



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRO-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

SILVIA HELENA PARÁBOLI MARTINS MALUF

**O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO COMO LEGITIMADOR DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**SÃO CRISTÓVÃO
2022**

SILVIA HELENA PARÁBOLI MARTINS MALUF

**O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO COMO LEGITIMADOR DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, como requisito necessário para obtenção de grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Constitucionalização do Direito.

Linha de Pesquisa: Processo de constitucionalização do Direito e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Orientadora: Professora Doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa.

SÃO CRISTÓVÃO
2022

Dados de Catalogação na Publicação (CIP)

M261m	Maluf, Silvia Helena Paráboli Martins O modelo cooperativo de processo como legitimador das decisões judiciais no estado democrático de direito / Silvia Helena Paráboli Martins Maluf. – São Cristóvão, 2022. 169 f. Orientadora: Profa. Dra. Flávia Moreira Guimarães Pessoa. Dissertação de Mestrado (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Sergipe - UFS, 2022. 1. Direito. 2. Ativismo. 3. Cooperação judicial. I. Pessoa, Flávia Moreira Guimarães, orientadora. II. Título. CDU: 347.176.1: 165.744 CDD: 344
-------	--

Ficha elaborada pela bibliotecária documentalista Joyce Dayse de Oliveira Santos (CRB-5/SE-002005)

SILVIA HELENA PARÁBOLI MARTINS MALUF

**O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO COMO LEGITIMADOR DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Aprovada em: ____/____/____

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, como requisito necessário para obtenção de grau de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Flávia Moreira Guimarães Pessoa – Universidade Federal de Sergipe
Orientadora

Prof. Augusto César Leite de Carvalho – Centro Universitário IESB
Avaliador Externo

Profa. Trícia Navarro Xavier Cabral – Universidade Federal do Espírito Santo
Avaliadora Externa

Prof. Carlos Augusto Alcântara Machado – Universidade Federal de Sergipe
Avaliador Interno

SÃO CRISTÓVÃO
2022

“A base da sociedade é a justiça; o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora o julgamento é a aplicação da justiça”.

-Aristóteles

AGRADECIMENTOS

Tenho muito a agradecer às pessoas que estiveram comigo no tempo de elaboração desse trabalho.

Ao meu filho, netos e nora, que são bênçãos na minha vida, muito obrigada por compreenderem os momentos de ausência e por sempre estarem ao meu lado.

Aos meus pais que sempre foram exemplos para mim e que foram a base da minha educação e fundamentais para todas as minhas conquistas. Sem eles nada seria possível.

À minha irmã, cunhado e sobrinha que me acompanharam em toda a trajetória, meu muito obrigada.

À minha cunhada, Ana Paula Maluf, que me ajudou a conseguir a documentação necessária para que eu pudesse me inscrever no curso de mestrado.

Ao meu marido, Elias José Maluf, pois sem o seu apoio, companheirismo, auxílio e compreensão eu não conseguiria fazer esse trabalho. Você foi essencial. Serei sempre grata a você.

Aos meus colegas de mestrado que, apesar de virtualmente, sempre se fizeram presentes e disponíveis para tirar as minhas dúvidas.

Aos professores Trícia Navarro Xavier Cabral e Carlos Augusto Alcântara Machado, que participaram da minha banca de qualificação, pelas orientações primorosas que me ajudaram a concluir esse trabalho.

À minha professora, orientadora e a quem posso chamar de amiga, Flávia Moreira Guimarães Pessoa, pela confiança que depositou em mim, incentivo e orientação, e que sempre se mostrou disponível quando precisei, não obstante tivesse muitos outros afazeres. Muito obrigada.

Por fim, a Deus, em quem tudo é possível.

RESUMO

Em substituição aos sistemas adversarial e inquisitivo, surgiu a cooperação judicial como um novo modelo de processo, que tem como objetivo a obtenção de um processo justo, no mesmo tempo possível, garantindo, assim, aos jurisdicionados, o efetivo acesso à justiça. Apesar de em certos aspectos o processo cooperativo ainda possuir algumas características dos modelos que o antecederam, o que o diferencia dos demais é a forma como se apresenta, pois nele haverá uma verdadeira comunidade de trabalho em que todos os sujeitos processuais deverão contribuir para que se chegue o mais perto possível da verdade real e, ainda, para que o direito seja aplicado adequadamente ao caso concreto, pois somente assim poderá falar-se em processo justo. Para que o processo consiga ter o resultado almejado, que é a prestação da tutela jurisdicional justa e a pacificação social dos conflitos, é preciso que o juiz adote algumas posturas proativas, tanto na condução do procedimento como no momento do julgamento, a fim de garantir os direitos fundamentais. Com base em tais premissas, no presente trabalho será analisado o modelo cooperativo de processo, a fim de se verificar a hipótese de ser o mesmo apropriado para a legitimação da proatividade jurisdicional, em razão atuação das partes em conjunto com o juiz. A análise será feita à luz da Constituição Federal de 1988 e CPC/2015, tendo como ponto de partida a pesquisa bibliográfica e, para as conclusões que serão apresentadas, utilizaremos o método dedutivo.

Palavras-chave: ativismo; cooperação judicial; direitos fundamentais; processo civil brasileiro.

ABSTRACT

In place of the adversarial and inquisitive systems, judicial cooperation emerged as a new model of process, which aims to obtain a fair process, in the same time possible, thus guaranteeing effective access to justice for the jurisdictional parties. Although in certain aspects the cooperative process still has some characteristics of the models that preceded it, what differentiates it from the others is the way it is presented, because in it there will be a true working community in which all procedural subjects must contribute to get as close as possible to the real truth and, also, so that the law is properly applied to the concrete case, because only then can we speak of a fair process. In order for the process to achieve the desired result, which is the provision of fair judicial protection and the social pacification of conflicts, it is necessary for the judge to adopt some proactive postures, both in the conduct of the procedure and at the time of the trial, in order to guarantee fundamental rights. Based on these premises, the present work will analyze the cooperative model of process, in order to verify the hypothesis that it is the same appropriate for the legitimation of judicial proactivity, due to the actions of the parties together with the judge. The analysis will be done in the light of the Federal Constitution of 1988 and CPC/2015, having as a starting point the bibliographic research and, for the conclusions that will be presented, we will use the deductive method.

Keywords: activism; judicial cooperation; fundamental rights; brazilian civil procedure.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CEDH	-	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CPC	-	Código de Processo Civil
CPO	-	Civil Procedural Rules
CPR	-	Constituição da República Portuguesa
ZPO	-	Zivilprozessordnung

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	O FORMALISMO-VALORATIVO COMO FUNDAMENTO PARA O PROCESSO COOPERATIVO.....	15
2.1	Dos Modelos Processuais.....	22
2.2	Do Modelo Adversarial.....	24
2.2.1	Características, papel das partes e do juiz.....	24
2.3	Do Modelo Inquisitivo.....	31
2.3.1	Características, papel das partes e do juiz.....	31
2.4	Do Modelo Cooperativo.....	34
2.4.1	Características.....	35
3	FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO.....	42
3.1	As Manifestações do Estado Moderno e suas Relações com o Poder Judiciário.....	43
3.2	Dos Princípios Fundantes do Princípio da Cooperação.....	49
3.2.1	Princípio do devido processo legal.....	50
3.2.2	Do contraditório.....	60
3.2.3	Princípio da boa-fé.....	68
3.2.4	A cooperação judicial como princípio processual.....	78
4	DOS DEVERES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO.....	85
4.1	Dos deveres do juiz.....	85
4.1.1	Do dever de esclarecimento.....	89
4.1.2	Do dever de prevenção.....	93
4.1.3	Do dever de consulta (diálogo).....	95
4.1.4	Do dever de auxílio.....	98
4.2	Dos deveres das partes.....	109
4.2.1	Do dever de lealdade, boa-fé e veracidade.....	110
4.2.2	Do dever de esclarecimento.....	116
5	DO ATIVISMO JUDICIAL.....	118
5.1	Da origem do ativismo judicial.....	118
5.1.1	Do ativismo judicial no Brasil.....	122
5.1.2	Da proatividade do juiz no processo cooperativo.....	133

6	CONCLUSÃO.....	143
	REFERÊNCIAS.....	149

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como ponto central o modelo cooperativo de processo, escolhido por entendermos que, além de ser um tema atual, é de extrema relevância em razão do momento significativo pelo qual o processo vem atravessando dentro da sua história. Além disso, entendemos ser o mais condizente com o Estado Democrático de Direito, o qual tem como fundamento a participação efetiva de todos os sujeitos envolvidos no processo, superando, assim, os modelos tradicionais adversarial e inquisitivo.

Com a redemocratização do país, o que ocorreu com a Constituição de 1988, os direitos fundamentais ganharam expressão, pelo que coube ao Poder Judiciário a guarda da Constituição. Além disso, houve um incremento da judicialização de questões que envolviam matéria constitucional, passando-se a exigir cada vez mais a atuação do juiz, sendo o processo o instrumento utilizado para tanto.

O próprio processo, inclusive, viu-se envolvido pelo manto da constitucionalidade, pois passou a ser regido por princípios constitucionais, aproximando-o do direito material na medida em que ele deverá realizar a tutela dos direitos subjetivos em litígio, ou seja, a tutela dos direitos lesados ou ameaçados.

O Código de Processo Civil de 2015 consolidou o modelo constitucional ao elencar, nos artigos 1º ao 12, diversos princípios e valores estabelecidos na Constituição, os quais constituem direitos fundamentais concretizadores da dignidade da pessoa humana, e que têm como objetivo dar efetividade à tutela jurisdicional, considerando nesse conceito não só a decisão meritória, mas a satisfação do direito material reconhecido em juízo.

Assim, o enfoque que era dado à ação passou a se concentrar no processo, que deixou de ser visto como instrumento de soberania estatal, passando a ser visto como instrumento de realização da justiça; todavia, para que se alcance esse desiderato, o juiz não pode atuar isoladamente, devendo ter a colaboração das partes para que todos, conjuntamente, possam chegar a um resultado justo, fruto da cooperação.

Contudo, o crescente aumento de poderes conferidos ao juiz desde o momento em que o processo deixou de ser visto como coisa das partes, sobretudo na conformação do Direito ao caso concreto, que lhe exige novas técnicas de interpretação, em face da vagueza e imprecisão das normas jurídicas, tem gerado grande discussão no meio jurídico; no entanto, o juiz não pode deixar de desempenhar o seu ofício, ou seja, de prestar a tutela jurisdicional adequada e efetiva satisfazendo os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, o que exige

que sua atitude seja proativa tanto na condução quanto na instrução do processo, para que se chegue o mais perto possível da verdade, como na aplicação do direito. As próprias reformas processuais estão sendo no sentido de conferir ao juiz maiores poderes processuais e liberdade na interpretação da norma.

Essa atividade proativa do juiz que se dá no processo, contudo, é controversa, pois questionam-se seus poderes instrutórios e decisórios, entendendo muitos estudiosos que o ativismo judicial é contramajoritário, e que o Poder Judiciário agindo assim estaria invadindo o campo de atuação dos outros Poderes.

Contudo, o Poder Judiciário, como guardião da Constituição, deverá zelar pelos direitos fundamentais sempre que forem ameaçados ou lesados, e tendo o Estado chamado para si o poder de dizer o Direito, deverá garantir a todos o acesso à justiça, considerando esta não apenas como acesso aos órgãos jurisdicionais, mas acesso à ordem justa.

O processo, instrumento utilizado pelo Estado para tutelar os direitos fundamentais e pôr fim aos conflitos, trazendo de volta a paz social, possui função social e, para que atenda os fins institucionais, deverá ser justo, ou seja, deverá produzir justiça, pois somente assim se garantirá o direito fundamental de acesso à justiça.

O acesso à justiça, dessa forma, só é possível mediante um processo justo, por meio do qual a verdade real venha a ser revelada ou, pelo menos, que se chegue o mais próximo possível dela, e que o direito seja aplicado observando-se os ditames constitucionais. O processo justo, portanto, não diz respeito somente aos aspectos formais, mas também a questões materiais, pois o juiz não apenas aplica a lei ao caso concreto, mas o Direito segundo as normas constitucionais, complementando a obra do legislador.

Diante desse contexto, nos propusemos a analisar a cooperação judicial como modelo processual adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 e legitimador do ativismo judicial pela participação ativa das partes durante todo o desenvolvimento do processo, as quais repartirão com o juiz a responsabilidade pela busca da verdade real e compreensão do direito que será aplicado ao caso concreto para que se obtenha um processo justo e, por conseguinte, seja garantido o direito fundamental de acesso à justiça.

Observe-se que serão tratadas, no presente trabalho, questões relativas ao ativismo judicial em sentido processual e em sentido material, as quais, embora independentes, refletem no resultado final. Com relação ao processo, diz respeito à possibilidade de o juiz agir de forma proativa tanto para buscar a verdade real, ou seja, na possibilidade de realizar a atividade probatória, quanto com relação à possibilidade de adaptar o procedimento a ser

observado no curso do processo. No aspecto material, por sua vez, diz respeito à possibilidade de criação do Direito relativamente ao caso concreto.

Isso porque em um processo poderá haver ativismo material sem que o juiz tenha sido ativista em matéria processual, pelo fato de toda a matéria posta em discussão ser levada ao processo somente pelas partes; assim, uma decisão ativa do ponto de vista material pode ser produzida por um juiz estático na condução do procedimento. Por outro lado, poderá haver um procedimento em que o juiz tenha sido ativista do ponto de vista processual, sem que tenha sido do ponto de vista material.

Antes, no entanto, analisaremos as fases pelas quais vem passando o processo, bem como os modelos processuais que precederam o modelo cooperativo para que se compreenda a sua evolução histórica.

A relação entre o juiz e as partes também será posta em discussão por meio do processo cooperativo, o qual possibilita a participação destas últimas, em igualdade de condições, durante todo o procedimento, com o intuito de influenciar na decisão do juiz, não somente pelas provas que poderão produzir nos autos como também pela possibilidade da apresentação de fundamentos jurídicos que irão auxiliá-lo na interpretação do direito.

Problematiza-se, assim, a proatividade do juiz durante todo o procedimento, incluindo a atividade probatória, que irá preparar o processo para o resultado final, bem como a proatividade do juiz na própria decisão, com vistas à concretização dos direitos fundamentais, assegurando, por conseguinte, o acesso à justiça, bem como o modelo cooperativo de processo, com o fito de se obter um processo justo e devido.

O objetivo específico do trabalho, no entanto, não é tratar especificamente do ativismo judicial, mas de demonstrar que somente por meio de um processo cooperativo, em que todos os sujeitos processuais participem de forma proativa, colaborando para com o processo, é que poderá haver um processo justo.

Da parte do juiz, com sua atividade proativa, irá concretizar os direitos fundamentais processuais e materiais e, das partes (autor e réu), a atividade será no sentido de legitimar a atividade jurisdicional por meio da sua participação durante todo o procedimento.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, com exposição do pensamento dos autores nacionais e estrangeiros pesquisados acerca de cada questão suscitada, as quais guardam conexão com o objetivo proposto. As conclusões que serão apresentadas ao final do trabalho decorreram do método dedutivo empregado na pesquisa doutrinária acerca das questões problematizadas.

O trabalho foi dividido em cinco capítulos, nestes incluída a presente introdução. Assim, no segundo capítulo analisaremos as fases metodológicas pelas quais o processo passou ao longo da sua existência e faremos menção à fase na qual entendemos se encontrar nos dias atuais. Também serão analisados os modelos processuais que existiram até se chegar ao modelo cooperativo adotado pelo Código Civil brasileiro, o qual entendemos ser consentâneo ao Estado Democrático de Direito. Apresentaremos, ainda, as críticas formuladas ao cooperativismo judicial e teses a favor desse modelo de processo.

No terceiro capítulo analisaremos os princípios que fundamentam o princípio da cooperação, ou seja, os princípios que servem de sustentáculo para esse modelo de processo e, ainda, faremos uma análise da cooperação como princípio processual. Antes, no entanto, analisaremos as diversas manifestações do Estado Moderno e suas relações com o Poder Judiciário, para que se entenda o contexto em que foi idealizado o processo cooperativo.

No quarto capítulo cuidaremos dos deveres dos sujeitos processuais, ou seja, os deveres do juiz e das partes, os quais são característicos do processo cooperativo.

No quinto capítulo discorreremos sobre o ativismo judicial, sua origem e surgimento no Brasil, bem como a necessidade da atividade proativa do juiz a fim de que sejam satisfeitos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e, por fim, no último capítulo apresentaremos nossas conclusões confirmando ou refutando a hipótese levantada.

2 O FORMALISMO-VALORATIVO COMO FUNDAMENTO PARA O PROCESSO COOPERATIVO

A doutrina divide o processo civil em fases metodológicas as quais foram evoluindo com o passar do tempo, chegando ao formalismo-valorativo sustentado por alguns doutrinadores¹. Essas fases dizem respeito à história do processo civil, e nos fazem entender melhor o modelo cooperativo de processo positivado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Até meados do século XIX, a ação, ou seja, o direito de agir para a satisfação de interesses privados, pertencia ao direito civil, e não havia separação entre o direito material e processual, que sequer era visto como ramo autônomo, mas, sim, como um prolongamento do direito civil, pertencente ao direito privado. A preocupação girava em torno do direito material, e não como este seria garantido ou qual o instrumento que seria utilizado para a sua tutela, ou ainda, como se daria a participação dos sujeitos; assim, o estudo da atuação em juízo era reduzido a meras tabelas, formulários, descrições empíricas, que eram feitos em escritórios de advocacia (SOUSA, 2014, p. 2). Não se falava em contraditório. Esse período ficou conhecido como sincretista, imanentista ou procedimentalista².

A partir do século XIX esse sincretismo entre os planos substancial e processual começou a ruir, cujo conceito de ação foi questionado, passando esta a ser concebida como instituto de direito processual (DINAMARCO, 1996, p. 18). Tomou-se, portanto, consciência da autonomia da ação, como uma relação jurídica que surgia entre a parte autora e o Estado, nascida da violação do direito subjetivo material e do direito de se obter uma prestação jurisdicional contra tal violação; assim, a relação de direito material (privado) se dava entre as

¹Daniel Mitidiero (2011b, p. 23-55) é um dos doutrinadores que defendem que o processo passou por diversas fases metodológicas até chegar ao formalismo-valorativo, que é a fase em que o mesmo entende encontrar-se o processo civil. Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 42-43), de igual forma, ao discorrerem sobre as fases metodológicas do processo, apontam estas como sendo: a primeira conhecida como sincretista; a segunda como automista ou conceitual; e, a terceira, a conhecida fase instrumentalista do processo.

²“O praxismo corresponde à pré-história do direito processual civil, tempo em que se aludia ao processo como ‘procedura’ e não ainda como ‘diritto processual civile’. Época, com efeito, em que não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material. Direito adjetivo, pois, que só ostentava existência útil se ligado ao direito substantivo. Leciona-se que, no período sincretista direito processual civil (que denominamos de praxista), ‘os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório). A jurisdição era encarada como um sistema posto para a tutela dos direitos subjetivos particulares, sendo essa a sua finalidade precípua; a ‘ação’ era compreendida como um desdobramento do direito subjetivo e o processo como simples procedimento. O clima privatista do direito material apanhava em cheio o direito processual, engastando-o no mesmo plano” (MITIDIERO, 2011b, p. 33-34).

partes, e a relação direito processual (público) se dava entre estas e o Estado (THEODORO JÚNIOR, 2005 p. 2).

Oscar von Bülow, em 1968, no livro intitulado “Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais” (REDONDO, 2019, p. 30), foi quem primeiro identificou que o processo comportava uma relação de direito público e o primeiro a reconhecer o processo civil como ciência, que passou a ser visto como uma relação de direitos e deveres recíprocos. Assim, foi a Alemanha o primeiro país a estabelecer a diferença entre o direito material e o direito processual (SOUSA, 2014, p. 2-3), passando este a ser tratado como ramo autônomo do direito, vinculado ao direito público. Surgiram, então, as teorias processuais, notadamente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições da ação e pressupostos processuais. Essa fase do processo é chamada de automista ou conceitual. A ação, portanto, deixou de ser reconhecida como parte do direito material, passando a ser considerada como direito subjetivo autônomo, e “o direito judiciário converte-se em direito processual – passa-se de uma ‘*procedura*’, de inspiração privatista, para um *diritto processuale*’, de veio publicístico” (MITIDIERO, 2011b, p. 36-37).

A busca pela construção científica do direito processual, decorrente do cientificismo exacerbado, fez com que esse ramo do direito se afastasse demasiadamente do direito material e da própria realidade social e, por conseguinte, dos fins a que se destina. Diante desse cenário, procurou-se desenvolver mecanismos para o aprimoramento da prestação jurisdicional a fim de tornar a tutela jurisdicional mais efetiva, deixando o processo de ser visto como um fim em si mesmo para servir como instrumento utilizado pelo Estado para alcançar os seus escopos jurídicos, sociais, políticos e econômicos (REDONDO, 2019, p. 34-35). Essa fase passou a ser chamada de instrumentalista, iniciada por volta de 1970. Pela visão instrumentalista do processo ele passa a ser visto não em função das partes ou de seus interesses, mas em relação ao Estado, com objetivo de realização do direito material e restabelecimento da paz social.

De acordo com José Roberto do Santos Bedaque (2009, p. 67), superada a visão privatista do processo, ele não é mais encarado como meio através do qual protegem-se os direitos subjetivos, embora isso seja uma consequência, pois o interesse público, que é a correta aplicação da lei, deve prevalecer sobre o interesse particular. O processo, portanto, é o meio pelo qual busca-se um provimento justo, ou seja, é o instrumento da jurisdição (BEDAQUE, 2009, p. 66).

Essa nova visão do processo permitiu que ele fosse visto de uma forma mais garantista, com o objetivo de proporcionar as garantias processuais constitucionais, para que

fosse dada maior efetividade à tutela jurisdicional. Essa efetividade se expressa no acesso à justiça e consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário o qual amparará as suas pretensões (DINAMARCO, 1996, p. 304).

Necessitou-se, portanto, de se dar maior ênfase aos princípios da efetividade, fungibilidade e instrumentalidade das formas para que se obtivesse o maior aproveitamento dos atos processuais, tendo, para tanto, sido desenvolvidas técnicas processuais, aumentando-se, pois, os poderes-deveres do juiz (REDONDO, 2019, p. 35).

Assim, nessa fase o processo não é visto como sendo eminentemente técnico, mas como meio de salvaguardar valores individuais e coletivos presentes na ordem constitucional, servindo, inclusive, para acompanhar as mutações da Constituição (DINAMARCO, 1996, p. 30-33).

Com relação aos escopos do processo mencionados acima, na perspectiva social, por meio da função jurisdicional e legislação, traz-se de volta a paz social, ou seja, direito e processo compõem um só sistema voltado para a pacificação de conflitos mediante a utilização de critérios justos; além disso, a jurisdição tem a função de conscientizar os membros da sociedade de que estas possuem direitos e obrigações. Politicamente, demonstra o poder estatal através da capacidade de decidir imperativamente, concretizar o culto ao valor da liberdade dos cidadãos e assegurar a sua participação nas decisões políticas, valores fundamentais do Estado e da Democracia para que haja estabilidade das instituições. Por fim, juridicamente, que é visivelmente instrumentalista, tem como escopo a atuação concreta da vontade da lei, dando às partes segurança jurídica como efeito do poder estatal, o qual é imposto por meio da decisão prolatada no processo (DINAMARCO, 1996, p. 159-223).

Observa-se que a teoria da instrumentalidade do processo é concretizada por meio dos seus escopos, e opta pela teoria dualista do ordenamento jurídico (declaratória), que o vê como suficiente para produzir direitos e obrigações, em detrimento da unitária (constitutiva), a qual vê o ordenamento jurídico sem toda a aptidão, por si só, para a criação de direitos e obrigações, participando o processo da criação desses direitos e obrigações. Por meio do processo, portanto, nessa perspectiva instrumentalista, acrescenta-se à situação jurídico-material a segurança jurídica por meio da sentença, pela qual o juiz no processo de conhecimento, declarará a existência ou inexistência de direitos, de forma autoritária, sobre a qual recairá a coisa julgada, compondo, assim, o conflito de interesses.

Como ressaltou Dinamarco (1996, p. 199), nem mesmo a interpretação evolutiva pode chegar à escola do “direito livre”, ou seja, não poderá o juiz, no Estado de Direito, criar o direito para o caso concreto, devendo, no entanto, aplicar a lei tal qual ela foi confeccionada,

mesmo que produza resultados injustos ou viciados. Com isso quer dizer, Dinamarco, que o juiz não poderá julgar *contra legem*, ainda que produza decisões injustas.

Pode-se dizer, portanto, que, pela teoria instrumentalista do processo, este é utilizado como instrumento para concretização do direito material, devendo ser observado o sistema jurídico instituído, sem o que será tido como instrumento para o exercício de atos de arbitrariedade pelo juiz, desviando-se, assim, dos seus escopos.

Nessa fase metodológica o foco, que estava na ação, volta-se para a jurisdição, correspondendo à visão publicista do processo, que passa a ser considerado como o instrumento utilizado pelo Estado para o exercício do poder jurisdicional, por meio do qual impõe coercitivamente as suas decisões, após ter oportunizado às partes apresentarem defesa, legitimando, assim, o ato decisório (DINAMARCO, 1996, p. 81-82).

Importante trazer aqui o pensamento de José Joaquim Calmon de Passos com relação à instrumentalidade do processo. Para o processualista, instrumento, em sentido amplo, é o meio empregado para se alcançar um determinado fim, e o Direito é um espaço em que instrumentos, utensílios e máquinas não têm qualquer relevância. Assim, o processo não pode ser visto como um mero instrumento, impotente para intervir na substância do direito, sendo ele, no entanto, indissociável “do ser do direito do dizer sobre o direito”. O processo não é algo secundário ao direito material, mas ambos estão no mesmo patamar, embora interdependentes, tendo a finalidade de aplicar o direito (PASSOS, 2001, p. 3-7).

Dessa forma, segundo o pensamento de Calmon de Passos, a instrumentalidade do processo não significa que ele seja servil ao direito material pela aplicação do direito ao caso concreto por simples forma dedutiva; ao contrário, o juiz, pela sentença, que é o ato final do processo de conhecimento, resolve o conflito de interesses, criando o direito de acordo com o caso concreto.

Daniel Mitidiero (2011b, p.43-45) também lança críticas a essa fase metodológica, por entender que a jurisdição não visa a aplicação da lei ao caso concreto, ou seja, que a jurisdição não se resume à declaração vontade da lei, pensamento este que, ao seu ver, é incompatível com o Estado Constitucional, pois, para o autor, a decisão judicial, embora possa ser contrária à lei, nunca poderá ser contrária ao Direito, pois somente assim poderá falar-se em justiça das decisões.

Para alguns processualistas, a exemplo de Alexandre Freitas Câmara³, ainda estamos vivenciando esse período, qual seja, a fase instrumentalista do processo, muito embora já se

³ A partir do momento em que não se pôde mais pôr em dúvida a autonomia científica do Direito Processual, e estando assentados os mais importantes conceitos da matéria (apesar de se manter imenso o número de

fale em uma fase mais contemporânea, que é a do formalismo-valorativo ou neoprocessualismo.

De acordo com Bruno Garcia Redondo (2019, p. 37), essa nova fase do processo civil não é antagônica ao instrumentalismo, mas um desdobramento desta, uma evolução, uma continuação marcada por novos problemas e norteadas por novos objetivos que, no entanto, busca o aprimoramento da prestação jurisdicional e a efetiva tutela jurisdicional. Pode-se dizer, dessa forma, que o formalismo-valorativo agrega ao processo outros valores além da realização da justiça material e da paz social.

O formalismo-valorativo, portanto, é uma nova perspectiva do processo civil, que deve ser visto a partir das normas constitucionais, as quais se sobrepõem às normas conceituais eminentemente técnicas, para levar o processo o mais próximo da realidade social com o intuito dar maior efetividade à tutela jurisdicional. Assim, sendo o processo um fenômeno cultural, ele deve ser determinado por escolhas políticas, as quais vão refletir os valores da sociedade, mormente aqueles de cunho constitucional e que vão estruturar a vida jurídica de cada povo, nação e Estado (OLIVEIRA, 2004, p. 131).

Nessa nova perspectiva, afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2006, p. 3), que o processo constitui o direito constitucional aplicado, cujos valores mais importantes são, de um lado, a realização do direito material e da justiça e paz social e, de outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo. Os dois primeiros estão vinculados aos fins do processo, e os demais, estão ligados ao seu aspecto instrumental em relação àqueles.

O polo metodológico central do formalismo, dessa forma, não está na jurisdição, mas no processo, que para Daniel Mitidiero (2011a, p. 48-49), “corresponde, em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à dialética: do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário”.

A efetividade e segurança, embora sejam princípios instrumentais do processo, também servem para orientar o juiz na aplicação do direito para que se faça justiça ao caso concreto. Todavia, como afirma Alvaro de Oliveira (2006, p. 5-6), a segurança tem perdido espaço para a efetividade, pois o direito tem sido aplicado de forma mais flexível, de modo a garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, de forma mais rápida, o que contribuirá para a efetividade do processo e satisfação dos anseios da sociedade.

polêmicas doutrinárias – todas externamente saudáveis para o desenvolvimento científico), passou-se à fase que vive hoje o Direito Processual: a fase instrumentalista (CÂMARA, 2002, p. 9).

A segurança jurídica, assim, não é mais vista de forma absoluta, mas afeta à realidade subjacente, de modo a se obter um processo mais justo (OLIVEIRA, 2006, p. 6). Além disso, como adverte Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 194), a segurança constitui fator de eliminação das insatisfações, das incertezas e angústias inerentes ao próprio processo, não somente pelo deferimento do pedido, mas também pela conformação com a decisão, o que reforça a necessidade das partes poderem influenciar na decisão, o que garante, inclusive, sentimento de idoneidade da atuação jurisdicional.

Para que se obtenha um processo justo, portanto, é necessária a ampliação do diálogo entre os sujeitos processuais, permitindo-lhes que tenham uma participação ativa tanto no que diz respeito à busca da verdade real quanto na valorização jurídica da causa, sendo esta (participação) direito fundamental, que para Alvaro de Oliveira (2006, p. 7) constitui a base do princípio da cooperação.

O formalismo-valorativo, por sua vez, não diz respeito às formalidades dos atos processuais, mas à organização do processo como um todo, o qual deverá proporcionar o efetivo acesso à justiça, o que significa dizer que o juiz poderá não se valer somente daquilo que ficou estabelecido pelo legislador, mesmo porque ele não tem condições de prever todas as situações que podem decorrer do conflito de interesses. Assim, as normas legais deverão ser interpretadas observando-se os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição à luz do caso concreto, para que seja oferecida às partes a adequada tutela jurisdicional, sendo que o raciocínio do juiz empregado no julgamento, para ser legítimo, deverá contar com a participação das partes, o que contribuirá para a diminuição do seu arbítrio, pois nesta atividade possui maior liberdade na aplicação do direito.

Percebe-se que, por meio do instrumentalismo, o processo deixou de ser visto apenas como técnica, assumindo a postura de instrumento ético a serviço da sociedade, pelo qual busca-se aplicação do Direito, privilegiando o resultado sobre as formas.

Com o formalismo-valorativo, além da característica instrumental do processo, este apresenta-se como um sistema destinado à realização do Direito, e não somente de aplicação da lei, revelando as suas duas faces, sendo a primeira ligada à realização dos princípios processuais constitucionais e, a outra, a dos demais direitos e garantias fundamentais⁴.

⁴ Dizem, Claudio Madureira e Hermes Zanetti Júnior (2017, p. 5-6), que o formalismo-valorativo “dissocia-se do instrumentalismo por se designar como formalismo, quando coloca o processo (e não a jurisdição) ao centro da Teoria do Processo, como técnica adequada a induzir a proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores e dos juízes; e por pretender ser valorativo, quando assume que as atividades cognitiva e executiva desenvolvidas no ambiente processual se destinam à reconstrução do direito positivo pelos intérpretes/aplicadores (inclusive mediante a consideração de elementos axiológicos) e por isso identifica o processo como ambiente de “criação” do Direito e como direito fundamental do cidadão”. E continua, o autor,

Ambas as fases metodológicas, portanto, buscam, por intermédio do processo, a realização da justiça, todavia, o que as distinguem é a forma como se realiza a justiça, pois para o instrumentalismo este objetivo é atingido pela aplicação do direito pré-existente ao caso concreto, ou seja, aplicação da vontade concreta da lei ao caso concreto; para o formalismo-valorativo, a justiça está na aplicação do Direito ao caso concreto⁵⁻⁶.

Note-se, contudo, que o formalismo-valorativo está ligado tanto aos aspectos procedimentais quanto ao aspecto substancial do processo, ou seja, à matéria sobre a qual recai o litígio, devendo o juiz, dessa forma, adequar tanto o procedimento quanto a forma de aplicação do direito de modo a garantir o acesso à justiça, compreendida na expressão “a ordem jurídica justa” (WATANABE, 2019, p. 109), para que se obtenha um processo justo.

A fase contemporânea do processo, a qual inegavelmente estamos vivendo, apresenta aspectos mais amplos do que a fase instrumentalista, o que contribui para a ampliação do acesso à justiça (justiça no caso concreto) na medida em que, primeiramente, busca-se realizar o direito constitucional (processual e substancial) e, em segundo lugar, possibilita maior participação de todos os sujeitos processuais na formação do provimento final, que é a sentença⁷.

O processo, nesse contexto, passa a ser um ambiente de maior diálogo, o qual irá contribuir para a redução do arbítrio estatal.

afirmando que a segunda nota distintiva está em que, no formalismo-valorativo há a criação do Direito, portanto, a acepção de justiça é distinta daquela utilizada no instrumentalismo. Conclui que: “o cerne da cizânia entre as teorias: se o Instrumentalismo apregoa a flexibilização do direito processual como técnica adequada à realização no processo de um direito material pré-existente e, partir dele, do ideal de justiça; para o Formalismo-Valorativo, mesmo o direito material deve ser flexibilizado, no sentido da sua justa aplicação (ou aplicação conforme à Constituição), visto que a efetiva conformação do direito material aplicável aos casos concretos apenas sobressai da sua incidência casuística, sob a mediação dos direitos fundamentais, mormente no ambiente processual. A mesma lógica serve também para a reconstrução das próprias normas de processo, que precisam ser adequadas também elas à Constituição. Uma tríplice adequação: subjetiva, objetiva e teleológica”.

