia de deduzir as estruturas e os demais princípios do direito processual civil a partir de um princípio processual estava presente na obra de Nikolaus Thaddäus von Gönner, para quem o mais alto princípio do processo comum deveria ser a defesa de seus direitos pelas partes.<sup>58</sup> Segundo ele, "[n]o Estado, todo processo judicial somente pode ser orientado à proteção do que é seu, e essa proteção demanda que ninguém seja sentenciado sem ser ouvido, que a ninguém seja retirada a defesa; portanto, todo o processo judicial deve ser orientado à *introdução de ambas as partes à defesa* entre si, e a introdução à defesa deve ser o mais alto princípio de todo processo".<sup>59</sup> Por trás disso, estava a pressuposição do autor de que o cidadão tem liberdade de disposição sobre seus direitos, motivo pelo qual Wassermann indica que, para Gönner, a argumentação sobre a estruturação do processo se harmonizaria com aquela do direito privado: também no processo dominaria a disposição das partes.<sup>60</sup>

Quanto ao segundo método, o da dedução política processual ou política jurídica, a sua utilização recebe a mesma crítica que aquela direcionada à dedução pelo método dogmático: de que o determinante nela é o posicionamento político do jurista. Para além disso, em última instância, esse método reduz a base de legitimação à mera convicção subjetiva, não recebendo qualquer consideração relativa ao direito positivo. Com isso, a aplicação sozinha desse método também é imprópria.<sup>61</sup>

A discussão a respeito da função e da finalidade do processo civil pretende estabelecer se o processo deve ser concebido como meio de proteção do direito privado violado, ou se, ao lado disso, deve se reconhecer outros fins, como o de atingir a verdade, o de proteger o direito objetivo, ou o de pacificar os conflitos sociais. Debate-se, ainda, sobre qual é o papel do interesse geral (social) sobre a resolução do caso concreto para, a partir daí, justificar um ou outro princípio processual. <sup>62</sup> O problema da utilização desse método de dedução dos princípios é que se perde a coordenação com o texto legislativo, motivo pelo qual sozinho tem pouca serventia para sistematizar a organização do processo.

O método pragmático, o terceiro identificado por Hahn, caso aplicado sozinho reduz a ciência do processo civil - mais uma vez na história da disciplina processual - a um direito meramente técnico, preenchido apenas por questões de utilidade, motivo pelo qual ele costuma ser aplicado conjuntamente com outros métodos, como aquele da dedução política. A "versão clássica" de seu emprego agrega-se aos pretensos fatos de os interesses envolvidos serem exclusivamente privados ou de haver uma inerente inadequação da intervenção estatal no processo. <sup>63</sup> Também esse método, portanto, não é suficiente para fundamentar um determinado princípio processual, o que se agrava em razão de lhe faltar pesquisas empíricas a respeito da eficiência de processos civis dominados pelo princípio dispositivo processual e pelo princípio inquisitório. <sup>64</sup>

Essas pesquisas empíricas, contudo, ainda quando realizadas, podem produzir falsas impressões a respeito do processo civil se não houver uma adequada interpretação de o que representam. A respeito de estudos sobre de "direito comparado numérico", por exemplo, deve-se questionar quais os parâmetros utilizados para avaliar o efeito de determinadas soluções sobre o direito processual civil. Além disso, no processo civil, existem poucos instrumentos objetivos de medida para serem avaliados, de modo que a utilização de parâmetros acaba sendo feita com base de determinações altamente subjetivas. <sup>65</sup>

A propósito da temida tendência de reduzir a ciência processual a questões de mera técnica jurídica, e, portanto, desmerecedoras de maiores reflexões teóricas, Wassermann faz a pertinente observação de que, uma vez que é vedada a autotutela do cidadão, o Estado assume o compromisso de prover a tutela jurisdicional pelo Estado e o processo tem de ser estruturado de forma a permitir "que o direito seja recebido" por aquele que é seu destinatário legítimo. A fruição desse direito passa a depender não apenas do direito material, mas também do direito processual. <sup>66</sup> Daí, porque o processo não pode ser pensado por meros raciocínios econômicos.

Foi sobre esse terreno que se desenvolveu a ideia de cooperação como princípio processual na literatura alemã (parcialmente superando o pensamento a partir de princípios processuais fechados).

## **B. O princípio da cooperação (Kooperationsmaxime)**

A seguir, sintetiza-se o nascimento da ideia de cooperação no processo civil como um princípio processual, de modo a expor os significados dados ao termo *Kooperationsmaxime*. Para tanto, contextualiza-se onde o referido termo aparece nos textos, sem haver a pretensão de expor todo o conteúdo das obras citadas, mas apenas daquilo que se mostra imprescindível para compreender o sentido do princípio dado pelos autores que fundamentam a sua existência.

### **B. 1 Karl August Bettermann (1972)**

Foi Bettermann quem cunhou o termo *Kooperationsmaxime* pela primeira vez na Alemanha, <sup>67</sup> 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". <sup>68</sup> Nesse artigo, a *Kooperationsmaxime* é tida como um *termo médio* entre os princípios dispositivo processual e inquisitório. <sup>69</sup>

Karl August Bettermann inicia seu ensaio apresentando o contexto em que escrevia, no qual a doutrina

não identificava qualquer relação entre o processo civil e o direito constitucional. Segundo ele, a razão para "essa resistência e aparente independência do direito processual à constituição" encontra-se na histórica equiparação do processo com questões de mera necessidade prática, de modo a fazer concluir pela desnecessidade e pela falta de inclinação da disciplina para o recebimento de influências "ideológicas e políticas". É por essa razão que a constituição e o processo civil permaneciam ignorando-se. <sup>70</sup>

Após justificar que a permeabilidade do processo ao direito constitucional não é constante, alterando-se não só em função do direito material em questão e do objeto litigioso, mas também do tipo de processo (aqui, especialmente, em razão da medida de intervenção nos direitos humanos), Bettermann justifica a colocação da organização judiciária como primeira e uma das mais importantes pontes entre o direito constitucional e o processo civil. <sup>71</sup> Por meio dela, a constituição interfere, de forma mais ou menos intensa, na organização e no processamento do próprio processo civil. A partir disso, o autor apresenta diversas conexões entre o direito constitucional e o direito processual: a questão da distribuição de competência e do juiz natural, <sup>72</sup> da neutralidade do julgador <sup>73</sup> e de sua independência, <sup>74</sup> os princípios do pedido e do dispositivo material. <sup>75</sup>

Após tratar do princípio dispositivo material ( *Dispositionsmaxime*), Bettermann refere que tanto esse princípio como o princípio da oficialidade ( *Offizialmaxime*) assinalam parte de uma grande e central ordem de problemas do direito processual: "em que medida, o início, o curso e o resultado do processo são determinados pelas partes ou pelo juiz", <sup>76</sup> representando uma questão cardinal sobre o *domínio do processo* pelas partes ou pelo juiz. No que toca à *apuração do substrato fático*, essa questão reflete-se na antítese entre o princípio dispositivo processual e o princípio inquisitório, sobre a qual Bettermann passa a investigar se o direito constitucional responde a essa questão, impondo uma solução, ou se ela está completamente livre nas mãos do legislador.