⁵ Quanto ao formalismo-valorativo, Cláudio Madureira e Hermes Zaneti Júnior (2019, p. 744) assim se manifestaram: “[...] é importante deixar claro que o Instrumentalismo e o Formalismo-Valorativo são proposições teóricas concebidas, no contexto da superação do “formalismo interpretativo” ou “formalismo metodológico” característico da fase automista do Direito Processual Civil Brasileiro, com o propósito de possibilitar a realização da justiça no processo, mas procuram atingir essa finalidade por meio da aplicação de técnicas claramente distintas, exatamente porque partem, uma e outra doutrina jurídica, de compreensões igualmente dessemelhantes sobre qual seria o verdadeiro papel da atividades cognitiva desenvolvida pelos intérpretes no campo da aplicação do Direito”.

⁶ Para Hermes Zaneti Júnior e Camilha de Magalhães Gomes (2011, p. 19-20), através do formalismo-valorativo imprime-se ao processo valores constitucionais sem, contudo, deixar de lado a estrutura técnica, ou seja, “adequa-se a instrumentalidade às premissas do processo constitucional”, reconhecendo o processo como direito fundamental.

⁷ Sérgio Corazza (2005, n.p.) refere-se ao princípio da Máxima Eficiência, partindo-se da ideia de que este é decorrente dos demais princípios constitucionais norteadores do processo civil, pelo qual busca-se, sempre, a realização da justiça no caso concreto e a pacificação social. Para o doutrinador, portanto, existe uma nítida aproximação entre o direito processual e material, os quais são indissociáveis, sendo o processo um instrumento político calcado em princípios constitucionais que visa fazer justiça no caso concreto buscando a realização do direito material.

2.1 Dos Modelos Processuais

O processo, como produto cultural, passou por várias transformações ao longo da história, sempre refletindo o momento vivenciado, porém, o traço em comum entre os modelos adotados está em que todos têm fundamento no devido processo legal. Todavia, é no contraditório que as características de cada modelo afloram, pois nesta fase é que a participação do juiz ou das partes pode contribuir de forma significativa para a solução do conflito, conforme as tarefas atribuídas a cada sujeito processual.

A evolução do processo segundo a relação entre juiz e partes é sintetizada de duas maneiras: a de um juiz espectador, dominado pelas partes, que assiste de longe as mesmas duelarem e, por outro lado, um juiz ativo, que interfere na disputa (KOCHEN, 2016, n.p.). O primeiro modelo é chamado pela doutrina de modelo adversarial ou dispositivo e, o segundo, inquisitivo.

Convencionou-se, contudo, atribuir o modelo adversarial para o sistema tradicional dos países anglo-saxônicos, do chamado *common law*, em que os protagonistas da relação seriam os litigantes, e o modelo inquisitivo, ao *civil law*, em que a atuação do juiz é predominante; entretanto, tal afirmação tem recebido diversas críticas face a sua rigidez, porquanto não se pode atribuir, de modo absoluto, à instrução probatória, o protagonismo às partes ou ao juiz (MOREIRA, 2004b, p. 136-137).

Ressalta Michele Taruffo (2003, p. 4) que os países cujo sistema é o *civil law* adotam orientações diferentes em razão da diversidade de procedimentos que são aplicáveis a matérias específicas, como é o caso do processo trabalhista na Itália, de modo que seria falso afirmar que o modelo do *civil law* se caracteriza por fortes poderes de instrução por parte do juiz, o que seria uma generalização que não guarda consonância com a realidade. Ainda, segundo o autor, fenômeno simétrico ocorreu em países que adotam o sistema *common law*, aos quais atribuíram o processo adversarial, sem reparar que tal imagem não correspondia à realidade efetiva.

John Anthony Jolowicz (2004, p. 135), no mesmo sentido, afirmou que é difundida a crença de que nos países continentais adota-se o sistema inquisitorial, e que na Inglaterra e em outros países do *common law* adota-se o sistema adversarial, todavia, pode-se dizer que há uma escala em que ao longo da mesma estão todos os sistemas processuais, estando de um lado das extremidades o modelo adversarial puro e, do outro, o inquisitivo puro, e que alguns sistemas são mais adversariais, e outros, mais inquisitivos.

Michele Taruffo (2003, p. 10-11), embora reconheça que não tenha desaparecido toda a diferença entre o sistema *civil law* e o *common law*, ante às divergências que ainda persistem, defende a ideia da “circulação de modelos” em decorrência das “interferências horizontais” (interferência entre sistemas diversos), ou seja, do intercâmbio entre os modelos como tendência à uniformização da cultura jurídica.

Costuma-se afirmar que o Brasil, influenciado pela tradição romano-germânica, adota o sistema do *civil law*, entretanto, para Fredie Didier Júnior, tal afirmativa não parece de todo correta, pois tem-se um direito constitucional baseado no direito estadunidense, e um direito infraconstitucional, sobretudo o privado, inspirado na família romano-germânica. Aduz que, no Brasil, tem sido dado grande destaque à jurisprudência, a exemplo da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), além disso, a tutela coletiva tão bem desenvolvida quanto a nossa e que vem gerando bons resultados concretos não existe na tradição romano-germânica. Conclui o autor que o Brasil tem operado satisfatoriamente com marcos teóricos e metodológicos de ambos os sistemas (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 67-69).

Quanto ao modelo processual adotado no Brasil, afirma Didier Júnior (2017), que não é possível dizer que é totalmente dispositivo ou inquisitivo, uma vez que não há predominância de um em relação ao outro, pois os procedimentos são construídos combinando-se os dois sistemas de forma equilibrada, por isso, prefere chamar o modelo brasileiro de cooperativo.

Assim, a inclusão dos ordenamentos em categorias “inspira-se em critérios de predominância, não de exclusividade” (MOREIRA, 2003a, p. 117), pois um modelo poderá influenciar no outro.

Hodiernamente, com o Estado Democrático de Direito, o processo passou a ser visto como instrumento de justiça e de paz social, e com vistas a promover a igualdade substancial das partes, ao juiz tem sido conferido amplos poderes na condução e instrução do feito para que se estabeleça um diálogo entre sujeitos do processo. Portanto, “o processo ‘social’ não é o da contraposição entre juiz e partes, e menos ainda o da opressão destas por aquele; apenas pode ser o da colaboração entre um e outras” (MOREIRA, 1985, p. 8).

Surgiu, nesse contexto, um novo modelo fundamentado nos princípios do devido processo legal, da boa-fé e do contraditório, o qual tem sido chamado de cooperativo ou colaborativo, e que pode ser aplicado em qualquer sistema.

Nos itens a seguir analisaremos cada um deles.

2.2 Do Modelo Adversarial

O modelo adversarial ou dispositivo está relacionado ao Estado Liberal que vigorou no século XIX, cuja atuação do governo era limitada, pois não poderia intervir nas relações intersubjetivas, o que influenciou o processo judicial, o qual era concebido como coisa da parte, delineando a atividade dos sujeitos processuais.

Vale destacar que esse modelo liberal do processo foi previsto tanto no Código napoleônico de 1806 como no Código italiano de 1965, e se tratava de serviço necessário do Estado, cuja demanda não era subordinada a qualquer análise prévia para a sua aprovação, ficando, portanto, no domínio dos particulares.

Passamos a seguir a analisar suas características e papel dos sujeitos processuais.

2.2.1 Características, papel das partes e do juiz

O modelo adversarial, cujo processo ainda não estava imbuído de caráter publicista, é caracterizado pelo duelo entre as partes, que dirigiam todo o procedimento, sendo que o juiz “não era mais que um paciente colaborador – um boneco de engonços, que só poderia se mover, quando as partes litigantes lhe puxassem pelo cordel” (SPRUNG, 1980, p. 4). Assim, todo o processo, cujas premissas estavam assentadas na igualdade das partes, era dirigido exclusivamente pelas mesmas, como sendo uma mera continuação da relação de direito privado (ESPÍNDOLA; SANTOS, 2011, p. 156); todavia, essa igualdade se dava apenas no plano formal.

Pode-se dizer, dessa forma, que o modelo adversarial revela duas características: a igualdade das partes no campo processual e a passividade do juiz que era imparcial e equidistante daquelas. Relativamente às questões jurídicas, o juiz não ficava atrelado aos argumentos levados ao processo pelas partes, todavia, na maior parte das vezes, acabava acolhendo um dos posicionados que lhe eram apresentados, ou parte das alegações.

O juiz, para não ferir sua imparcialidade, não poderia prestar auxílio a qualquer das partes, inclusive para diminuir a desigualdade entre elas, cabendo a ele apenas, passivamente, esperar que lhe trouxessem as provas que possuíam para, então, prolatar a sentença, aplicando a lei ao caso concreto, de acordo com as argumentações de cada uma⁸. Se o juiz deferisse ou indeferisse alguma prova, tornar-se-ia parcial, pois estaria beneficiando uma das partes em

⁸ “O princípio de todos iguais perante a lei significava que nem o Juiz nem o administrador poderiam criar distinções desprovidas de respaldo legal. Em suma, contentava-se com a igualdade de todos os cidadãos no plano formal” (PORTANOVA, 1994, p. 279).

detrimento da outra. Portanto, atribui-se à passividade a garantia da imparcialidade do juiz, que não poderia investigar e julgar uma causa ao mesmo tempo, havendo, dessa forma, necessidade de separar as funções (PICÓ I JUNOY, 2008, p. 316).

No *adversary sistem*, ou modelo adversarial, o procedimento era dividido em duas fases: a do *pré-trial* e a do *trial*, sendo que a atuação judicial se dava apenas no *trial*, quando eram apresentadas as provas que, na sua maioria, eram orais, e ocorriam os debates e, por fim, era proferida a sentença, no entanto, o juiz não poderia apreciar livremente as provas, pois estava submetido a um sistema legal o qual era fornecido pelo direito comum (OLIVEIRA, 2004, p. 133).

O *pré-trial* era a fase em que as partes se preparavam para o *trial*, a razão do procedimento do *pleading*, que na era moderna não passava de simples troca de escritos, ou seja, de declarações escritas dos fatos alegados tanto pelo autor quanto pelo réu, dos quais resultava a controvérsia (JOLOWICZ, 1994, p. 2).

O julgamento era feito por um júri, cujos componentes, na sua maioria, eram analfabetos, por isso dava-se preferência às provas orais. Ainda, o juiz que presidia o *trial* dava as instruções necessárias quanto às regras de direito aplicáveis ao caso, porém, não tomava parte nas deliberações do júri (JOLOWICZ, 1994, p. 2). Esse sistema de julgamento por júri influenciou a justiça norte-americana, o qual subsiste até hoje, constituindo garantia constitucional, conforme a 7ª Emenda à Constituição; todavia, como ressalta Barbosa Moreira (2004b, p. 140), a participação do júri perdeu muito significado, porquanto pequena porcentagem das ações chega ao *trial*, pois a maioria extingue-se por acordo.

A atividade jurisdicional era fortemente controlada para que o juiz não interviesse nas relações privadas, inclusive quanto à sua decisão, de modo a garantir a supremacia da legislação. O Estado e a sociedade não estavam interessados no resultado do processo, ou seja, se a decisão seria justa. O direito processual preocupava-se apenas com a justiça processual, que consistia na observância das regras processuais (JOLOWICZ, 2006, p. 2), por isso a produção de toda prova dependia exclusivamente das partes, as quais, inclusive, tinham em suas mãos o curso do processo, que poderia ser excessivamente longo, pois por meio de consenso poderiam aumentar ou diminuir os prazos processuais e abolir ou adiar as audiências (KOCHEN, 2016)⁹.

⁹ Com relação à busca da verdade, para Michele Taruffo (2006, p. 8, grifo nosso): “*Essendo notorio, e storicamente confermato, che il modo meno efficiente per scoprire la verità dei fatti in giudizio è quello di rimettersi esclusivamente alle iniziative probatorie delle parti, risulta ovvio che chi assume una posizione di assoluta indifferenza rispetto all'accertamento della verità sia anche incline ad adottare um sistema in cui le*

Esse modelo era aceito, pois o processo era destinado à realização de direitos privados, o que justificava a exclusiva vontade das partes quanto ao seu andamento e desenvolvimento, acreditando-se que seu interesse no direito alegado ajudaria na rápida solução do conflito (OLIVEIRA, 2004, p. 32).

Entrementes, essa tão propagada igualdade das partes, premissa do Estado Liberal, apenas tornava evidente as desigualdades das mesmas, sobretudo nas demandas em que em um dos seus polos estava um litigante habitual ou com melhores condições econômicas podendo, pois, contratar advogados mais experientes e que possuíam melhores estratégias, inclusive para conseguir as provas que seriam levadas ao processo (BARREIROS, 2011, p. 53).

Rui Portanova (1994, p. 289), inclusive, diante da desigualdade das partes no âmbito processual, entende que o juiz não pode ser considerado imparcial, mas conivente na opressão do mais forte sobre o mais fraco, utilizando-se do processo para tanto. Conclui afirmando que o contraditório será uma farsa se as partes não estiverem em condições iguais para litigar em juízo.

Há um caso clássico que ocorreu na Inglaterra em que o juiz não estava disposto a admitir que a verdade tinha pouca importância para o processo, e referiu-se a uma ação proposta pelas maiores companhias aéreas contra a *British Airport Authority* e o Ministro do Comércio, em que se discutiu o aumento das tarifas cobradas das companhias pelo uso do aeroporto de *Heathrow*. As empresas autoras requereram, ao juiz, a ordem de exibição de documentos que o Ministério sustentava o direito de conservá-los secretamente. As partes autoras não tinham ciência do conteúdo dos documentos, e não tinham certeza de que eles as ajudariam na demanda, mas, mesmo assim, o juiz *Bingham* concluiu que isso era irrelevante, e determinou ao Ministro que os apresentassem, por entender que tais documentos eram importantes para o julgamento da causa (JOLOWICZ, 2004, p. 137).

O Tribunal de Apelação e a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) discordaram da decisão, pois entenderam que deveria ser observado o *adversary system*, que era o que existia no país, e que a administração da justiça nem sempre dependia do descobrimento da verdade, negando-se, explicitamente, o fato de o tribunal ter o dever de apurar a verdade dos fatos (JOLOWICZ, 2004, p. 138).

No Império Austro-húngaro também vigorava o modelo adversarial, que foi previsto no Código Josefina, também chamado de Código General dos Tribunais, desde 1781, o qual

parti dispongano in via esclusiva di tutte le iniziative istruttorie, senza che al giudice sia attribuito alcun potere”.

implantou um sistema baseado na escrita, sigilo e sistema legal ou tarifado de provas. Tais processos caracterizavam-se por um formalismo excessivo e prazos longos, carecendo o juiz de poder para coordená-lo, sendo irrelevante qualquer aspecto relacionado com a verdade, cuja vitória seria da parte mais forte e com maior poder de influência. Em caso de dúvidas acerca de interpretações legislativas, o Poder Judiciário teria que recorrer à Corte Imperial (RAGONE, 2014, p. 3).

Nas causas judiciais que diziam respeito a questões relativas à proteção da propriedade e que possuíam valores significativos, o juiz assumia postura passiva e as partes eram literalmente donas do processo, e não tinham encargos ou deveres para com o tribunal no intuito de ajudar a compor a lide. Assim, se uma parte estava na posse de um documento importante para o julgamento da causa, a outra teria que iniciar um outro processo para ter acesso a essa prova documental, o que terminaria encarecendo o processo primitivo, que teria um prolongamento desnecessário (RAGONE, 2014, p. 4).

O aumento das demandas, não somente na área civil, mas também por questões sociais, laborais e de consumo, levou a mudanças de paradigmas na área processual para que os processos se tornassem mais céleres, surgindo, então, no direito austríaco, um procedimento para as causas de pequeno valor, chamado de Bagatella, no ano de 1873, que substituiu o processo sumário do ano 1845, sendo que em 1874 foi modificado o Código General da justiça, concedendo ao juiz maior participação no processo, o qual passou a poder interrogar as testemunhas e peritos, continuando as partes com seu direito de interrogatório. Entre os anos de 1879 a 1882 continuou a ampliação do rol social do Estado, sendo necessárias novas mudanças para se instalar um novo sistema de justiça civil (RAGONE, 2014, p. 244).

Nesse contexto, foi atribuído à Franz Klein a redação do novo código de processo civil para a Áustria de acordo com a filosofia do Estado do bem-estar, que deveria ser mais transparente, mais compreensível e que facilitasse o acesso à justiça com a diminuição do custo com recursos humanos e de tempo. Esse código foi estruturado sobre três princípios: as partes passaram a ter maiores responsabilidades, inclusive com relação às informações fáticas e probatórias; o juiz passou a ser investido de maiores poderes na condução do feito, podendo requerer a cooperação das partes; e, por fim, a visão do processo colaborativo em que não somente as partes como também o juiz, conjuntamente, passaram a possuir missão comum de levar adiante o processo para poder obter uma solução fundada na justiça e verdade (RAGONE, 2014, p. 4-5).

“O Código Klein não apenas inovou radicalmente a situação da justiça civil na Áustria, senão também forneceu o modelo para as subsequentes reformas germânicas, que após várias etapas desembocou principalmente na *Beschleunigungsnovelle* de 1977” (TARUFFO, 2003, p. 8). Para Rainer Sprung (1980, p. 8) “o processo austríaco foi o primeiro que tomou a sério a efetivação do conhecimento de que o processo seria uma manifestação social das massas e deveria ser organizado como instituição de bem público!”.

A transformação na Inglaterra teve início com o *Civil Evidence Act* de 1972, que teve como consequência a ampliação da utilização de prova escrita, o aumento do controle judicial sobre o depoimento dos peritos e a possibilidade de o juiz ter acesso às provas e às alegações das partes antes do *trial* (MOREIRA, 2004a, p. 2).

Antes disso, uma lei em 1883 trouxe algumas modificações ao processo, permitindo que o juiz decidisse questões interlocutórias que fizeram diminuir a utilização do júri de 90% a 50%. Essa lei, inicialmente, não era muito clara, porém, outra, no ano de 1933, trouxe os esclarecimentos, permitindo à parte, por exemplo, em ações que se discutiam fraude, difamação de caráter ou prisão sem causa, de pedir que o caso fosse julgado perante um júri, mas o juiz, no entanto, gozava de completa discricção (JOLOWICZ, 1994, p. 4).

Em 1965, quando o percentual de *trials* com júri não ultrapassava a 2%, a Corte de Apelação decidiu que o júri somente deveria ser utilizado em circunstâncias excepcionais, a exemplo das mencionadas acima, a qual fora confirmada pela *House of Lords* em 1973, o que contribuiu para a eliminação da utilização do júri para matéria civil (JOLOWICZ, 1994, p. 4).

A evolução do processo continuou e com base em dois relatórios elaborados por Lord Woolf, as *Rules of Civil Procedure* de 1999 substituíram as *Rules of the Supreme Court*, por meio das quais confiou-se ao juiz diversos poderes de governo e direção do procedimento, a exemplo de marcação de audiências e controle das provas, removendo-se um dos pilares do *adversary system* (JOLOWICZ, 2006, p. 8).

Assim, o sistema inglês foi radicalmente modificado na medida em que passaram a ser atribuídos amplos e intensos poderes de direção do processo ao juiz que iria julgar a causa, todavia, com relação à aquisição de provas, não se distanciou da tradição, pois não lhe foram concedidos poderes investigativos. Contudo, de acordo com as Regras (*Rules of Civil Procedure*), o juiz poderia apontar às partes questões de fato sobre as quais necessitariam de prova, especificando qual o tipo de prova e a maneira pela qual deveria ser apresentada; o juiz também poderia decidir como as declarações das testemunhas poderiam ser produzidas, ordenar o fornecimento de informações por uma das partes e, ainda, nomear assessores

especialistas quando a causa envolvesse questões que necessitassem de conhecimento específico em alguma área (TARUFFO, 2006, p. 6).

Os relatórios de Lord Woolf foram no sentido de se estabelecer um processo mais cooperativo entre as partes que possibilitaria a solução consensual do litígio, cujo percentual na Inglaterra e, em geral, nos países que utilizam o sistema do *common law*, sempre foi grande. As *Rules of Civil Procedure* trouxeram novos incentivos ao acordo (MOREIRA, 2004a, p. 7).

Nos Estados Unidos a transformação ocorreu a partir dos anos 70, com a introdução do *managerial judge* (juiz gerente), investido de maiores poderes de direção do feito, no lugar do *passive umpire*, a qual fora longa e complexa, sem marco temporal fixo (MOREIRA, 2003a, p. 121; TARUFFO, 2003, p. 5). Entretanto, apesar de algumas modificações que ocorreram no sistema americano, ficou distante de uma mudança radical, porquanto a instrução do feito continuou a depender da iniciativa das partes, cabendo aos advogados explorar a fonte das provas (*discovery*), o que compreende na possibilidade do interrogatório de testemunha, sob juramento, sem a presença do juiz, o acesso de arquivos da parte contrária, a realização de exames médicos para a verificação do estado de saúde físico ou mental. Todavia, pode o juiz especificar as questões que necessitam de provas, a natureza da prova da qual necessita, além de determinar à parte que compareça, a qualquer momento, para prestar esclarecimentos acerca de alguma matéria discutida no processo ou outra informação qualquer (MOREIRA, 2003b, p. 60-61).

Há que se levar em conta que, nos Estados Unidos, mormente nos estados em que os juízes são eleitos pelo voto popular, eles são mais contidos, pois os advogados têm grande peso no resultado das eleições e os juízes querem seu apoio, por isso buscam não os desagradar, deixando que sejam protagonistas no processo, pois, caso contrário, não conseguiriam seu apoio em caso de reeleição (MOREIRA, 2003a, p. 120).

No Brasil, o Código de Processo Civil de 1939 reforçou a ideia de que o modelo processual deve ser estabelecido pelo Estado, buscando, assim, restaurar a autoridade do processo e a participação ativa do juiz (NUNES, 2012, p. 96-97).

O Código de Processo de 1973 já foi mais consentâneo à concepção moderna do processo civil, contudo, continuou vedado ao juiz mover, *ex officio*, a máquina judiciária, todavia, uma vez ajuizado o processo, o impulso é oficial (MOREIRA, 1985, p. 5), cuja determinação ainda permanece no Código de Processo Civil/2015 (CPC), conforme o disposto no artigo 2º, salvo exceções previstas em lei. Sem desprezar a participação das partes, o papel do juiz no processo desde o Código de 1973 tem crescido, tanto que lhe foram

dados poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (artigo 125, III, CPC/73), bem como poderes para mitigar as desigualdades substanciais, conferindo-lhe o poder de prestar informações às partes acerca do ônus que lhes incumbe, ou convidá-las para prestar esclarecimento acerca de suas alegações ou complementá-las, ou, ainda, para adverti-las sobre a necessidade de comprovação de algum fato. Ainda, o Código de 1973 possibilitou ao juiz determinar, de ofício, a produção de provas (MOREIRA, 1985, p. 6).

Importante trazer aqui o pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 91), para quem deve ser denominado de “princípio dispositivo” somente os reflexos que a relação de direito material podem produzir no processo, ou seja, discutindo, as partes, relação de direito material disponível, elas têm ampla liberdade de dispor desse direito, a exemplo de renúncia, transação e reconhecimento do pedido, não podendo o juiz, portanto, opor-se à prática de tais atos em razão da natureza do direito material em discussão.

O autor, como se infere, busca dar um enfoque substancial aos modelos adversarial e inquisitivo, “pois o relaciona à situação jurídica discutida: se disponível, processo dispositivo; se indisponível, processo inquisitivo” (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 3).

De outro giro, para Rafael Caselli Pereira (2006, p. 381), não se deve confundir direito subjetivo e processo, identificando a dispositividade com o próprio direito material, porquanto o princípio dispositivo ostenta natureza processual e não material, pois se assim não fosse, a relação de direito processual teria caráter privado, o que nos levaria à aceitação da teoria material da ação.

Pois bem, essa nova visão do processo, com o enfraquecimento do papel das partes e aumento dos poderes do juiz, não se contenta mais com a justiça processual e dá maior ênfase à justiça substantiva, cuja participação do magistrado é fundamental para que se chegue o mais perto possível da verdade.

Além dessa perspectiva, a modificação na ideologia do processo, que teve como intuito a eliminação das desigualdades sociais e econômicas entre as partes, buscou ampliar o acesso à justiça, contribuindo, para tanto, a intensificação da atividade do juiz.

As mudanças ocorridas, sobretudo na forma de organização do Estado, possibilitaram o surgimento do modelo inquisitivo, moldado de acordo com visão publicista que passou a ser atribuída ao processo, o qual, inclusive, deixou de buscar somente a satisfação do direito

subjetivo da parte, o que era consentâneo ao Estado Liberal, passando, agora a buscar a solução dos conflitos de acordo com o direito material, com o intuito de se fazer justiça¹⁰.

2.3 Do Modelo Inquisitivo

A ideologia do Estado Social, mais intervencionista e que busca a satisfação dos direitos fundamentais, influenciou o direito como um todo, inclusive o processo civil, e o modelo adversarial, como consequência, deixou de fazer sentido, pois buscou-se, nessa época, um processo social, publicista, mais rápido e eficiente, gerenciado pelo Estado e com juízes com maiores poderes na condução formal e material do processo. Nas palavras de Ângela Araújo da Silveira Espíndola e Igor Raatz dos Santos (2011, p. 157-158), “não se tratava, portanto, de pensar o processo a partir de um modelo autoritário de Estado, mas, sim, em pensá-lo como um instrumento de justiça social, com vista a um processo mais rápido e eficaz”. Ressaltam, ainda, os doutrinadores, que a mudança de pensamento contribuiu para o aumento da importância do Poder Judiciário, aproximando-o cada vez mais da Constituição (ESPÍNDOLA; SANTOS, 2011, p. 158).

2.3.1 Características, papel das partes e do juiz

Em substituição ao modelo adversarial, a maioria dos países europeus, no século XX, passou a adotar o modelo inquisitivo, que tem como característica a intensificação da participação da atividade do juiz no processo, o qual não mais é visto como “observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância da ‘regra do jogo’ e, no fim, proclamar o vencedor” (MOREIRA, 1985, p. 5). O processo, portanto, passa a ser considerado como uma relação jurídica de direito público, que busca a verdade material, cabendo ao juiz investigá-la. A característica desse modelo está no protagonismo judicial na forma de condução do processo.

¹⁰ “O processo – como instituto de direito público – deve por isso, ao lado da segurança dos interesses privados, satisfazer também os valores sociais de liberdade do indivíduo em proveito do todo e do Estado; o seu timoneiro, o juiz, representa aqui ‘o representante profissional do interesse geral’” (SPRUNG, 1980, p. 7).

A ideologia social refletiu na publicização e socialização do processo civil, que passa a distinguir entre o objeto do processo e o processo como objeto de realização da justiça, repartindo as funções processuais entre partes e juiz, atribuindo-se a este últimas faculdades probatórias. Assim, as partes continuaram a ser livres para dispor em juízo o objeto do processo, todavia, quanto ao processo em si, ou seja, ao seu desenvolvimento, entendeu-se ser função pública do Estado, porquanto percebeu-se ser necessário para o exercício da função jurisdicional (PICÓ I JUNOY, 2008, p. 312-313).

Nessa fase encontra-se legitimada a participação do juiz, que pode determinar de ofício a produção de provas, inclusive o interrogatório das partes, as quais têm o dever de dizer a verdade. Nessa perspectiva, o processo torna-se mais eficiente e mais rápido (MITIDIERO, 2011b, p. 79).

Os poderes instrutórios conferidos ao juiz, segundo Mauro Cappelletti (1992, p. 3), não se incompatibilizam com o princípio dispositivo, o qual se divide em “princípio dispositivo em sentido substancial ou próprio” e o “princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio”. O primeiro deixa exclusivamente às partes a iniciativa de instaurar o processo e delimitar o seu conteúdo, enquanto o segundo, na obrigação do juiz de controlar o leal e rápido desenvolvimento do processo, podendo impor prazos e sanções às partes, além de utilizar os meios probatórios que entender necessários. Isso significa, para Cappelletti (1992, p. 3), que o juiz, para ser imparcial, não precisa ser passivo, ou seja, deverá ser imparcial quanto ao conteúdo do processo (matéria sobre a qual recai a controvérsia) e não no que diz respeito à relação processual.

Acerca da passividade do juiz, Joan Picó I Junoy (2008) faz diversas objeções ao pensamento liberal. O autor, de início, refuta a ideia privatista do processo, pois apesar de os direitos discutidos serem, em regra, de caráter privado e, portanto, disponíveis, assim não o é com o processo, que é o instrumento necessário para o exercício da função jurisdicional. Quanto à segunda objeção, não concorda com o fato de que somente as partes seriam capazes de defender seus interesses, por conhecerem melhor as provas que seriam produzidas no processo, circunstância esta que, para ele, não impede a atuação judicial. O fato de os litigantes poderem produzir as provas que entenderem oportunas para convencer o juiz da veracidade de suas alegações não impede que o próprio juiz determine a produção de outras, não sendo, portanto, incompatíveis ambas as iniciativas (PICÓ I JUNOY, 2008, p. 313-315).

Outra questão levantada por Joan Picó I Junoy (2008, p. 315-316) diz respeito ao ônus da prova, instituto este que restaria destruído com a outorga da iniciativa probatória ao juiz, pensamento que o autor entende ser incorreto, pois para ele as regras relativas a carga

probatória são observadas por ocasião da prolação da sentença e, ainda assim, em caso de ausência de prova, pois, uma vez produzida a prova, esta se incorpora ao processo, sendo irrelevante saber por meio de qual sujeito foi levada aos autos.

Continuando, o argumento mais frequentemente utilizado para manter o juiz em estado de passividade diz respeito à possibilidade de estar ajudando uma parte em detrimento da outra no momento em que determina a produção de uma prova. Todavia, como adverte Joan Picó I Junoy (2008, p. 317), esse pensamento não prospera, pois antes de ser produzida qualquer prova, não se sabe qual das partes será beneficiada pela mesma, assim, por exemplo, é o caso da perícia determinada pelo juiz, *ex officio*, que por não saber qual será o resultado, não poderá dizer qual das partes será vencedora no seu objeto.

Importante é a observação feita por Barbosa Moreira (2007, p. 2) ao afirmar que, se o esclarecimento acerca de um ponto obscuro beneficiará uma parte, por certo, a subsistência da obscuridade beneficiará a outra parte; assim, o juiz quando deixa de determinar a produção de uma prova não é menos parcial do que quando toma a iniciativa probatória, pois em qualquer caso estará beneficiando uma das partes¹¹.

Por fim, a iniciativa dos poderes instrutórios do juiz atribuiria ao processo o caráter autoritário, crítica que para Picó I Junoy (2008, p. 318) é uma puramente terminológica, sem conteúdo substancial. No mesmo sentido é o pensamento de Michele Taruffo (2006, p. 1), para quem o termo “inquisitorial” é enganoso por trazer implicações que remetem à Santa Inquisição, cujo suspeito não tinha direito de defesa perante um tribunal onipotente, o que agora não mais existe no mundo jurídico. Diz o autor que o termo apropriado não seria “inquisitorial”, mas “misto”, para indicar os modelos em que, de um lado, os poderes do juiz são ampliados e, por outro, o dever das partes deduzirem todas as provas admissíveis e relevantes para a apuração dos fatos.

Ainda, para o autor italiano, o aumento dos poderes instrutórios do juiz pode ser considerado como problema político na medida em que poderia ser indicativo de um estado autoritário, ao passo que, em um sistema liberal, ao contrário, não se deve dar poderes

¹¹ “Se o juiz precisa dos fatos e do direito para exercer a função de julgar, não se pode dizer que o campo dos fatos não lhe compete. Quem quer o fim, quer os meios. Isso é inerente à sua missão de julgador. O juiz não pode valer-se do seu conhecimento privado. Os fatos precisam estar provados nos autos. As regras sobre o ônus da prova não tranquilizam o juiz consciente de sua responsabilidade. O juiz não é adivinho. Não sabe de antemão a qual dos litigantes será favorável o resultado da prova por ele determinada. A iniciativa probatória compromete a sua imparcialidade tanto quanto a sua omissão, mas a busca da verdade constitui um ganho apreciável. Quanto ao conhecimento de fatos que justificam a improcedência do pedido, não se pode generalizar, pois há os examináveis de ofício e os que dependem de iniciativa do réu. Não há porque contrapor os poderes instrutórios do juiz às garantias processuais das partes e ao seu poder de disposição de seus direitos: uns não prejudicam os outros” (GRECO, 2008, p. 4).

investigativos ao juiz, todavia, para ele, isto pode ser um “jogo circular de definições” simplistas, sendo incongruente definir um processo como “liberal” só pelo fato de as partes possuírem o monopólio probatório, pois pode ocorrer que em outros aspectos não o seja, por não possuir o juiz independência, por exemplo. Por outro lado, complementando, diz que em um processo em que o juiz possui poderes instrutórios não implica em autoritarismo processual, podendo tais poderes ser puramente supletórios e integrativos em relação àqueles atribuídos às partes, constituindo, portanto, como secundária e marginal a função do juiz na busca de outras provas (TARUFFO, 2006, p. 2).

A iniciativa probatória do juiz pode, dessa forma, conviver com o autoritarismo e com o liberalismo político, como pode restringi-la ou anulá-la, todavia, pode-se afirmar, ao certo, que tal iniciativa é compatível com o Estado que se preocupa com questões sociais, empenhado em buscar, o tanto quanto possível, a igualdade substancial (MOREIRA, 2007, p. 4).

O papel dos sujeitos processuais, portanto, o qual se expressa com maior ênfase no contraditório, foi se modificando ao longo do tempo, sempre influenciado pelo modo de vida, concepções políticas e ideológicas da sociedade.

Atualmente não se aceita mais um juiz passivo sem qualquer poder, nem o fato de as partes serem “donas do processo”. O processo é tido, hoje, como dialético, “um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques”, ou seja, uma disputa argumentativa (OLIVEIRA, 1993, p. 178). Assim, todos os sujeitos processuais devem ter participação ativa durante todo o *iter* processual para que o juiz possa prolar decisões justas.

2.4 Do Modelo Cooperativo

Apesar das mudanças que ocorreram no processo com o aumento dos poderes do juiz, as características do modelo adversarial, no Brasil, não foram eliminadas, pois continuou a parte autora com o poder de dar início à relação processual e delimitar o objeto da demanda (princípio dispositivo em sentido material ou substancial) e, ao réu, estabelecer questões acerca do objeto litigioso no momento em que apresenta fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Nenhum dos modelos até então existentes, entretanto, valorizou o diálogo, como se não fosse possível a atuação conjunta das partes e do juiz, pois em cada um dos modelos apresentados há a predominância de um dos sujeitos do processo (PEIXOTO, 2013, p. 2).