De um lado, com relação ao chamado dever de passividade do juiz, o autor refere que esse somente pode ser tomado como dever constitucional no que toca ao dever de *neutralidade*, que proíbe apenas aquelas atividades do juiz que coloquem a sua neutralidade em dúvida, o que não é o caso da *investigação oficial* ( *Amtsermittlung*). Conforme Bettermann, "[a] partir da posição e da função do juiz como *pouvoir neutre* não há nenhuma reserva contra a responsabilização, total ou parcialmente, da iniciativa do juiz pelo esclarecimento das circunstâncias fáticas e da investigação dos fatos relevantes para a decisão, seja ao lado, seja em lugar da iniciativa das partes". <sup>77</sup>

De outro lado, o direito constitucional à oitiva judicial ( *rechtliches Gehör*) coloca-se em posição contrária a um processo no qual as partes estão excluídas da produção de provas ou da aquisição e da utilização dos meios de prova. Nem mesmo em processos dominados pelo princípio inquisitório é possível que o juiz ignore a alegação das partes sobre os fatos, o que é configurado como desrespeito ao direito à oitiva judicial. <sup>78</sup> Além disso, a eliminação das partes em uma das fases mais importantes do processo (a investigação dos fatos) contrariaria a concepção constitucional fundamental a respeito das relações entre cidadãos e Estado, já que degradaria as partes, ou uma delas, a objeto da atividade estatal. Em razão de a Lei Fundamental garantir a liberdade do cidadão, a questão acerca do domínio sobre o processo de forma alguma poderá ser respondida por um domínio exclusivo do juiz. <sup>79</sup>

O reflexo do ideal da *liberdade do cidadão* sobre a relação das partes com o juiz no processo civil é exemplificada por Bettermann por meio da análise das legislações processuais alemã e austríaca: as leis alemãs processuais do final do século XIX foram influenciadas pela Revolução de 1848, o que deu origem a processos em que se pretendia realizar o princípio dispositivo processual, e o domínio das partes sobre o processo de um modo geral, ao máximo. Ao contrário disso, a ZPO austríaca de 1895 concedeu ao juiz uma maior influência no desenho do direito processual, "especialmente impondo a ele o dever de *incitar as partes a uma condução processual apropriada e rápida* e a uma *exposição dos fatos verdadeira, clara e completa*". <sup>80</sup> Franz Klein havia redescoberto a *função social do processo*, colocando-a como aspecto decisivo do direito processual civil: para ele, o juiz, não era primariamente um árbitro imparcial de disputas; muito mais, era um assistente em um conflito social ("um médico em uma doença social"). Essa

mesma ideia parecia reaparecer ao tempo de Bettermann por meio da qualificação do juiz como terapeuta ou engenheiro social, resultado da discussão permanente entre o liberalismo e o socialismo, o individualismo e o coletivismo. <sup>81</sup>

Esse dualismo foi constitucionalmente golpeado pelo conceito de Estado de Direito Social que foi incluído no texto da Lei Fundamental de Bonn, o que significa um apaziguamento entre os dois princípios heterogêneos. Nesse sentido, entendendo como sendo um reflexo do Estado de Direito Social, Bettermann aponta que tanto a lei processual austríaca como a alemã associaram as atividades das partes e do juiz no que toca ao *esclarecimento dos fatos*. E é justamente essa "solução conciliatória", chamada pelo direito processual civil austríaco de *Sammelmaxime*, que ele denomina *Kooperationsmaxime* - o conceito deve "caracterizar essa interação das partes e do tribunal". <sup>82</sup>

Para Bettermann, a *colaboração do tribunal significa que ele dá início, dirige e, caso necessário, corrige a discussão das partes sobre o material processual, sua alegação e comprovação*. <sup>83</sup>

Além disso, os princípios do estado social e da igualdade, também fundamentam a ativação do juiz na determinação dos fatos. A partir do primeiro, o Estado é colocado na posição de prevenir e solucionar conflitos sociais, bem como de satisfazer as necessidades da sociedade onde a própria iniciativa dos cidadãos falha. A partir do segundo, o Estado procura promover, ao invés de uma igualdade formal frente a lei, uma igualdade material ou uma equiparação por meio da igualdade de oportunidades. <sup>84</sup> A partir disso, Bettermann refere que a paridade de armas (embora formalmente garantida pelas leis processuais) não representa uma paridade real nos casos em que uma das partes é superior a outra em poder ou recursos. Prossegue o autor, referindo que "[e]sse perigo existe de forma institucional nos processos entre o Estado e o cidadão, ou seja, processos penais e administrativos, e de forma ocasional no processo civil". <sup>85</sup> Para esses casos, em que o juiz pode ser chamado a equiparar desigualdades materiais, o legislador deve possibilitar, ou mesmo obrigar, o juiz a atuar na organização do processo. Trata-se de uma restrição do domínio das partes sobre o processo por meio do domínio do juiz, que não importa em uma eliminação das partes no esclarecimento dos fatos e, em razão de ser uma restrição legal da liberdade das partes, requer uma justificação jurídica suficiente, em respeito ao princípio *in dubio pro libertate*. <sup>86</sup>

## B. 2 Peter Gilles (1977)

Em um ensaio a respeito da interposição de recursos, da fundamentação recursal e da disposição tardia das partes acerca dos recursos, <sup>87</sup> Peter Gilles demonstra a interdependência entre o domínio das partes sobre o processo e a delimitação do objeto recursal e a possibilidade de alterá-lo. <sup>88</sup> Quanto à *Kooperationsmaxime*, o autor justifica a utilização da expressão para representar a  *fusão* ocorrida entre o *princípio dispositivo processual*, a *verdade material* e os *deveres do juiz*, que substituíram a visão individualista e liberal sobre o processo civil, concluindo, a partir dele, por uma maior flexibilidade da determinação do objeto recursal.

No referido ensaio, Gilles questiona a respeito da possibilidade de a parte recorrente alterar o objeto do recurso, após o transcurso do prazo recursal, até o término da última audiência. Sua investigação parte do exame do princípio dispositivo processual no procedimento recursal, segundo o qual são as partes que determinam o objeto do processo. <sup>89</sup> Conforme o autor, "[e]stá em suas mãos, por meio das correspondentes exposições das impugnações (*Anfechtungserklärungen*), *i. e.*, por meio de pedidos determinados de recurso ou de anulação, a determinação do objeto do procedimento recursal e os seus limites externos (quantitativos) e, com isso, a delimitação da audiência oral e da autorização do juiz para decidir sobre o recurso (pedido de anulação)". <sup>90</sup> Além disso, tal qual o autor faz com relação à ação, o recorrente poderá dispor sobre a continuação do processo total ou parcialmente. <sup>91</sup> Nesse contexto, o autor aduz que a regra que impõe o efeito suspensivo total da decisão (ainda quando apenas parcialmente recorrida) suportaria que o recorrente aumentasse ou diminuísse o objeto recursal até o final da audiência oral. <sup>92</sup>

O *princípio da oralidade*, que vale tanto para a primeira instância como para a instância recursal, também indica a possibilidade de o recorrente realizar modificações posteriores sobre o objeto recursal. <sup>93</sup> Disso não decorre que somente vale como fundamentação recursal aquilo que é expresso de forma falada, sendo o escrito mera técnica de preparação ou documentação e o falado condição de existência do conteúdo do ato; pelo contrário, a exposição da impugnação e os seus pedidos, constantes da peça recursal, já existe e é eficaz, iniciando o procedimento recursal, fixando o objeto recursal e a competência decisória do juiz, fundamentando a litispendência da lide recursal e encarregando o tribunal de sua decisão. <sup>94</sup> Isso não significa, contudo, que não haveria argumentos a favor da *disposição das partes sobre o recurso* decorrentes do *princípio da audiência oral* e da correspondente *Kooperationsmaxime*.

Nesse ponto, Gilles justifica a utilização da expressão *Kooperationsmaxime* em sua nota de rodapé de número 39, na qual refere que o domínio das partes (princípios dispositivo processual e material) sobre o processo civil não pode ser entendido como o princípio do *arbítrio da autonomia das partes*, no sentido de uma concepção processual individualista-liberal. Assim, vige o princípio da colaboração como uma verdadeira  *fusão do princípio dispositivo processual com as instruções judiciais* dos § 139 e § 526, II, da ZPO (entre outros) e o *princípio da verdade material* (§ 138). <sup>95</sup>

No que toca a sua aplicação conjunta com o princípio da audiência oral, isso significa um princípio segundo o qual o processo de informação, formação de opinião e decisão é aberto e comunicativo-argumentativo entre todos os participantes do litígio, com os adequados deveres de esclarecimento e de colaboração do juiz. <sup>96</sup> É nesse sentido que o princípio da oralidade age na primeira instância do processo, em que, apesar do duro formalismo e da forte ritualização das fases iniciais do procedimento, ele faz serem consideradas a abertura e a incerteza do desfecho do processo, a complexidade de um litígio jurídico e as alternativas de conduta e a liberdade de ação dos participantes. Assim, o princípio possibilita a realização de um processo de comunicação e interação entre as partes e o juiz aberto e flexível. Possibilita também a realização do debate e a superação do conflito na forma mais ampla possível, por meio do contraditório, de um efetivo diálogo. <sup>97</sup> Em razão disso, reconhece-se a liberdade maior possível das partes para adequar seus pedidos e a exposição dos fatos às modificadas situações processuais, chances e riscos processuais, novas expectativas e motivações, efeitos de conhecimentos, informações, perspectivas de êxito e cálculos de risco. <sup>98</sup>

### B. 3 Karl August Bettermann (1978)

Na oportunidade do aniversário de cem anos da ZPO, Bettermann escreveu um ensaio tratando do destino da chamada codificação liberal processual, <sup>99</sup> no qual ele examina diversos princípios processuais, ideais centrais e institutos que foram considerados na criação da legislação processual civil alemã para seguir o seu desenvolvimento histórico, com o objetivo de analisar quais desses institutos sobraram e quais princípios ainda seriam válidos. Nesse artigo, o princípio da colaboração é utilizado para referir às *transformações* pelas quais o princípio dispositivo processual passou no decorrer da história, destacando-se a *atuação do tribunal na condução da discussão e comprovação da causa*.

A principal questão para a elaboração da CPO, conforme Bettermann, teria sido aquela sobre a eleição entre a oralidade e a escritura no processo civil que se formaria em oposição ao direito comum. Essa questão é, por ele, reconduzida aos conceitos de oralidade, publicidade e imediatidade. <sup>100</sup> Quanto à publicidade, o autor refere que para "nossos bisavôs", "o processo escrito era um processo secreto e, exatamente por isso, pavoroso". <sup>101</sup> Daí que se inseriu na Constituição de 1849 a determinação de que os processos judiciais deveriam ser públicos e orais, já que a eles parecia impraticável um processo civil escrito que fosse também público. O anseio pela abertura do procedimento remeteria aos elementos fundamentais da democracia-liberal, para a qual o exercício de poder estatal e as relações estatais deveriam ser públicos, bem como à possibilidade de participação de membros e representantes do povo. <sup>102</sup> Com relação ao princípio da imediatidade, quereria significar que o juiz a sentenciar deveria conhecer o caso e os envolvidos de forma direta, sem o intermédio de um terceiro ou de apenas um dos membros do tribunal. Para isso, o juiz não poderia formar a ideia do litígio por meio das petições, mas por meio das

partes e de seus representantes, que se colocariam em contato direto, possibilitando-se a conversa com as partes e a realização do contraditório. <sup>103</sup>

Não obstante, segundo o autor, as antíteses da oralidade ou da escritura, da publicidade ou do isolamento, da mediatidade ou da imediatida, representam tipos ideais e posições fundamentais, cuja escolha entre as alternativas não foi realizada de forma racional, mas em razão de circunstâncias históricas e políticas. <sup>104</sup>

Após tratar de outros princípios, Bettermann refere que foram as alterações no âmbito da *divisão de atividades* entre o tribunal e as partes onde a legislação processual recebeu mais alterações desde a original CPO de 1877. <sup>105</sup> Isso por uma substituição cada vez mais ampla da atividade das partes pela atividade do juiz, refletindo-se nas regras sobre a determinação de quem domina o *ritmo do processo*. Conforme sintetiza Bettermann, o papel ou a função do juiz haveria se deslocado de serviço para poder. <sup>106</sup>

A antiga CPO deixava o domínio sobre o ritmo do processo às partes, sendo possível que, por meio de consenso de vontades das partes, fossem aumentados ou diminuídos os prazos processuais, bem como, fosse abolida ou adiada a realização de audiências. A *Novelle* de 1924 afastou a autonomia privada sobre o adiamento das audiências e limitou a ingerência sobre os prazos de modo a permitir, apenas, a sua redução. Em 1976, a reforma declarou de forma mais intensificada que a concordância das partes sobre o agendamento não é relevante. <sup>107</sup> De um lado, pode parecer se tratar de uma decisão meramente técnica, segundo a qual não é econômico ao Estado e é irrazoável ao juiz que as partes possam interferir em um agendamento para o qual o juiz também se prepara. Conforme Bettermann, esse argumento técnico apenas é conclusivo se a "decisão do processo civil, isto é, sobre litígios jurídicos entre os cidadãos, é considerada como uma *finalidade estatal* em si"; <sup>108</sup> caso o contrário, adotando-se uma concepção da administração de justiça como *prestação de serviço*, então o desenvolvimento ou a paralização do processo pode ser feita enquanto e na medida em que as partes desejarem. Ainda, as partes continuam podendo *dispor livremente* sobre a existência e a continuação do processo, bem como sobre o seu objeto, seja por meio da desistência da ação ou do recurso independentemente da concordância do juiz, nesses casos com a concordância da outra parte (inclusive após a prolação da sentença, afastando os seus efeitos), seja pelo fato de que o tribunal deve aceitar toda alteração do objeto litigioso e, com isso, toda mudança no objeto de discussão e decisão, quando ambas as partes assim quiserem (se for legalmente necessário que na hipótese haja consenso, e não que a alteração seja unilateral). Com isso, o autor julga equivocada a decisão legislativa contrária à possibilidade de as partes alterarem prazos e agendamentos, tendo em vista que lhes é garantido, muito mais, alterar o objeto da demanda ou mesmo desistir da ação. <sup>109</sup>

Um verdadeiro deslocamento do poder foi trazido pelas reformas que apontam que a alteração da causa é permitida não somente quando a parte contrária concorda, mas mesmo sem essa concordância quando o *tribunal julga pertinente*. Isso significa uma *determinação do objeto litigioso conjuntamente das partes com o juiz*. <sup>110</sup>

No que toca aos *esclarecimentos dos fatos relevantes* para a decisão, Bettermann refere que, de um modo geral, inexistem alterações substanciais no texto legal a respeito da divisão dessa tarefa entre as partes e o juiz. O *dever de esclarecimento* do § 139 tem origem já na CPO (§ 130). Além disso, ela também já permitia, para fim de esclarecimento dos fatos, que o juiz determinasse o comparecimento pessoal de uma das partes, a apresentação de documentos e arquivos, bem como, realizasse de ofício inspeção judicial e prova pericial. O depoimento de uma das partes (§ 448) tem sua origem no antigo juramento judicial. <sup>111</sup>

O que se alterou no século de vigência da ZPO foi a utilização e a compreensão desses dispositivos, em especial, o § 139, I. O dever de questionamento ( *Fragepflicht* ) do juiz transformou-se em *dever de esclarecimento do substrato fático*, em vez de esclarecimento de alegações pouco claras das partes. E tanto ele como o *dever de debate* ( *Erörterungspflicht* ) sobre os fatos relevantes e as questões em litígio tem o mesmo objetivo no processo: o de *provocar a apresentação*, pelas partes, *dos fatos de forma correta e*

completa e a realização dos pedidos e requerimentos de provas úteis para seus casos. <sup>112</sup> E para que a atuação do juiz seja adequada para atingir tais fins, ela deverá esclarecer as partes sobre o que lhes é necessário, útil e também sobre a *opinião jurídica do tribunal*, tratando-se de um *dever de informação e advertência* (*Informationspflicht und Belehrungspflicht*). <sup>113</sup> Com isso, Bettermann refere que a expressão dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*) é equívoca, porque na linguagem técnica processualista o esclarecimento (*Aufklärung*) refere-se apenas ao substrato fático, <sup>114</sup> preferindo-se utilizar das expressões informação e advertência.