Assim, reconhecida a função social do processo, esse deve atender às necessidades da coletividade, promovendo, inclusive, a igualdade substancial entre as partes. Diante dessa perspectiva, houve a necessidade de se achar um ponto de equilíbrio entre as atividades desenvolvidas pelas partes e juiz, os quais passariam a ter novas responsabilidades, cooperando, desde o início, para a solução do resultado final e concretização dos direitos fundamentais.

Assim, esse processo social, fundamentado no Estado Democrático de Direito, não comporta mais um juiz solitário, equidistante, que atua independentemente de qualquer participação das partes. Esse processo social requer a cooperação mútua entre partes e juiz, que deverão atuar de forma responsável, sendo esta comparticipação forma de reconhecimento da importância que cada um possui.

2.4.1 Características

O modelo cooperativo tem sido considerado como o modelo orientador do processo civil, o qual atribui novos contornos à participação tanto das partes quanto do juiz, impondo-lhes novos direitos e deveres que irão garantir um processo mais célere, uma decisão mais justa e mais consentânea com Estado Constitucional, o qual tem como fundamento a dignidade da pessoa humana¹².

O processo, de acordo com o modelo cooperativo, é pautado pela colaboração entre as partes, transformando-se, assim, em uma comunidade de trabalho¹³ que vai distribuir, de forma equilibrada, as atividades de todos os seus participantes (MITIDIERO, 2012, p. 68). Assim, pela cooperação judicial, o diálogo entre os sujeitos do processo se intensifica, do qual o juiz também é partícipe.

¹² De acordo com Lorena Barreiros (2011, p. 130) “o alicerce do modelo cooperativo se expressa no chamado princípio da cooperação ou princípio da colaboração, este que na lição de Fredie Didier Júnior ‘orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de mero fiscal de regras’”. Como um contraponto, importante é o pensamento de Trícia Navarro Xavier Cabral, que entende que o modelo processual que mais se adequa ao momento é o modelo constitucional, composto por normas e valores contidos na Constituição Federal. Para a autora, apesar de reconhecer a importância da cooperação para o processo, não vê o instituto como modelo processual, por entender que o processo não pode ser identificado por apenas uma de suas características, que no caso da cooperação, considera o processo a partir participação das partes. Entende que o modelo de processo que mais se adequa às mudanças legislativas é o modelo constitucional, que é composto por normas e valores que objetivam cumprir os preceitos constitucionais. Ressalta, contudo, que o modelo constitucional de processo e o modelo cooperativo não são incompatíveis, dado que ambos partem da mesma premissa, que é a estreita relação com a Constituição Federal (CABRAL, 2021, p. 21- 39).

¹³ Miguel Teixeira de Sousa (1995, p. 361), sobre o princípio da cooperação, introduzido no Código de Processo Civil em Portugal de 1995, disse que: “Saúda-se a consagração do princípio da cooperação no art. 264.º - A, destinado a transformar o processo civil numa <<comunidade de trabalho>> e a responsabilizar as partes e o tribunal pelo seu sucesso.”

Nas palavras de Ravi Peixoto (2013, p. 3), pelo diálogo, “o magistrado deixa de ter uma posição passiva na atividade dialética do processo para passar a ser um sujeito atuante no desenvolvimento da relação processual, auxiliando na busca da melhor solução para o caso concreto”.

Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Maria Maria Martins Silva Stancati (2016, p. 18) processo justo, em um sistema democrático e constitucional, não pode se descuidar das decisões judiciais, devendo, pois, assegurar intenso e verdadeiro debate entre os sujeitos processuais, os quais deverão ser vistos como participantes ativos e não somente como uns meros receptores da tutela jurisdicional, cabendo ao juiz assegurar a sua real participação no processo, afastando-se, assim, da superioridade do Estado-juiz.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004, p. 139), por sua vez, afirma que o modelo cooperativo, além de exigir do juiz que ele seja mais ativo, ele é colocado no centro da controvérsia a fim de que se busque um equilíbrio que será alcançado, de um lado, pelo aumento de poderes das partes, com a sua participação mais ativa e leal, que contribuirá para a formação da decisão, e, por outro, por sua postura (juiz) menos autoritária em prol da atuação conjunta de todos os sujeitos do processo.

Em outro estudo, afirmou Alvaro de Oliveira (2006, p. 6-7), que o concurso de atividades entre os sujeitos do processo colabora tanto para a investigação dos fatos quanto para a valorização jurídica da causa que será empregada na decisão, isso porque, a interpretação da norma decorre da sua compreensão que, normalmente, não é unívoca, o que significa dizer que poderá ter diversas interpretações; assim, cabem aos sujeitos processuais não só pesquisarem os fatos, mas, também, colaborarem na interpretação da norma, ou seja, na valorização jurídica da causa. Ressalta que o direito de participação é um direito fundamental que constitui a base do princípio da cooperação.

Nota-se que a participação das partes na interpretação do texto normativo ganha especial importância quando a norma jurídica a ser interpretada possui um elevado grau de abstração, a exemplo dos princípios e cláusulas gerais, o que contribuirá para a limitação do arbítrio do juiz.

Fredie Didier Júnior (2011, p. 4) afirma ser o modelo cooperativo um terceiro modelo de organização processual em que não há protagonismo nem das partes nem do juiz, e caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório com a inclusão do juiz no rol dos sujeitos do diálogo processual, o qual não mais será nem mero expectador do duelo entre as partes, nem conduzirá o processo conforme o modelo inquisitorial. Assim, no

processo cooperativo haverá uma comunidade de trabalho que deverá ser estruturada a partir do modelo constitucional de processo (NUNES, 2012, p. 215).

José Igreja Matos (2007, p. 102-103), no entanto, faz críticas ao processo cooperativo, não pelo fato de o juiz buscar a verdade material, o que para ele constitui dever do magistrado, mas, sim, pelo fato de o modelo pregar que o juiz e partes devam ficar no mesmo patamar de igualdade, pois para ele, em um processo judicial, o juiz não coopera, decide. Diz, ainda, que não podemos nos iludir de que todos (partes e juiz), no processo, são pessoas desinteressadas e vão caminhar de mãos dadas para que se obtenha a solução mais justa, e que não se pode transformar a parte em alguém interessada na descoberta da verdade mesmo que isso lhe custe a derrota. Para o doutrinador, o poder inquisitório do juiz não pode ser negado em nome de uma “comunidade de trabalho”, tornando-o um parceiro indiferente ao lado das partes; ao contrário, o juiz deverá intervir no processo com autoridade reguladora assegurando às partes a igualdade de armas e o contraditório (MATOS, 2007, p. 105).

Lenio Streck *et al.* (2014, n.p.) também criticam esse novo modelo processual, por entenderem que as partes não podem cooperar entre si, pois através do processo buscam lograr êxito em suas pretensões, não sendo justo com as mesmas impor-lhes tal obrigação, já que seus advogados valem-se de todos os meios legais para que seus constituintes sejam vencedores, circunstância esta que, para os autores, viola o acesso à justiça. Aduzem, ainda, que o juiz não pode intervir na defesa técnica de uma parte, que é coisa privada, “senão para velar pelos mínimos limites assegurados à ação da contraparte”, e que as partes não têm responsabilidade política. Não obstante as críticas, não ignoram o fato de que as partes têm “o direito de participar do provimento jurisdicional a que se submetem”, salientando, no entanto, que cada sujeito exerce papel distinto no processo.

Daniel Mitidiero (2011a, p. 61-62), em resposta, deixa claro que a colaboração no processo civil não significa que as partes têm de colaborar entre si pelo fato de possuírem interesses antagônicos, por isso não querem colaborar uma com a outra, todavia, é preciso que as partes ajam com boa-fé. Assim, na visão do autor, a colaboração devida é a do juiz para com as partes, e se dá a partir de regras que devem ser observadas pelo juiz na condução do processo, visando organizar tanto a sua participação quanto a das partes de forma equilibrada. Ressalta, ainda, que o não atendimento dos deveres de colaboração leva à inconstitucionalidade do processo por afronta ao direito fundamental ao processo justo (MITIDIERO, 2011a, p 64).

Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2014, n.p.), no mesmo sentido, defendem que no processo cooperativo não há submissão entre os sujeitos processuais, mas interdependência

entre eles, o que garante a legitimidade das decisões, que é produto da comparticipação dos sujeitos processuais, cujos atores possuem, cada um, papel distinto.

Para Reinhard Greger (2012, p. 2) o princípio da cooperação não significa que as partes devam participar do processo em “íntimo companheirismo”, o que seria uma “utopia alienígena”, mas pela cooperação, ao invés de as partes, cada uma para si, discutirem a gestão adequada do processo pelo juiz, dele participarão.

No pensamento de Maria Gabriela Campos (2020, p. 94), por meio da cooperação há objetivos a serem alcançados os quais serão atingidos mediante a atuação em conjunto de todos os sujeitos processuais, assim, a cooperação não seria para as partes ou juiz, mas, sim, para o processo, a fim de que se obtenha uma decisão justa e no menor tempo possível.

Interessante é a observação feita por Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Tatiana Machado Alves acerca de tal questão. Para os doutrinadores as partes não deverão uma ajudar a outra oferecendo elementos para sua derrota, pois o que se busca, de fato, com o princípio da cooperação, é atuação ética e correta das partes quanto à exposição dos fatos e na defesa dos seus direitos, colaborando para com o magistrado para a justa composição da lide, em tempo razoável, sem o emprego de meios fraudulentos, maliciosos ou ardis (PINHO; ALVES, 2013, p. 305).

Concluindo, pode-se dizer que o modelo cooperativo de processo visa, por meio da atuação conjunta dos sujeitos processuais, a obtenção de um processo mais justo no menor tempo possível. Isso não quer dizer que uma parte deva colaborar com a outra de forma a colocar em risco seus próprios interesses. Entende-se que não é esse o objetivo do modelo cooperativo de processo¹⁴.

¹⁴“Não restam dúvidas de que a adaptação da cooperação ao processo não exige de uma parte que auxilie a outra a atingir os seus fins. Mas exige que todos os sujeitos do processo atuem por se obter, em tempo razoável, a decisão de mérito (MORELATO; VICENZI, 2018, p. 204-205). Maria Carolina Silveira Beraldo (2011, p. 2), ao se manifestar acerca do artigo 5º do Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL166/2010), o qual atribuía às partes o dever de uma colaborar com a outra, afirmou que o dispositivo, evidentemente, “quis foi deixar expresso existir, no sistema processual brasileiro, fundado em uma ordem constitucional democrática, verdadeiro poder-dever das partes de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz, de forma que a atividade processual seja permeada de honestidade”. Acrescentou afirmando que: “Não se quer, com isso, supor ou pressupor que a cooperação processual tenha qualquer influência negativa no direito material de cada parte: trata-se de exigir cooperação no respeito às regras e desenvolvimento processual que se estende tanto às partes, em seu relacionamento entre si, quanto ao juiz, em seu relacionamento com as partes” (BERALDO, 2011, p. 2-3). Segundo Hermes Zaneti Júnior (2018, p. 142) “o foco do princípio é a cooperação para o processo e os deveres recíprocos que as partes, o juiz e todos aqueles que de qualquer forma atuam no processo, têm entre si uns para com os outros”. E continua o autor: “Isto não significa que as partes deixarão de ser litigantes e deixarão de atuar em polos contrapostos em benefício de seus próprios interesses, tampouco elimina o agir estratégico das partes, mas impõe às partes um comportamento processual pautado por uma cooperação objetiva” (ZANETI JÚNIOR, 2018, p. 146). No mesmo sentido é o pensamento de Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Disse o autor: “O que se busca, de fato, quando se defende que as partes – além do magistrado – devem cooperar entre si, é uma atuação ética e correta dos indivíduos na exposição dos fatos, na defesa dos seus direitos e na

A colaboração das partes é para o processo, para que este atinja o melhor resultado e, para tanto, deverão agir de forma ética, de acordo com suas convicções, sem deixar de expor os fatos de acordo com a verdade, nem formular pedidos ou apresentar defesa infundados. No próprio CPC/2015, no seu artigo 77 e incisos, contêm tais determinações.

Mesmo que as partes celebrem convenções em matérias processuais, a exemplo do que vem sido chamado de “calendarização”, entende-se que estas (partes) estarão, colaborativamente, atuando de forma a maximizar o rumo e o resultado do processo, sem que, com isso, busquem prejudicar seus interesses¹⁵.

Assim, quando afirma-se que as partes não colaboram entre si, é no sentido de que uma não tem que prestar auxílio à outra em prejuízo próprio, o que não impede que ambas atuem conjuntamente, colaborando para com o processo, estando no direito ao contraditório e ampla defesa os limites para a cooperação, pois não se exige das mesmas que abram mão da possibilidade de se defenderem (MORELATO; VICENZI, 2018, p. 210).

Entende-se, ainda, que por meio do processo cooperativo busca-se um contraponto entre os modelos adversarial e inquisitivo, pois se de um lado ao juiz são dados maiores poderes para conduzir o processo, a possibilidade de participação das partes, inclusive para influenciar no julgamento, também ganhou força, todavia a atuação destas está condicionada à supervisão do juiz para que não haja qualquer disparidade na participação das mesmas, garantido, assim, a paridade de armas.

Quanto ao juiz, ele possui duplo papel, devendo ser isonômico na condução do processo, promovendo o diálogo com as partes, todavia, quando prolata suas decisões, ele é assimétrico, ou seja, ele será “paritário no diálogo e assimétrico na decisão” (MITIDIERO, 2012, p. 70-71), porquanto nessa atividade não terá o auxílio ou participação das partes. Estas apenas poderão influenciar na decisão, mas nunca participar deste ato¹⁶.

identificação das questões que realmente reclamam a intervenção judicial, colaborando com o juiz para que mérito seja resolvido de forma justa e em tempo razoável” (PINHO, 2015, p. 258).

¹⁵No que diz respeito às convenções processuais, diz André Pagani de Souza (2019 p. 5): “Isso porque as convenções processuais são celebradas pelas partes, mas sob o controle do juiz, sem se olvidar que todos têm o dever de cooperar entre si. Portanto, o princípio da cooperação estabelece um importante limite para os negócios processuais, na medida em que estes últimos não devem servir de obstáculo para que o processo proporcione o melhor resultado possível para o conflito existente entre as partes”.

¹⁶Lúcio Delfino e Fernando Rossi criticam esse duplo papel atribuído ao juiz por entenderem que ele não pode atuar, no processo, de forma simétrica às partes, ou seja, o juiz não pode participar diretamente do contraditório, pois se assim o fizer tornar-se-á parcial, já que irá, também, realizar a função de parte. Para os autores, apenas as partes devem debater e, o juiz, julgar. Assim, segundo os autores mencionados, o contraditório não torna os sujeitos paritários no diálogo processual, como se estivessem em posições equivalentes. Apesar de tais considerações, entendem que não se concebe mais o contraditório como sendo apenas o direito de reação, mas direito de influência na construção do provimento jurisdicional, cabendo ao juiz o dever de assegurar tal direito às partes, sem que com isso torne-se um “contraditório”, ou seja, também participante desse contraditório. Ainda, os autores não negam a importância da colaboração do juiz para com as partes, o que para eles está de acordo

A isonomia atribuída ao juiz na condução do processo nos parece dizer respeito ao modo como ele deve se relacionar com as partes, devendo dispensar às mesmas igual tratamento e oportunidades, cooperando para que o processo se desenvolva de forma dialógica, devendo exercer, para tanto, se necessário, os poderes de prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio.

A decisão a ser prolatada, por sua vez, “fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional [...]” (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 4).

No Direito Processual Civil português, com a reforma de 1995, a cooperação foi positivada no artigo 266º, tendo sido considerada como princípio orientador do processual civil, pela qual impõem-se deveres não só das partes para com o tribunal, mas deveres entre elas e do tribunal para com as partes, com vistas à justa composição do litígio, na maior brevidade possível (FREITAS; REDINHA; PINTO, 1999, p. 472-473). No atual Código de Processo Civil Português, introduzido pela Lei nº 41/2013, o princípio da cooperação está previsto no artigo 7º¹⁷.

O artigo 417, n.º 1, do CPC português de 2013, por sua vez, estabelece que: “Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”.

O n.º 2 do artigo 417 do CPC português de 2013 dispõe que “sendo o recusante parte, a sua recusa poderá ser valorada para efeitos probatórios, sendo ainda possível, nas circunstâncias previstas no art. 344, n.º 2, do Código Civil português, proceder à inversão do ônus da prova”.

com os ideais democráticos, pois além de possibilitar a composição do conflito pelas próprias partes, favorece decisões mais amoldadas ao conflito; contudo, advertem que o limite da cooperação das intervenções jurisdicionais deverá ser pautado pela prudência (DELFINO; ROSSI, 2013, p. 236-247). Por outro lado, afirmam Vitor Faria Morelato e Brunela Vieira de Vicenzi (2018, p. 205) que “A cooperação agora positivada, destaca a abrangência do contraditório para além das partes, uma vez que se trata de um valor-forte do processo democrático. Isso significa que, mesmo a atividade jurisdicional, em seu isolamento, será atingida pelo contraditório – e pela cooperação – na medida em que terá de ser devidamente fundamentada a partir do material colhido no curso do processo”.

¹⁷ O STJ no REsp0032076-54.2011.8.24.0000SC 2011/0206089-7, foi específico quanto à necessidade de colaboração das partes para com o processo na fase de cumprimento da sentença, ressaltando que não somente o autor deva ter interesse na liquidação do julgado, mas, também o réu, em respeito à autoridade da coisa julgada das decisões judiciais, ressaltando, inclusive, que o devedor, caso não pague a dívida espontaneamente no prazo de 15 dias, está sujeito à multa de 10%, consoante preconizava o artigo 475-J, do CPC/73, vigente à época do julgado (JUSBRASIL, 2014).

O dever de cooperar abrange também a ação executiva, pois se o exequente tiver dificuldade de encontrar bens do executado, o tribunal pode determinar que este preste informações indispensáveis para a realização da penhora, sob pena de cominação de multa por litigância de má-fé (SOUSA, 1997, p. 175). Isso é o que estabelece o artigo 774 do CPC/2015, que considera ato atentatório à dignidade da justiça quem fraudar ou se opõe maliciosamente à execução, dificulta ou embaraça a penhora ou resiste injustificadamente às ordens judiciais, ou, ainda, não indica bens à penhora ou onde se encontram.

O modelo cooperativo, previsto no artigo 6º do CPC/2015, que sem dúvida tem inspiração no Código de Processo português, portanto, dá uma nova visão ao processo, que passa a ser visto como uma “comunidade” onde todos os sujeitos que dele participam devem atuar conjunta e ativamente, com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, tanto no aspecto processual quanto no aspecto material. No que diz respeito ao primeiro, ou seja, no aspecto processual, tem o intuito de garantir o devido processo legal, incluindo o contraditório e, quanto ao aspecto material, este é considerado o *leitmotiv* para o diálogo entre as partes, que possibilitará uma decisão mais justa, a qual proporcionará a concretização dos direitos fundamentais substanciais, fim este do Estado Democrático de Direito.

O juiz, por sua vez, deve proporcionar, durante todo o procedimento, esse diálogo entre ele e as partes e até mesmo entre as próprias partes, para que alcancem, se for o caso, em comum, uma solução para o litígio.

Essa nova visão do processo, para que seja eficaz, não são somente necessárias regras procedimentais, algumas das quais já eram previstas no Código revogado¹⁸, a exemplo do disposto no artigo 342 do CPC/73, que possibilitava ao juiz ordenar o comparecimento pessoal das partes a fim de interrogá-las acerca dos fatos da causa, e artigo 399 também do código revogado, que possibilitava ao juiz requisitar das repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, as certidões necessárias à prova das alegações das partes, mas, também, de mudança comportamental, tanto destas, que deverão ter consciência de seus direitos e deveres e exercê-los de forma ética, bem como do juiz, que deverá abandonar qualquer postura autoritária, para que seja legítima a sua atuação e para que o processo cumpra sua missão institucional.

¹⁸ Ravi Peixoto (2013, p. 6) faz a mesma observação, *in verbis*: “É possível retirar, do atual Código de Processo Civil manifestações expressas de efetivação do princípio da cooperação, como o art. 342, que permite ao magistrado a determinação do comparecimento de qualquer das partes para o esclarecimento sobre fatos da causa”.

3 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A cada manifestação do Estado Moderno houve o protagonismo de um dos poderes da República, sendo que o Poder Judiciário ganhou relevo com o Estado Constitucional em razão da constitucionalização do direito, pelo qual a Constituição passou a ser o centro do sistema jurídico.

Por essa nova ordem, todo o direito deve ser interpretado à luz da Constituição, transformando-se no “filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico” (BARROSO, 2013, p. 9).

O modelo cooperativo de processo acima delineado é corolário da constitucionalização do Direito, pois não mais se admite um processo calcado nos postulados liberais nem, tampouco, excluir a parte da participação do procedimento.

Apesar desse modelo encontrar, atualmente, suporte legal, ele possui fundamento na Constituição Federal, a qual institui o Estado Democrático de Direito, consagrando, por conseguinte, o direito à democracia, que é vista como a participação do povo no poder, conforme artigo 1º da Constituição de 1988, que dispõe que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes ou diretamente.

Esse poder não se limita ao poder político, ou seja, à participação política por meio dos representantes eleitos, pois quando se fala em “poder”, temos que entendê-lo em sentido amplo, refletindo, também, no Poder Judiciário, cuja participação se dá por meio do processo, tanto na sua condução, como no poder de influenciar na decisão final.

Esse, inclusive, é o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2006, p. 6-7), para ele: “faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental”.

Antes de analisarmos os princípios fundantes do processo cooperativo, *mister* se faz discorrer sobre os modelos do Estado Moderno e sua relação com o Poder Judiciário, uma vez que a atuação dos poderes decorre da concepção do Estado e da sua forma de atuação, o que vai influenciar, também, no modelo processual, pois é por intermédio dele que o Judiciário atua diretamente, justificando, assim, o nascimento do modelo cooperativo de processo, consentâneo com o Estado Constitucional.

3.1 As Manifestações do Estado Moderno e suas Relações com o Poder Judiciário

A formação do Estado Moderno e suas mutações decorreram dos interesses das classes dominantes e, em cada uma das suas manifestações, o Poder Judiciário assumiu um papel distinto. Apesar dos sucessivos modelos de Estado que surgiram até a modernidade, o paradigma anterior justifica o posterior, sendo o estudo dessas contraposições necessário para que o atual modelo constitucional possa ser compreendido, inclusive a antiguidade.

O Estado pré-moderno ou Estado Medieval, o qual surgiu após a queda do império romano, ficou caracterizado pela confusão entre o público e o privado, resultando no domínio dos proprietários das terras sobre tudo e todos que estavam em seu território, surgindo, pois, uma figura intermediária entre o Rei e o indivíduo, que foram os feudos (MALUF, 2013, p. 101).

Nessa época o poder era fragmentado, pois era distribuído pelos diversos reinos; assim, havia multiplicidade de poderes e de ordens, tantos quantos eram os feudos e senhores feudais, que concorriam entre si e com o monarca (STRECK; MORAIS, 2014, p. 21). Os senhores feudais exerciam as atribuições de chefes de Estado, decretavam e arrecadavam tributos, administravam a justiça, promoviam a guerra, como se fosse um rei nos seus domínios, e seu reinado tinha características de direito privado, resultando na justiça privada, guerra privada e cunhagem privada (MALUF, 2013, p. 101).

O Direito era consagrador de privilégios das castas, cuja justiça se realizava de acordo com a sabedoria do “aplicador”, considerando-se as tradições locais e usos e costumes, que eram aplicados de forma casuística como se fossem normas abstratas válidas para todos (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476-477).

Com a concentração do poder cada vez mais nas mãos de alguns reis, a reação da população escravizada, ampliação da indústria, do comércio e das cidades, surgiu o capitalismo e, com ele, o Estado Moderno, com poder centralizado e institucionalizado. Esse novo tipo de sociedade tem como características fundamentais o território, povo, governo e poder, sendo os dois primeiros elementos materiais e os dois últimos, elementos formais (STRECK; MORAIS, 2014, p. 28).

Rompendo com o paradigma anterior “a nova ordem se dá principalmente através da passagem das relações de poder (autoridade, administração da justiça, etc.) até então em mãos privadas do senhor feudal – para a esfera pública (o Estado)” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 31). A característica principal do Estado Moderno, portanto, é a separação entre as funções

públicas e privadas, centralizando no Estado as funções administrativas e de poder para dar segurança à população para que pudessem exercer suas atividades comerciais.

A primeira manifestação do Estado Moderno foi o estado absolutista, cujo poder estava concentrado na figura do Rei, que se confundia com o Estado, muito embora se distinguísse da sociedade civil. Assim, aquele que era senhor de tudo passa a ser súdito.

O poder dos monarcas estava sustentado em uma autoridade divina, e o trono era transmitido hereditariamente. A burguesia, que detinha o poder econômico, foi fundamental para o surgimento do capitalismo, pois abriu mão do poder em prol do rei; todavia, no século XVIII, a própria burguesia reivindicou o poder político, surgindo, assim, o Estado Liberal a partir das revoluções burguesas do século XVIII (STRECK; MORAIS, 2014, p. 36).

Essa nova forma de Estado, portanto, surgiu para satisfazer os anseios da burguesia, a qual desejava limitar o poder do rei e a proteção dos direitos individuais, conhecidos como direitos de primeira geração. A ideia de “limites”, dessa forma, caracteriza o movimento liberal (STRECK; MORAIS, 2014, p. 39).

Nas palavras de João Gustavo Henriques de Moraes Fonseca (2019, p. 98) “o escopo fundamental do constitucionalismo moderno, de inspiração liberal-burguesa, era proteger os indivíduos, garantindo a liberdade e propriedade, combatendo os privilégios e limitando o poder do Estado”.

Norberto Bobbio (2000, p. 7) define o liberalismo como sendo “uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social [...]”.

Pode-se dizer que o nascimento do Estado Liberal se deu pelo fato de que a sociedade hegemônica da época, que era a burguesia, queria se livrar do autoritarismo do Rei. O liberalismo, portanto, foi marcado pela limitação do poder estatal e pela liberdade individual, o que significou que o estado não poderia intervir nas relações individuais.

Dessa forma, o “Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constringedora de sua atuação cotidiana” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 63)¹⁹.

¹⁹ Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 41, grifo do autor) “Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Média, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção do *Estado de Direito*, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant. O Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade. Cuida-se, como esse ordenamento abstrato e metafísico, neutro e abstencionista de Kant, de chegar a uma regra definitiva que consagre, na defesa da liberdade e do direito, o papel fundamental do Estado”.

No campo socioeconômico, a liberdade que existia era um privilégio para a burguesia, pois criou-se o domínio dos mais fortes sobre os mais fracos, favorecendo o absolutismo do poder econômico e a escravização do homem pelo homem (MALUF, 2013, p. 235).

Com relação ao Direito, preponderava o império das leis escritas, assim, a proeminência do Poder Legislativo e a subserviência do Poder Executivo refletiram no Judiciário, cuja atividade jurisdicional dava-se de forma dedutiva, sendo que o juiz era considerado um mero aplicador da lei, com possibilidade hermenêutica reduzida, limitada à interpretação gramatical. Em outras palavras, a interpretação se dava com o objetivo de buscar na norma legal o pensamento ou a vontade do legislador (MAXIMILIANO, 2011, p. 15).

Nas palavras de Ingeborg Maus (2000, p.189)

A vinculação estrita do aparelho judicial do Estado (e do Executivo) à legislação, ressaltada por meio do inquestionável primado do Legislativo sobre os demais poderes do Estado no modelo clássico de separação de poderes, tinha o sentido exclusivo de submeter esse aparato à vontade legislativa do povo.

No mesmo sentido manifestou-se Chaïm Perelman (2002, p. 562) ao afirmar que:

O juiz, ao aplicar a lei, não tinha de perguntar-se se a solução era equitativa ou socialmente admitida, pois apenas o legislador tinha de decidir do justo e do injusto, do que era ou não era conforme ao interesse geral. Em caso de dúvida, supunha-se que o juiz recorreria ao legislador.

Portanto, “o Parlamento, na condição de órgão estatal encarregado de inovar a ordem jurídica por meio da edição de leis escritas, ditava os rumos da interpretação e da aplicação do Direito e vinculava a atividade hermenêutica do Estado e do Judiciário” (VASCONCELOS; FRANCO, 2016, p. 40). O Judiciário não tinha o poder de transformar a realidade social, pois somente poderia atuar para conter a atuação do Estado, impedindo-o de interferir nas relações individuais (VASCONCELOS; FRANCO, 2016, p. 40).

Na época vigorava o extremo formalismo, e apesar de se buscar a igualdade, esta se dava apenas no plano formal. Com a Revolução Industrial surgiu o proletariado, classe de trabalhadores que ficou à mercê dos grandes produtores. O trabalho humano ficou submetido à lei da oferta e da procura, e os trabalhadores a jornadas extenuantes e a condições de trabalho degradantes, além da exploração do trabalho infantil, “levando à maior exploração do homem pelo homem que se tem notícias na história” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 479), o que resultou no movimento da classe trabalhadora na busca da igualdade material. Nessa

época tiveram início os movimentos sociais, tendo sido formados os sindicatos os quais buscavam melhorias nas condições de trabalho.

Do Estado, cuja atuação era negativa, passou-se a exigir a intervenção nas relações individuais para que fosse garantida a igualdade material, surgindo, então, o Estado Social, também conhecido por *Welfare State*. O Estado do Bem-Estar Social tem como característica a proteção dos direitos sociais, que superam, dessa forma, aqueles de índole meramente individual (VASCONCELOS; FRANCO, 2016, p. 40). É um tipo de Estado pelo qual todo cidadão, independentemente da sua classe social, tem direito à saúde, à alimentação, à renda mínima e à habitação (STRECK; MOARAI, 2014, p. 53). O Estado, portanto, passa a intervir em vários segmentos, sobretudo nas relações de trabalho com a instituição de salário mínimo, reconhecimento de sindicatos, cooperativas e associações de classe, pela revisão de leis, instituição de previdência, tudo com o intuito de buscar a justiça social. Portanto, “a ação intervencionista do Estado se exerce amplamente até onde houver interesse da sociedade, tendo por limites os direitos naturais imprescritíveis da pessoa humana” (MALUF, 2013, p. 241).

Com o Estado Social não se abandonou o modelo anteriormente vigente, tendo o novo se amalgamado ao antigo. Surgiram os direitos de segunda geração, que são os direitos à saúde, à educação e à assistência, conhecidos como direitos sociais, com releitura dos direitos de primeira geração, que são os direitos individuais. A liberdade, nesse contexto, passa a ser restringida em prol dos economicamente mais fracos, porquanto o bem comum se sobrepôs ao interesse individual (FONSECA, 2019, p. 101-102).

Como a lei deixou, gradativamente, de ser a única fonte do Direito, com a superação da ideia do positivismo, o Poder Legislativo foi se enfraquecendo, tendo o Judiciário ganhado espaço, pois foi possibilitado a esse ramo de Poder a interpretação das leis, que tinha como fim garantir as ações estatais e os fins sociais a que se destinava o Direito (FONSECA, 2019, p. 102).

Na lição de Maus (2000, p. 185), o crescimento do “Terceiro Poder” não consistiu apenas na ampliação das funções hermenêuticas; este ramo do poder passou a ser a representação da justiça e a ser venerado pela população tal como um ente religioso. Para a aplicação da lei, surgiram formas mais sofisticadas de interpretação, tal como a teleológica, histórica e sistêmica, que serviram para desvincular o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador. Nesta fase, portanto, o trabalho do juiz passou a ser mais complexo (CARVALHO NETTO, 1999, p. 481).

Isso porque, muito embora o Estado tivesse que promover o bem-estar social por meio de políticas públicas para a promoção dos direitos sociais, o Judiciário passou também a ter responsabilidade política em razão do crescente aumento das ações judiciais em busca da efetivação desses novos direitos, o que levou esse ramo de poder a deixar de ser apenas retrospectivo para atuar, também, prospectivamente (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1996, p.4-5) na “consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p.19).

A cota-parte da responsabilidade política assumida pelo Judiciário se tornou mais efetiva nos países cuja luta pela efetivação dos direitos sociais foi mais intensa, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos nos anos 60, com os movimentos sociais pelos direitos cívicos e políticos que foram decisivos na judicialização dos litígios coletivos os quais se referiram à discriminação racial, direito à habitação, à educação e à segurança nacional (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1996, p. 5)

O declínio do Estado Social, também conhecido como Estado-providência, começou no final da década de 70 início da de 80, e deveu-se à incapacidade financeira do Estado de atender às despesas com políticas sociais, à burocracia elevada que levou a desperdícios e ineficiência e à clientelização dos cidadãos, cujas opções de vida ficaram sujeitas ao controle de agências burocráticas despersonalizadas (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1996, p.6).

Contudo, no final da Segunda Grande Guerra, em razão das atrocidades praticadas contra alguns segmentos populacionais, a comunidade global se reuniu com o intuito de internacionalizar os direitos humanos, surgindo diversos documentos transnacionais que tiveram como escopo proteger os direitos fundamentais mínimos para garantir à população existência digna, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (FONSECA, 2019, p. 43), surgindo a ideia do Estado Democrático de Direito.

Com o Estado Democrático de Direito buscou-se “a vivência democrática, a partir da qual as pessoas têm reconhecidas sua dignidade e possuem o real poder de influenciar na conformação da sociedade que constituem” (FONSECA, 2019, p. 104-105). Assim, o que se busca com o Estado Democrático de Direito não é só garantir a igualdade material no sentido de conceder qualidade de vida aos indivíduos, mas, sim, garantir a existência digna.

De acordo com Streck e Morais (2014, p. 100), o Estado Democrático de Direito surge da união do Estado do Bem-estar com o Estado de Direito, pois além da preocupação com questões sociais inerentes ao *Welfare state*, surge a preocupação com as questões de igualdade, impondo à ordem jurídica e à ordem estatal a necessidade de transformação do *status quo*. Nessa esteira, o Estado Democrático de Direito está “indissociavelmente ligado à

realização dos direitos fundamentais”, e tem por escopo suprir as lacunas deixadas pelas etapas anteriores (STRECK, 2014, p. 42).

Assim, esse novo modelo influenciou o direito, passando as ciências jurídicas para uma nova fase, surgindo uma nova forma de se pensar o direito, que passou a ser conhecida por neoconstitucionalismo (FONSECA, 2019, p. 105). Por intermédio do neoconstitucionalismo, a Constituição ganhou o protagonismo no campo do direito, deixando de ser aplicada apenas de forma supletiva, passando a ser o centro do ordenamento jurídico, sendo a Lei Fundamental de Bonn, que é a Constituição Alemã de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, as principais referências do desenvolvimento do novo direito constitucional (BARROSO, 2017, p. 3).