Dessa forma, é errado que se afaste a oposição entre o princípio dispositivo processual e o princípio inquisitório com fundamento nos dispositivos que preveem o direito e o dever do juiz de advertência e de consulta das partes, e de debate da situação de fato e de direito. Os elementos determinantes do princípio dispositivo processual não foram afastados, sendo ainda determinado pelas partes quais são os fatos que necessitam de esclarecimento e que são essenciais para a decisão. <sup>115</sup>

Quanto à atividade judicial de assistência (*Fürsorge*) para as partes e para uma condução adequada do processo, trazida no § 139, não se pode afirmar que se trataria de uma aquisição moderna, relativa a mudança do liberalismo e individualismo ao socialismo, ou de uma alteração na concepção sobre a função da administração da justiça. Esses deveres já constavam da versão original da CPO, antes mesmo de Franz Klein. <sup>116</sup>

Ao fim, Bettermann refere que a análise da divisão de competências entre as partes e o tribunal leva a conclusão de que a máxima "*da mihi factum, dabo tibi jus*" nunca foi, e tampouco é, um princípio da ZPO alemã. Já desde o início era possível que o juiz participasse, em considerável medida, do esclarecimento do substrato fático essencial para a prolação da sentença, razão pela qual a divisão entre as questões de fato e de direito não se refletiu na divisão de tarefas. O autor conclui que se poderia falar em *Kooperationsmaxime* para designar a transformação pela qual o princípio dispositivo processual passou na ZPO. <sup>117</sup> Por essa razão, Bettermann refere que o princípio da cooperação não deve ser designado como um *mixtum compositum* entre os princípios dispositivo processual e inquisitório, ou como um *tertium* entre os dois, mas como *modificações da Verhandlungsmaxime*, com o que se destaca a colaboração do tribunal: ele dá início, provoca, dirige, concentra e, caso necessário, corrige a discussão das partes sobre o material processual, sua alegação e comprovação. <sup>118</sup>

#### B.4. Rudolf Wassermann (1978)

Rudolf Wassermann dedicou uma obra completa, chamada de "o processo civil social", para investigar as relações entre o processo civil e o Estado Social de Direito, <sup>119</sup> no qual ele parte da constatação de que o direito processual não é uma disciplina meramente técnica, sendo influenciada por concepções ideológicas e por normas do direito constitucional. Nessa perspectiva, o autor defende o reconhecimento da mudança do processo civil liberal para o processo civil social, *i.e.*, da concorrência entendida como um livre jogo de forças, para um trabalho em conjunto (*Zusammenarbeit*) sob condução e assistência do juiz, o que abalou o reconhecimento da validade do princípio dispositivo processual. <sup>120</sup>

O autor refere, no capítulo cinco da obra, que ainda na literatura é comum se dizer que há uma dominância da *Verhandlungsmaxime* no processo civil. Para justificar isso, costuma-se deduzir o princípio de diversos dispositivos da ZPO, sem ponderar que há diversas regras processuais que de alguma forma contradizem o princípio, bem como, que os próprios motivos dados pelo legislador para a proposta de reforma de 1931 também apontam no sentido contrário. <sup>121</sup> Isso ocorre, em parte, devido às pré-compreensões dos juristas, que internalizaram a ideologia liberal do século XIX na doutrina processual. Contudo, a partir de uma compreensão que é influenciada pelo princípio social (*Sozialprinzip*) da Lei Fundamental (*Grundgesetz*), coloca-se em dúvida o papel orientador do princípio dispositivo processual e questiona-se se o "culto aos princípios" (*Maximenkult*) não foi superado. <sup>122</sup>

Em primeiro lugar, Wassermann esclarece que negar vigência ao princípio dispositivo processual não é

concluir, necessariamente, pelo princípio inquisitório, já que o contraditório no processo civil não depende daquele. Além disso, é um dado da experiência que a parte interessada já se ocupa de trazer de moto próprio o material necessário ao processo, de modo que a *atividade judicial de colheita do material processual insere-se após a atividade das partes e não é irrestrita*. <sup>123</sup>

Assim, o autor prossegue para demonstrar que os princípios dispositivo processual e inquisitório já não compreendem os acontecimentos processuais como um todo e, muitas vezes, obstaculizam uma adequada condução processual. <sup>124</sup> Ainda que os participantes do processo assim desejassem, já não mais é possível conduzir o processo tal qual os autores da CPO haviam previsto, sendo necessário que elas tenham *conhecimento prévio sobre como o juiz valora a sua causa e quais são os fatos que considera determinantes*, razão pela qual não se sujeitam completamente às estruturas de alegação e contra-alegação originais da CPO. <sup>125</sup> Como exemplo disso, Wassermann aponta o caso dos fatos notórios: segundo aqueles que defendem a *Verhandlungsmaxime*, o tribunal não precisaria realizar prova dos fatos notórios, podendo simplesmente considera-los em sentença; contudo, a sua utilização dependeria de sua afirmação pela parte interessada. <sup>126</sup> Conforme o autor, tem-se como superada essa posição (anteriormente deduzida do princípio dispositivo processual), não havendo dúvidas sobre a possibilidade de o tribunal considerar a existência de fatos notórios na sua decisão que não são indicados pelas partes. O que é vedado, com fundamento no *direito à oitiva judicial* e no *dever de debate do juiz*, é que as partes sejam surpreendidas com a consideração do fato. Assim, "[a]s partes devem ser informadas a respeito de quais fatos o tribunal considera como fundamento de sua decisão e devem ter a oportunidade de tomar posição a respeito disso", de forma que é possibilitada a existência de um *discurso racional*, que incorpora argumentativamente a *Gundgesetz*, a respeito dos limites da utilização de informações verossímeis pelo tribunal. <sup>127</sup>

Wassermann sintetiza a alteração para o processo civil social com a referência à colocação do *diálogo sobre o direito e sobre os fatos* no centro da experiência processual. Nesse sentido, os §§ 139, 272, *b*, e 138 são instrumento de uma *condução processual pelo juiz*, que pouco trata de princípios processuais, colocando o diálogo acima da antítese dos princípios e aproximando o juiz à determinação do direito no caso concreto (*Rechtsfindung*). <sup>128</sup> Os problemas que o direito processual civil deve responder agora referem-se ao modo pelo qual se estabelece um discurso racional no diálogo entre o juiz e as partes, à colocação de limites nos deveres de esclarecimento e debate e ao reconhecimento de até onde o juiz poderá advertir as partes, sem que a sua imparcialidade em face às partes seja violada. <sup>129</sup>

De outro lado, o autor refere que não se pode ignorar o papel de orientação que a construção de princípios oferece, motivo pelo qual ele propõe que a representação de uma ponte entre os dois princípios conflitantes seja realizada pela *Kooperationsmaxime*, caracterizada pelo conceito de *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*). Esse princípio conjuga a tendência comportamental de interação entre o tribunal e as partes. Conforme Rudolf Wassermann, "[o]s conceitos aqui adotados de comunidade de trabalho e de colaboração não tem nada - mas nada mesmo - a ver com concepções sociais harmônicas. O conflito é um fato social fundamental", motivo pelo qual "[c]oloca-se completamente fora de dúvida que o fator da disputa (*Kampfmoment*) é imanente ao processo, que regularmente assenta sobre conflitos entre as partes". <sup>130</sup> O que se modifica é a concepção de disputa da era do liberalismo otimista para a nossa, do princípio social. <sup>131</sup>

Wassermann, então, passa a examinar o conteúdo e os limites dos *deveres de esclarecimento e de debate do juiz*, que representam *parte da condução processual do juiz e do dever de auxílio* e que transpassam todo o processo. O dever de debate resulta da evolução do direito de realizar questionamentos do juiz (*Fragerecht*) e é realizado, especialmente mas não exclusivamente, na audiência oral, podendo ser feito até mesmo por escrito. Em razão do direito à oitiva judicial, o debate deverá ser sempre promovido com as duas partes. A forma pela qual o dever de debate e de esclarecimento deverá ser desempenhado deve levar em conta as circunstâncias concretas do caso, orientando-se pelos princípios de Estado de Direito e Estado Social, o que deverá ser levado em conta para os casos futuros. <sup>132</sup> É especialmente importante

que o debate também deve ocorrer sobre o *material jurídico do caso*, tendo em vista que as partes apenas podem *saber quais os fatos que deverão ser trazidos para o caso e quais as provas que deverão ser produzidas* quando for possível adiantar as *percepções jurídicas do juiz sobre o caso* - o que é ainda mais importante quando não se é possível facilmente reconhecer o direito aplicável. O tribunal deve expressar a concepção existente sobre o direito (principalmente concretizando os conceitos jurídicos sobre os fatos do caso) e coloca-la em discussão, não havendo motivo para guardá-la como um segredo até o momento da sentença. <sup>133</sup>

Ao lado desses deveres, reconhece-se que o § 273, 3, da ZPO trouxe o dever de indicação do tribunal (*Hinweispflicht*), por meio do qual ele indica algum ponto de vista jurídico que as partes ignoraram ou entenderam insignificante, dando-lhes oportunidade para se manifestarem a respeito. O objetivo disso é que as partes possam se esclarecer a respeito do ponto de vista jurídico a ser pleiteado por meio do processo. <sup>134</sup> Nesse sentido, discute-se, por exemplo, se o tribunal pode indicar às partes que a ação ou a defesa encontram-se inconsistentes ou não suficientemente substanciadas, ou mesmo apontar a possibilidade de realizar novos pedidos ou apresentar determinado tipo de defesa (como alegar a prescrição). <sup>135</sup>

Em resumo, Wassermann conclui que os deveres do juiz pretendem possibilitar que as *partes sejam capazes de realizar as suas escolhas no processo de modo adequado*, mas não que o juiz realize as escolhas por elas. É ressaltado o fato de que as partes somente podem exercer sua liberdade de disposição de direitos quando devidamente instruídas, motivo pelo qual o auxílio do juiz não contraria o princípio dispositivo processual. <sup>136</sup>

#### B. 5 Bernhard Hahn (1983)

Assim como Wassermann, Bernhard Hahn dedicou uma monografia para investigar a *Kooperationsmaxime* no direito alemão, com a qual critica o suposto domínio do princípio dispositivo processual. <sup>137</sup> Nessa obra, ele desconstrói o conteúdo concebido à *Verhandlungsmaxime* e conclui pela estruturação de um processo civil capaz de ser sintetizado em uma relação de colaboração - que não pressupõe o reconhecimento de harmonia entre as partes.