A Constituição, portanto, passa a ser “fonte primária de produção normativa”, cuja “superlegalidade material subordina o conteúdo de toda atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição” (BARROSO, 1999, p. 116). Esse termo, neocostitucionalismo, passa a designar a forma como as Constituições, pós-segunda guerra mundial, passam a ser vistas e interpretadas.

O Poder Legislativo também passou a curvar-se ao texto constitucional, tal qual a Administração Pública, cabendo ao Judiciário o controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos. A atividade jurisdicional, portanto, que na época do liberalismo se dava sem a preocupação com as consequências do seu modo de agir, sendo o juiz considerado como “a boca da lei”, passou a ter sua atividade comprometida com o resultado das suas decisões, buscando dar efetividade aos preceitos fundamentais, garantindo, assim, os direitos fundamentais dos cidadãos.

Como a Constituição passou a ser o centro do sistema jurídico, esta passou a ser interpretada de acordo com os princípios estabelecidos no seu texto; todavia, o seu conteúdo não é tão específico quanto às leis, expressando-se através de princípios que passam a exigir do julgador outros métodos de interpretação além daqueles conhecidos para a aplicação das normas constitucionais (FONSECA, 2019, p. 110). Adverte o Ministro Luís Roberto Barroso (2017, p. 11), contudo, que as técnicas de interpretação até então conhecidas não foram superadas, porquanto boa parte das questões jurídicas ainda são resolvidas por meio delas.

Vale destacar que, no Brasil, a Constituição de 1988 estabeleceu o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, a redemocratização do país, tendo o Direito Constitucional passado ao seu apogeu (BARROSO, 2013, p. 7), impactando todos os ramos do direito. Essa nova perspectiva do Direito também refletiu no direito processual, que passou a ser moldado, como os demais ramos do direito, por princípios constitucionais.

Segundo Didier Júnior (2017, p. 54-55), a constitucionalização do direito processual operou-se em duas dimensões, sendo a primeira através da incorporação aos textos constitucionais de normas relativas ao processo civil, que passaram, inclusive, a ser consideradas como direitos fundamentais, como é o caso da cláusula do devido processo legal, princípio maior que é concretizado por meio de outros princípios processuais constitucionais. A segunda dimensão diz respeito às normas infraconstitucionais, que são concretizadoras das normas constitucionais.

No próprio artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015, como destaca Didier Junior (2017, p. 55) está estabelecido que: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. O Código de Processo Civil de 2015, portanto, é o instrumento pelo qual os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 são concretizados.

Segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2010, p. 51), o legislador, ao dizer que Código de Processo Civil de 2015 será disciplinado de acordo com os valores e princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988, instituiu a teoria do direito processual constitucional, o que significa dizer que todo o código de processo civil deverá ser interpretado à luz da Constituição, assim como todos os demais ramos do direito.

Pelo movimento da constitucionalização do direito, ou neoconstitucionalismo, retirou-se dos Códigos o núcleo hermenêutico do intérprete, passando a Constituição a ser o ponto de partida para a interpretação e argumentação jurídica, que assume o caráter fundamental na construção do neoprocessualismo (CAMBI, 2008, p. 106-111). Neoprocessualismo, dessa forma, é a constitucionalização dos direitos e garantias processuais.

Assim sendo, o processo, no Estado Democrático de Direito, deverá ser aplicado “mediante os ditames do modelo constitucional de processo, conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela” (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 108), o que garantirá um processo adequado e justo.

3.2 Dos Princípios Fundantes do Princípio da Cooperação

Como dito acima, as diretrizes relativas ao processo civil estão estabelecidas na Constituição de 1988, e o Código de Processo Civil de 2015, nos seus artigos 1º a 12, fixou os

pilares principiológicos do processo civil a partir da Constituição Federal de 88, constituindo-se estes em direitos fundamentais, sem os quais não se obtém o devido processo legal.

Dentre esses direitos fundamentais estabelecidos no CPC/2015 e que constituirão substrato para a validade do processo, está no artigo 6º a cooperação judicial, que dispõe que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Esse artigo positivou o princípio da cooperação que para a doutrina tem base constitucional, fundamentado no princípio do devido processo legal, no princípio da boa-fé e no princípio do contraditório (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 4), os quais serão analisados a seguir.

3.2.1 Princípio do devido processo legal

O devido processo legal é tido como um dos pilares do Estado de Direito. Ele é uma referência aos direitos individuais e aos limites do poder estatal, e sua origem, segundo a maioria dos autores, está na Carta das Liberdades do Rei João Sem Terra, da Inglaterra, que em 1215, pressionado pelos barões feudais, apôs o selo real em uma declaração de direitos, que teve como intuito enfraquecer o poder do monarca²⁰.

Todavia, há entendimentos contrários, pois alguns doutrinadores sustentam que a origem do princípio está em um decreto do ano de 1037 d. c., expedido pelo imperador germânico Conrado II, fundador da Dinastia Franca, que tinha a intenção de instituir uma administração forte e politicamente estável no seu império, regulamentando a transmissão de propriedade dos condes e vassalos (CALIXTO, 2016, p. 236-237).

Todos os reis da Inglaterra, desde Rei Henrique II, por terem sido despóticos, não fizeram uma boa administração. Ricardo Coração de Leão, sucessor do Rei Henrique II, envolvia-se em diversas batalhas, o que gerava enormes gastos para a Inglaterra, e tendo sido morto em uma Cruzada, a coroa foi sucedida por seu irmão, João Sem Terra.

O Rei João Sem Terra impôs uma política tributária muito onerosa, além de ter tido problema com o clero, chegando a ser excomungado pelo Papa Inocêncio III, pelo fato de não ter concordado com a escolha do arcebispo de *Contembury*, em 1206. Tal situação foi revertida em 1213.

²⁰ Para Letícia de Campos Velho Martel (2001, p. 13, grifo do autor) “O devido processo legal possui quase oitocentos anos de história. Seu antecedente histórico, a cláusula *law of the land*, pode ser encontrada na Magna Carta inglesa de 1215”.

Ainda, a Inglaterra perdeu a guerra para a França, tendo o Arcebispo de *Contembury* sido encarregado de elaborar uma declaração reivindicando direitos para que fosse encaminhada ao rei, que somente concordou em assiná-la depois de ter sido ameaçado de guerra interna. Tal documento foi a Carta das Liberdades.

A Carta Magna não mencionou expressamente a cláusula “devido processo legal”, o que ocorreu somente em 1354, no reinado de Eduardo III, na lei denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*, por meio de um legislador desconhecido. A expressão original *law of the land* é a que aparece na Carta das Liberdades (NERY JÚNIOR, 2016, p. 107).

Por meio da Carta das Liberdades, o Rei reconheceu diversos direitos em resposta às pressões dos barões feudais, e sua atitude, reconhecidamente, deu origem ao princípio do devido processo legal, pois estabeleceu-se direitos individuais que o Estado não poderia infringir, limitando, assim, o autoritarismo do governo da Inglaterra (TURBAY JÚNIOR, 2012, n.p.).

É certo que os barões feudais estavam preocupados com sua situação, tendo sua atuação sido para resguardar seus direitos que estavam sendo solapados pelo Rei despótico, que descumpria com os compromissos assumidos quando da sua coroação.

Na Carta assinada pelo Rei está o mais importante documento medieval no processo de positivação dos direitos humanos, sendo que dentre eles está o capítulo 39 (LIMA, 1999, p. 30), o qual assegurava que nenhum homem livre seria privado da sua vida, liberdade e propriedade sem que fossem atendidas algumas exigências, que seriam o julgamento por seus pares e o respeito à lei da terra.

Esse documento, no entanto, referia-se a uma pequena parcela da sociedade inglesa, isso porque *freeman*, segundo Letícia Martel (2001, p. 17), é um termo técnico feudal que incluía apenas a nobreza e o clero; assim, somente essas classes sociais é que sustentavam tal *status* e que foram abrangidas pela Carta.

O princípio do *due process of law*, genericamente, “caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico” (NERY JÚNIOR, 2016, p. 108).

A expressão *law of the land* (lei da terra), originalmente utilizada, surgiu dos julgamentos feitos pelos magistrados que andavam pelos territórios, os quais, nas suas decisões, aplicavam os costumes locais. O direito inglês, como se sabe, não tem sua base em normas legais, mas no *common law*, por isso essa cláusula era aplicada de acordo com o caso concreto.

Nos séculos XV e XVI pouco se falou sobre a Carta Magna, que ficou meio esquecida, pois os ingleses estavam buscando fortalecer o Parlamento e a repartição dos poderes com o monarca. No Século XVII surgiram novas desavenças entre o Parlamento e a Coroa devido às arbitrariedades cometidas por esta última, o que levou a uma releitura do devido processo legal, transformando a Carta, acompanhada do *law of the land*, em importante arma contra as opressões advindas do rei (MARTEL, 2001, p. 24).

À cláusula foram sendo incorporados novos significados, sem deixar, contudo, seu aspecto processual que, por obra do *Sir Edwuard Coke*, no século XVII, passou de uma simples garantia de respeito a uma série de liberdades feudais para a garantia de prevalência do *common law*, tendo a evolução sido completada por *Blackstone*, no século XVIII. Esses novos significados decorreram de atitudes arbitrárias praticadas pelo do Rei em resposta ao Parlamento e ao judiciário que passaram a vigiá-lo (LIMA, 1999, p. 36).

No Reinado de Carlos I, o conflito entre a Coroa e o Parlamento aumentou, e o Rei, a fim de incentivar a Reforma na Europa Continental, decidiu, depois de algumas derrotas, empreender outra batalha, agora na França, com o intuito de defender um grupo protestante apoiado pela Inglaterra, sendo que, para tanto, instituiu, ilegalmente, um empréstimo compulsório, tendo alguns nobres se recusado a pagar. Diante da recusa, o Rei Carlos mandou prender tais nobres, que impetraram um Mandado de Segurança, dando azo ao caso *Five Knight*, que ocorreu em 1627 (MARTEL, 2001, p. 37).

No julgamento os réus foram mantidos presos com apoio nos precedentes oriundos do reinado dos *Tudors*, os quais davam a prerrogativa ao rei de aprisionamento sem motivação das causas (MARTEL, 2001, p. 37).

Desse evento resultou o embate entre o rei e o Parlamento, este último liderado por *Coke*, que era integrante das Câmara dos Comuns, o qual fundamentava sua discórdia na cláusula *law of the land*, afirmando que esta obrigava inclusive o rei. O grupo liderado por *Coke* elaborou um documento intitulado de *Petition of Rights*, em 1628. O descrito no documento estabeleceu, definitivamente, o *due process of law*, tendo tal cláusula ultrapassado fronteiras e conquistado outros países (MARTEL, 2001, p. 37).

No século XVII, constam os primeiros indícios do nascimento do devido processo legal na sua feição substancial. No reinado de Jaime I, o *Sir Edward Coke* atuou como Justice da Corte de *Common Pleas* e seus esforços foram no sentido de diminuir os poderes da Coroa em favor do *common law* e conter, também, o poder do Parlamento, tendo o *Dr. Bonham's Case* passado a ser considerado o marco para o reconhecimento do *due process of law* na sua

feição substantiva, porquanto nesse caso anulou-se um ato do Parlamento (MARTEL, 2001, p. 31)²¹.

Os Estados Unidos foram colonizados pela Inglaterra, e a cláusula do *due process of law* foi importada deste país para aquele e utilizada como forma de conter os abusos dos seus governantes.

Mesmo após a independência das colônias americanas, continuava ingerência da Inglaterra, o que fez com que aquelas se juntassem para ficarem mais fortalecidas, surgindo a ideia de formar a Federação dos Estados Unidos. A criação da Federação se daria através da elaboração de uma Constituição, tarefa esta que não fora das mais fáceis, pois necessitava-se para a sua aprovação da ratificação por nove Estados. Todavia, houve resistência principalmente dos Estados maiores, pois o entendimento era que a Constituição não continha previsão de direitos fundamentais, o que daria a possibilidade de se formar um governo autoritário, que iria estabelecer regras da forma que melhor entendesse (TURBAY JÚNIOR, 2012, n.p.).

Em 1787 foi ratificada a Constituição por nove estados, sendo que inicialmente, como lembra Calixto (2016, p. 241), nada previa acerca da cláusula do devido processo legal. Em 1789, entretanto, foram introduzidas no congresso uma série de emendas à Constituição Norte Americana, sendo que 10 delas foram ratificadas, e ficaram conhecidas por *The Bill of the Rights*, passando a vigorar em 1791. Nessas emendas houve a previsão da limitação do poder do governo federal e proteção aos direitos individuais dos cidadãos estadunidenses, sendo que a ideia do devido processo legal está na 5ª Emenda.

Vale destacar que a 5ª Emenda não foi o primeiro texto norte-americano a prever a cláusula do devido processo legal, pois havia documentos anteriores ao *Bill of the Rights*, como as Cartas das Colônias, que traziam frases similares, tais como *due course of justice* ou *due course of law* (MARTEL, 2001, p. 49).

Para Maria Rosynete Oliveira Lima (1999, p. 70), esta emenda garantiu o *due process of law* de forma muito acanhada, tanto que não fora capaz de gerar qualquer debate ou controvérsia por quase um século.

A redação dessa Emenda não esclarece se o devido processo legal recebia ou não uma versão substantiva, ou seja, se seria aplicado como uma garantia de razoabilidade no conteúdo

²¹ Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 6), quanto a essa decisão, faz o seguinte comentário: “O juiz inglês não apenas teve espaço para densificar o *common law*, como também oportunidade de, a partir dele, controlar a legitimidade dos atos estatais. Nesse sentido, Coke, cujo papel foi muito importante, ainda que em nível doutrinário, para a contenção do arbítrio do rei -, decidiu no célebre caso *Bonham*, por volta de 1610, que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e, quando isto não acontecer, são elas nulas e destituídas de eficácia”.

dos atos legislativos e executivos privadores dos direitos de vida, propriedade e liberdade (MARTEL, 2001, p. 48).

Os Estados, entretanto, criaram muita resistência quanto à aplicação da 5ª Emenda, pois a Constituição não retirou a sua autonomia, pelo que entendiam que as restrições apresentadas na Carta de Direitos aplicavam-se somente à Federação, decisão esta que ficou consagrada no caso *Barron v. Baltimore*, levados à Suprema Corte (TURBAY NÚNIOR, 2012, n.p.).

Somente com a 14ª Emenda, de 1868, que a cláusula do *due process of law* reapareceu no cenário norte-americano, ressurgindo a discussão acerca da sua aplicação ou não aos Estados. Em vista disso, surgiram duas grandes correntes: a *Total Incorporation Interpretation* (hermenêutica da incorporação total) e a *Selective Incorporation Interpretation* (hermenêutica da interpretação seletiva). Para a primeira, a incorporação da Carta dos Direitos aos Estados deveria ser integral e automática e, para a segunda, deveria ser seletiva, de acordo com o caso.

A segunda corrente, *Selective Incorporation Interpretation*, foi a vencedora no caso *Adamson v. Califórnia*, pois entendeu-se que a 5ª Emenda tratava de direitos fundamentais, não sendo automática a sua aplicação (TURBAY JÚNIOR, 2012, n.p.).

Não obstante desde a 5ª Emenda já tivesse sido instituída a cláusula do devido processo legal, somente a partir da 14ª Emenda que passou a garantir direitos substantivos, todavia, como dito acima, a aplicação foi gradativa, inicialmente na versão formal e, por ausência de provas contundentes em contrário, afirma-se que o controle da constitucionalidade das leis no direito norte-americano se destacou com o caso conhecido por *Dred Scott*²², decisão proferida na metade do século XIX, na qual se vê a presença do devido processo legal substantivo (MARTEL, 2001, p. 236).

No Brasil, a cláusula do devido processo só constou expressamente da Constituição de 1988. Dispõe o seu artigo 5º, inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus

²² De acordo com a Wikipédia (2021, n.p.): “O Caso Dred Scott (também conhecido por Dred Scott v. Sandfor ou Decisão Dred Scott, sob registro 60 U.S. 393) é o nome pelo qual ficou conhecida uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1857, que sentenciou serem as pessoas de ascendência africana, importadas para o país e mantidas como escravas, ou os seus descendentes, quer fossem ou não escravos, não estavam protegidos pela Constituição dos Estados Unidos e nunca poderiam se tornar cidadãos daquele país. Também decidiu que o Congresso não tinha autoridade para proibir a escravidão nos então territórios federais da União. O tribunal também declarou que, como os escravos não eram cidadãos, não poderiam requerer em tribunais. Finalmente, a decisão estabeleceu que os escravos - assim como os bens móveis ou propriedade imóvel privada - não poderiam ser retirados de seus donos sem o devido processo legal. O voto final no caso foi escrito pelo Chefe de Justiça de então, Roger B. Taney. De acordo com Neil Gorsuch, o Caso Dred Scott foi um exemplo de Ativismo judicial, uma vez que a corte realizou uma interpretação ativista, pautada em princípios constitucionais e não no texto literal da Constituição dos Estados Unidos. A carta magna norte-americana nada dizia sobre escravidão, mas "a corte pensou que a decisão evitaria uma guerra civil".

bens sem o devido processo legal”. Contudo, de acordo com Maria Rosynete Oliveira Lima (1999, p. 163-164), nas Cartas anteriores, com exceção da Carta Imperial de 1824, a cláusula estava implícita, porquanto havia a previsão expressa da possibilidade de aplicação de outros direitos e garantias decorrentes do regime e princípios adotados, o que para ela significa dizer que não eram taxativos os direitos e garantias previstos, o que possibilitaria a implementação da cláusula do devido processo legal no Brasil. Contudo, adverte a doutrinadora, que em razão da legalidade estrita que imperava no Brasil, foi escassa a aplicação desse princípio (LIMA, 1999, p. 163-167). Já para Paula Sarno Braga (2007, p. 154), somente com a Constituição de 1946, a mais democrática até então, é que se instituiu, no Brasil, o devido processo legal.

A partir da Constituição de 1988 foi positivado expressamente o devido processo legal, todavia, a dúvida passou a ser quanto ao seu significado, em face da imprecisão do seu conteúdo, ou seja, por ser a expressão uma cláusula aberta.

De acordo com Paulo Henrique dos Santos Lucon (2008, p. 16-17), como qualquer outro princípio, o devido processo legal se sujeita às variantes histórico-culturais de cada lugar e tempo, não podendo ser interpretado de forma a limitar ao seu âmbito de incidência.

O devido processo legal, originalmente, como já ressaltado, garantia a vida, a liberdade e a propriedade, mas com sua evolução, passou a resguardar outros direitos fundamentais²³. Atualmente, no âmbito processual, atua como um superprincípio, que é concretizado através de outros princípios que também estão contidos na Constituição de 1988, sendo eles: contraditório e ampla defesa, igualdade das partes, juiz natural, duração razoável do processo, publicidade, fundamentação das decisões e proibição do uso de provas ilícitas.

Além da aplicação formal, por influência do direito estadunidense, o devido processo legal também passou a ser utilizado como medida de limitação do poder estatal, por intermédio da observância dos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade. A cláusula, portanto, também está relacionada ao direito material, por isso é chamado de devido processo legal substancial.

Assim, modernamente, o devido processo legal diz respeito, além da regularidade formal, também ao melhor resultado concreto de acordo com o direito material, pois cabe ao Estado Constitucional a tutela dos direitos fundamentais, que somente poderá fazê-lo por meio do processo justo, que é aquele que transcorre de acordo com os princípios processuais

²³ Humberto Theodoro Júnior (1981, p. 6-7), em artigo publicado em 1981, entendia que o direito de ação, amparado no artigo 153, §4º, da Constituição em vigor na época, decorria do devido processo legal. Disse, o autor, que: “a garantia constitucional do direito ao processo (direito à tutela jurisdicional) só será efetiva na medida em que se assegurar o recurso ao devido processo legal, ou seja, aquele traçado previamente pelas leis processuais, sem discriminação de parte, e com garantia de defesa, instrução contraditória, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos, etc.”

estabelecidos na Constituição e pelos valores consagrados pela coletividade, ou seja, não se restringe apenas aos aspectos formais ou procedimentais, mas, também, atende aos escopos de ordem substancial, já que o juiz não pode ser considerado apenas o “boca da lei”, repetindo a literalidade das normas ditadas pela legislação (THEORDORO JÚNIOR, 2017, n.p.).

Pode-se dizer, portanto, que o procedimento não está preso a uma legalidade estrita. “Os procedimentos estabelecidos em lei é que devem balizar-se pelo modelo processual instituído pela cláusula do devido processo legal” (FRANCO, 1999, p. 11); isto quer dizer que o juiz poderá inovar, observando as regras legais, para melhor atender ao direito em jogo.

Segundo as lições de Leonardo Greco (2002, p. 40), o procedimento deve continuar sendo regido por lei, todavia, não pode ser totalmente inflexível, mas deve permitir ao juiz uma certa margem de flexibilização para que estabeleça tanto a igualdade das partes como possibilite às mesmas demonstrar a procedência de seu direito, no entanto, deverá ser previsível para que se tenham condições de saber o seu desenvolvimento, para que não haja surpresas que possam cercear o seu direito de defesa.

Luigi Paolo Comoglio (2002, p. 5), no mesmo sentido, afirma que um procedimento, para ser lícito, não precisa ser obrigatória e totalmente disciplinado, *a priori*, por lei específica de direito positivo, ou seja, não há necessidade de uma predeterminação das leis formais processuais de julgamento. Para o autor, basta uma fórmula genérica de estruturação e condução do processo, com observância da lei estabelecida de acordo com os valores de legalidade e justiça da sociedade em que estiver inserido.

José Roberto do Santos Bedaque (2006, p. 50-51), por sua vez, afirma que não pode o processualista, embora este não possa prescindir da técnica, prender-se ao tecnicismo, sendo sua missão a de buscar alternativas para a resolução do conflito para que o processo atinja o seu resultado, por isso, a ideia de devido processo legal deve ser difundida como a ideia de fim (ideia teleológica).

Isso quer dizer que, por meio da gestão processual, o juiz poderá, mediante a prática de atos (deveres) de cooperação, de acordo com o caso concreto, providenciar a adequação do procedimento, distanciando-se do formalismo exacerbando, a fim de atender ao direito material, para que se obtenha a justiça substancial, sendo que para tanto deverá contar com a colaboração das partes.

Assim, o direito à tutela jurisdicional não significa somente ver cumprida a técnica processual estabelecida em lei; esta deve, pois, ser suficiente para satisfazer o direito material. Pensar o contrário, como adverte Luiz Guilherme Marinoni (2004, n.p.), “seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual”, já que o direito material é

que deverá dar o contorno ao direito processual, e não o contrário. Dessa forma, ainda segundo o autor mencionado, o juiz, mesmo diante de um procedimento que não satisfaça o direito material, não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional efetiva, devendo, por conseguinte, interpretar a legislação com os olhos voltados a tutelar o direito, extraindo da regra processual sua potencialidade máxima (MARINONI, 2004, n.p.).

A concepção de processo justo, no entanto, não abrange somente os aspectos procedimentais, mas, também, o aspecto material, pois o juiz, ao concretizar o direito, aplicando-o ao caso concreto, estará complementando “a obra do legislador; servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 67).

Assim o é porque o juiz tem o dever de observar os preceitos constitucionais, os quais carecem de interpretação, utilizando-se do processo para tanto, que passa, atualmente, a ser visto como meio de formação do direito material e processual, ou seja, o processo não serve apenas para produzir decisões conforme a lei, mas para produzir decisões justas (OLIVEIRA, 2008, p. 4)²⁴.

O direito ao processo (devido processo legal) não se limita, dessa forma, ao direito de ter acesso ao judiciário, mas ao processo como um todo, incluindo o provimento final, por isso, não só o procedimento como também os resultados devem estar de acordo com os princípios constitucionais, o que resulta em um processo justo.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior (2013) a justiça estatal foi organizada de modo a transformar em realidade dois princípios máximos: a do acesso à justiça e a do acesso por meio de um processo justo. Por intermédio desses princípios, esclarece o processualista, que é assegurado a todos o direito de serem ouvidos em caso de ameaça ou lesão a direitos (acesso à justiça contida no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88) e, o segundo, à tutela jurisdicional efetiva, adequada e justa. Dessa forma, para ele, todo o direito processual, direito ao acesso à justiça, envolvido pela constitucionalidade do direito, traduz-se na garantia do processo justo em substituição ao devido processo legal (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 1).

²⁴ Para Francisco Emilio Baleotti (2012, p.8, grifo nosso) “o formalismo processual, [...], não é valor absoluto e deve servir à realização dos valores constitucionais e infraconstitucionais erigidos pelo legislador, ou seja, se não deve ser totalmente eliminado, também não pode servir, como diz Oliveira, para simples demonstração ou hiper valorização da performance do judiciário, deve ele ser pensado e aplicado segundo os cânones constitucionais, com avultamento dos princípios de instrumentalidade das formas, dos *pas de nullité sans grief*, da colaboração, levando o juiz a officiar em constante diálogo com as partes no sentido de levar a atividade jurisdicional à decisão de mérito justa, fim último do processo”.

Assim, Theodoro Júnior (2013, p. 10) entende ser o processo justo uma nova versão do devido processo legal, não como sendo “aquele desempenhado segundo um único e dominante princípio, mas o que permite a convivência harmoniosa de todos os princípios e garantias constitucionais pertinentes ao acesso à justiça e prestação efetiva da adequada tutela aos direitos subjetivos materiais”.

Paulo Júnior Trindade dos Santos, Darci Guimarães Ribeiro e Gabriela Samrsla Möler (2010, p. 594), de igual forma, entendem que o devido processo legal ficou superado pela concepção de processo justo com a constitucionalização do processo civil que, ligado aos direitos fundamentais, também adquire o caráter de direito fundamental na medida em que busca dar aos jurisdicionados tratamento digno e humano, comprometido com a realidade e que garante à parte a possibilidade de influenciar na decisão em que serão aplicadas as garantias constitucionais, resultando na prestação da tutela jurisdicional efetiva.

Humberto Ávila (2008), no entanto, não comunga desse entendimento, ou seja, para o doutrinador o devido processo legal restringe-se ao aspecto material, pois para ele, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (adequação) são ínsitos aos próprios conjuntos de princípios instituídos, não precisando ser um fundamento escrito; assim, onde houver um conjunto de princípios haverá o dever de proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, os princípios deverão ser aplicados de forma razoável e proporcional. Ilustra o seu pensamento fazendo uma metáfora com a relação entre sombra e o objeto, pois onde houver um estará o outro, não havendo como separá-los, ocorrendo da mesma forma com os princípios e a adequação, ou seja, o dever de proporcionalidade ou razoabilidade não são independentes, mas decorrentes dos princípios instituídos (ÁVILA, 2008, p. 2-3).

Seguindo esse pensamento, o processo é, pois, o instrumento por intermédio do qual busca-se a proteção dos direitos fundamentais através da aplicação dos princípios; assim, é da própria natureza dos princípios fundamentais, por exemplo, que decorre o direito a um processo justo ou adequado, ou seja, a proteção é elemento essencial decorrente do próprio direito fundamental. Em outras palavras, onde há um direito há um instrumento de proteção, que é o processo, sendo este consequência daquele (ÁVILA, 2008, p. 4).

Lorena Miranda dos Santos Barreiros critica esse posicionamento por entender que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade se aplicam fora do âmbito do processo judicial, abrangendo qualquer modo de produção normativa, englobando o administrativo, o legislativo e o negocial, ao contrário do entendimento de Humberto Ávila, cujo pensamento é restritivo ao processo judicial (BARREIROS, 2011, 181).

Além disso, afirma Lorena Barreiros que apesar dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade serem decorrentes do devido processo legal substantivo, não há empecilho algum serem utilizados como baliza para a verificação da justiça do processo também no sentido formal, pois ambos, juntos, produzem o processo justo. Assim, as duas vertentes do devido processo legal não se excluem, antes se completam (BARREIROS, 2011, p. 18)²⁵.

O entendimento doutrinário majoritário, inclusive, é contrário ao posicionamento de Humberto Ávila quanto a inexistência do devido processo legal substantivo. Também se entende como a maioria dos doutrinadores, pois por meio do processo justo busca-se tanto a regularidade do procedimento como uma decisão adequada, que satisfaça toda a sociedade, o que somente se obtém por intermédio do devido processo. Um não existe sem o outro, ou seja, não haverá processo justo caso não sejam observados os princípios processuais, ou, ainda, se a decisão não realizar o direito de forma a fazer justiça. Assim, o fato de a razoabilidade ou proporcionalidade serem inerentes ao conjunto de princípios, o resultado (a produção da norma assim entendida como ato estatal) tem que ser no sentido de garantir os direitos fundamentais como um todo, consistindo o processo em um legítimo instrumento do Estado Democrático de Direito apto a impedir qualquer restrição injusta de direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o devido processo legal abrange não somente a forma como também a substância, pois somente assim haverá a prestação da tutela jurisdicional adequada e processo justo.

Cumprir trazer aqui o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem o devido processo legal não é mais visto como cláusula estática, garantista e formal, mas forma “dinâmica” do processo justo, o qual é materialmente informado pelos direitos fundamentais²⁶.

Em suas palavras

²⁵ De acordo com Paula Sarno Braga (2007, p. 158, grifo do autor) “Reveste-se o *due process* da qualidade de postulado fundamental do Estado Democrático de Direito, que funde, agrega, sedimenta em seu conceito, de forma harmônica, os mais variados princípios constitucionais – como direito a um procedimento ordenado, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à razoabilidade/proporcionalidade, etc -, todos eles oponíveis aos diferentes Poderes do Estado. E é a concretização deste princípio-síntese (*due process*) que assegura ao homem amplo acesso a uma ordem justa”.

²⁶ A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no seu artigo 10, já proclamava o direito a uma audiência justa por parte de um Tribunal independente e imparcial. Luigi Paolo Comoglio (1998, p. 3, grifo nosso) assim se manifestou acerca do assunto: “*Se si ripercorre la storia costituzionale moderna, sviluppatasi dopo la fine dell'ultimo conflitto mondiale, si perviene ad una chiara constatazione. Nelle principali Convenzioni internazionali e nelle Costituzioni degli Stati di democrazia classica, soprattutto in Europa, determinate garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale ed al processo - in particolare, quelle derivanti dai più significativi principi di natural justice (ed abitualmente descritte con i brocardi latini: nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita et alligata partium, nemo iudex in causa sua, audiatur et altera pars, nemo inauditus damnari potest) - si sono progressivamente imposte come "fondamentali" ed "inviolabili", nel contesto generale dei diritti e delle libertà personali dell'individuo, in virtù di una contingente necessità giuridico-politica*”.

Realmente, a visão estática assentava a segurança na garantia do "devido processo legal" (art. 5.o, LIV, da CF/1988). Todavia, numa visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais, parece mais correto falar em direito fundamental a um processo justo. Não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos "meios processuais", mas também um "resultado" qualitativamente diferenciado. Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas é possível extrair a consequência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o "direito ao processo" não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato ("processo" tout court), mas assume um conteúdo modal qualificado ("direito ao justo processo"), que é exatamente a face dinâmica do "devido processo legal". Em semelhante contexto, à estrita ótica de um "devido processo legal", correspondente a uma compreensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, contrapõe-se a visão dinâmica em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2008, p. 7).

Conclui-se, portanto, que o acesso à justiça e adequada tutela dos direitos subjetivos materiais só se obtém através do devido processo legal, princípio este, por ter maior espectro, abarca o processo justo, o qual se constitui em nova garantia fundamental e que é pressuposto do modelo cooperativo, ou seja, esse modelo de processo é expressão do processo justo, daí falar-se que o princípio da cooperação judicial tem como um de seus fundamentos o devido processo legal.

3.2.2 Do contraditório

O contraditório, como parte integrante do processo e decorrente do devido processo legal, também sofreu o influxo da história, de acordo com as conjunturas sociais e políticas.

No processo comum (sec. XIII a XV), extraído da tradição italiana, era na expressão *inaudiat et altera pars* que alicerçava-se o princípio do contraditório, que era considerado um direito natural, fundamentado na razão natural e imanente ao processo, e tinha por escopo diminuir a desigualdade entre as partes, inclusive com relação à capacidade de seus defensores, e buscar a verdade. O processo, portanto, tinha como base a dialética para a resolução do caso concreto, sendo o contraditório fundamental para que se conseguisse dar às partes tratamento isonômico; contudo, esse privilégio não era extensivo a todos os cidadãos, mas era restrito a uma casta social (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 111-112).

Com a *Prozess-Ordnung* da Prússia, em 1781, houve a mutação da ordem isonômica para assimétrica, ficando o contraditório reduzido a um princípio lógico-formal (bilateralidade de audiência), tendo tal prática inspirado o processo nos anos que se seguiram. Esta, inclusive, foi a concepção do contraditório no século XIX, cuja pesquisa acerca da verdade passou a ocorrer de forma individual, o que coincide com o liberalismo processual, cujo o protagonismo ficava com as partes, as quais tinham amplos poderes na condução do processo (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 112).

A legislação prussiana, no entanto, privilegia a posição do juiz com o intuito de dar maior rapidez à solução do conflito, tendo o processo ganhado uma nova teologia baseada na possibilidade de arrendimento do réu, defesa da sociedade e tutela dos direitos subjetivos (NUNES, 2008, p. 35).

Com o Estado Social, cujo reflexo no processo provocou o aumento acentuado dos poderes do juiz, que passou a comandá-lo no lugar das partes, poderia ele ter iniciativa da produção probatória. Inclusive, ressaltam Theodoro Júnior e Dierle Nunes (2009, p. 114) que o aumento do poder do juiz foi tanto que nos anos 30 do século passado chegou-se a crer que o contraditório havia acabado e, mesmo assim, não havia empecilho para que houvesse uma decisão justa.

O Estado Constitucional, por sua vez, provocou uma releitura do contraditório, permitindo às partes maior participação na busca da verdade, sem impedir a atuação do juiz no tocante à iniciativa probatória, mormente no modelo cooperativo, que o incluiu como sujeito do contraditório, resgatando a noção dialética e isonômica do processo, transformando o contraditório em direito fundamental.

No Brasil, este princípio não teve previsão nas Constituições de 1824, 1891 e 1934, sendo que na de 1937 referia-se apenas ao processo penal, mantido nas mesmas condições nas Constituições de 1946 e 1967, muito embora a doutrina entendesse que se aplicava também ao processo civil e administrativo (NERY JÚNIOR, 2016, p. 243; BEDAQUE, 2009, p. 61). Atualmente, o princípio do contraditório encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, que foi estendido expressamente para os processos civil, trabalhista e administrativo²⁷.

²⁷ Hermes Zaneti Júnior (2005), na sua tese de mestrado, reconheceu a importância do contraditório, bem como o redimensionamento que lhe foi dado pela Constituição Federal de 1988. Disse o autor: “A Constituição Federal de 1988, ao incluir em seu texto diversos princípios de direito processual que não estavam anteriormente expressos (v.g. devido processo legal) ou que tinham âmbito mais limitado (v.g. contraditório) assumiu expressamente esta postura garantista. É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI), que tem na sua matriz substancial a ‘máxima da cooperação’

Antônio do Passo Cabral (2005, p. 2) observa que classicamente o princípio do contraditório era definido como direito da parte e vinculado à contraposição, possuindo, atualmente, outras feições pela ampliação do seu significado, abrangendo o direito de presença e de ser comunicado dos atos fatos processuais, direito de contra-argumentar, examinar os autos, fazer requerimentos ao juiz, fazer perguntas às testemunhas, formular quesitos ao perito, ou seja, conceder oportunidades para que as partes possam reagir ou evitar decisões que lhe são desfavoráveis.

Nessa mesma linha de pensamento manifestou-se Leonardo Carneiro da Cunha (2013, p. 308-309) ao afirmar que

O contraditório, atualmente, tem uma dimensão maior, passando a ostentar uma noção mais ampla de contrariedade. Tal noção deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção das provas e no debate das questões de direito.

Não é outro o entendimento de José Manuel de Freitas Lebre (2010, p. 186), para quem a contrariedade não consiste apenas no direito de se contrapor a alguma argumentação da parte contrária, ou seja, no direito de resposta, mas de dar oportunidade às partes de, ao longo de todo o processo, utilizar de todos os meios legítimos para influenciar nas decisões judiciais do litígio.

De acordo com Nelson Nery Júnior (2016, p. 245-246), pelo princípio do contraditório há a necessidade de dar conhecimento às partes de todos os atos praticados no processo para que possam reagir àqueles que lhes forem desfavoráveis por meio de manifestações e produção de provas, não podendo o juiz, de forma alguma, tolher-lhes a participação, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas.

Como se observa, não há como pensar o processo sem o contraditório, e também não há como desvincular a prova do contraditório, já que é por intermédio da instrução probatória que se vai buscar a verdade real, além do que, ela ajudará na formação do convencimento do juiz e, por conseguinte, na decisão a ser prolatada no processo.

Isso porque a busca pelo conhecimento dos fatos, que é pressuposto para a aplicação das normas jurídicas, será imperfeita se vista apenas de um ângulo; assim, a possibilidade de

(kooperationsMáxima). Trata-se de ‘extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da cooperação’. O contraditório surge então renovado, não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como: direito de influência e dever de debate” (ZANETI JÚNIOR, 2005, p. 266-267).

se confrontar os fatos por mais de uma perspectiva leva o mais próximo possível à verdade (MOREIRA, 1984, p. 1).

Essa visão dinâmica do contraditório contribuirá para a diminuição do tempo de duração do processo, pois não somente os pontos de divergência ficarão esclarecidos, como também as teses jurídicas, sobre as quais deverá o juiz se manifestar na sua decisão.

Nesse sentido é o pensamento de Theodoro Júnior e Dierle Nunes (2009, p. 5), para quem a fase probatória, com a qual sempre se preocupou o legislador, por ser um direito constitucional, tem sido deslocada, paulatinamente, para a primeira fase do processo, em que ocorre a sua preparação para o debate da produção probatória, pois percebeu-se que a delimitação do objeto litigioso permite um diálogo mais profícuo, pois irá delimitar tanto as provas que serão produzidas quanto a decisão a ser prolatada, o que irá ajudar na redução do tempo de duração do processo, impedindo que sejam praticados atos processuais inúteis (ou provas), inclusive recursos, possibilitando, ainda, a realização de acordo decorrente da manifestação legítima da autonomia da vontade das partes e não de imposição²⁸.

O princípio do contraditório, como manifestação do Estado Democrático de Direito, relaciona-se com o princípio da imparcialidade do juiz na medida em que este deve conferir igualdade de tratamento às partes, sem privilegiar qualquer uma delas, o que implicará, também, na observância do princípio da igualdade em decorrência desse tratamento isonômico. Esses princípios também são decorrentes do devido processo legal.

A liberdade, outro sustentáculo da democracia, fica resguardada quando conferida às partes iguais oportunidades, pois confere-se às mesmas a possibilidade de valoração acerca da conveniência e oportunidade do exercício do contraditório, ou seja, as partes terão liberdade de autodeterminação, podendo reagir ou não, conforme direito de ampla defesa (JAYME; FRANCO, 2016, p. 130).

Muito embora seja dever do juiz ouvir as partes antes das decisões a serem prolatadas, em contrapartida não há obrigação das partes de se manifestarem, pois o contraditório não constitui uma obrigação para as mesmas, mas uma faculdade (NUNES, 2008a, p. 164), porém, se não for exercida, a parte omissa poderá sofrer consequências.

²⁸ “Na dicção de Peter (baseando-se na exposição de motivos do CPO alemão original), o juiz deve zelar pela exaustiva discussão dos conteúdos da lide, atuando colaborativamente desde a organização inteligível dos elementos do litígio até os esforços máximos de negociação entre as partes (donde observamos, alhures, que a própria conciliabilidade é uma garantia processual, já que proporciona para o conflito uma solução célere, não litigiosa e consensualmente justa) (FELICIANO, 2016, p. 149-150). De acordo com Neil Andrews (2013, p. 6), as Cortes inglesas, após o advento da CPR de 1998, passaram a ter amplos poderes de gerenciamento do processo, tendo como função encorajar as partes a procurarem um meio alternativo de solução do conflito, zelar pelo curso do processo, para que não seja demasiadamente lento e, por fim, zelar para que os custos do processo não sejam excessivos.

Pode-se dizer, ainda, que há dois modos de se exercer o contraditório: o preventivo e o sucessivo (NUNES, 2008a, p. 165). No primeiro, o contraditório ocorre antecipadamente, ou seja, antes de prolatada a decisão o juiz ouve as partes, sendo esta a forma genuína, possibilitando o verdadeiro diálogo entre elas. O segundo, também chamado de impróprio, ocorre posteriormente ao ato decisório para que lhe dê validade.

O contraditório diferido, no entanto, deverá ocorrer de forma excepcional, em caso de tutelas de urgência ou evidência ou por outro motivo previsto em lei, quando houver necessidade de evitar o perecimento do direito, haja vista que a Constituição de 1988, no seu artigo 5º, inciso XXXV, garante a inafastabilidade da jurisdição.

Sobre o contraditório diferido, disse Rogério Cruz e Tucci ([2013?], p. 3-4) que: “a garantia da audiência bilateral não se delinea violada, mas, por certo, tão-só adiada para um momento imediatamente sucessivo à formação do provimento judicial liminar, restaurando-se, com a eventual reação do destinatário da decisão, a garantia da defesa”.

A participação das partes litigantes durante o processo, além de dar mais legitimidade às decisões judiciais, também evita decisão surpresa. Isso, inclusive, é o que determina o Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 10, que dispõe, *in verbis* “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Segundo o dispositivo legal acima mencionado, o juiz terá que dar oportunidade às partes para se manifestarem acerca do que será decidido no processo, ainda que se trate de matéria que possa ser conhecida de ofício. Essa determinação é corolário do modelo cooperativo de processo, consistindo em um dever para o juiz, como veremos mais adiante, podendo gerar uma decisão nula por desatenção ao princípio do contraditório. Dierle Nunes (2008, p. 169), inclusive, fala que uma decisão sobre determinada questão quando anteriormente submetida às partes para discussão será melhor decidida.

Ainda, relata o doutrinador que um dos pontos tratados na reforma do processo civil em 2002, que ocorreu na Áustria, foi exatamente a proibição da decisão surpresa, impondo ao juiz a obrigação de discutir com as partes as questões de fato e de direito, evitando-se, assim, que sua decisão seja solitária (NUNES, 2008b, p. 170).

No direito lusitano, a regra constante no Código de 1973, inserida pela reforma de 1995/1996 e repetida no atual Código de Processo Civil português de 2013, no artigo 3.º 3, também é no mesmo sentido, determinando que o Tribunal não pode decidir acerca de questões de fato e de direito sem que antes abra a possibilidade para as partes se

pronunciarem sobre elas, salvo em caso de manifesta desnecessidade (FREITAS, 2010, p. 187).

Na França, de igual forma, o juiz não pode fundamentar sua decisão em aspectos jurídicos sobre os quais as partes não tenham se manifestado, conforme dispõe o artigo 16 do *Nouveau Code de Procedure Civile*²⁹.

Na Alemanha, após a Segunda Grande Guerra, de acordo com Theodoro Júnior e Dierle Nunes (2009, p. 120-121), a expressão “pretensão da audição jurídica” contida no artigo 103, §1º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, foi interpretada pelo Tribunal Constitucional Federal de modo a incluir a determinação não só às partes, mas também ao juiz, que teria a obrigação de proporcionar àquelas a possibilidade se posicionarem acerca de qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito que pudesse influir sobre o resultado dos provimentos.

Vale mencionar que o §139 da *Zivilprozessordnung* (ZPO) continha o dever de indicação (*Hinweispflicht*), consistente no dever do órgão judicial de provocar as partes para o debate acerca de questões de fato e de direito, propiciando aclarar suas argumentações; com a reforma, o §139 da ZPO passou a vedar ao tribunal fundamentar sua decisão em ponto de vista estranho àqueles fornecidos pelas partes, salvo se lhes tivesse dado oportunidade anterior de se manifestarem acerca do mesmo (PINHO; ALVES, 2013, p. 304).

A participação das partes no processo, portanto, não se limita aos atos processuais realizados durante o seu *iter*, pois elas têm direito, também, de influenciar nos provimentos jurisdicionais, não podendo na fundamentação da decisão constar alguma questão jurídica sobre a qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestarem.

Assim, na sentença, deverá o juiz expor as razões de decidir a partir dos fatos e provas constantes do autos e fundamentos apresentados pelas partes. Todavia, segundo escólio de Carlos Henrique Soares (2018, p. 134), o que não se pode deixar de ser enfrentado pelo juiz são as questões levantadas pelas partes, que deverão ser resolvidas através das decisões judiciais, pois o juiz não julga argumentos, mas questões. Aduz, ainda, o autor, que os argumentos apresentados pelo juiz na sentença poderão combater mais de uma tese jurídica apresentada pelas partes, e que não é necessário que o juiz repita todos os fundamentos

²⁹ *Nouveau code di procedure civile. Article 16.* “O juiz deve, em todas as circunstâncias, ter ele mesmo observado o princípio da contradição. Não pode reter, na sua decisão, os meios, explicações e documentos invocados ou apresentados pelas partes, a menos que estas os tenham podido discutir de forma contraditória” (tradução nossa).

jurídicos apresentados para justificar a rejeição das teses das partes, que, por óbvio, considera-se rejeitadas pelos fundamentos apresentados pelo juiz³⁰.

Para Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 72-73), de acordo com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 88, o juiz, na fundamentação da sua decisão, deve levar em consideração os argumentos de defesa apresentados pelas partes, informando-lhes os motivos pelos quais seus fundamentos não foram acolhidos. Assim, para o processualista, o dinamismo do contraditório se completa no julgamento, momento em que complementar o diálogo ao responder às partes as questões suscitadas, e para acolher ou rejeitar suas pretensões, deverá analisar os fundamentos apresentados por elas, pois somente assim o contraditório será efetivo.

Essa visão dinâmica do contraditório, do qual participam o juiz e as partes, impõe limite à função estatal, pois possibilita às últimas fiscalizarem a atividade do primeiro, o que faz Fernando Gonzaga Jayme e Marcelo Veiga Franco (2016, p. 133) concluir que a motivação da decisão é parte integrante do contraditório. Leonardo Grego (2015, p. 305), inclusive, afirmou ser a fundamentação precisa e consistente das decisões judiciais um dos aspectos do contraditório. Por um outro olhar, pode-se dizer que a decisão é a síntese do contraditório, ou seja, o seu resultado.

O contraditório dinâmico também é chamado de tridimensional, e é composto dos seguintes elementos: ciência, informação e participação das partes em igualdade de condições; possibilidade de influência e controle do conteúdo das decisões judiciais; e, por fim, direito das partes de terem analisado seus argumentos e provas (JAYME; FRANCO, 2016, p. 135).

Ainda, como expressão da democracia, cuja característica principal é a participação, sendo que no Poder Judiciário se dá no processo, o Código de Processo Civil de 2015 abriu a possibilidade de entidades e grupos de apresentarem informações importantes, no processo, que poderão influenciar na decisão, não restringido somente às partes. Dessa forma, o artigo 138 do CPC/2015 prevê a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, considerando a relevância da matéria, a especificidade do objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia. O artigo 927, §2º, do CPC/2015 prevê a possibilidade de realização de

³⁰ Marcelo Veiga Franco (2015, n.p., grifo do autor), por sua vez, entende que, apesar de o juiz ter que analisar os fundamentos jurídicos apresentados pelas partes, elas deverão apresentar argumentos que tenham pertinência com o objeto que está sendo discutido no processo, por isso que o CPC/2015, no inciso IV, do §1º, do artigo 485, determina que o juiz fundamente adequadamente sua decisão enfrentando apenas “todos os argumentos deduzidos no processo e capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

audiências públicas e participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, assim como o artigo 983, *caput*, do CPC/2015.

O CPC/2015 estabelece em seu artigo 371 que “o juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Como se observa, houve uma mudança na redação em relação ao Código de 1973, tendo sido retirada a palavra “livremente”, significando que a apreciação da prova não poderá ser feita de forma discricionária, devendo o juiz, na sua decisão, valorar as provas produzidas nos autos para chegar o mais próximo possível da verdade e prolatar uma decisão justa.

Sem que se aprofunde na questão, mas apenas para que fique demonstrado que o contraditório permeia todo o processo, é bom lembrar que os embargos declaratórios, sobretudo com a alteração promovida pelo CPC/2015³¹, que acrescentou mais duas hipóteses em que poderá ser usado o recurso, pode ter efeito modificativo, devendo a parte contrária, nesse caso, ser intimada para apresentar suas contrarrazões. Ainda, o §4º do mesmo dispositivo legal prevê que se a parte contrária já tiver apresentado o recurso, poderá complementar ou modificar as suas razões.

Também é importante mencionar a fase executória do processo, a qual entende-se que deverá, de igual forma, ser submetida ao contraditório, pois mesmo nesse momento processual é necessário o diálogo, inclusive para que possa ser atribuída maior agilidade à execução. Giuseppe Tarzia (1982, p. 9-10), apesar de reconhecer que essa é uma questão bastante polêmica, mostrando-se a favor do contraditório na fase executória, diz que é necessário que ao executado seja dada ciência de todos os atos a serem praticados durante a execução, que terá o direito de reagir contra eles, e que qualquer derrogação do princípio há de ser excepcional³².

Acrescenta-se, ainda, que o princípio do contraditório refere-se ao processo como um todo, e sendo a fase executória, em razão do sincretismo processual entre conhecimento e execução, parte integrante do processo, não pode ser excluída do contraditório.

Esse novo significado dado ao princípio do contraditório está em consonância com o modelo cooperativo, pois a cooperação, enquanto modelo processual, tem por fundamento o

³¹ Art. 1.022, *caput*, da Lei 13.105/2015: “Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material” (BRASIL, 2015).

³² “É óbvio que o princípio do contraditório não se aplica na execução com a mesma intensidade que incide no processo de conhecimento, mas inquestionável a sua aplicação na execução. Na execução, tanto o exequente como o executado têm direito de ser cientificados dos atos processuais” (CUNHA, 2013, p. 315).

diálogo entre os sujeitos processuais, o que também corresponde ao postulado do Estado Democrático de Direito, pela participação das partes na formação da decisão judicial.

Nesse sentido já se manifestou Antônio do Passo Cabral (2005, p. 2), ao afirmar que muitos doutrinadores identificam o contraditório como decorrência do Estado Democrático de Direito pelo fato de tratar de uma exigência intuitiva, de sentimento social, de que somente poderá haver uma decisão dirigida a uma pessoa se ela puder, antes, defender-se da mesma.

Ainda, para o autor, o direito ao contraditório é direito fundamental que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, já que no processo, o homem não pode ser transformado em mero objeto, mas tem o direito de exercer papel ativo como sujeito processual (CABRAL, 2005, p. 1).

Sendo o contraditório um direito fundamental, Antônio do Passo Cabral não o vê como um direito subjetivo tal como definido no direito privado, no sentido de que o direito do credor se conecta a um dever correspondente do devedor, pois, para ele, no campo de direitos fundamentais essa visão privatista é insuficiente; assim, ao lado dessa visão subjetiva, “os direitos do homem” possuem, também, uma dimensão objetiva que consagra o valor do Estado de Direito. Nessa visão, o contraditório traz, em si, uma carga valorativa que deve ser respeitada e incentivada (CABRAL, 2005, p. 5).

Não é aceitável, portanto, que no Estado Democrático de Direito uma decisão judicial seja prolatada sem a participação daqueles que sofrerão seus efeitos; assim, é por meio do contraditório que as partes poderão participar efetivamente do processo, colaborando com o exercício da jurisdição, para que se obtenha uma solução justa (CABRAL, 2004, p. 9-10).

Pode-se dizer que essa nova visão do contraditório é inerente ao modelo cooperativo, o qual busca reduzir as desigualdades porventura existentes entre as partes, possibilitando que se chegue o mais próximo possível da verdade, além de lhes dar a possibilidade de influenciar na decisão do juiz, o que dará legitimidade ao ato decisório e satisfação para os jurisdicionados.

3.2.3 Princípio da boa-fé

Direito e ética, apesar de serem institutos distintos, não há como negar que o primeiro está fundamentado no segundo, pois “não se pode admitir a subsistência de um direito imoral” (CABRAL, 2005, p. 6).

Ética e moral, por sua vez, embora também sejam valores distintos, são inseparáveis em razão da estreita articulação entre eles “na medida em que a ética tem como objeto de

estudo a própria moral, não existindo uma desligada da outra” (PEDRO, 2014, n.p.), embora independentes entre si. Assim, falar-se em ética implica em falar de moral e vice-versa.

Ana Paula Pedro (2014, n.p.) ressalta a importância do equilíbrio entre ética e moral, por serem valores necessários ao modo de agir e viver, sendo ambos “simultaneamente, um pressuposto desse mesmo agir e pensar, afastando, assim, a ideia de que a moral ou a ética pertencem exclusivamente ao domínio da intuição e da emoção e não do conhecimento e da razão”.

A boa-fé decorre dos valores éticos e morais, pois não há como se ter boas intenções ou agir de boa-fé sem estar baseado na ética e moralidade. Para o Direito, a boa-fé é considerada como uma cláusula geral ligada ao comportamento, coligada ao *standard* da probidade ou correção (MARTINS-COSTA, 2008, p. 400), ou seja, “um parâmetro de comportamento, em que as atitudes das pessoas serão valoradas de acordo com os padrões de lealdade, probidade e honestidade” (BALBINO, 2020, n.p.).

A boa-fé (*bona fides*) decorre do direito Romano, o qual deu à expressão uma nova concepção, que foi traduzida nas fórmulas boa-fé subjetiva (*guter Glauben*) e objetiva (*Treu und Glauben*) (BALBINO, 2020, n.p.).

A boa-fé era um instituto ligado ao Direito Civil, sobretudo ao Direito Obrigacional, que foi incorporado ao Processo Civil, “o qual é também formado por regras cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada, mesmo quando o destinatário não o faça espontaneamente” (BEDAQUE, 2006, p. 10). Pode-se dizer, assim, que as regras de direito material se expandiram para o direito processual, o que não poderia ser diferente, pois este ramo também faz parte do Direito como um todo, considerado um complexo de normas jurídicas destinadas a reger as relações jurídicas.

Não obstante a boa-fé ser um instituto genuíno do direito civil, o Código Civil brasileiro de 2016 não lhe deu nenhum tratamento, ocorrendo somente com o Código de 2002, conforme artigos 421 a 425, todavia, o Código Comercial de 1850, no seu artigo 131, inciso I, fez menção à boa-fé objetiva como cláusula geral. O Código de Defesa do Consumidor (Lei.8.78/1990), em diversos artigos, trata da boa-fé.

O princípio da boa-fé, no entanto, é de difícil conceituação, pois a expressão comporta diversas interpretações; assim, é considerada como uma cláusula geral ligada a normas de conduta, exigindo das pessoas que atuem de forma íntegra e ética em qualquer relação³³.

³³ Francesco Carreta Muñoz (2008, p. 117, grifo nosso) acerca do conceito de boa-fé, manifestou-se nos seguintes termos: “Podemos decir que la buena fe alude muy en general a um comportamiento correcto. La dificultad es que el concepto de lo correcto es tan genérico como el de buena fe por lo que definirla así resulta

Quanto ao seu fundamento jurídico, ressalta-se que não tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988, todavia, poder ser extraído do texto constitucional.

Alguns autores, de acordo com Didier Júnior (2018, p. 182) entendem que o princípio da boa-fé encontra seu fundamento no princípio da solidariedade, do qual decorre o dever de não agir com deslealdade ou quebra de confiança; ainda segundo o autor mencionado, há quem o veja como cláusula geral que concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Theodoro Júnior (2004, n.p.), considerando que um dos princípios fundamentais da nossa República é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF/88) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I, da CF/88), conclui que o posicionamento adotado pela Constituição está vinculado aos princípios éticos e morais e que devem pautar todos os atos, quer sejam provindos de particulares ou de entes públicos, sejam da ordem econômica, social ou política. Nessa esteira, todo o ordenamento infraconstitucional deve se pautar por tais preceitos, pois somente assim realizar-se-á justiça.

Antônio do Passo Cabral (2005, p. 5-6), por sua vez, entende que o direito ou garantia fundamental ao contraditório gera, por outro lado, deveres, o que justifica a existência da cláusula geral da boa-fé; em outras palavras, o princípio da boa-fé decorre do direito fundamental ao contraditório, isso porque esse direito não pode ser exercido ilimitadamente.

Rafael Wobeto Pinter (2016, p. 4), partindo do princípio geral da boa-fé, aplicável a todo o ordenamento jurídico, vê na boa-fé processual um subprincípio aplicável ao processo. Quanto ao princípio geral, entende que ele não decorre do princípio da solidariedade nem da dignidade da pessoa humana, mas da igualdade, tal como sustentado por Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Assim, segundo o pensamento de Pinter, a boa-fé relaciona-se com a igualdade através do equilíbrio das posições processuais, ou seja, corrige as atitudes abusivas da liberdade na medida em que não se pode agir de forma diferente daquela que se pretendeu demonstrar.

Fredie Didier Júnior (2018, p. 182-183), no entanto, entende que o dever de boa-fé decorre do devido processo legal, o qual atinge todos aqueles que participarem do processo além de todo o aparato judicial, não obstante, anteriormente, tenha se manifestado no sentido de que a boa-fé decorria do princípio da solidariedade (PINTER, 2016, p. 3). Para Didier, o processo, para ser justo e equitativo, não pode se pautar em comportamentos desleais.

casi una tautología. Cualquier outra definición a priori que se intente, puede caer en la misma cuestión. Sin embargo, no que se puede desconocer que cuando se alude a lo correcto, dentro del proceso, al menos en la tradición de cultura de los operadores jurídicos, existe una significación que disce relación com el comportamiento leal.”

Joan Picó I Junoy (2011, p. 13), em artigo que justamente trata de tal questão, afirma que o princípio da boa-fé tem amparo em diversos outros princípios constitucionais, todavia, destaca um fundamento constitucional explícito, mas indireto do princípio, que é o artigo 17 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Diz o processualista espanhol que é explícito porque em tal norma se estabelece a proibição do abuso de direito, e indireto, porque a sua aplicação deriva do artigo 10.2 da Constituição espanhola, segundo a qual as normas relativas aos direitos fundamentais estabelecidos devem ser interpretadas de acordo com os tratados e acordos internacionais ratificados pela Espanha. Ainda, afirma que o artigo 17 da CEDH deve ser interpretado juntamente com o artigo 6º da mesma convenção, o qual garante o direito a um processo justo e equitativo, previsão esta também contida no artigo 24 da Constituição espanhola.

Pode-se concluir, portanto, que o princípio da boa-fé tem assento na Constituição Federal de 1988, o qual pode ser extraído de diversos princípios constitucionais expressamente previstos, e que se aplica a todo o ordenamento jurídico, e sendo o devido processo legal ligado diretamente ao processo, entendemos que dele decorre a boa-fé processual, pois não se pode haver um processo justo e contraditório dinâmico (princípios estes decorrentes do devido processo legal) sem que tenham sido pautados na boa-fé. Assim, tem-se que, ao lado do devido processo legal e contraditório, a boa-fé é uma das colunas sobre as quais se sustenta o processo colaborativo, pois não existe justiça onde existir a má-fé.

Um juiz passivo, que não tem controle sobre a conduta das partes, que é distante das mesmas, que muitas vezes são substancialmente desiguais, modelo este concernente ao sistema adversarial, não se coaduna com o princípio da boa-fé, pois nesse caso a decisão irá apenas certificar o poder do mais forte sobre o mais fraco. Da mesma forma ocorre no modelo inquisitivo, em que o juiz tem plenos poderes e às partes é reservado um papel secundário, o qual também se contrapõe ao princípio da boa-fé, pois há de existir no processo deveres impostos ao juiz que fixarão os limites da sua atuação. Tanto o juiz quanto as partes deverão agir de forma ética e leal, sendo o processo cooperativo aquele que melhor concretiza o princípio da boa-fé (BARREIROS, 2011, p. 204-205).

Para Alcides de Mendonça Lima (1979, p. 2), por meio do silogismo fica clara a necessidade de aplicação da boa-fé também no direito processual, a saber: “o direito se funda na moral; o direito processual visa, precipuamente, restabelecer o direito material quando violado; logo os meios de que se serve para atingir aquele objetivo não podem utilizar-se de situações ímprobas, maculando o próprio resultado pretendido”, pois se assim não fosse, o

Estado não teria condições de prolatar decisões justas e o processo, por sua vez, não seria justo.

No Código de Processo Civil português revogado, no seu artigo 266º-A, era previsto que o princípio da cooperação impunha tanto às partes como ao juiz e ao mandatário judicial o dever de agir de boa-fé, sob pena de punição no âmbito civil e contravencionalmente.

A boa-fé processual, no entanto, não se relaciona somente às intenções das partes, ou seja, ao seu estado de ânimo, a qual é conhecida como boa-fé subjetiva, de difícil investigação, mas está atrelada a normas de conduta as quais devem ser respeitadas pelos sujeitos processuais, inclusive pelo juiz. Isso porque um ato pode ter sido praticado sem má intenção, todavia, examinando-o objetivamente, não pode ser considerado como de boa-fé, por não transmitir confiança.

Assim, o legislador, facilitando, presumivelmente considera certas condutas como sendo praticadas com boa ou má-intenção, ou seja, considera que o agente não as tenha praticado imbuído de má-fé ou vice-versa, como ocorre com os procedimentos elencados nos artigos 1.201 e parágrafo único e artigo 1.256, ambos do Código Civil brasileiro, bem como os contidos nos artigos contidos nos artigos 77 e 774, ambos do CPC/2015 (VIANA; GAGLIANO, 2012, n.p.)³⁴.

De tais conceitos, conclui-se, portanto, que a boa-fé subjetiva é elemento fático, ou seja, fato jurídico, e a boa-fé objetiva é norma de comportamento (VIANA; GAGLIANO, 2012, n.p.; DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 179).

Quanto aos institutos, Renata Domingues Barbosa Balbino (2020, n.p.) distingue a boa-fé subjetiva da objetiva, conceituando a primeira como sendo um “estado de espírito, estado de consciência, como conhecimento ou desconhecimento de uma situação, fundamentalmente psicológica”; e a segunda, como normas de condutas que determinam como o sujeito deva agir.

A autora acima mencionada atribui à boa-fé objetiva dois sentidos, sendo um positivo e outro negativo. Quanto ao sentido positivo, entende ser este ligado à lealdade, o que impede, assim, que ocorram comportamentos desleais; o segundo (sentido negativo), diz respeito à obrigação de cooperação entre os contratantes, para que o contrato possa ser cumprido

³⁴ José Manoel de Arruda Alvim Netto (1993, p. 2) conceitua a boa-fé objetiva, ou seja, a objetivada na lei como sendo “aquela em que o próprio sistema jurídico fornece parâmetros para ser avaliada, o que, certamente, facilita a tarefa do juiz e mesmo o próprio comportamento das partes, com vistas a não serem havidas como má-fé. A lei brasileira procura fornecer elementos, através dos quais se possa chegar à conclusão de estar o litigante de boa-fé, ou não”.

adequadamente, pelo que deverão estar presentes todas as informações necessárias para o seu cumprimento (BALBINO, 2020, n.p.).

Destarte, a boa-fé objetiva tem natureza de princípio jurídico, o qual é extraído da cláusula geral, consistindo em norma de comportamento, de conteúdo ético, que independe da intenção do agente, ou seja, de que o ato tenha sido praticado com boa ou má intenção. O que importa é que a atitude da parte tenha que “guardar harmonia com o que se pode razoavelmente esperar de uma pessoa média, naquele momento histórico, numa comunidade com aquelas características culturais” (VIANA; GAGLIANO, 2012, n.p.). Pode-se dizer, portanto, que a boa-fé objetiva está relacionada com a eticidade, lealdade que se espera de um homem médio, o qual deve ser inserida em normas legais que irão proibir posições jurídicas processuais que podem ser consideradas como “abuso do direito” processual, ou desrespeito à boa-fé objetiva (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 3).

De acordo com Fredie Didier Júnior (2008, p. 185), a doutrina alemã agrupou quatro casos em que se aplicam a boa-fé objetiva: a) proibição de criar dolosamente posições jurídicas consistentes em atitudes de má-fé; b) proibição de *venire contra factum proprium*; c) proibição de abusos de direitos processuais; d) *suppressio*. Além dessas, identifica, o processualista mencionado, mais três hipóteses em que pode ser aplicado o princípio da boa-fé, sendo elas: e) negociação processual; f) função hermenêutica; g) deveres de cooperação (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 187).

A proibição de criar dolosamente posições jurídicas, portanto, agir de má-fé, pode ser encontrada no disposto no artigo 258 do CPC/2015, que trata do pedido de citação por edital feito de forma dolosa, ou aquele que praticar uma das condutas elencadas no artigo 80 do CPC/2015. Ainda tem-se as disposições contidas no artigo 143 do CPC/2015 que são dirigidas ao juiz.

Quanto ao *venire contra factum proprium*, trata-se, inicialmente, de duas condutas lícitas, mas por serem contrárias deixarão de ser consideradas de boa-fé; consiste, portanto, na proibição do exercício de uma posição jurídica contrária a uma atitude tomada anteriormente. Assim, uma pessoa que adota uma conduta não poderá agir, posteriormente, de forma diametralmente oposta, pois dessa forma deixará de transmitir confiança gerada pela incoerência decorrente de suas ações. Tem-se como exemplo o disposto no artigo 1.000 do CPC/2015, que proíbe a parte de recorrer se tiver manifestado, anteriormente, aceitação da decisão, e o disposto no artigo 276 do CPC/2015, que reza que a parte que deu causa à nulidade não pode requerer a sua decretação.

O abuso de direito processual também é considerado como conduta ilícita, pois pode estar ligado tanto à violação de regras processuais ou quanto à sua utilização de forma inadequada. Também pode haver abuso de direito processual quando as garantias fundamentais ou constitucionais são utilizadas de forma incorreta, com propósitos inadequados, pois como destaca Michele Taruffo (2009, p. 7), as garantias processuais não protegem nem legitimam condutas injustas e nocivas, elas visam proteger os direitos. Dá como exemplo o próprio acesso à justiça, que não pode ser utilizado com o propósito de importunar outra pessoa, sem qualquer interesse legal legítimo; similarmente, invoca o direito de defesa, que não pode ser utilizado para requerer “dezenas de preliminares frívolas e infundadas apenas a fim de provocar atrasos e custos, ou para impedir a corte de tomar o caso em consideração” (TARUFFO, 2009, p. 7)³⁵.

Ainda, o doutrinador italiano chama a atenção para o fato de o abuso de direito processual não ser utilizado como entrave para o desenvolvimento das garantias fundamentais nos sistemas em que estas ainda estejam “em progresso”, todavia, adverte, por outro lado, que o abuso pode ser cometido sob o rótulo de um “direito fundamental processual” e a aplicação de tais direitos não pode ser feita ilimitadamente (TARUFFO, 2009, p. 6).

André Luiz Maluf de Araújo (2016, p. 50-56), todavia, não comunga do entendimento de que o direito de defesa pode encontrar seu limite na boa-fé, pois para ele um direito fundamental somente pode ser limitado por outro. Explica, o autor, que entre o direito a tutela efetiva e o direito de defesa não existe colisão, pois são direitos fundamentais que podem ser exercidos simultaneamente, assim, não existe limitação do direito de defesa de uma parte em relação ao direito de defesa da outra parte, mesmo pelo critério de necessidade, como tem reconhecido a doutrina. Para o doutrinador, deve o juiz utilizar da aptidão para a produção da prova como critério para a proteção do direito de defesa sem recorrer à limitação dos mesmos. Assim, nesse pensamento, se uma das partes não colaborar com o processo, ocultando prova em seu desfavor, não é justo impor à outra parte tal ônus, o que poderia vulnerar o seu direito de defesa. A adoção do critério dinâmico de distribuição do ônus da prova seria, pois, compatível com o direito de defesa.

³⁵ Quanto ao abuso de direito processuais, ressalta Michele Taruffo (2009, p. 11) que também pode ocorrer por parte dos juízes. Para o processualista “O abuso cometido pelos juízes é tipicamente um abuso de discricionariedade que é praticado principalmente pelo mau uso dos poderes gerenciais do juiz referentes ao desenvolvimento dos procedimentos judiciais (atrasos indevidos, violação dos direitos das partes a um processo correto e rápido etc), mas também tomando decisões evidentemente erradas [...]. Algumas vezes se diz, todavia, que um abuso cometido por juízes não pode ser concebido porque juízes são obrigados a agir de acordo com as disposições constitucionais referentes ao justo desenvolvimento dos procedimentos [...]. Ao contrário, deve-se considerar que os juízes podem facilmente abusar de seus poderes apesar de estarem tais poderes funcionalmente orientados para uma leal e correta direção dos procedimentos judiciais [...]”.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2008, p. 5), por outro lado, apesar de entender que o direito ao contraditório é um direito fundamental, afirma que ele gera, como já dito alhures, direitos objetivos, os quais restringem os direitos subjetivos; assim, não obstante seja o contraditório um direito objetivo, nada impede que deste princípio derivem deveres que limitem o seu próprio conteúdo e alcance.