Analisando o conteúdo do princípio dispositivo processual, Hahn refere que o pretenso monopólio das partes sobre a aquisição dos fatos foi tão estritamente definido que ao juiz seria proibido até mesmo considerar fatos notórios em suas decisões. Contudo, essa estreiteza foi colocada em dúvida pela *participação do juiz na comunidade de trabalho* pela qual se caracterizou o processo. Não apenas por conta do § 139, (1), mas em razão de uma série de outros dispositivos da ZPO, reconhece-se a participação do juiz no esclarecimento e na complementação da alegação e da comprovação de fatos, a partir das quais é reconstruído o substrato fático do caso. <sup>138</sup>

Um segundo teorema do princípio dispositivo processual defende que apenas os fatos controvertidos são objeto de comprovação, não se realizando prova dos fatos incontrovertidos ou de fatos que são tratados como tais pela lei. Segundo Bernhard Hahn, aparentemente, esse princípio teria vigência na ZPO; contudo, a questão de definir se a alegação de um fato está controvertida ou não no processo é da discricionariedade do juiz. <sup>139</sup> Dessa forma, ao fim e ao cabo, *é o juiz quem define o que necessita da produção de provas* no processo. Além disso, a legislação reconhece a possibilidade de o juiz determinar uma série de provas sobre os fundamentos da petição inicial, ainda que nada conste da contestação do réu a respeito. Tampouco subsiste a limitação dos meios de prova aqueles indicados pelas partes, a não ser no caso da indicação de testemunhas, em que o juiz depende da nomeação pelas partes. <sup>140</sup>

Uma seguinte regra decorrente da *Verhandlungsmaxime* é aquela segundo a qual os fatos estariam na esfera de disposição das partes, de modo que elas poderiam incluir ou excluir fatos da apreciação do tribunal. Esse direito da parte baseia-se na competência das partes para a determinação dos fatos no processo, mas vai além, estabelecendo que somente os fatos trazidos pelas partes podem ser explorados

no processo. Com isso, estabelece-se limites à reconstrução do substrato fático do caso pelo juiz, proibindo a integração de fatos excluídos das alegações das partes. <sup>141</sup> Aqui, os próprios defensores do princípio dispositivo processual encontram-se em um dilema, tendo em vista a possibilidade de as partes afastarem o juiz da verdade dos fatos, que o princípio pretende garantir. A rejeição dessa regra novamente é retirada da própria ZPO, que afasta os efeitos do princípio dispositivo que não conduzem a uma aproximação à *verdade dos fatos*. <sup>142</sup>

Afastadas as principais teses do princípio dispositivo processual, Bernhard Hahn refere que os limites à atividade judicial, em geral e para os casos concretos, estão na *Neutralidade do Juiz* e na *Oitiva Judicial*. <sup>143</sup>

Na conclusão de seu livro, Hahn então pretende responder à questão que dá o título de sua obra, a respeito da existência de um princípio de colaboração no processo. Para responde-la, primeiramente, refere que de acordo com a opinião predominante, a reforma para a simplificação do processo civil conduziu a um fortalecimento da posição do juiz, embora os elementos decisivos do princípio dispositivo processual haveriam sido conservados. Essa afirmação, segundo Hahn, é certa e errada ao mesmo tempo. <sup>144</sup> De um lado, a *exigência de que as partes tragam os fatos para o processo e apresentem uma reconstrução dos fatos completa* aumentou consideravelmente. Nesse sentido, poder-se-ia falar em um fortalecimento da *Verhandlungsmaxime*. De outro lado, não se pode ignorar as *múltiplas possibilidades de o juiz participar da aquisição dos fatos e da reconstrução do substrato fático pelas partes*. <sup>145</sup>

De fato, as partes devem apresentar tudo aquilo que for conhecido por elas; contudo, caso falhem nessa tarefa ou o juiz reconheça alguma incorreção da tentativa de reconstrução dos fatos das partes, então o magistrado é chamado para "dar o retoque". Com isso, o autor reconhece a inaplicabilidade do brocardo "da mihi facta, dabo tibi ius", já que as partes não são meras entregadoras de fatos, sendo esperado pela legislação processual que elas expressem as suas avaliações jurídicas dos fatos, para que o juiz possa cumprir seus fortalecidos deveres de preparação e para que seja possível dar efetividade ao diálogo entre os participantes do processo. <sup>146</sup> Não se espera que os autores apenas manifestem aquilo que consideram favorável e concludente para seus requerimentos; muito mais, espera-se que eles exponham o material relativo ao conflito pré-processual, incluindo-se a menção das posições contrárias e as razões pelas quais elas seriam insustentáveis. E quanto aos réus: também eles participam da reconstrução dos fatos da causa. O tribunal deve fomentar a aquisição completa dos fatos pelas partes e é chamado a participar na reconstrução do substrato fático da causa. <sup>147</sup>

Hahn ainda pondera que "[é] evidente que essa colheita judicial dos fatos não pode ser confundida com a inquisição de um procurador estatal. Ao fim e ao cabo, não se deve ignorar que o emprego dos variados meios de investigação judiciais, que a *Zivilprozeßordnung* preparou para o juiz e que a própria prática desenvolveu, sempre ocorrem sobre a cortina de fundo do discurso das partes (*auf der Folie des Parteienvortrages erfolgt*). <sup>148</sup> Por isso, o juiz não realiza no processo uma investigação livre; muito mais, por meio de sua própria competência para julgar a causa, ele identificará as lacunas, os erros, as incorreções e as inverdades que ele poderá *sanar e esclarecer com a participação das partes*. Nesse sentido, é das partes (as portadoras de informações essenciais) o papel principal na aquisição dos fatos do processo, tanto que, se o instrumentário da investigação oficial não obter sucesso, permanece sendo elas a única fonte de informações do processo. O que se evita com o reconhecimento do enfraquecimento da *Verhandlungsmaxime* é que uma vinculação servil do juiz às alegações das partes conduza a uma redução do direito à oitiva judicial. <sup>149</sup>

Ao final, o autor aduz que a expressão *Kooperation* melhor representa a divisão de trabalhos entre o juiz e as partes no processo, inclusive por não dar a entender a existência de harmonia, tal qual a expressão comunidade de trabalho poderia ser entendida. Com a *Kooperation*, ressalta-se a *dependência dos participantes do processo entre si* e a necessidade de que os *posicionamentos das partes incluam todas as contraposições possíveis*. Assim, para aqueles que não querem abrir mão de uma orientação principiológica para o processo civil, Hahn sugere a utilização da expressão *Kooperationsmaxime* para descrever a relação das partes e do juiz na aquisição dos fatos e na investigação do substrato fático no

processo. <sup>150</sup>

### 3. Considerações finais

A partir de diferentes perspectivas e com diferentes preocupações, a doutrina que tratou das alterações ocorridas na lei processual alemã e fez surgir o *princípio* da cooperação processual pode ter algumas conclusões sintetizadas em conjunto. É que, seja considerando a colaboração como sendo um termo médio entre o princípio dispositivo processual e o princípio inquisitório, um *tertium genus*, uma fusão do princípio dispositivo processual com a verdade material e os deveres do juiz, ou seja, considerando-a como uma atividade de assistência ou de condução desempenhadas pelo juiz, a lição é clara: há uma alteração na concepção do fenômeno processual, que vai entendido como sendo um processo de comunicação, formação de opinião e decisão que é aberto, argumentativo e flexível. O processo é um discurso racional, em que o diálogo deve ser efetivo, *i.e.*, baseado em narrativas com pretensão de veracidade, claras e completas, de modo a se possibilitar que as partes possam exercer a sua liberdade (realizem escolhas) de modo adequado, *i.e.*, realizando pedidos adequados e requerendo a produção de provas úteis. É nessa linha que se destacam os deveres do juiz. Elencando os deveres acima indicados, <sup>151</sup> 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 <sup>152</sup> - *participar* da gestão do processo. <sup>153</sup>

### 4. Bibliografia

Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Ávila, Humberto. A doutrina e o direito tributário. In: Ávila, Humberto (org.). *Fundamentos do direito tributário*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012.