Quanto à *supressio*, significa perda de poderes processuais pela sua não utilização por determinado período de tempo que faz incutir no sujeito passivo a crença de que aquele poder não mais seria exercido. O exercício tardio de poder processual seria, pois, contrário à boa-fé pela expectativa criada no sujeito passivo. A *supressio*, nas palavras de Didier Júnior (2018, p. 186), “é efeito jurídico cujo fato jurídico correspondente tem como pressuposto o não exercício de um direito e a situação de confiança da outra parte”.

Todavia, há que se ressaltar que *supressio* não significa perda da exigibilidade do direito ou mesmo do próprio direito (direito potestativo) pela prescrição ou decadência, respectivamente, mas está ligada ao comportamento do sujeito ativo em face da convicção criada no sujeito passivo (VIANA; GAGLIANO, 2012, n.p.)³⁶.

Fredie Didier Júnior (2009, p. 4-5) traz como exemplo da *supressio* a multa coercitiva (astreintes) fixada em um processo por meio de decisão liminar no ano de 2002, cujos autos foram devolvidos ao cartório pelo beneficiário da multa no ano de 2007, ou seja, 51 meses depois, acompanhado do pedido de execução da multa diária por suposto descumprimento da liminar, que determinava a retirada do nome da autora do cadastro dos órgãos de proteção ao crédito.

Como ressalta Didier Júnior, no direito privado há um dever do credor de minimizar as suas perdas (*duty to mitigate the loss*), o qual decorre do princípio da boa-fé; assim, ao não diligenciar para que o valor do seu prejuízo não aumente consideravelmente, estaria cometendo abuso de direito, o qual deve ser reprimido, por violar conduta geral de boa-fé.

Cabe aqui mencionar a *surrectio*, que é o oposto ao *supressio*, pois enquanto neste último, como dito acima, há a perda de um direito processual, no primeiro, contrariamente, há

³⁶ Didier Júnior e Bomfim (2010, p. 212-213) se manifestaram da mesma forma, a saber: “A *supressio* não se confunde com a prescrição e com a decadência. A prescrição e decadência, como já se disse, são atos-fatos jurídicos cujo efeito é a perda de eficácia (e não a extinção) de uma situação jurídica ativa (em se tratando de prescrição) ou a perda do próprio direito (em se tratando de decadência) por força de seu não exercício durante determinado lapso de tempo. Não se tutela, aqui, a confiança da outra parte. A *supressio* é decorrente da incidência do princípio da boa-fé nas relações jurídicas. É a situação da confiança daquele que adere à imagem de não exercício que é tutelada para que sejam extintas as situações jurídicas ativas (e não apenas atingida a sua eficácia)”. E continuam: Por isso, é plenamente possível que se irradie a *supressio* quando ainda pendente o prazo prescricional concernente a um determinado direito a uma prestação (depois de operada a prescrição, sequer haveria, em princípio, utilidade de verificar a incidência do princípio da boa-fé)”.

o surgimento de um direito exigível pelo outro sujeito da mesma relação jurídica em decorrência da conduta do sujeito da qual originou a *supressio* (VIANA; GAGLIANO, 2012, n.p.).

A *tu quoque*, frase historicamente atribuída a Júlio César, imperador romano quando foi traído pelo seu filho, assim como a *supressio*, diz respeito a regras de comportamento que não são admitidas no direito, sendo que por intermédio dessa figura busca-se evitar surpresas na dinâmica da relação jurídica, a exemplo de um dos contratantes exigir o implemento da obrigação pelo outro contratante, antes de cumprir a sua própria. Tais situações têm previsão nos artigos 476 e 477, ambos do Código Civil brasileiro, bem como no artigo 787 do CPC/2015 (VIANA; GAGLIANO, 2012, n.p.).

Continuando, seja com relação ao litígio seja em relação às situações jurídicas processuais (artigo 190 do CPC/2015), deverá ser observado o princípio da boa-fé, conforme estabelecido no artigo 422 do Código Civil brasileiro, o qual se aplica ao processo.

O princípio da boa-fé tem também função de “colmatar as lacunas existentes nas regras processuais” (TARUFFO, 2009, p. 3), isso quer dizer que na falta de uma regra específica prevenindo ou punindo uma determinada conduta abusiva, deverá ser utilizada a cláusula geral de boa-fé para enquadrar a conduta como sendo de má-fé. Ainda nessa função hermenêutica da boa-fé, todas as decisões judiciais assim como as postulações devem ser interpretadas de acordo com o princípio da boa-fé (artigos 489, §3º e 311, §2º, ambos do CPC/2015).

Por fim, o princípio da boa-fé impõe deveres de colaboração, pois para que se cumpra o contrato fielmente como ficou estabelecido, é preciso que as partes ajam de boa-fé.

No que tange ao processo civil, somente se houver colaboração de todos os sujeitos processuais é que se obterá uma sentença justa e, para tanto, terão que agir de boa-fé; em outras palavras, não se chegará o mais próximo possível da verdade se as partes não agirem de boa-fé, o que inviabilizará o processo justo pela falha na colaboração. Como adverte Daniel Mitidiero (2011b, p. 105-106), o processo cooperativo que é, necessariamente, um “*debido proceso leal*”, tem como objetivo tanto a boa-fé subjetiva quanto a objetiva, porquanto todos aqueles que atuarem no processo devem fazê-lo de forma leal.

Atuando em juízo, a participação efetiva nas decisões judiciais é inerente ao modelo cooperativo de processo, o que justifica a repressão a condutas de litigância de má-fé e atos atentatórios à dignidade da justiça. Assim, “se participar é garantido, a atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos estatais da jurisdição” (CABRAL, 2004, p. 10).

Essa, portanto, é a razão pela qual o modelo cooperativo encontra seu fundamento no princípio da boa-fé, consistente em valor fundamental que balizará a conduta de todos os sujeitos processuais, ou seja, valor limitante do comportamento dos sujeitos processuais, inclusive do juiz³⁷.

Com a ideia moderna de publicização do processo e aumento da participação das partes e do juiz, não é aceitável que estes, ou qualquer outro sujeito que participe do processo, tenham condutas desonestas, sob pena de desvirtuar a sua finalidade institucional, que é o primado do direito e a justiça (LIMA, 1979, p. 2).

Alcides de Mendonça Lima (1979, p. 2-6) fala da necessidade de haver regras processuais que disponham a respeito do comportamento de todos aqueles que se envolvam no processo, inclusive juiz e Ministério Público, as quais formam o “princípio da probidade”, e no que diz respeito às partes, decorrem do “dever de lealdade”, sendo uma das suas variantes o “dever da verdade”, pois o juiz não poderá formar sua convicção baseado em fatos irreais, inverídicos. Quanto ao juiz, afirma que sendo o primeiro a ter que dar bom exemplo, sempre lhe foi exigido comportamento ético, tanto que as partes podem lançar mão da “exceção de suspeição” para vedar a sua atuação em determinados processos e, além disso, como expressão do comportamento ético, o juiz, na sentença, deverá demonstrar o modo de avaliação das provas, ou seja, elencar os motivos do seu convencimento, sob pena de nulidade da decisão.

A conduta desleal, contrária à boa-fé, pode, portanto, macular todo o processo, ou seja, contaminar os atos processuais, quer seja durante o contraditório, que vão refletir no resultado final do processo, quer seja na própria sentença, pela falta de fundamentação adequada.

Leonardo Greco (2015, p. 306) também reconhece o princípio da boa-fé como sendo fundamental ao modelo cooperativo, afirmando ter o mesmo o condão de implementar no processo a solidariedade social, sem a qual não se obtém a convivência pacífica no Estado Democrático de Direito, que exige de todos comportamento ético e leal.

Essa estreita relação entre os princípios do devido processo legal, princípio do contraditório e princípio da boa-fé deixam evidente o motivo pelo qual entende-se que esses

³⁷ De acordo com Martins-Costa (2008, p. 401-402, grifo do autor):” O sintagma boa-fé indica, na relação obrigacional, o ‘teor geral da cooperação intersubjetiva’ que há de dar-se entre as partes com vistas ao adimplemento”. E continua: “Isto É: a colaboração devida, em razão da boa-fé, não há de ser uma ‘qualquer colaboração’, mas uma colaboração pautada pela finalidade econômico-social do negócio; pelo regramento leal incidente, ou pelo regramento negocial acaso pactuado, ou decorrente dos usos, no espaço, que lhes é concedido ordem jurídica; pelos princípios constitucionais informadores da ordem econômica e os demais princípios do Direito das Obrigações, de modo especial *pelo respeito à legítima confiança* que, como valor social de base, explica e garante a vinculabilidade jurídica”.

princípios, em conjunto, fundamentam o modelo cooperativo, uma vez que um só se concretiza pela presença do outro e, todos juntos, concretizam o princípio da cooperação.

3.2.4 A cooperação judicial como princípio processual

Para demonstrar o pensamento quanto à principiologia da cooperação judicial, mister se faz, inicialmente, discorrer sobre o conceito de princípio e sua eficácia.

Ronald Dworkin (2002, p. 39-42) diferencia os princípios de regras em razão da natureza lógica de cada um. Afirma que ambos estabelecem obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, mas se distinguem pela natureza da orientação. Assim, em suas palavras, as regras são aplicadas “à maneira do tudo-ou-nada”, mediante subsunção; os princípios, por sua vez, não apresentam consequências jurídicas automáticas, ou seja, não estabelecem obrigações específicas nem informam direitos.

Outra diferença entre princípios e regras feita por Dworkin (2002), decorrente da primeira apresentada, está ligada à dimensão de peso ou importância. Isso quer dizer que quando os princípios se inter cruzam, tem-se que levar em conta a força relativa de cada um. As regras, por sua vez, não possuem tal dimensão; elas são funcionalmente importantes ou desimportantes na regulação de um comportamento, mas não como parte de um sistema, pois quando entram em conflito, somente uma delas será válida, e para saber qual delas será válida, terá que se recorrer a considerações além das duas regras em conflito, que podem estar, inclusive, em outra regra ou, ainda, sustentada em princípios que sejam mais importantes (DWORKIN, 2002, p. 42- 43).

Robert Alexy (2008, p. 103-104), distinguindo princípios de regras, diz que os primeiros não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, e exigem a realização na maior medida do possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes; no caso das regras, exige-se que seja feito exatamente aquilo que nela está contido, cujo conteúdo tem que ser observado em toda a sua extensão, porém, a diferença entre ambos se mostra com maior clareza nos casos de colisões de princípios e conflitos de regras (ALEXY, 2008, p. 91).

Assim, para o autor, pelo fato de as regras estabelecerem condutas mais específicas, somente não serão aplicadas ao caso concreto se, porventura, forem inválidas, não estiverem em vigor ou houver outra mais específica, sendo a cláusula de exceção uma forma de solução de conflito entre normas pela qual uma delas não será inválida e, no caso de não ser possível

esse tipo de solução, a norma incompatível será declarada inválida e extirpada do ordenamento jurídico (ALEXY, 2008, p. 92).

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p. 148-149), de modo semelhante, distinguem os princípios de regras considerando estas últimas como relatos objetivos que deverão ser aplicadas pelo método da subsunção, ou seja, a hipótese legal aplica-se ao fato concreto produzindo uma conclusão, e na hipótese de conflito entre regras, somente uma irá prevalecer; já os princípios contêm relatos com maior grau de abstração, ou seja, neles não está contida uma conduta específica, e são aplicados através da ponderação, de acordo com o caso concreto. Sua aplicação, segundo os doutrinadores, não se dá no esquema tudo ou nada, como acontece com as regras.

Ávila (2018, p. 66-67) critica a distinção feita entre princípios e regras segundo o modo final de aplicação, pois no seu pensamento existem regras que são completamente mudadas depois da análise da circunstância do caso, ou seja, as regras podem indicar um modo absoluto de aplicação que, depois de se considerar as circunstâncias do caso concreto, acabam exigindo um processo de ponderação. Exemplifica o seu posicionamento com o entendimento do STF quanto ao artigo 224 do Código Penal que trata do crime de estupro, o qual atribui relevância a circunstâncias não previstas pela norma, como a aquiescência da vítima e a aparência física e mental de pessoa mais velha, tendo concluído que no caso não restou configurado o tipo penal, ou seja, o estupro.

O autor também critica o entendimento de que a aplicação das regras se dá “ou tudo ou nada”, pois tanto as regras quanto os princípios podem envolver considerações abstratas, ou seja, tanto as regras quanto os princípios podem conter expressões abstratas, cujo âmbito de aplicação não é delimitado, necessitando, portanto, de interpretação. Dessa forma, entende que a distinção entre princípio e regra não pode estar baseada no pressuposto do “ou tudo ou nada” (ÁVILA, 2018, p. 68-69).

Para explicar a diferença entre princípio e regras, Ávila (2018, p. 50-51) inicia a sua explanação distinguindo normas de textos normativos, afirmando serem normas os sentidos construídos a partir da interpretação de tais textos. Assim, para o autor, os dispositivos constituem o objeto da interpretação, entretanto, não existe correspondência entre norma e dispositivo no sentido de que onde houver uma norma haverá um dispositivo, pois poderá haver norma sem que haja dispositivo. Dá como exemplo os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito, os quais não são previstos em nenhuma norma ou dispositivos específicos (ÁVILA, 2018, p. 50).

Continuando, diz que pode haver dispositivos sem norma, dando como exemplo o enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus, que é um dispositivo do qual não se pode extrair nenhuma norma. Ainda, entende que em outras hipóteses há apenas um dispositivo do qual se extraem diversas normas, dando como exemplo o enunciado que diz que somente pode ser instituído um tributo por meio de lei, a partir do qual chega-se ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, e outros. Por fim, afirma que existem vários dispositivos dos quais se extrai apenas uma norma; assim, pelos princípios da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade, chega-se ao princípio da segurança jurídica (ÁVILA, 2018, p. 50-51).

Prossegue afirmando Ávila que há uma desvinculação entre o texto e seu sentido, porquanto a Ciência do Direito não pode ser considerada apenas como descrição de significados previamente dados, mas, sim, compreensão do significado por meio da interpretação, ou seja, o intérprete dá significação aos sentidos de um texto. Assim, diz o autor que o intérprete não só constrói como reconstrói, daí porque dizer que “interpretar é construir algo a partir de algo, por isso significa reconstruir” (ÁVILA, 2018, p. 51-53).

Com relação a diferenciação entre regras e princípios, entende que as primeiras são descritivas de comportamento e, os segundos, são normas finalísticas que estabelecem um estado das coisas a ser promovido, sem que haja especificação do comportamento. Assim, em caso de princípios, o intérprete deverá analisar o comportamento de forma a resguardar o estado das coisas, ou seja, sendo o elemento descritivo substituído pelo elemento finalístico, deverá o intérprete fundamentar de modo a demonstrar a correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e o estado das coisas que deve ser promovido (ÁVILA, 2018, p. 95-98).

Quanto ao conteúdo dos princípios, por serem normas finalísticas e não descritivas de comportamentos, diz Humberto Ávila (2018, p. 122) que eles são importantes para dar sentido às regras, daí decorrendo a sua função eficaz, que pode ser dividida entre interna e externa.

A eficácia interna, ou seja, quando atua sobre outras normas, pode ser de forma direta ou indireta, ocorrendo a primeira quando os princípios funcionam de forma a integrar (função integrativa) outros elementos que não estão em subprincípios ou regras (exemplo: mesmo que não haja regra prevendo a expectativa de direito, ela é necessária porque decorre de um estado de confiabilidade); quanto à indireta, atua com a intermediação de outro subprincípio, podendo ter função definitiva (delimitam o âmbito de aplicação do subprincípio) ou interpretativa (ajudam na interpretação de normas construídas a partir de textos normativos expressos, ou seja, o princípio ajudará na interpretação da norma a partir de um texto normativo) (ÁVILA, 2018, p. 122-124).

A eficácia externa diz respeito a fatos e provas, ou seja, diante dos fatos e provas vai se verificar quais deles são pertinentes e quais são adequados, porquanto os fatos são interpretados de acordo com as normas e, simultaneamente, as normas de acordo com os fatos. Assim, como os princípios estabelecem o estado ideal das coisas a ser buscado, vão fornecer um parâmetro para o exame e pertinência dos fatos (ÁVILA, 2018, p. 125).

Quanto à eficácia externa dos princípios, Ávila subdivide em objetiva e subjetiva. A eficácia externa objetiva diz respeito à eficácia seletiva, ou seja, busca-se os fatos que estão relacionados com o interesse a ser tutelado (ex: se um princípio protege a previsibilidade, não podem ser desconsiderados os fatos que demonstrem que o cidadão foi surpreendido). A eficácia argumentativa vem depois da seletiva pois, a partir dos fatos selecionados, eles serão valorados de modo a valorizar os fatos que vão proteger os bens jurídicos ou valores a serem tutelados. A eficácia argumentativa diz respeito à justificação para a restrição a determinado bem ou interesse jurídico protegido por um princípio que deva ser promovido; assim, quanto maior for a restrição, maior deverá ser a justificativa (ÁVILA, 2018, p. 126-127).

Relativamente à eficácia externa subjetiva, afirma que os princípios funcionam como direito subjetivos quando impedem certas atitudes do Estado relativamente a direitos fundamentais, a exemplo do direito de liberdade, caracterizando-se, também, como direito de resistência (ÁVILA, 2018, p. 128).

Estabelecido o conceito de princípios e regras, bem como a diferença entre ambos, passa-se a analisar a possibilidade da cooperação judicial ser considerada um princípio processual à luz da doutrina.

Lenio Streck (2011) entende não poder ser a cooperação judicial considerada um princípio processual por não estar dotada de densidade normativa, ou seja, a cooperação judicial não constitui um *standart* para as regras que tratam dos procedimentos processuais. Acrescenta, ainda, que sem o caráter deontológico, o *standart* não passa de um elemento de ornamentação que fornece adereços à argumentação, podendo funcionar no plano performativo do direito, porém não no plano do dever-ser.

Ainda, critica Daniel Mitidiero (2012, p. 4-5) pelo fato do mesmo entender ser a cooperação judicial um princípio por servir de elemento para a organização de um processo justo.

Ressalta que toda regra é instituída por um princípio, portanto, não há regra sem um princípio que a institui, ou seja, sem um princípio não há como se aplicar uma regra, já que esta não teria o caráter de legitimidade democrática. Assim, o princípio orienta a aplicação de uma regra (STRECK, 2012, p. 5).

Daniel Mitidiero (2011a, p. 62), a partir do entendimento de Lenio Streck de que não existe regra sem um princípio que a institui, afirma ser possível considerar a cooperação como um princípio jurídico, já que ela determina a compreensão e conformação das regras relativas ao processo justo; assim, pela cooperação a participação das partes e do juiz será organizada de forma equilibrada para que o processo produza decisões justas.

Na lição de Reinhard Greger (2012, p. 2-4), os princípios funcionam mais que orientações para as partes; eles, na realidade, funcionam como ideias fundamentais que determinam o caráter de um processo e definem as orientações relativas ao seu comportamento. Além disso, afirma que os princípios processuais são utilizados para orientar comportamentos futuros que não estão expressos em regras processuais ou somente aparecem em regras individuais. Ainda, o processualista vê nos princípios um caráter prático, sobretudo quando se tem várias regras esparsas, funcionando como uma ideia basilar por detrás delas.

Continuando, o autor defende o reconhecimento do princípio cooperativo como útil na conformação do processo civil com a finalidade de produzir consciência geral acerca da necessidade de um processo em que as partes estejam ligadas com a finalidade de se obter a resolução da lide e a paz social, o que somente se alcança com a colaboração dos sujeitos envolvidos (GREGER, 2012, p. 4-5).

Marco Eugênio Gross (2013, p. 6), tal como Mitidiero, também vê a cooperação judicial como um verdadeiro princípio, porque o estado ideal a ser promovido é a organização da participação das partes e do juiz no processo, além da conformação das regras para que se consiga obter um processo justo.

Quanto ao conteúdo eficaz, lançando mão dos ensinamentos de Humberto Ávila, diz, primeiramente, que possui eficácia integrativa porquanto busca agregar outros elementos que não previstos nos subprincípios ou regras, garantindo, assim, um comportamento necessário para se buscar o estado ideal, dando como exemplo o fato de o juiz não poder conduzir o processo de forma autoritária ou passiva, mesmo não havendo previsão legal (GROSS, 2013, p. 6).

Diz, ainda, que o princípio tem função interpretativa pois auxilia na interpretação dos textos normativos, podendo ampliar ou restringir o seu alcance; bloqueadora, pois afasta elementos incompatíveis com o estado ideal das coisas a serem promovidas, ou seja, afasta condutas que vão de encontro à cooperação e, por fim, definitiva, porque delimita o princípio do devido processo legal, por exemplo, que lhe é superior (GROSS, 2013, p. 6 -7).

Lúcio de Grassi Gouveia (2009, p. 3), percebendo a função interpretativa do princípio da cooperação, afirmou que a cooperação foi elevada à categoria de princípio, pois não só

orienta a atividade dos sujeitos processuais como também a do aplicador do direito na interpretação das disposições contidas no Código de Processo Civil; assim, para o autor, o princípio da cooperação, juntamente com outros princípios, em harmonia, regem o sistema processual civil.

Barreiros (2011, p. 139) acrescenta, analisando o princípio de acordo com sua eficácia externa, que ele apresenta eficácias seletiva e valorativa, cabendo ao intérprete selecionar os fatos de acordo com os valores estabelecidos pela cooperação judicial e analisá-los de forma a dar maior efetividade ao princípio. Ainda, vê a autora, no princípio, a eficácia argumentativa, pois deve ser justificada a sua não aplicação (argumentação) em ponderação com os demais princípios.

Em último lugar, afirma que o princípio da cooperação possui funções de defesa e proteção (eficácia externa subjetiva), porquanto impede que o Poder Público atue de forma lesiva no sentido de ferir os direitos fundamentais relativos ao princípio, a exemplo do direito de participação para a formação do convencimento do juiz (BARREIROS, 2011, p. 139).

Diante do que foi colocado, entende-se ser a cooperação judicial, além de um modelo de processo, também um princípio jurídico com conteúdo eficaz amplo, o qual pode ser subdividido em passivo e ativo, atuando tanto de forma a reger atos futuros, a exemplo da conduta dos sujeitos processuais e interpretação do sistema processual civil, etc., como paralisar atos pretéritos que lhe são contrários, a exemplo da eficácia protetiva³⁸. Pode-se dizer, também, que a despeito do CPC/2015 ter estabelecido expressamente a cooperação judicial no seu artigo 6º, as premissas desse modelo cooperativo já haviam sido identificadas pela doutrina, mesmo quando da vigência do CPC/73, a partir do texto constitucional, por ser consentâneo ao Estado Democrático de Direito, donde conclui-se que ele tem aplicabilidade imediata³⁹. Tal circunstância também foi detectada por Didier Júnior (2011, p. 5), ao afirmar que o princípio da cooperação atua diretamente, imputando deveres aos sujeitos processuais e que para a sua eficácia normativa independe de regras expressas.

Para concluir, considerando as afirmações de Streck (2011) de que não há norma sem um princípio que a sustente, fica ainda mais fácil de se notar a principiologia da cooperação judicial, sobretudo com o advento do CPC/2015, pois todas as regras processuais são no

³⁸ Daniel Mitidiero (2011a, p. 61) também entende ser a cooperação judicial além de modelo um princípio. Disse o autor: “Para além de um modelo, a colaboração é um princípio jurídico. Ela impõe um estado das coisas que tem de ser promovido”. Morelato e Vicenzi (2018, p. 203), de igual forma, além de defenderem o caráter principiológico da cooperação judicial, afirmaram: “Nesse contexto, dentro da sua acepção principiológica, a cooperação também é vista como um modelo de organização de processo”.

³⁹ “Há, portanto, íntima relação entre a cooperação e princípios clássicos do direito, razão pela qual é possível encontrar, na doutrina, produções teóricas – publicadas antes das discussões acerca de um novo Código – que já defendiam um processo colaborativo” (MORELATO; VICENZI, 2018, p. 204).

sentido de dar maior efetividade à cooperação judicial, ou seja, resguardar o estado das coisas. Dito de outro modo, se os princípios possuem força normativa, encontrando nas regras a sua realização, possuindo, dessa forma, conteúdo eficaz, como sustenta Streck (2011, p. 581), não há como negar que a cooperação seja um princípio, uma vez que do próprio CPC/2015 são extraídas regras que concretizam o princípio da cooperação judicial⁴⁰.

⁴⁰ Pinho e Mazzola (2017, p. 201) também entendem ser a cooperação judicial um princípio, tendo os autores se expressado da seguinte forma: “[...] a cooperação não é um padrão de conduta que possa ser atribuído individualmente a determinado juiz ou juízo (seja arbitral ou não), mas sim um princípio que deve permear toda a atividade jurisdicional, inclusive nas relações internacionais e institucionais, garantindo maior coesão, integridade e unicidade sistêmica. Afinal de contas, só é possível haver cooperação quando todos os personagens do conflito estão irmanados nesse espírito”.

4 DOS DEVERES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

A cooperação judicial, como justificado acima, é um princípio extraído de outros princípios processuais, os quais, juntos, norteiam esse novo modelo de processo adotado pelo Código de Processo Civil, e tem por escopo produzir decisões mais justas no menor tempo possível, e para que esse objetivo seja alcançado, deve contar com a participação de todos os envolvidos, o que legitima a decisão judicial na medida em que as partes contribuem para a formação do convencimento do juiz.

A atuação das partes e do juiz no processo, assim, é fundamental para o sucesso do modelo cooperativo, por isso são dotados de poderes, direitos e deveres de forma a tornar efetiva a colaboração. Assim sendo, esse somatório de atuações colaborativas gera para o juiz poderes-deveres que vão refletir na tutela jurisdicional a ser prestada e, para as partes, direitos e deveres que vão auxiliar o juiz na sua função jurisdicional.

Nos itens abaixo analisaremos esses direitos, poderes e deveres do juiz e partes.

4.1 Dos deveres do juiz

A atuação do juiz no processo nunca foi uniforme, pois ora limitou-se seus poderes ora eles foram ampliados demasiadamente. Atualmente, a tendência é no sentido de aumentar os poderes do juiz com o fito de se buscar um resultado mais justo, pois a experiência demonstra que o processo deixado ao alvedrio das partes não leva à tutela efetiva dos direitos fundamentais, isso porque elas têm o interesse em sair vitoriosas, por isso não se importam com a justiça, o que demonstra a importância do órgão jurisdicional que atua como terceiro imparcial, encarregado de zelar pelo regular processamento do feito e para que se chegue o mais próximo possível da verdade e, por conseguinte, se obtenha uma decisão justa (MOREIRA, 2004c, p. 197).

O próprio CPC/73 deu amplos poderes ao juiz, possibilitando-lhe determinar a produção das provas que entendesse necessárias para o deslinde das questões (artigo 130), bem como poderes para decidir livremente acerca das pretensões formuladas pelas partes litigantes (artigo 131). As mudanças que ocorreram neste código foram no sentido de aumentar ainda mais os poderes do juiz, a exemplo da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, permitindo-lhe alterar a sua decisão caso o autor recorresse da decisão de indeferimento da inicial. O artigo 46, parágrafo único da mesma lei, autorizou o juiz limitar o litisconsórcio

facultativo no que diz respeito ao número de litigantes, quando a quantidade compromettesse a rápida solução do litígio ou prejudicasse a defesa. A Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, continuou o leque de ampliação dos poderes do juiz, permitindo-lhe que determinasse a entrega da coisa tanto na sentença (artigo 461-A, §2º) quanto na execução fundada em título extrajudicial (artigo 621). O Código de Processo Civil revogado dava poderes de gestão processual ao juiz, como estabelecido no artigo 177, que dispunha que, em caso de omissão legal, deveria o juiz fixar os prazos processuais conforme a complexidade da causa.

Com o Código de Processo Civil de 2015 não foi diferente, pois atribuiu ao juiz amplos poderes, inclusive quanto ao procedimento, possibilitando-lhe implementar técnicas processuais tanto fora (reunião de processos, por exemplo) quanto dentro do processo (flexibilização do procedimento e alteração na ordem de produção das provas), para dar-lhe maior eficiência, conforme o disposto no artigo 8º (CAMPOS, 2020, p. 101). Essa conduta gerencial dada ao juiz, capaz de dar maior efetividade ao processo em prol de uma prestação jurisdicional mais adequada e eficiente é conhecida por *case management*, a qual está respaldada na Constituição Federal, sobretudo no artigo 5º, inciso XXXV, que garante o acesso à justiça (CABRAL, 2020, p. 13).

Na visão de Érico Andrade (2011, p. 4-5), pelo *case management*, o juiz, diante da complexidade do caso, irá conduzir o procedimento observando-se o custo/benefício, objetivando a melhor distribuição dos recursos judiciais, de acordo com as necessidades concretas. Busca-se, dessa forma, equilibrar o justo processo com a economia do funcionamento do serviço público, resultando na ampliação dos poderes do juiz, cuja atuação deverá ser voltada no sentido de buscar o fim institucional do processo. Ressalta, no entanto, que embora o aumento do poder de gerenciamento do procedimento pelo juiz busque melhorar a prestação jurisdicional, este não pode ser exercido de forma a prejudicar o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade e a neutralidade do juiz em prol da celeridade.

O poder de gerenciamento, contudo, é distinto da flexibilização de procedimento, sendo aquele mais amplo e consiste em contínuo controle que pode se dar dentro do processo (intraprocessual), a exemplo da calendarização, e fora (interprocessual) do processo, a exemplo do gerenciamento envolvendo vários processos para o julgamento de questões repetitivas, e que tem por escopo alcançar a eficiência, a celeridade e a qualidade das decisões (CAMPOS, 2020, p. 100).

Para Roberto Del Claro (2009), o juiz dirige o processo tanto no sentido formal quanto material. A direção formal, diz o autor, é necessária e não gera controvérsia, pois refere-se à marcação de audiências, citações, intimações e impulsos processuais para que o procedimento

percorra o seu *iter* de forma regular até a prolação da sentença. A condução material, por seu turno, é uma forma de ativismo processual, porque o juiz busca, da melhor maneira possível, entregar às partes a tutela jurisdicional, não permitindo que suas alegações fiquem sem provas e que estas não sejam analisadas, e, ainda, que os aspectos jurídicos ou materiais que possam ser conhecidos de ofício fiquem sem discussão. Conclui, Del Claro (2009, p. 175-177), que o juiz, por intermédio da direção material do processo, “auxilia as partes a obterem o máximo do processo, ao mesmo tempo em que se mantém neutro e imparcial com relação ao resultado do litígio”.

A ampliação dos poderes do juiz não é contrária ao Estado Democrático de Direito, ao revés, é inerente ao processo cooperativo, pelo qual busca-se promover a igualdade substancial das partes, conferindo-lhes as mesmas oportunidades para que o contraditório seja efetivo, o que influenciará no resultado final da lide, por meio da qual pretende-se, no menor tempo possível, fazer justiça no caso concreto, que é uma das funções do Estado, já que este chamou para si o poder de dizer o direito, proibindo a autotutela dos interesses individuais.

De acordo com Theodoro Júnior (2011, p. 63)

Um Código de Processo Civil contemporâneo não pode, por isso, limitar-se a criar simples regras técnicas; tem-se de se organizar, para cumprir a missão que lhe destinou a Constituição, segundo uma estrutura de um processo justo, o que equivale a um processo adequado à efetiva realização dos direitos subjetivos, segundo a fiel observância dos direitos fundamentais⁴¹.

Em contrapartida à ampliação dos poderes do juiz, surgiram para ele diversos deveres, ou seja, obrigações que darão maior efetividade ao princípio da cooperação, tornando o processo mais democrático por meio do diálogo com as partes, com o fito de legitimar o procedimento e conferir-lhes maior segurança. De acordo com Guilherme Guimarães Feliciano (2016, p. 149), esse elenco de poderes e deveres do juiz reúnem-se no conceito mais largo de dever de cooperação judicial.

O dever de cooperação, segundo Miguel Teixeira de Sousa (2015, p. 2), não pode ser confundido com um poder discricionário, que pode ser utilizado pelo juiz quando melhor aprouver, segundo critério de conveniência ou oportunidade, conforme seu “prudente arbítrio”, mas impõe-lhe deveres assistenciais para que seja atingida a justa composição do

⁴¹ Em publicação do ano de 2017, Humberto Theodoro Júnior se manifestou no mesmo sentido, a saber: “Nessa moderna concepção de processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e ampla defesa. Integram-na também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas ‘a boca da lei’ a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditas pelo legislador” (THEODORO JÚNIOR, 2017, n.p.).

litígio, consistindo, pois, em um dever funcional, cuja omissão gera nulidade dos atos processuais. Tais deveres são de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio.

Esses poderes-deveres impostos ao juiz não são colidentes com o princípio dispositivo, o qual possibilita às partes fixarem o objeto litigioso e formularem os pedidos, mas asseguram o seu exercício na medida em que lhes presta assistência para o aperfeiçoamento do exercício dos poderes advindos do princípio dispositivo. Assim, caso as partes exerçam adequadamente os seus poderes, não haverá necessidade desse dever assistencial, o que significa dizer que o dever de cooperação não desloca para o juiz aquilo que compete às partes, nem mesmo o domínio do processo (SOUSA, 2015, p. 4).

Pode-se dizer, ainda, que esse dever de cooperação para com qualquer das partes não fere o princípio da imparcialidade do juiz, posto que não leva ao julgamento favorável a esta parte para qual fora prestada a assistência, mesmo porque a assistência pode ser prestada a ambas as partes na medida da sua necessidade. Ainda, a assistência é indispensável para que o juiz decida de forma imparcial, ou seja, para que tome uma decisão somente depois de ter conhecimento de todos os fatos relevantes (SOUSA, 2015, p. 3-4).

Ressalta Teixeira de Sousa (2015, p. 3-4), justificando a imparcialidade do juiz quanto ao exercício do dever de colaboração, que este poderia também ser considerado parcial caso não cumprisse seus deveres, pois poderia estar ajudando a parte que não estaria precisando da sua assistência, ou seja, de qualquer maneira poderia ser considerado parcial, pois estaria ajudando uma das partes, cumprindo ou não o seu dever de cooperação, não sendo possível, para ele, dessa forma, analisar tal dever no plano da parcialidade. Conclui o processualista português que somente haverá parcialidade do juiz quando não estiverem presentes os pressupostos que exijam o exercício do dever de cooperação ou, ainda, quando o juiz exceder os limites inerentes a ele inerentes.

Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 67-68), no mesmo sentido, diz que a parcialidade se manifestaria com maior intensidade se o juiz, ciente de que poderia prolatar uma decisão com mais justiça por meio do exercício dos poderes-deveres, deixa de fazê-lo, e que o processo, nesse caso, não cumpriria a sua função social, pois não poderia ser considerado um processo justo.