\_\_\_\_\_. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual* 32/159-197, 2014.

\_\_\_\_\_. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual* 29/181-204, 2013.

Bettermann, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. Band 91, Heft 4, p. 365-397, Okt. 1978.

\_\_\_\_\_. Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. *Juristischer Blätter*, 94. Jahrgang, Heft 3/4, p. 56-68, Feb. 1972.

Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Trad. António Menezes Cordeiro da 2.<sup>a</sup> edição em língua alemã (1983). Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2015.

Gilles, Peter. Der Prozeß als Mittel zur rechtlichen Konfliktlösung: Staatliche Justiz - gerichtliches Verfahren - richterliche Entscheidung. In: Grimm, Dieter (org.). *Einführung in das Recht*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1985.

\_\_\_\_\_. Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträglich Parteidispositionen über das Rechtsmittel. *Archiv für die civilistische Praxis*. Band 177, Heft 2/3, p. 189-244, 1977.

Gönner, Nikolaus Thaddäus von. *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*. vol. 1. Erlangen: Johann

Jacob Palm, 1801.

Gottwald, Peter. Simplified Civil Procedure in West Germany. *American Journal of Comparative Law* 31/687-701, 1983.

\_\_\_\_\_; Schwab, Karl Heinz; Rosenberg, Leo. *Zivilprozessrecht*. 17. ed. München: Beck, 2010.

Greger, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem. *RePro*, ano. 37, n. 206, p. 123-134, abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Kooperation als Prozessmaxime. In : Gottwald, Peter; Greger, Reinhard; Prütting, Hans. *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeigneten Europa - Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages*. Bielefeld: Giesecking, 2000.

\_\_\_\_\_. Rechstatsächliche Erkenntnisse zu den Auswirkungen der Vereinfachungsnovelle in der Praxis. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. Band 100, Heft 4, p. 377-384, Okt. 1987.

Hahn, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?* Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1983.

Jauernig, Othmar; Hess, Burkhard. *Zivilprozessrecht*. 30. Auflage. München: Beck, 2011.

Kern, Christoph. *Justice between Simplification and Formalism*. Tübingen: Mohr, 2007.

Leipold, Dieter. Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. Band 93. Heft 3, p. 237-265, Aug. 1980.

Mitidiero, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

Pérez Ragone, Álvaro J.; Ortiz Pradillo, Juan Carlos; Prütting, Hanns; Falco, Sandra de. *Código procesal civil alemán [ZPO]*. Berlin-Uruguay: Konrad-Adenauer, 2006.

Ren, Zhong. *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China*. Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2013.

Schinkels, Boris. Prinzipien, Regeln oder Modelle: eine Analyse des Kanons der Zivilprozessualen "Maximen". *Rechtstheorie*, Band 37, Heft 4, p. 407-425, 2006.

Stürner, Rolf. Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung. *Zeitschrift für Zivilprozess*. Band 99, p. 291-332, 1986.

\_\_\_\_\_; Kern, Christoph. Processo civil comparado - Tendências recentes e fundamentais. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. *RePro* 200/203 e ss., out. 2011.

Unger, Dagmar. *Adolf Wach (1843 - 1926) und das liberale Zivilprozeßrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

Wach, Adolf. Das Verhältnis des Richters zu den Parteien. In: Wach, Adolf. *Vorträge über Reichs-Civilprocessordnung*. Bonn: Adolf Marcus, 1879.

Wassermann, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand Verlag, 1978.

- O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO: UMA APRESENTAÇÃO, de Fredie Didier Júnior - RePro 127/2005/75
- COOPERAÇÃO COMO PRINCÍPIO PROCESSUAL, de Ronaldo Kochem - RePro 206/2012/123

---

## FOOTNOTES

---

1

Bettermann, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. Band 91, Heft 4, p. 365-397, Okt. 1978. p. 367; Wassermann, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand Verlag, 1978. p. 13-17 (em especial sobre o papel do direito constitucional, declarando o processo civil como *direito constitucional aplicado*, ver p. 20).

2

Wassermann, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand Verlag, 1978. p. 17.

3

A respeito da concepção individualista a que se remonta, ver Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004. p. 56. Como exemplo dessa influência na organização do processo, especificamente na tutela cautelar, comparar as indicações de Mitidiero, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 26 ("É o Estado como fim e a pessoa como meio") e p. 33 ("O direito ao provimento cautelar, porém, está ligado a uma posição jurídica no plano do direito material concernente à tutela da pessoa").

4

Bettermann, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. Op. cit., p. 374.

5

Sobre o processo civil alemão e a pouca interferência havida do totalitarismo nacional-socialista, ver Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79. A respeito da inexistência de relação de obrigatoriedade entre a posição ativa do juiz e o tipo do sistema político, entre democrático e não democrático, ver Stürner, Rolf; Kern, Christoph. *Processo civil comparado - Tendências recentes e fundamentais*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. RePro 200/203 e ss., out. 2011 (item 3.2): "Um outro ponto que deve ser sublinhado é o de que nem sempre juízes ativos devem ser associados com sistemas políticos não democráticos, e juízes passivos com democracias participativas. Reconhecidamente, a ideia de um paralelismo entre juízes passivos e individualistas, sociedades democráticas, e entre juízes ativos e mais hierarquizados e sistemas totalitários é intrigante e foi manifestada eloquentemente por um grande jurista nos tempos em que os sistemas socialistas ainda distorciam o processo civil em muitos países do mundo. Não há dúvidas de que há alguns exemplos que ilustram essa teoria, sobretudo a admirável e estável democracia dos Estados Unidos. Por essa razão, não surpreende que essa teoria tenha muitos seguidores, particularmente no mundo do common law. Contudo, já foi demonstrado que considerações históricas e de direito comparado que estavam por trás dessa teoria não são plenamente convincentes e foram selecionadas de modo muito eclético. Consequentemente, acreditamos que esta teoria não deve ser reconhecida como um argumento importante contra reformas jurídicas em que se pretenda criar um juiz mais ativo. Isso não significa dizer que não haja necessidade de que juristas e a sociedade estejam sempre vigilantes e observem consequências decorrentes da atribuição de mais poderes ao Estado, e isso é válido tanto para o campo de processo civil, quanto para os outros. Entretanto, realmente não pode ser dito que países que tenham o processo civil típicos do civil law tenham, só por isso, inclinação para regimes totalitários".

6

No presente ensaio, utiliza-se como sinônimos os termos colaboração e cooperação.

7

Sobre o papel da ciência do direito, por todos: Ávila, Humberto. A doutrina e o direito tributário. In: Ávila, Humberto (org.). Fundamentos do direito tributário. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, p. 221-246, 2012; Idem. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. Revista Direito Tributário Atual 29/181-204, 2013; Idem. Ciência do direito tributário e discussão crítica. Revista Direito Tributário Atual 32/159-197, 2014.

---

8

Veja-se que, apesar da terminologia utilizada no presente artigo, não se ignora o novo perfil das normas-princípio na teoria do direito, destacando-se a proposta de Humberto Ávila em: Teoria dos princípios (São Paulo: Ed. RT). Utiliza-se, no entanto, a tradicional compreensão dada aos princípios pela doutrina processual civil. Para uma análise dos tradicionais princípios processuais sob a ótica da teoria do direito e da classificação das normas, ver o interessante ensaio de Schinkels, Boris. Prinzipien, Regeln oder Modelle: eine Analyse des Kanons der Zivilprozessualen "Maximen". Rechtstheorie, Band 37, Heft 4, p. 407-425, 2006.