Pode-se concluir, dessa forma, que esses poderes-deveres conferidos ao juiz decorrem do modelo cooperativo de processo, o qual dará concretude ao princípio da cooperação, e tem

como objetivo prestar assistência às partes, diminuindo a desigualdade substancial entre elas e, ainda, ajudam o juiz a formar a sua convicção para que prolate uma decisão mais justa⁴².

Nos itens abaixo analisaremos esses poderes-deveres do juiz.

4.1.1 Do dever de esclarecimento

Miguel Teixeira de Sousa (1997, p. 3), em comentários sobre o artigo 266º-A do Código de Processo Civil Português, diz que o dever de esclarecimento é um dever recíproco, pois cabe tanto ao tribunal se esclarecer junto às partes (artigo 266º, n.2), bem como estas têm o dever de se esclarecer perante o tribunal. Quanto ao primeiro, afirma que deve o juiz ouvir qualquer das partes, representante legal ou mandatário, convidando-os a fornecer os esclarecimentos acerca de matéria de fato ou de direito pertinentes, dando ciência à parte contrária do resultado da diligência (artigo 266º, n.2). Em outro estudo, diz ser dever do tribunal prestar esclarecimentos às partes acerca das dúvidas que porventura possam ter a respeito de suas alegações ou posições em juízo, de forma a evitar que qualquer decisão tenha por base a falta de esclarecimento, e não a verdade (SOUSA, 1995, p. 362). Quanto ao segundo aspecto (dever de esclarecimento do tribunal pelas partes – artigo 266º, n. 3), diz que as partes têm o dever de prestar esclarecimento quando a elas solicitado, salvo legítima recusa (artigo 519º, n. 3, do CPC português).

Esses esclarecimentos, segundo José Lebre de Freitas, João Rendinha e Rui Pinto (1999, p. 473), não dizem respeito a diligências probatórias (informações acerca dos fatos da causa), mas esclarecimento acerca das alegações relativas aos fatos, bem como os fundamentos de direitos relativos aos pedidos ou exceções.

De acordo com o Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 2º, continua com a parte o poder de instaurar a demanda, sendo, pois, vedado ao juiz fazê-lo, salvo exceções previstas em lei. Assim, ajuizada a demanda, cabe à parte autora, de forma clara e coerente, expor os fatos e os fundamentos jurídicos adequadamente e formular os pedidos, que deverão ser certos e determinados (artigos 322 e 324, ambos do CPC/15).

⁴² A desigualdade de tratamento dada ao Estado e ao Ministério Público em razão dos privilégios que lhe são conferidos, notadamente no que diz respeito aos prazos para contestar e recorrer, desequilibram a isonomia entre as partes. No direito português foram feitos diversos questionamentos acerca da diferença de tratamento conferida às partes quando uma delas era o Estado ou o Ministério Público, por ferir a garantia do princípio da isonomia e, portanto, o disposto no artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que influiu na alteração do projeto do Código de Processo Civil português já revogado (FREITAS; RENDINHA; PINTO, 1999, p. 11).

O artigo 321, *caput*, do CPC/15, determina que, se o juiz verificar que a petição inicial não preenche alguns dos requisitos estabelecidos nos artigos 319 e 320, ou que apresenta algum defeito ou irregularidade, deverá determinar ao autor que a emende ou a corrija, no prazo de 15 dias, indicando, com precisão, aquilo que deverá ser corrigido ou emendado.⁴³ O artigo 330 do CPC/15 elenca as hipóteses em que a petição inicial será indeferida⁴⁴. Ressalte-se que não basta ao juiz pedir esclarecimento de forma genérica, devendo informar, de forma objetiva, aquilo que deverá ser esclarecido ou retificado.

No ordenamento jurídico brasileiro esse dever das partes de prestar esclarecimento ao juiz está previsto no artigo 139, inciso VIII e no artigo 357, §3º, ambos do CPC/15.

O dever de esclarecimento por parte do juiz está previsto no artigo 357, §1º, do CPC, o qual dispõe que: “Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável”. Assim, o dever de esclarecimento por parte do juiz consiste em tirar quaisquer dúvidas que as partes porventura venham ter acerca de suas alegações ou pedidos.

José Carlos Barbosa Moreira (1985, p. 6), ancorado no código revogado (artigo 285 do CPC/73), já entendia que era faculdade do juiz, ou mesmo dever, no intuito de contribuir para a mitigação das desigualdades substanciais entre as partes, de prestar-lhes informações acerca do ônus que lhes incumbia, chamando-as para esclarecer ou complementar suas alegações acerca dos fatos, ou, ainda, chamando-lhes a atenção para a necessidade da prova acerca de suas alegações, dando como exemplo o mandado de citação, com base no artigo 285 do CPC/73, encaminhado ao réu, que deveria conter a advertência de que, caso não contestada a ação, seriam presumidos verdadeiros os fatos alegados pelo autor⁴⁵. Tal preceito continua em vigor através do artigo 344 do CPC/15.

De acordo com Theodoro Júnior (2011, p. 67), o interrogatório das partes, pelo juiz, para esclarecimentos de questões de fato e de direito, foi de iniciativa pioneira nos Códigos

⁴³ A deficiência das partes, de não fornecerem ao juiz todos os elementos necessários acerca dos fatos, segundo Leonardo Greco (2008, p. 12) pode resultar dos seguintes fatores: “omissão deliberada ou não das partes, desídia ou incompetência dos advogados, incapacidade das partes de descobrirem que provas poderiam gerar a certeza dos fatos na mente do juiz etc”.

⁴⁴ Fredie Didier Júnior (2011, p. 5), ao tratar do dever de esclarecimento das partes, dá o seguinte exemplo: “Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo)”. E continua: “Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimento ao demandante – convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever”.

⁴⁵ O dever de esclarecimento “favorece a igualdade de armas no processo civil, porquanto o magistrado, diante de fatos ainda não esclarecidos, não pode adotar o cômodo entendimento de aplicação do ônus da prova” (PARCHEN, [s.d.], n.p.).

Processuais da Áustria e Alemanha, e cumpriu a missão de facilitar a busca da verdade real, além de auxiliar a parte mais débil na relação, que poderia ter uma defesa insuficiente, consistindo, pois, em finalidade social por promover a paridade de armas.

Tem-se, portanto, que cabe ao juiz tanto tirar dúvidas que as partes porventura possuam acerca dos fatos e fundamentos jurídicos, ou mesmo quanto ao seu ônus probatório, necessários à solução do litígio, bem como requerer que elas lhe prestem esclarecimentos. O juiz tem papel ativo no processo que tem por escopo retirar todo o empecilho que prejudique ou impeça a justa composição do conflito de interesses, ou mesmo aclarar a atitude que as partes devem tomar durante o procedimento, mormente no caso de ônus da prova.

Vale acrescentar que o dever de esclarecimento encontra-se, também, nas decisões judiciais, as quais devem ser fundamentadas⁴⁶ (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 5), cabendo ao juiz explicitar o motivo pelo qual preferiu um prova em detrimento da outra, ou seja, o juiz deverá fornecer argumentos racionais relativos à valoração da prova, bem como as inferências lógicas pelas quais chegou às suas conclusões, o que demonstra que a decisão também é fruto da cooperação (GROSS, 2013, p. 11).

Nesse mesmo sentido se manifestou Mitidiero (2011b, p. 154), ao afirmar que,

[...] é de rigor que na motivação da decisão efetivamente conste a apreciação do órgão jurisdicional a respeito dos fundamentos deduzidos pelas partes ao longo do processo. Fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, pois, decisão judicial que não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais.

As partes, portanto, devem apresentar, em suas petições, a jurisprudência, o precedente ou a súmula que se aplica ao caso a ser apreciado pelo juiz, devendo sempre correlacioná-lo com as questões fáticas, procurando demonstrar a procedência da sua tese. Assim, o patrono da parte, ao citar um acórdão, não deve apenas transcrever na sua peça a ementa, mas, sim, apontar os fundamentos daquela decisão para demonstrar que ela em tudo se encaixa no seu direito (TUCCI, 2015, n.p.).

Observe-se que o artigo 489, §2º, IV, do CPC/15 determina que o juiz deverá enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo e capazes de influenciar na decisão. No inciso V

⁴⁶ “O dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes. É certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo da história” (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 145). De igual forma se manifestou Ravi Peixoto (2011, p. 5), ao afirmar que: “O dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes. É certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão”.

do mesmo dispositivo legal, o juiz não poderá, na sua decisão, apenas invocar precedente ou enunciado de súmula como fundamento sem demonstrar que o caso *sub judice* se encaixa na jurisprudência mencionada. Pelo disposto no inciso VI do artigo 480, §2º, do CPC/15, o juiz terá que agir da mesma forma ao deixar de aplicar uma jurisprudência, ou seja, terá que demonstrar a distinção entre o caso concreto e aquela mencionada pelas partes, ou, ainda, a superação do entendimento.

Com base nesses dispositivos legais, Marcelo Pacheco Machado (2015, n.p.) afirma que, se o juiz não mais pode julgar preguiçosamente, devendo fundamentar conforme o precedente, e não apenas citar as ementas as quais são incapazes de demonstrar as circunstâncias fáticas do julgado, a parte também não pode, preguiçosamente, citar uma súmula ou precedente sem demonstrar as circunstâncias fáticas que justificam a sua aplicação ao caso concreto, ou a sua superação. Assim, se mudou para juiz, também mudou para as partes, adverte o autor.

Cabendo às partes influenciar na decisão final, com o pronunciamento acerca das questões jurídicas, apresentando, inclusive, o direito aplicável ao caso concreto, o brocardo *Da mihi factum, dabo tibi ius*, que significa, dá-me os fatos que eu lhe darei o direito, ou seja, que cabe às partes apenas apontar os fatos que o juiz lhes dará o direito, como vêm entendendo os doutrinadores, deve ser mitigado. Dessa forma, o brocardo *iura novit curia*, que diz respeito à liberdade decisória do juiz, também deve ser mitigado para que se evite decisão surpresa, conforme prevê o artigo 10 do CPC/2015.

Acrescente-se, ainda, que a aplicação dos brocardos acima pressupõe a existência de separação entre a questão de fato e a questão de direito, demarcando o que pertence a cada uma das esferas, sendo apontada como “indisfarçável artificialismo” (MITIDIERO, 2011b, p. 101-102), porquanto inconcebível tal dicotomia, já que no litígio os fatos e o direito se interpenetram, sendo aqueles indispensáveis na construção da regra jurídica que será aplicada ao caso concreto (OLIVEIRA, 1998, p. 13).

Apesar de o juiz ter liberdade quanto à valorização jurídica, podendo, inclusive, apresentar fundamentação diversa daquelas invocadas pelas partes, decorrente do aforismo *iura novit curia*, em razão da proibição da decisão surpresa, deverá ser dado conhecimento prévio às partes do rumo a ser imprimido ao feito, para que possam se manifestar. Isso porque as partes, além de terem o direito de se defenderem, também têm direito de influenciar na decisão do juiz. A questão, no entanto, não decorre somente do interesse das partes, mas também diz respeito ao interesse público, para que não fique desacreditada a administração da justiça, pois é por meio do diálogo judicial que se garantirá a democratização do processo,

impedindo que seja utilizado como instrumento de opressão e autoritarismo (OLIVEIRA, 1998, p. 15).

Esse também é o posicionamento de José Rogério Cruz e Tucci (2019, n.p.), para quem cabe ao julgador aplicar a norma ao caso concreto, gozando, para tanto, de plena liberdade, podendo eleger seus próprios fundamentos, considerando-se os fatos alegados pelas partes, que constituem, respectivamente, a *causa petendi* e a *causa excipiendi*, não sendo, portanto, definitiva a qualificação jurídica por elas apontada, todavia, tais questões terão que ser debatidas previamente “sob todos os ângulos possíveis”, evitando-se, assim, decisão surpresa.

Como se observa de tudo o que foi dito acima, esse dever de esclarecimento tem como objetivo evitar que o juiz prolate qualquer decisão sem que tenha efetivo entendimento acerca dos fatos controvertidos ou alegações das partes, o que contribuirá para a eficiência do processo e, ainda, para a celeridade, pois poderá evitar recursos desnecessários, posto que as partes terão oportunidade de discutir os fundamentos jurídicos a serem aplicados na solução do litígio.

De acordo com Gouveia (2008, p. 177-178), esse tipo de dever é assistencial, o qual favorece a paridade de armas, pois uma das partes, financeiramente mais frágil, que não tiver condições de contratar um escritório mais bem preparado tecnicamente, terá a assistência do juiz, e caso este não utilize desse seu poder-dever, estará contribuindo para a supremacia de uma parte em face da outra, o que vai de encontro ao princípio da cooperação intersubjetiva, que zela pela igualdade das partes. Acrescenta-se que o ato decisório, ainda, poderá ser inquinado de nulidade.

4.1.2 Do dever de prevenção

Pelo dever de prevenção, ou advertência (SOUSA, 2015, p. 2), incumbe ao tribunal prevenir as partes quanto ao perigo do êxito de seus pedidos serem frustrados se o processo não for usado adequadamente (MITIDIERO, 2011a, p. 63). Fredie Didier Júnior acrescenta que esse dever pode ser aplicado em quatro áreas: explicitação de pedidos que não estejam claros, em caso de lacunas acerca da exposição de fatos relevantes, necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e sugestão acerca de determinada atuação pela parte.

De acordo com o CPC/2015, também constitui dever de prevenção a determinação para a parte emendar a inicial quando ela apresentar defeitos ou irregularidades capazes de dificultar ou impedir o exame do mérito, como dispõem os artigos 319 e 320, sendo um

direito subjetivo do autor, na visão de Lúcio Grassi de Gouveia, decorrente do princípio da cooperação, porquanto a ausência de prevenção poderá causar a nulidade da decisão de indeferimento da inicial (GOUVEIA, 2008, p. 179), isso porque, como já dito, não pode o juiz prolatar decisão surpresa, que não somente diz respeito a questões de mérito, mas também às matérias relativas às nulidades que poderia conhecer de ofício.

O dever de prevenção, portanto, é um dever do tribunal para com as partes, cuja finalidade é assistencial, consistindo em um convite para o aperfeiçoamento das suas petições ou alegações de recursos sempre que essas contiverem irregularidades, imprecisões ou se mostrem insuficientes (SOUSA, 1997, p. 3), suprimindo a falha do profissional, se for o caso, para que não sejam prejudicadas, garantindo, dessa forma, a paridade de condições entre as mesmas, tornando possível o julgamento do mérito (LOPES, 1984, p. 5). Esse dever é, pois, exclusivo do tribunal ou juiz, não havendo correspondência para as partes.

Como destaca Gouveia (2008, p. 179), na prática, os juízes costumam determinar que as partes explicitem pedidos poucos claros, todavia, dificilmente determinam que façam a adequação do pedido à situação concreta e, raramente, sugerem uma determinada atuação da parte, persistindo o dogma da neutralidade do juiz, o que pode levar à derrota daquele que poderia sair vitorioso por não possuir meios econômicos para custear uma boa defesa. Diz o autor, portanto, que pelo dever de prevenção também se busca a paridade de armas, não devendo o juiz manter-se passivo relativamente a questões que poderiam ser sanadas, privilegiando, dessa forma, a busca da verdade real.

O dever de prevenção pode referir-se, também, à prevenção quanto à aplicação de penalidade por litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça, pois o juiz deverá, primeiramente, advertir as partes acerca da sua conduta, conforme determinam os parágrafos §§1º e 2º, do artigo 77 do CPC/15, para só então aplicar a penalidade cabível de acordo com a falta praticada.

Ainda, o dever de prevenção aplica-se às nulidades processuais, pois o juiz não poderá extinguir o feito sem resolução do mérito por ausência de um pressuposto processual, por exemplo, sem antes dar oportunidade à parte de corrigir o defeito.

O juiz, dessa forma, primeiramente deverá esclarecer à parte acerca da falha, indicando, com precisão, aquilo que deverá ser corrigido ou emendado para, então, prevenir-lhe quanto às consequências da sua omissão. Assim, ao esclarecer (dever de esclarecimento), o juiz elucida questões que já constam dos autos, ou seja, algo que já foi feito pelas partes; no dever de prevenção, o juiz quer evitar algo que deveria ser feito e ainda não o foi (FERNANDES, 2017, p. 136). Pode-se dizer, portanto, que ambos os deveres, esclarecimento

e prevenção, guardam estreita relação, pois ambos buscam eliminar do processo tudo que impeça o seu desenvolvimento normal até o julgamento do mérito, todavia, um dever é exercido para corrigir essas falhas detectadas pelo juiz e, o outro, o juiz deverá agir preventivamente para que não sejam tomadas outras atitudes.

Igor Raatz dos Santos (2011, p. 70), em nota de rodapé, observou que “o dever de prevenção [...] guarda íntima relação com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada”, pois propicia o saneamento do processo em vista da decisão de mérito.

O dever de prevenção também está presente no cumprimento da sentença, em que o devedor poderá impugná-la nos termos do disposto no artigo 525 do CPC/2015.

4.1.3 Do dever de consulta (diálogo)

O disposto no artigo 10 do CPC/15, que proíbe a decisão surpresa, também se aplica a questões meritorias, por isso deverá o juiz consultar as partes acerca de qualquer questão, mesmo não posta em contraditório, antes de decidir, possibilitando que as mesmas influenciem na decisão. Por isso, afirma Didier Júnior (2005, p. 1) que o dever de consulta é manifestação do contraditório, como os demais deveres do juiz.

Isso quer dizer que o juiz, sempre que pretender basear sua decisão em questão de fato ou enquadramento jurídico sobre os quais as partes ainda não tenham se manifestado, deverá consultá-las antes de prolatar sua decisão.

Para Miguel Teixeira de Sousa (1997, p. 3), o dever de consulta também possui caráter assistencial perante às partes e tem por escopo evitar decisão surpresa, por isso, salvo no caso de manifesta desnecessidade, o tribunal não poderá decidir sobre questão de fato e de direito sem que antes as partes tenham tido oportunidade de se pronunciarem sobre as mesmas.

Igor Raatz dos Santos (2011, p. 71), lançando mão dos ensinamentos de Eduardo Grasso, afirma que, pelo dever de consulta, o juiz deverá submeter às partes todas as questões de fato reveladas de ofício e, de igual forma, a norma que lhe pareça adequada, quando tenham indicado norma diversa ou nenhuma.

Todavia, entende-se que não constitui decisão surpresa e, por conseguinte, o dever de consulta, o fato de o julgador fundamentar sua decisão em dispositivo legal não mencionado pelas partes, porquanto este consiste em fundamento legal e não jurídico, o qual não demanda o dever de consulta.

Como afirmaram Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes (2009, p. 125), a aplicação de qualquer entendimento jurídico como fundamento da sentença poderá consistir em decisão surpresa, caso as partes não tenham conhecimento prévio. Assim,

[...] o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em "solitária onipotência" aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.

José Rogério Cruz e Tucci (2019, n.p.) ressaltou expressamente que não se pode confundir fundamento legal com fundamento jurídico, e que somente este último pode resultar em uma decisão surpresa, não podendo o juiz, nesse caso, decidir sem que antes tenha dado oportunidade às partes de se manifestarem, e que o vício decorrente da inobservância do disposto no artigo 10 do CPC/2015 gera a nulidade absoluta do ato, por violação do devido processo legal⁴⁷.

⁴⁷ RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ADOTOU FUNDAMENTO DIVERSO DO ADOTADO PELA SENTENÇA, COM BASE EM NOVA SITUAÇÃO DE FATO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. ART. 10 DO CPC/2015. OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO PARA OITIVA DA PARTE. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. "O 'fundamento' ao qual se refere o art. 10 do CPC/2015 é o fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação -, não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção *jure et de jure*" (EDcl no Resp nº 1.280.825/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017.) 2. O art. 933 do CPC/2015, em sintonia com o multicitado art. 10, veda a decisão surpresa no âmbito dos tribunais, assinalando que, seja pela ocorrência de fato superveniente, seja por vislumbrar matéria apreciável de ofício ainda não examinada, deverá o julgador abrir vista, antes de julgar o recurso, para que as partes possam se manifestar. 3. Não há falar em decisão surpresa quando o magistrado, diante dos limites da causa de pedir, do pedido e do substrato fático delineado nos autos, realiza a tipificação jurídica da pretensão no ordenamento jurídico posto, aplicando a lei adequada à solução do conflito, ainda que as partes não a tenham invocado (*iura novit curia*) e independentemente de oitiva delas, até porque a lei deve ser do conhecimento de todos, não podendo ninguém se dizer surpreendido com a sua aplicação. 4. Na hipótese, o Tribunal de origem, valendo-se de fundamento jurídico novo - prova documental de que o bem alienado fiduciariamente tinha sido arrecadado ou se encontraria em poder do devedor -, acabou incorrendo no vício da decisão surpresa, vulnerando o direito ao contraditório substancial da parte, justamente por adotar tese - consubstanciada em situação de fato - sobre a qual a parte não teve oportunidade de se manifestar, principalmente para tentar influenciar o julgamento, fazendo prova do que seria necessário para afastar o argumento que conduziu a conclusão do Tribunal a quo em sentido oposto à sua pretensão. 5. No entanto, ainda que se trate de um processo cooperativo e voltado ao contraditório efetivo, não se faz necessária a manifestação das partes quando a oitiva não puder influenciar na solução da causa ou quando o provimento lhe for favorável, notadamente em razão dos princípios da duração razoável do processo e da economia processual. 6. No presente caso, ainda que não exista prova documental sobre a localização do equipamento (se foi arrecadado ou se está em poder do devedor ou de terceiros), tal fato não tem o condão de obstaculizar o pedido de restituição, haja vista que, conforme os ditames da lei, se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, deverá o requerente receber o valor da avaliação do bem ou, em caso de venda, o respectivo preço (art. 86, I, da Lei nº 11.101/05). 7. Recurso especial provido. (STJ - Resp: 1755266 SC 2018/0183510-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 18/10/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2018 REVPRO vol. 291 p. 471).

De acordo com Máira Coelho Torres Galindo (2014), a jurisprudência francesa entende desnecessário colocar em contraditório os casos em que o juiz apenas ratifica a qualificação jurídica dada pela parte, desde que não implique em norma diversa cujos efeitos sejam substancialmente diferentes, pelo fato de, nesse caso, não se estar diante de questão de direito distinta. Assim, de acordo com a autora, somente haverá necessidade de dar conhecimento às partes caso os efeitos jurídicos da norma sejam diversos, pelo fato de consistir em questão jurídica inédita, ou seja, diferente daquela dada pelas partes, o que evitará, assim, decisão surpresa (GALINDO, 2014, p. 97).

Entende-se, portanto, que a dialética mencionada diz respeito aos fatos e fundamentos jurídicos, não abrangendo, portanto, o fundamento legal.

O dever de consulta guarda estreita relação com o princípio do contraditório, uma vez que o dever do juiz de ouvir as partes antes de prolatar qualquer decisão é feito por meio do contraditório, e como foi dito anteriormente, esse direito fundamental ganhou novo significado. Assim, o juiz deverá fomentar o debate preventivo e a submissão às partes de todos os fundamentos (*ratio decidendi*) acerca da decisão que será prolatada, assegurando, dessa forma, a igualdade de chances ou igualdade de armas (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 122).

Máira Coelho Torres Galindo (2014, p. 50), com base nos ensinamentos de Fredie Didier Júnior, afirma que o dever de consulta, além de concretizar o princípio da cooperação, também concretiza o princípio do contraditório, por assegurar às partes o poder de influenciar na solução do litígio, por meio do diálogo. A conclusão não poderia ser outra, pois se o princípio da cooperação está fundamentado no princípio do contraditório, e é nesta fase processual que se dá a participação das partes, concretizando este último princípio estar-se-á, da mesma forma, concretizando o primeiro. Um princípio não existe sem o outro, ou seja, não existe princípio da cooperação sem contraditório e, se não existir um contraditório com a participação das partes, não se pode dizer que houve cooperação.

Marco Gradi (2010, p. 1) ressalta a necessidade do dever de consulta quando se tratar de questões que cabem ao juiz conhecer de ofício, baseado na afirmação de que o julgamento do processo se dá através de um *actus trium personarum*, ou seja, no diálogo entre juiz e partes, para que estas não tenham qualquer surpresa e que não ocorra, assim, o *solipismo processuale* do juiz. Diz, ainda, o doutrinador, que sem o contraditório sequer haverá processo.

Assim, o juiz deverá consultar as partes acerca das condições da ação ou pressupostos processuais, permitindo que as mesmas façam as correções necessárias, se for o caso, antes

que o processo seja extinto sem resolução do mérito, evitando-se, assim, que sua sentença seja anulada por consistir em decisão surpresa.

Esse dever de consulta não constitui um ônus para as partes, mas um direito que, uma vez não exercido, nem sempre acarretará prejuízo, mesmo porque é dever do juiz conhecer a norma e aplicá-la corretamente ao caso concreto (*iura novit curia*) (OLIVEIRA, 2004, p. 145).

Não podemos nos esquecer que o juiz, na sentença, como já falado, deverá enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo e capazes de influenciar na sua decisão, tanto que o artigo 489, §1º, inciso V, do CPC/15, dispõe que não se considera fundamentada uma decisão judicial que não analisar todos os argumentos deduzidos no processo e que são capazes de infirmar a conclusão do juiz, pois somente assim demonstrará que analisou os argumentos apresentados pelas partes.

Segundo Mitidiero (2011b, p. 153), do dever de consulta surge o dever de fundamentar, porquanto é por meio da fundamentação que as partes verificarão se foram ouvidas pelo juiz, havendo, portanto, íntima ligação entre inafastabilidade da jurisdição, contraditório e dever de fundamentação, o que determinará a existência de um processo justo.

O entendimento de Jorge Luiz Reis Fernandes (2017, p. 138) é no mesmo sentido, ou seja, que o diálogo entre as partes repercute na fundamentação de qualquer decisão, pois de acordo com o disposto no artigo 489, §1º, inciso IV, do CPC, não se considera fundamentada decisão que não enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes e capazes de influenciar na decisão do julgador.

Acrescentam Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Tatiana Machado Alves (2013, p. 307) que pelo diálogo são legitimadas as decisões judiciais, contribuindo para diminuir as irresignações da parte para quem a decisão foi desfavorável, pelo fato de ter participado da sua formação, garantido, ainda, a segurança jurídica, já que não será surpreendida.

4.1.4 Dever de auxílio

O dever de auxílio exsurge de eventuais dificuldades que possam ocorrer no curso do processo e que impeçam as partes do exercício dos seus direitos, faculdades ou ônus processuais, devendo o juiz, nesse caso, auxiliá-las para remoção do obstáculo (SOUSA, 1997, p. 3). Leonardo Carneiro da Cunha (2013, p. 323) dá como exemplo do dever de auxílio a possibilidade do juiz providenciar a remoção de obstáculos para a obtenção de documentos ou alguma informação que seja indispensável para a prática de um ato processual.

Ao comentarem o artigo 266, 4, do Código de Processo Civil Português, José Lebre de Freitas, João Redinha e Rui Pinto (1999, p. 474) afirmaram que o tribunal deverá colaborar com a parte na remoção de obstáculos para a obtenção de informações ou documentos para o exercício de uma faculdade ou ônus processual, podendo essa colaboração consistir, inclusive, em pedido de esclarecimento à parte contrária.

De acordo com os artigos 396 e 439, ambos do CPC/2015, o juiz poderá determinar diligências com vistas a eliminar obstáculos para a produção de provas por vontade alheia à das partes. Ainda, o artigo 373, §1º, do CPC/2015, prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova por meio de decisão fundamentada, quando for impossível para uma das partes a produção de uma determinada prova.

A finalidade do último dispositivo legal mencionado é justamente propiciar a igualdade das partes, pois se para uma delas torna-se impossível a produção de uma prova e, sendo possível à outra parte, deverá o juiz, então, inverter o ônus da prova.

Para Daniel Mitidiero (2011b) a distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser muito útil se utilizada adequadamente e está de acordo com os fundamentos do processo cooperativo, por proporcionar uma efetiva igualdade entre as partes na medida em que atribui o ônus a quem melhor tem condições de produzir a prova. Ressalta, contudo, o doutrinador, que para a inversão do encargo probatório, ou seja, para a fixação do encargo probatório de modo diverso daquele que está estabelecido em lei deverão ser observadas condicionantes materiais e processuais (MITIDIERO, 2011b, p. 143).

Na perspectiva material, é a não incidência da regra que dispõe acerca da divisão do ônus da prova por inadequação, ou seja, deverá haver uma “razão motivadora” para a não incidência da regra. De acordo com Humberto Ávila (2018, p. 101), as regras podem ter suas condições de aplicabilidade preenchidas e, ainda assim, não ser aplicáveis por razões excepcionais que superam a própria razão que sustenta a aplicação normal da regra, fenômeno que chama de “aptidão para o cancelamento”.

A dimensão subjetiva está na prova diabólica para uma das partes, mormente quando a outra parte tem melhores condições de produzi-la, o que possibilitará alcançar a justiça do caso concreto com a inversão do encargo probatório. Assim, para inverter o ônus da prova, é necessário que o litigante dinamicamente onerado esteja em posição privilegiada, evitando-se, dessa forma, o arbítrio do juiz. Ainda, deverá o juiz verificar, ao dinamizar o ônus da prova,

se não provocará uma *probatio diabólica reversa* atribuindo o encargo probatório a quem, antes, não o tinha (MITIDIRERO, 2011b, p. 143-144)⁴⁸.

Na perspectiva processual, deverá o juiz fundamentar sua decisão, conforme determina o próprio artigo 376 do CPC/2015 e, ainda, abrir a possibilidade de produzir a prova à parte a quem foi atribuído o encargo.

O processo, visto a partir da Constituição Federal, deverá satisfazer os direitos fundamentais estabelecidos; assim, se em um determinado litígio o encargo probatório nos termos estabelecidos na lei não satisfizer os direitos fundamentais, naquele caso deverá a regra ser afastada, através de decisão devidamente fundamentada, para que seja atribuído o ônus probatório a quem tiver aptidão para a produção da prova. A correção promoverá, dessa forma, o respeito à Constituição na medida em que garantirá o acesso à justiça.

Observe-se que não se trata declaração da inconstitucionalidade da regra relativa ao ônus da prova, mas apenas da paralisação de seus efeitos em um determinado caso concreto, mediante a permissão de outra regra processual, a fim de se atender aos ditames constitucionais. Isso é possível em razão dessa nova visão atribuída ao processo, pela qual busca-se a justiça do caso concreto, permitindo ao juiz flexibilizar o procedimento para que se atinja a adequada tutela dos direitos fundamentais.

A dinamização do encargo probatório, portanto, tem por escopo a obtenção de um processo justo, porquanto viabilizará a descoberta da verdade real, ou de se chegar o mais próximo possível dela.

Quanto ao poder do juiz de determinar a produção de provas *ex officio*, antes de se analisar tal questão, mister se faz algumas considerações.

Como já mencionado, no processo civil brasileiro sempre vigorou o princípio dispositivo no que diz respeito ao ajuizamento da demanda, salvo exceções previstas em lei, direito este exclusivo da parte de recorrer ou não ao judiciário, já que ninguém pode ser compelido a ingressar com uma ação. À parte, ainda, cabe delimitar o conteúdo da ação, ou

⁴⁸Como bem salientou Danilo Knijnik (2006, p. 947) ao se manifestar acerca da inversão do ônus da prova: “É dizer que, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição para revelar a verdade, e seu dever de colaboração se acentua, a ponto de atribuir-lhe uma carga probatória que, em princípio, segundo as regras clássicas que mencionamos mais acima, não teria”. Humberto Theodoro Júnior também faz importante observação quanto à questão relativa à inversão do ônus da prova. Para o processualista esse deslocamento, derivado da hipossuficiência técnica daquele que originariamente deveria produzir a prova, não significa que será passado para o réu o encargo que inicialmente deveria ser do autor, ou seja, que será passado para o réu o encargo da prova dos fatos constitutivos do direito do autor. Segundo Theodoro Júnior, ocorrendo o deslocamento do ônus da prova para o réu, “a este competirá demonstrar não o fato constitutivo do direito do adversário, mas as condições que eliminariam sua própria responsabilidade pelo fato danoso por ele suportado” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 70-71). Em outras palavras, as condições que eliminariam a sua responsabilidade acerca do fato.

seja, o objeto litigioso, todavia, uma vez instaurado o processo, caberá ao juiz o impulso oficial até a sua resolução, que se dará com a prolação da sentença.

Para cumprir o seu ofício, o juiz deverá estar convencido dos fatos, dos quais advirão os fundamentos jurídicos que embasarão a sua decisão. Assim, no processo civil brasileiro, cabe ao juiz a seleção das alegações fáticas que demandam prova, podendo relacionar-se aos fatos principais e aos não essenciais, ainda que não alegados pelas partes (MITIDIERO, 2011b, p. 138).

No que diz respeito ao encargo probatório, alguns doutrinadores entendem que a possibilidade de o juiz determinar a produção de prova de ofício deve ser entendida conforme o ônus da prova, ou seja, caso a parte não cumpra com o seu encargo probatório, a decisão lhe será desfavorável, não devendo o juiz complementar a instrução, pois conferir-lhe poderes ilimitados seria tornar letra morta o dispositivo legal que trata da distribuição do ônus da prova, que se baseia na igualdade das partes (BEDAQUE, 2009, p. 118)⁴⁹.

Esse é o pensamento de João Batista Lopes (1984, p. 12-13), para quem o artigo 130 do Código de Processo Civil/73 deveria ser invocado pelo juiz quando tivesse dúvidas diante do conjunto probatório, pois se prova alguma for produzida nos autos, a ação deveria ser julgada improcedente; por outro lado, caso provas fossem produzidas, incidiriam as regras contidas no artigo 333 do CPC/73. Assim, para o autor, os artigos 130 e 333, ambos do Código de Processo Civil/73, deveriam ser aplicados em combinação. Vale lembrar que o CPC/2015 possui disposições semelhantes, contidas nos artigos 370 e 373, respectivamente.

José Roberto do Santos Bedaque (2009, p. 119-122), no entanto, não comunga desse pensamento, pois para ele as normas processuais devem ser aplicadas segundo a finalidade do processo, que é a efetivação do direito material e a pacificação social. Ressalta que a atividade instrutória do juiz não pode ser vista como substitutiva de uma parte em detrimento da outra e que as regras relativas à distribuição do ônus da prova devem ser aplicadas somente no momento de decidir, porquanto são regras de julgamento. Antes disso, afirma que o juiz deverá envidar todos os esforços na busca da apuração dos fatos e que a razão da regra relativa ao ônus da prova é para evitar o *non liquet*.