---

9

Bettermann, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. *Zeitschrift für Zivilprozeß*. Band 91, Heft 4, p. 365-397, Okt. 1978. p. 385.

---

10

Idem, *ibidem*. *Embora o texto de Bettermann seja de 1978, a redação do § 317 (1) assim permite até hoje (fev. 2015)*.

---

11

Quanto à evolução da redação dos dispositivos, ver a sintetização de Wassermann, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand Verlag, 1978. p. 97-102, cujas indicações dos parágrafos da lei processual alemã foram o ponto de partida para a elaboração da análise que se apresenta a seguir, a que se agregou a análise de outros dispositivos.

---

12

Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877. *Reichsgesetzblatt*, 1877, n. 4, p. 41-76, 7. Februar 1877.

---

13

Na redação atual (fev. 2015), ver §§ 12, 23 e 71.

---

14

Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877. *Reichsgesetzblatt*, 1877, n. 6, p. 83-243, 19. Februar 1877.

---

15

A previsão de dois procedimentos, um para os Amtsgerichte e outro para os Landgerichte continua até hoje, conforme §§ 253 e 495, ZPO.

---

16

Na redação atual (fev. 2015), ver § 78, (1).

---

17

Wassermann, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand Verlag, 1978. p. 97.

---

18

Idem, *ibidem*.

---

19

Pela limitação no escopo do presente ensaio, não se tratará de todas as alterações que a legislação processual passou desde a versão original de 1877 - o que implicaria, por exemplo, em tratar da "Gesetz betreffend die Änderungen der Zivilprozeßordnung" de 1898, que levou a uma publicação da nova versão da CPO no mesmo ano de 1898, ou mesmo da "Reichsgerichtsnovelle" de 1905. A propósito dessas duas reformas, por todos: Unger, Dagmar. Adolf Wach (1843 - 1926) und das liberale Zivilprozeßrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. p. 282-283 e 285.

---

20

Gesetz, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 01. Juni 1909. Reichsgesetzblatt, Teil I, 1909, n. 30, p. 475-498, 11. Juni 1909.

---

21

Wassermann, Rudolf. Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neuwied-Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978. p. 98.

---

22

Wassermann, Rudolf. Idem, p. 99; Gottwald, Peter. Simplified Civil Procedure in West Germany. American Journal of Comparative Law, n. 31, p. 687-701, 1983. p. 688. Se as reformas até o momento experimentadas podem ser de alguma forma agrupadas como reformas emergenciais, a Novelle de 1924 pode ser classificada como uma reforma processual universal, conforme Unger, Dagmar. Adolf Wach (1843 - 1926) und das liberale Zivilprozeßrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. p. 330.

---

23

Verordnung über das Verfahren in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. Februar 1924. Reichsgesetzblatt, Teil I, 1924, n. 15, p. 135-150, 22. Februar 1924.

---

24

Wassermann, Rudolf. Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Cit., p. 99.

---

25

Idem, ibidem.

---

26

Wassermann, Rudolf. Cit., p. 100.

---

27

Idem, ibidem.

---

28

Wassermann, Rudolf. Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Cit., p. 99-100; Gottwald, Peter. Simplified Civil Procedure in West Germany. American Journal of Comparative Law, n. 31, p. 687-701, 1983. p. 689.

---

29

Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Oktober 1933, Reichsgesetzblatt, Teil I, 1933, nr. 120, p. 780-788, 28. Oktober 1933.

---

30

Wassermann, Rudolf. Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Cit., p. 102.

---

31

Merece referência a "Lei para o reestabelecimento da uniformidade jurídica nos campos da organização judiciária, da administração da justiça civil, do processo penal e do direito de custas" de 1950 (Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. 9. 1950, Bundesgesetzblatt, 1950, n. 40, p. 455-512, 20. September 1950), que culminou com as republicações da GVG (p. 513-532) e da ZPO (p. 533-627).

---

32

Também são relevantes a regulamentação da Assistência Judiciária (1980), a lei de reforma da ZPO de 2001, que incluiu a audiência de conciliação em matéria civil, reorganizou o sistema recursal e modificou algumas peculiaridades da primeira instância, e a lei de modernização da Justiça de 2004. Para uma indicação das reformas da ZPO no período, em geral, ver Gottwald, Peter; Schwab, Karl Heinz; Rosenberg, Leo. Zivilprozessrecht. 17. ed. München: Beck, 2010. p. 26-27.

---

33

Pérez Ragone, Álvaro J.; Ortiz Pradillo, Juan Carlos; Prütting, Hanns; Falco, Sandra de. *Código Procesal Civil alemán [ZPO]*. Berlin-Uruguay: Konrad-Adenauer, 2006. p. 37.

---

34

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 05.11.1974, Sachgebiet 31, Drucksache 7/2729.

---

35

Necessário registrar que muitas das redações indicadas a seguir permanecem até hoje na ZPO (fev. 2015).

---

36

Erfolg in System. *Der Spiegel*, 1968, n. 34, p. 27-28. Em outras câmaras do *Landgericht* de Stuttgart mantinha-se a audiência oral preliminar com um só dos juízes da câmara para, em seguida, haver a audiência com todos os juízes, para decisão, conforme: Entrevista com Rolf Bender. *Der Spiegel*, n. 8, p. 36-44, 1970. Havia, dentro do tribunal, dois tipos de preparação para a audiência.

---

37

Rolf Bender. *Der Spiegel*, n. 8, p. 36, 1970.

---

38

Entrevista com Rolf Bender. *Der Spiegel*, n. 8, p. 36-44, 1970.

---

39

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 05.11.1974, Sachgebiet 31, Drucksache 7/2729.

---

40

Gottwald, Peter; Schwab, Karl Heinz; Rosenberg, Leo. Zivilprozessrecht. 17. ed. München: Beck, 2010. p. 26.

---

41

Greger, Reinhard. Kooperation als Prozessmaxime. In: Gottwald, Peter; Greger, Reinhard; Prütting, Hans. Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeigneten Europa - Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages. Bielefeld: Giesecking, p. 77-84, 2000. p. 81; ou, em português, Idem. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem. *RePro*, ano 37, n. 206, p. 123-134, abr. 2012. p. 129.

---

42

Especificamente a respeito do *Prozessförderungspflicht der Parteien*, ver a análise crítica de Leipold, Dieter. *Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung. Zeitschrift für Zivilprozeß*. Band 93, Heft 3, p. 237-265, Aug. 1980, segundo a qual esse "dever" estaria restrito ao aspecto temporal do processo (p. 239).

---

43

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 05.11.1974, Sachgebiet 31, Drucksache 7/2729. p. 37 e ss.

---

44

Analisando dados estatísticos da prática judicial após 10 anos da *Vereinfachungsnovelle*, Greger, Reinhard. *Rechtstatsächliche Erkenntnisse zu den Auswirkungen der Vereinfachungsnovelle in der Praxis. Zeitschrift für Zivilprozeß*. Band 100, Heft 4, p. 377-384, Okt. 1987.

---

45

Gilles, Peter. *Der Prozeß als Mittel zur rechtlichen Konfliktlösung: Staatliche Justiz - gerichtliches Verfahren - richterliche Entscheidung*. In: Grimm, Dieter (org.). *Einführung in das Recht*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1985. p. 280-281.

---

46

Como, por exemplo, já em Wach, Adolf. *Das Verhältnis des Richters zu den Parteien*. In: Wach, Adolf. *Vorträge über Reichs-Civilprocessordnung*. Bonn: Adolf Marcus, 1879. p. 39-58.

---

47

O uso dos conceitos de "máxima" e de "princípio" como sendo equivalentes na doutrina do direito processual é apontado em Schinkels, Boris. *Prinzipien, Regeln oder Modelle: eine Analyse des Kanons der Zivilprozessualen "Maximen"*. *Rechtstheorie*, Band 37, Heft 4, p. 407-425, 2006. p. 407.

---

48

Gilles, Peter. *Der Prozeß als Mittel zur rechtlichen Konfliktlösung: Staatliche Justiz - gerichtliches Verfahren - richterliche Entscheidung*. In: Grimm, Dieter (org.). *Einführung in das Recht*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1985. p. 279.

---

49

Como exemplos de princípios para um grupo especial de processos, ver Stürner, Rolf. *Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung. Zeitschrift für Zivilprozess*. Band 99, p. 291-332, 1986, sobre o processo de execução.

---

50

Gilles, Peter. *Der Prozeß als Mittel zur rechtlichen Konfliktlösung: Staatliche Justiz - gerichtliches Verfahren - richterliche Entscheidung*. In: Grimm, Dieter (org.). *Op. cit.*, p. 279.

---

51

Bettermann, Karl August. *Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. Zeitschrift für Zivilprozeß*. Band 91, Heft 4, p. 365-397, Okt. 1978. p. 365.

---

52

Hahn, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?* Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1983. p. 30.

---

53

*Idem*, p. 37-38.

---

54

Idem, p. 38.

---

55

Idem, ibidem.

---

56

É exemplo disso o fato de que, ao contrário dos juristas que utilizavam esse método na Alemanha Ocidental e concluíam pelo princípio dispositivo processual, Hans Nathan, jurista da Alemanha Oriental, deduzia com o método positivista de um texto legal quase igual ao desses juristas a obrigação de o tribunal determinar a verdade objetiva, justificando o princípio inquisitório, cf. Hahn, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?* Cit., p. 39.

---

57

Hahn, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?* Cit., p. 40.

---

58

Gönnner, Nikolaus Thaddäus von. *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*. Erlangen: Johann Jacob Palm, 1801. vol. 1, p. 95.

---

59

Idem, ibidem.

---

60

Wassermann, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Cit., p. 35. A propósito do pensamento sistemático, composto de princípios gerais de direito, e havendo valor por detrás desses princípios, ver Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Trad. António Menezes Cordeiro da 2.ª edição em língua alemã (1983). Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2015. p. 86-88.

---

61

Hahn, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?* Cit., p. 41.

---

62

Para uma exposição a respeito, ver a síntese de Ren, Zhong. *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China*. Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2013. p. 76-80.

---

63

Hahn, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?* Cit., p. 42-43.

---

64

Idem, p. 43.

---

65

Kern, Christoph. *Justice between Simplification and Formalism*. Tübingen: Mohr, 2007. p. 133.

---

66

Wassermann, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. cit., p. 15-16.

---

67

Hahn, Bernhard. Kooperationsmaxime im Zivilprozeß? cit., p. 88; Ren, Zhong. Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China. Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2013. p. 71.

---

68

Bettermann, Karl August. Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. Juristischer Blätter, 94. Jahrgang, Heft 3/4, p. 56-68, Feb. 1972. p. 63.

---

69

Hahn, Bernhard. Kooperationsmaxime im Zivilprozeß? cit., p. 88; Ren, Zhong. Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China. Cit., p. 71.

---

70

Bettermann, Karl August. Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. Juristischer Blätter, 94. Jahrgang, Heft 3/4, p. 56-68, Feb. 1972. p. 56.

---

71

Idem, ibidem.

---

72

Idem, p. 56-59.

---

73

Idem, ibidem.

---

74

A propósito disso, "[a] independência material ou liberdade de julgamento (Weisungsfreiheit) dos juízes não previne a vinculação deles a decisões de outros juízes, em especial a de juízes de instância superior, como também a de suas próprias decisões prévias", conforme Bettermann, Karl August. Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. Juristischer Blätter, cit., p. 60.

---

75

Idem, p. 61-62.

---

76

Idem, p. 62.

---

77

Idem, ibidem.

---

78

Idem.

---

79

Idem, p. 62-63.

---

80

Idem, p. 63.

---

81

Idem, p. 63.

---

82

Idem, ibidem.

---

83

Idem. ibidem.

---

84

Idem, ibidem.

---

85

Idem, ibidem.

---

86

Idem, ibidem.

---

87

Gilles, Peter. Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträglich Parteidispositionen über das Rechtsmittel. Archiv für die civilistische Praxis. Band 177, Heft 2/3, p. 189-244, 1977.

---

88

Idem, p. 199-200.

---

89

Idem, p. 199.

---

90

Idem, p. 200.

---

91

Idem, ibidem.

---

92

Idem, p. 201-202.

---

93

Idem, p. 202.

---

94

Idem, p. 203.

---

95

Idem, p. 204.

---

96

Idem, ibidem.

---

97

Idem, p. 204-205.

---

98

Idem, p. 205.

---

99

Bettermann, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. Zeitschrift für Zivilprozeß. Band 91, Heft 4, p. 365-397, Okt. 1978.

---

100

Idem, p. 369.

---

101

Idem, ibidem. A frase também é um jogo de palavras em uma língua original (Ihnen war der Aktenprozeß ein heimlicher Prozeß und gerade deswegen unheimlich").

---

102

Bettermann, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. Zeitschrift für Zivilprozeß. Band 91, Heft 4, p. 365-397, Okt. 1978. p. 370-371.

---

103

Idem, ibidem.

---

104

Idem, p. 373.

---

105

Idem, p. 385.

---

106

Idem.

---

107

Idem, p. 387.

---

108

Idem, ibidem.

---

109

Bettermann, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. Zeitschrift für Zivilprozeß. Band 91, Heft 4, p. 365-397, Okt. 1978. p. 387.

---

110

Idem, p. 388.

---

111

Idem, p. 389.

---

112

Idem, ibidem.

---

113

Idem, p. 389-390.

---

114

Idem, p. 390.

---

115

Idem, p. 390.

---

116

Idem, ibidem.

---

117

Idem, p. 391.

---

118

Idem, ibidem. Trata-se de uma enumeração de atividades bem aproximada àquela exposta em Bettermann, Karl August. Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. Juristischer Blätter, 94. Jahrgang, Heft 3/4, p. 56-68, Feb. 1972. p. 63.

---

119

Wassermann, Rudolf. Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neuwied-Darmstadt: Luchterhand, 1978.

---

120

Idem, p. 97.

---

121

Idem, p. 102-103.

---

122

Idem, p. 103.

---

123

Idem, ibidem.

---

124

Idem, ibidem.

---

125

Idem, p. 103-104.

---

126

Idem, p. 106.

---

127

Idem, p. 107.

---

128

Idem, p. 108.

---

129

Idem, p. 109.

---

130

Idem, ibidem.

---

131

Idem, ibidem.

---

132

Idem, p. 110-112.

---

133

Idem, p. 112-113.

---

134

Idem, p. 113-114.

---

135

Idem, p. 114-117.

---

136

Idem, p. 118-119.

---

137

Hahn, Bernhard. Kooperationsmaxime im Zivilprozeß? Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1983.

---

138

Idem, p. 291-293.

---

139

Idem, p. 294.

---

140

Idem, p. 295.

---

141

Idem, ibidem.

---

142

Idem, p. 295-296.

---

143

Idem, p. 297-299.

---

144

Idem, p. 299.

---

145

Idem, p. 300.

---

146

Idem, ibidem.

---

147

Idem, ibidem.

---

148

Idem, p. 300-301.

---

149

Idem, p. 301.

---

150

Idem, p. 301-302.

---

151

A literatura alemã muitas vezes trata dos referidos deveres em uma forma em que seus conteúdos são parcialmente sobrepostos entre si.

---

152

A propósito de deveres/ônus das partes decorrentes da atividade judicial, ver Leipold, Dieter. *Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung*. Zeitschrift für Zivilprozeß. Band 93. Heft 3, p. 237-265, Aug. 1980; Hahn, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?* Cit., p. 121-125; Greger, Reinhard. *Kooperation als Prozessmaxime*. In: Gottwald, Peter; Greger, Reinhard; Prütting, Hans. *Cooperação como princípio processual*. Trad. Ronaldo Kochem. RePro, ano 37, n. 206, p. 123-134, abr. 2012. p. 127-128; Jauernig, Othmar; Hess, Burkhard. *Zivilprozessrecht*. 30. Auflage. München: Beck, 2011. p. 115-120.

---

153

Greger, Reinhard. *Kooperation als Prozessmaxime*. In: Gottwald, Peter; Greger, Reinhard; Prütting, Hans. *Cooperação como princípio processual*. Trad. Ronaldo Kochem. RePro, ano 37, n. 206, p. 123-134, abr. 2012. p. 126.