No mesmo sentido é o pensamento de Oliveira (2004, p. 150), para quem a iniciativa das partes quanto à produção das provas deve ser estimulada de modo a se obter de forma

⁴⁹ Quanto à atribuição ao encargo probatório ao juiz, afirmou Barbosa Moreira (2004b, p. 141): “Cercear a participação do juiz e confiar às partes (ou melhor: aos advogados) a condução do mecanismo probatório é opção que transcende com absoluta nitidez o plano da técnica; põe de manifesto a adesão a um ideário, ao ideário liberal, tomada a palavra no sentido individualístico? No sentido em que era costume usá-la para designar o pensamento dominante na maior parte do século XIX e atualmente é lícito usá-la para designar o pensamento dominante no início do século XXI

rápida e segura o material probatório; todavia, juntamente com as partes, pode o juiz determinar a produção de outras provas que entender necessárias para a formação do seu convencimento, porquanto é também interessado no resultado do processo⁵⁰.

Quanto à objeção relativa às regras do ônus da prova, entende o doutrinador que se aplicam apenas quando os fatos não foram suficientemente comprovados, aduzindo, ainda, que não existe preclusão para o juiz em matéria probatória, podendo este determinar a realização de qualquer prova no momento que entender necessário (OLIVEIRA, 2004, p. 150-151).

A regra relativa ao ônus da prova, portanto, conforme previsão no artigo 373 de CPC/2015 (antigo artigo 333 do CPC/1973), é vista sob dois enfoques: o subjetivo e o objetivo. A partir do enfoque subjetivo, atribui-se aos sujeitos processuais a responsabilidade pela produção probatória, ou seja, verifica-se se a parte conseguiu ou não se desincumbir do seu encargo probatório; o enfoque objetivo, por outro lado, consiste em regra de julgamento e aplica-se somente em caso de dúvida do juiz no momento em que for decidir, em caso de insuficiência de provas (XAVIER, 2008b, p. 109).

Essa diferença é de grande importância, pois o posicionamento adotado influenciará no resultado do processo. Assim, se for adotado o ônus subjetivo da prova, as partes ficarão vinculadas à distribuição do encargo probatório previsto no artigo 373 do CPC/2015 e poderá consistir, inclusive, na limitação da iniciativa probatória pelo juiz. Se for adotado o ônus objetivo da prova, caberá ao juiz, no momento de decidir, analisar o conjunto probatório e, em caso de insuficiência de provas, aplicar a regra (XAVIER, 2008b, p. 109).

Filia-se à corrente que entende ser o ônus da prova regra de julgamento, que irá auxiliar o juiz no momento em que for prolatar a sentença, em razão da insuficiência de prova que poderá lhe gerar dúvidas, evitando-se, assim, o *non liquet*. Todavia, também entende-se que não pode ser desconsiderado o aspecto subjetivo do ônus da prova, o qual irá direcionar a conduta das partes durante o procedimento, pois como afirma Manoel de Souza Mendes Júnior (2004, p. 10) “o ônus da prova é, efetivamente, regra de julgamento – mas para o juiz. Para as partes, é regra de conduta, é regra de procedimento”, já que elas têm o direito de saber de antemão como proceder durante a instrução probatória, bem como as provas que devem produzir para a defesa de seus interesses, pois somente assim poderão participar

⁵⁰ Segundo Trícia Navarro Xavier (2008a, p. 10) “[...] o juiz não pode buscar meios de prova pelas partes, substituindo do ônus probatório que recaem sobre elas. A parte não poderá valer-se de sua própria inércia ou comodismo, esperando que o juiz resolva seu problema. Mas se tiver existido tentativa probatória ou a demonstração de sua impossibilidade técnica de alcançar o que se pretende, é neste momento que o juiz deverá tomar as providências pertinentes ao caso. É aqui que entra o poder instrutório do magistrado na busca da verdade processual que formará seu convencimento para decidir [...]”

adequadamente do contraditório. Se assim não fosse, sequer poderia falar-se em inversão do ônus da prova, pois quaisquer das partes poderia ficar incumbida da produção de qualquer prova, o que iria gerar-lhes insegurança por não saberem de antemão como deveriam se comportar no processo⁵¹.

Importante mencionar, aqui, a observação feita por Eduardo Cambi quanto à aplicação da técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova apenas como regra de julgamento, observação esta que corrobora o pensamento de que se deve atribuir tanto o caráter objetivo quanto subjetivo ao encargo probatório. Para o autor, se for aplicada apenas como regra de julgamento, ficará comprometida a garantia constitucional do contraditório, retirando da parte o direito à prova contrária. Assim, o juiz, após fixar os pontos controvertidos na audiência preliminar ou no despacho saneador, deverá deixar claro que será dinamizado o ônus da prova, esclarecendo o que deve ser provado e quem deverá fazê-lo (CAMBI, 2011, p. 15). Tal atitude do juiz irá orientar toda a conduta das partes relativamente às provas que deverão produzir.

Voltando à atividade probatória do juiz, segundo o pensamento de Barbosa Moreira (2004c, p. 203), quando o juiz determina, de ofício, a realização de alguma prova, ele não está invadindo o campo de atuação das partes, pois se a missão do juiz é de julgar, ele precisa estar bem informado acerca dos fatos; assim, a iniciativa probatória do juiz deve ser vista como inerente à função de julgar e, a sua atuação, não como em substituição das partes, mas como juiz empenhado em julgar bem.

Ressalta Barbosa Moreira (2004c, p. 203-204) que se fosse o caso de excluir do juiz a possibilidade de determinar a realização de prova, também seria o caso de proibir as partes de invocar as disposições legais e expor as argumentações jurídicas, pois se o bloqueio vale para um lado, há de valer para o outro também.

Ainda para Barbosa Moreira (1986a, p. 6), a iniciativa do juiz quanto à produção probatória não constitui uma manifestação autêntica da função assistencial, pois quando o órgão judicial atua para buscar a verdade dos fatos, ele simplesmente busca adquirir conhecimentos que lhe permitam resolver as questões de fato corretamente e, conseqüentemente, atuar com justiça. Ressalta, ainda, que não se trata de papel substitutivo ao das partes, pois o juiz não investiga pelo litigante ou para o litigante, mas para o processo, que gerará benefício, sem dúvida, para a parte que for mais verdadeira.

⁵¹ Esse também é o entendimento de Pedro Gomes Queiroz (2014, p. 68): “As regras atinentes ao ônus da prova destinam-se ao juiz, que deve levá-las em consideração ao sentenciar, quando os fatos jurídicos não houverem sido provados e aos litigantes que devem conhecer sua distribuição antes que se haja constituído o processo para que possam se desincumbir de forma adequada”.

No que diz respeito à disponibilidade do direito material discutido no processo, apesar do entendimento Lopes (1984, p. 13) quanto aos poderes instrutórios do juiz, como acima assinalado, ele ressalta que somente em caso de direitos indisponíveis poderá o juiz, em virtude da omissão das partes, determinar, de ofício, a produção de provas.

Bedaque (2009) mais uma vez apresenta posição destoante, pois para ele não importa qual a relação material controvertida, pois o processo é um só, qualquer que seja o seu objeto, mesmo porque, tanto o processo civil quanto o penal pertencem ao mesmo ramo do direito e toda a teoria do processo aplica-se a ambos, inclusive ao processo trabalhista. Ressalta, ainda, o doutrinador que o processo é instrumento do Estado e tem como finalidade a realização da norma de direito material, a qual deve ser perseguida, e que o processo é um instrumento por meio do qual se exerce uma função pública, independentemente dos interesses que nele são discutidos (BEDAQUE, 2009, p. 130-132)⁵².

Além da divergência acerca da possibilidade da iniciativa probatória por parte do juiz, para aqueles que entendem que é possível o juiz determinar a produção de prova de ofício, há divergência quanto à amplitude desse poder.

Moacyr Amaral Santos, por exemplo, entende que a indicação das provas cabe, por excelência, às partes interessadas, porque têm maiores condições de oferecer os meios para demonstrá-las, aplicando-se, nesse campo, o princípio da iniciativa das partes. Convivendo com esse princípio, está o princípio da iniciativa oficial, podendo o juiz determinar a realização de qualquer prova que entender necessária à apuração da verdade dos fatos, entendendo, no entanto, ser este poder supletivo ao da iniciativa das partes. Portanto, para o processualista cabem às partes indicar a fonte das provas e ao juiz pertence os meios de prova, podendo, inclusive, indeferir aquelas que entender inúteis ou protelatórias (SANTOS, 1987, p. 353).

⁵² Barbosa Moreira (1986b, p. 3), embora tenha feito alusão ao Código de Processo Civil revogado, possui o mesmo entendimento, tendo afirmando que: “Se bem que às vezes se insinue em obras doutrinárias e na jurisprudência, não acha ponto de apoio na lei, ao menos em nosso País, a idéia de que varie a amplitude da iniciativa judicial, aí, conforme a relação jurídica litigiosa se sujeite ou não ao poder de disposição das partes. Dos textos do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) relacionados com o tema, nenhum consagra, de modo explícito ou implícito, distinção dessa espécie. Certamente não se encontrará nada que com isso se pareça no art. 130, nem no art. 342, nem no art. 355, nem no art. 382, nem no art. 418, nem no art. 440, nem em qualquer outro que se refira aos poderes instrutórios do juiz. A quem sustente, portanto, a existência de restrições à iniciativa deste, no particular, não bastará, quando nada no plano do direito positivo, argumentar com a suposta disponibilidade dos direitos em causa”. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004, p. 149, grifo nosso) tem o mesmo pensamento, a saber: “*Todo, por consiguiente, recomienda la quebra del monopolio de las partes en la instruccion de la causa, mismo tratando-se de intereses puramente privados, pues no hay por que alterar la estructura del proceso en función de la naturaleza disponible o indisponible del derecho litigioso. Insustentable continuarse tolerando el juez inerte, com los brazos cruzados, y que encaraba el processo como cosa exclusiva de las partes.*”

José Roberto dos Santos Bedaque tem o mesmo entendimento. Para ele, a ampliação dos poderes do juiz no campo da prova não retira das partes o ônus de apresentar os fatos que irão demonstrar o seu direito, cabendo a elas a exposição da fonte da prova e, ao juiz, para que se aproxime o máximo possível da verdade e prolate uma decisão justa, o meio da prova (BEDAQUE, 2009, p. 126).

Antônio do Passo Cabral (2008, p. 117) tem entendimento semelhante, pois para ele cabem às partes a fonte de prova, pois elas têm melhores condições para fazê-lo e, ao juiz, a atuação subsidiária, cujo poder somente poderá ser exercido se o resultado das atividades das partes não apresentar elementos suficientes para que a decisão reflita a verdade real, isso porque os atos destas últimas devem ser interpretados como expressão de liberdade, ou seja, as partes têm autonomia quanto aos poderes processuais, não podendo o juiz atuar em substituição às mesmas, concluindo seu pensamento afirmando que partes são protagonistas e, o juiz, coadjuvante.

Seu entendimento está baseado na distinção entre a “imparcialidade”, que diz respeito à questão funcional, e a “imparcialidade”, que é questão subjetiva. Assim, segundo Cabral, o juiz pode ser imparcial sem que isso lhe impeça de tomar iniciativas probatórias, função que lhe cabe em razão da publicização do processo e busca da verdade real, a qual é concorrente com a das partes, todavia, sua imparcialidade não lhe confere amplos poderes para determinar provas, de ofício, posto ser necessário haver um equilíbrio entre as funções processuais, que encontram limites na “imparcialidade” (CABRAL, 2008, p. 116)⁵³.

Já para Bruno Garcia Redondo (2011, p. 97) e Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 10), o juiz possui amplos poderes instrutórios, o que significa dizer que, independentemente das partes, poderá o juiz determinar a produção de qualquer prova que entender necessária para o deslinde das questões discutidas no processo, para que chegue o mais próximo da verdade, pois somente assim poderá falar-se em processo justo, pois “é impossível, a priori, realizar a justiça substantiva, se os fatos reais permanecem desconhecidos, ou se são falsos os fatos a que se aplica o direito” (JOLOWICZ, 2006, p. 5)⁵⁴.

⁵³Artur César de Souza (2010, p. 10-20) classifica a imparcialidade do juiz em negativa e positiva. Quanto à primeira, diz que tem por objetivo assegurar a neutralidade do julgador consistindo em uma série de proibições, a exemplo de favorecimento a uma das partes ou de intervir no processo quando interessado. A imparcialidade positiva, por sua vez, aproxima a atividade jurisdicional a um processo justo, na medida em que reconhece as diferenças sociais, econômicas e culturais dos envolvidos para superar, dessa forma, visão estritamente subjetivista da imparcialidade que visualiza apenas as proibições e deveres. Assim, na visão do autor, pela parcialidade positiva o juiz atua voltado para a realização dos direitos fundamentais individuais e sociais previstos na Constituição (SOUZA, 2010, p. 6).

⁵⁴Jolowicz (2006, p.5), quanto à busca pela justiça substancial, afirma que: “[...] é igualmente absurdo exigir que os fatos verdadeiros sejam revelados em todos os casos – mesmo a abstrair-se do custo da tentativa de satisfazer tal exigência. É um compromisso, e ele consiste, seguramente, em que se encontre a mais viável aproximação da

Essa busca pela verdade, como informa Jolowicz, foi expressamente ressaltada, na França, por meio de uma emenda feita ao Código Civil em 1972, que todos devem cooperar com a administração da justiça para que a verdade seja revelada, tendo o direito provido o juiz de poderes suficientes para chegar o mais próximo possível da verdade, podendo, por sua iniciativa, coletar informações, sendo que “*mesures d’instruction*” pode ser ordenada tanto a pedido das partes como por iniciativa do juiz, em qualquer momento processual, se o juiz não dispuser de elementos probatórios suficientes para a prolatar a decisão (JOLOWICZ, 2006, p. 5-6).

À vista do que foi acima exposto, comunga-se do entendimento de que o juiz possui amplos poderes para determinar a produção de qualquer prova que entender necessária ao deslinde do feito, e em qualquer fase processual, pois para ele, com firmou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não há preclusão em matéria probatória, já que a jurisdição é função estatal, exercida, principalmente, no interesse do Estado, que trouxe para si o poder de dizer o direito, não podendo prestar tutela jurídica adequada sem que tenha total conhecimento acerca dos fatos importantes ou mesmo com base em fatos inverídicos, pois se assim o fizer, não será possível obter-se um processo justo.

Além disso, o juiz não pode ser visto como um robô, que tem apenas a função de apontar, mecanicamente, para o lado onde supõe estar a verdade, sem qualquer possibilidade de atuação de ofício para melhor formação do seu convencimento. O juiz não está a serviço das partes, para cancelar o que foi por elas produzido no processo, mas a serviço do Estado, cuja função é a aplicação do direito de modo a garantir os direitos fundamentais e pacificar os conflitos de interesses. Pensar em um juiz pacífico, sem poderes instrutórios, é remeter ao processo adversarial, em que a preocupação estava centrada na resolução de conflitos⁵⁵.

verdade. Essa tarefa compete ao juiz, pois é ele quem apura os fatos, mas ele só pode fazê-lo com base na informação que lhe está disponível. A maior parte da informação há de ser ministrada pelas partes, mas, se o juiz, a partir do que já sabe, chega a crer que existe mais informação relevante capaz de influir na sua decisão, a justiça substantiva exige que ele a obtenha. Seria extremamente estranho sugerir que uma decisão substancialmente justa pode ser dada por um juiz que crê que sua decisão bem pode ser errônea, porque foi privado de informação relevante e disponível, cuja obtenção poderia tê-lo habilitado a chegar mais perto da verdade.”

⁵⁵Alexandre Freitas Câmara (2007, p.9), manifestando-se a favor dos poderes instrutórios do juiz, justifica seu pensamento no fato de que o processo não serve apenas para resolver conflitos, mas produzir decisões que estejam de acordo com a verdade. Assim, para o autor, quando o juiz determina, de ofício, a produção de alguma prova, o faz no interesse de sua função, preparando-se, portanto, para prolatar a decisão. Importa. Também, trazer aqui o pensamento de Marco Eugênio Gross quanto aos poderes instrutórios do juiz, que afirmou: “É evidente que no modelo da cooperação processual, sobretudo em relação à verdade, não se pode desconsiderar que a vontade de as partes defenderem seus interesses pode não coincidir com o descobrimento da verdade, principalmente porque pode haver, por exemplo, a apresentação de provas adulteradas ou mesmo a omissão em apresentar meios de provas que podem ser prejudiciais aos interesses da parte, mas que são por outro lado, úteis para o descobrimento da verdade acerca do ocorrido. Contudo, aqui, mais uma vez, com o intuito de obter essa situação e de mitigar a desvirtuação do material probatório, surgem os poderes do juiz, justamente porque o

Apesar de o juiz possuir amplos poderes instrutórios, este poder, no entanto, deve ser balizado pelo contraditório (artigo 5º, inciso LV, da CF/88) e obrigatoriedade de motivação (artigo 93, inciso IX, da CF/88), ou seja, o juiz possui amplos poderes para determinar, de ofício, a realização de qualquer prova que entender necessária para a formação do seu convencimento, todavia, sua iniciativa deverá se guiar pelo princípio do contraditório e ser devidamente fundamentada, para que não seja enquadrada como arbitrária ou parcial (PESSOA, 2009, n.p.).

Acrescente-se, ainda, que a atividade instrutória do juiz também encontra limites nas alegações e pedidos formulados pelas partes, pois o juiz tem que decidir nos limites em que a lide foi proposta (artigo 141 do CPC/2015), além de lhe ser vedado proferir decisão de natureza diversa da pretendida (artigo 494 do CPC/2015). Isso porque o processo começa por iniciativa da parte e, agindo de forma diversa, o juiz estará infringindo o princípio dispositivo consagrado no artigo 2º do CPC/2015 (CANTORIO, 2011, p.9).

Assim, não é limitando os poderes instrutórios do juiz que sua imparcialidade será preservada, mas permitindo às partes o acompanhamento e participação das provas cuja realização foram determinadas, possibilitando-lhes, inclusive, produzir outras provas em seu favor, ou seja, possibilitando às partes a participação no contraditório (PEREIRA, 2006, p. 379)⁵⁶.

Interessante é a observação feita por Trícia Navarro Xavier. Para a doutrinadora não lhe parece lógico atribuir a imparcialidade ao juiz somente na fase instrutória, pois se ele decide ser parcial, tal atitude poderá ser tomada em qualquer momento do procedimento, estendendo-se até o julgamento; assim, conclui que não seria coerente pensar que o juiz iria auxiliar ou prejudicar uma parte apenas durante a fase instrutória, sem pensar no resultado do processo (XAVIER, 2008a, p. 5).

Outrossim, as decisões judiciais devem estar livres de influências externas que não estejam estritamente relacionadas com o litígio, devendo o juiz pautar-se somente pelos seus conhecimentos jurídicos, fatos e provas constantes dos autos, não importando quem as tenha

magistrado tem a possibilidade de ordenar de ofício a realização de provas que não foram solicitadas” (GROSS, 2013, p. 10).

⁵⁶ Entendimento semelhante é o de Barbosa Moreira (2007, n.p.): “É claro que a mais larga atribuição de poderes exercitáveis de ofício, na instrução do feito, de modo algum dispensa o órgão judicial de respeitar, na realização de quaisquer diligências, a garantia do contraditório, indispensável à salvaguarda dos direitos da defesa. Menos ainda o exonera do dever de motivar a sentença, mediante a análise dos elementos probatório colhidos e a justificação do valor atribuído a cada qual. No controle da observância dessas imposições legais, e não no cerceamento da iniciativa do juiz, é que consiste o melhor antídoto contra as eventuais tentações de parcialidade.”

produzido (PEREIRA, 2006, p. 384). A imparcialidade do juiz, portanto, deve ser livre de qualquer pré-conceito, e isso deverá ser demonstrado na fundamentação das suas decisões.

Não é outro o entendimento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004, p. 149), para quem os poderes instrutórios do juiz poderão ser controlados pelo contraditório, dever de motivação e possibilidade de reexame da decisão, por intermédio do recurso competente⁵⁷.

Não obstante os amplos poderes instrutórios do juiz, José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 155), com base no disposto no artigo 319 do CPC/1973, entendeu haver limites impostos pela técnica processual nos casos de revelia, cujos fatos narrados tornam-se incontroversos. Todavia, ressalta que a doutrina e a jurisprudência abrandaram as disposições contidas no dispositivo legal nos casos de serem inverossímeis os fatos narrados na petição inicial.

O CPC/2015, no seu artigo 344, traz disposição semelhante. Todavia, a revelia não leva à imediata procedência dos pedidos formulados pelo autor, tendo lugar apenas quando o juiz estiver convencido da veracidade dos fatos alegados na petição inicial, de acordo com os documentos dos autos o que significa dizer que o juiz, mesmo em caso de ausência de contestação, poderá determinar a produção de provas para formar o seu convencimento, se entender que aquelas existentes nos autos são insuficientes, diante dos fatos alegados (TUCCI, 2017, n.p.).

Observe-se que essa análise feita pelo juiz é subjetiva; assim, mesmo que os fatos possam parecer verossímeis, ele poderá determinar a produção de prova, inclusive o interrogatório da parte autora, sob o pretexto de não estar convencido dos mesmos, em face da subjetividade da análise. Assim, pode-se concluir que, mesmo em caso de revelia, o juiz também poderá determinar a produção de provas caso entender necessárias, o que significa que, embora seja o réu revel, “o julgamento a favor do autor nunca será ‘automático’, uma vez que somente tem lugar se o juiz estiver absolutamente convencido da veracidade dos fatos articulados na petição inicial” (TUCCI, 2017, n.p.).

O dever de auxílio por parte do juiz poderá, ainda, estar presente na execução, diante de atitudes anti-cooperativas do executado, que poderá determinar, nos termos do disposto no

⁵⁷ Rafael Caselli Pereira (2006, p. 384) possui o mesmo entendimento. Manifestou-se o autor da seguinte forma: “Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para manter sua imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objetivo dos fatos, cuja produção nos autos se faz mediante as provas. Não importa quem as traga. Importa, sim, que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos. Para que o juiz mantenha imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar (contraditório)”.

artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial.

Tal dispositivo legal fala de medidas atípicas aplicáveis segundo o prudente arbítrio do juiz, como instrumento necessário, adequado e proporcional para que seja satisfeito o direito material conferido a quem o tem. Vale registrar que, mesmo nesse caso, como já ressaltado anteriormente, deverá ser observado o contraditório, permitindo, assim, que o destinatário da medida possa se defender.

Pode-se dizer, portanto, que o juiz é dotado de poderes-deveres voltados para a obtenção de um processo justo no menor tempo possível, por isso poderá adotar posturas proativas, residindo nestas o exercício de seus poderes-deveres de cooperação como forma de promoção da igualdade e justiça social, compatível com o regime democrático, porquanto o processo é um instrumento de acesso à justiça.

4.2 Dos deveres das partes

Após analisarmos os deveres do juiz, faz-se necessário analisar os deveres das partes, ou seja, como devem se comportar durante o procedimento, pois como é sabido, no processo cooperativo a forma como as partes atuam é de suma importância para o seu resultado final.

Sendo o processo coisa pública, portanto, de interesse não só das partes, mas também da comunidade na medida em que pacifica os conflitos de interesses, ele deve ser preservado por essa mesma comunidade para que se desenvolva de uma maneira justa para que, por intermédio dele, possa se fazer justiça. Dessa forma, não é tolerável que as partes envolvidas adotem *standards* comportamentais que não se coadunem com a preservação da integridade desse instrumento colocado à disposição da sociedade.

Vale destacar que o processo não pode ser visto como um campo de batalha em que uma parte quer destruir a outra e por isso podem se utilizar das mais variadas estratégias para ganhar a guerra, empregando meios ardis para que consigam aquilo que pretendem. Ao contrário, as partes, atualmente, também devem prestar sua colaboração auxiliando o juiz, uma vez que “o processo cooperativo não opera em via de mão única” (SOUZA, L., 2019, p. 71). Dessa forma, a cooperação no processo não gera deveres somente para o juiz, mas também para as partes, incentivando-as a assumirem posições éticas, para que a prestação jurisdicional possa ser entregue da melhor forma possível no menor período de tempo⁵⁸.

⁵⁸ Como adverte Neil Andrews (2013, p. 4), as regras do processo civil (1998) (CPR - do inglês, Civil Procedural Rules) tiveram a finalidade de modificar a cultura litigiosa dos tribunais ingleses, sendo que um dos objetivos da

Entretanto, não se pode perder de vista que as partes possuem interesses antagônicos, por isso não têm obrigação de colaborar uma com a outra. O modelo cooperativo não gera tal obrigação; exigir-lhes colaboração mútua seria supor um processo irreal, enganador, inclusive, com incentivos a fraudes processuais. A colaboração das partes é, no entanto, para que se obtenha um processo justo e ético.

A tutela jurisdicional, portanto, é um direito da parte, e uma vez provocada, transcende esse âmbito particular, passando para a esfera pública, que tem por objetivo a aplicação do direito ao caso concreto e pacificação do conflito, circunstâncias que justificam a repressão às condutas de litigância de má-fé e atos atentatórios à dignidade da justiça, porquanto a participação de todos os envolvidos no processo deve ser consentânea a esses objetivos do Estado.

O princípio da cooperação, dessa forma, cria para as partes o dever de lealdade, boa-fé, veracidade e esclarecimento⁵⁹.

4.2.1 Dever de lealdade, boa-fé e veracidade

No processo há um conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida, o que justifica a intervenção do Estado para pacificar esse conflito, que irá atribuir o direito a quem o tem.

A forma como se dá a participação das partes é que caracteriza o modelo do processo, e o modelo cooperativo, como já ficou demonstrado, está pautado no diálogo, que é essencial ao seu desenvolvimento e resultado. Assim, para que o processo alcance seu objetivo, que é produzir uma decisão justa no menor tempo possível, é necessário que as partes, durante todo o procedimento, atuem de forma leal.

reforma foi para que o processo civil inglês passasse de um sistema antagonista para um sistema cooperativo entre os litigantes e seus advogados. Contudo nem todos estavam preparados para cooperar, tendo sido difícil a mudança da mentalidade dos advogados sêniores de que não poderiam mais defender os interesses de seus clientes de forma inflexível e agressiva, tendo a jurisprudência contribuído para mudança de mentalidade, permitindo que o processo alcançasse seus elementos essenciais de eficiência, disciplina procedimental e mais econômico.

⁵⁹ De acordo com Renhard Greger (2012), o direito processual alemão traz os deveres de indicação (*Hinweispflichten*), pelo magistrado, como decorrentes do dever geral de colaboração, os quais provocam o adequado exercício da liberdade das partes. Assim, de acordo com o autor, a determinação de comparecimento pessoal das partes (§141 I 1 da ZPO) não deve servir ao esclarecimento do juízo, mas ao melhor entendimento dos argumentos das partes, de forma a deixar clara suas argumentações. O juiz, ainda de acordo com processualista, poderá ordenar a apresentação de documentos desde que sejam aqueles sobre os quais as partes já se referiram (§142 da ZPO). Quanto ao interrogatório das partes (§448 da ZPO), diz Greger que este não pode ser entendido como expressão do princípio inquisitório, mas como cooperação (GREGER, 2012, p. 3).

De acordo com Rafael Stefanini Auilo (2014, p. 54), baseado em Enrico Tullio Liebman, atuar com lealdade significa respeito mútuo e também respeito ao princípio do contraditório, para que as partes possam exercê-lo amplamente, produzindo com liberdade as provas que entenderem necessárias e apresentando suas teses. As partes, portanto, não podem adotar comportamento que impeça o direito de resposta da contraparte, nem, tampouco, praticar atos protelatórios ou que impeçam ou prejudiquem a parte contrária de demonstrar que tem razão. Conclui Auilo (2014, p. 54) que o dever de lealdade se caracteriza pelo binômio proibição-dever, ou seja, proibição de utilização de instrumentos que foram colocados à disposição das partes de modo diverso do fim a que se destinam e dever de a parte se abster de obter a vitória por meios não admitidos pelo ordenamento jurídico. Ema suma, as partes têm o dever de preservar o diálogo de forma a não desvirtuar os objetivos do processo.

A boa-fé, tal qual a lealdade, são institutos próximos e, por isso, muitas vezes confundidos, mesmo porque ambos constituem limites de atuação para todos os sujeitos que participam do processo (AUILO, 2014, p. 55).

O Código de Processo Civil de 2015 impõe tanto às partes quanto aos seus advogados o dever de atuar com lealdade e boa-fé, sendo indicativo aquele comportamento que é socialmente aceito, por isso o autor somente poderá propor ação quando acreditar no direito que afirma ter e o réu contestar quanto entender infundado o direito afirmado pelo autor (ALVIN NETTO, 1993, p. 1-2). Assim, “a regra é a que o litigante deve, subjetivamente, crer no que afirma” (ALVIM NETTO, 1993, p. 6).

De acordo com Alfredo Buzaid (1987, p. 4) os deveres de lealdade e boa-fé estão ligados ao dever de veracidade, ou seja, as partes devem atuar honestamente apresentando fatos que lhe são favoráveis e omitindo aqueles que não são. Assim, para o autor, a lealdade significa pautar os atos de acordo com a lei; e a boa-fé é a consciência de que a parte está usando o processo sem se distanciar da lei.

Eduardo Cambi (2011, p. 8), inclusive, ao reconhecer que as partes têm ampla liberdade quanto aos fatos que podem ser levados ao processo, em decorrência do princípio dispositivo, ressalta que essa liberdade gera para elas responsabilidades, por isso não se tolera mentiras, não podendo o processo ser utilizado para fins ilícitos.

Neil Andrews (2013, p. 3), referindo-se ao processo inglês, afirma que deve haver prudência na formulação da demanda, devendo as petições, quer sejam do autor quer sejam do réu, ser respaldadas por uma declaração de veracidade, e que uma declaração desonesta feita por uma das partes a sujeita ao processo de desacato.

Para Rodrigo Ramina de Lucca ([2011?], p. 4) a verdade que se exige das partes é a verdade subjetiva, pois se assim não fosse, bastaria obrigá-las a dizer a verdade que o processo estaria resolvido; entretantes, segundo o autor, cada um vê as coisas de um ângulo, o que leva cada uma das partes a expor os fatos segundo seu próprio ponto de vista, não significando, com isso, que estão distorcendo, intencionalmente, os fatos. Dessa forma, seguindo o raciocínio do doutrinador, a verdade que se exige no processo é a verdade de acordo com o que se acredita (verdade subjetiva), e não como as coisas realmente aconteceram; assim, proíbe-se que os fatos sejam narrados tendo-se plena consciência de que não ocorreram da forma como foram expostos.

Assim, pode-se dizer que cada uma das partes possui a sua verdade. Para Elicio de Cresci Sobrinho (1975, p.134) “afirmar um fato, não significa necessariamente apresentá-lo como verídico, mas, somente que seja levado em conta, no processo” e que “discutir um fato, não significa fazer valer sua falsidade, mas unicamente seu caráter duvidoso, pedido que seja aclarado mediante prova”, O que não se tolera, portanto, é a mentira, quando uma parte deliberadamente altera a verdade dos fatos em benefício próprio, como por exemplo, em uma reclamação trabalhista o empregador negar que o trabalhador tenha feitos horas extras quando, na realidade, trabalhou em sobrejornada.

O dever de veracidade, resume Auilo (2014, p. 59), está diretamente ligado à prova, ou seja, consideram-se verdadeiros os fatos capazes de serem comprovados pelas partes⁶⁰.

Há, contudo, controvérsia acerca da extensão do dever de veracidade. Alcides de Mendonça Lima (1979, p. 3) pontua que seria violar a própria natureza humana exigir da parte que ofereça armas para que o adversário triunfe; assim, o que se espera é que não se utilize de meios para fraudar a função jurisdicional.

O Código de Processo Civil de 1973, na redação original do inciso III, do artigo 17, considerava como litigante de má fé aquele que omitisse intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa, todavia, esse dispositivo legal foi alterado pela Lei 6.771/80, tendo sido suprimida tal conduta omissiva, o que nos permite afirmar que para que ficasse caracterizada a litigância de má-fé seria necessária apenas a conduta ativa. O artigo 77 do CPC/2015 traz disposição semelhante, donde se conclui que permanece o mesmo entendimento.

⁶⁰ Esse, inclusive, é o entendimento de José Manoel de Arruda Alvin Netto (1993, p. 2, grifo do autor), que afirmou: “A formulação de pedido deve estar prevista *in abstracto* na lei (ou, ao menos, não estar vedada pelo sistema jurídico, e, *in concreto* os fatos que embasam o pedido devem ser verdadeiros acreditados (subjetivamente) como verdadeiros), ou seja, haverão, possivelmente, de poder vir a ser devidamente comprovados pelo autor”.

Adverte, Auilo (2014, p. 61), no entanto, que apesar de ter sido excluído o dever de completude, não pode a parte alegar inverdades, ou, ainda, permitir que a omissão resulte em comprometimento da própria verdade, pois não é isso que se espera de um processo cooperativo.

Marco de Gradi (2012), na mesma linha, entende que não é suficiente para que se atenda o dever de veracidade o fato de a parte não fazer afirmação falsa se ela omitir circunstâncias ou detalhes, em seu próprio benefício, que são decisivos para uma correta decisão, o que é chamado pelo senso comum de “meia verdade”, consistindo, tal atitude, em ofensa à verdade, pois poderá levar a uma incompleta reconstrução dos fatos, ou seja, uma avaliação que não reflita a realidade.

Dessa forma, de acordo com o pensamento do autor, a obrigação de dizer a verdade não pode ser restrita a mera obrigação de não fazer declaração falsa, devendo ser acompanhada por uma declaração de integridade, que impõe não só o dever de dizer a verdade, mas, também, informar fatos relevantes para decisão da causa, embora lhe sejam desfavoráveis (GRADI, 2012, p. 108).

Apesar de o entendimento doutrinário majoritário ser no sentido de que a parte não tem o dever absoluto de dizer a verdade, pois se assim o fizer implicará em confissão, não é tolerável a omissão de fatos que repercutam negativamente no resultado do processo a ponto de não se obter a verdade real ou mesmo de se chegar o mais próximo possível dela⁶¹. Destarte, não obstante a omissão do CPC/2015, a falta de informação relevante há de ser enquadrada como má-fé, por ser contrária aos escopos do processo, dado que poderá gerar uma decisão injusta se o fato omitido não vier a ser revelado por outro meio.

Alfredo Buzaid (1987, p. 4-5) entende que o dever de veracidade está ligado somente aos fatos e não às controvérsias de direito, pois quanto as estas últimas questões, poderá haver controvérsia com opiniões diametralmente opostas. José Manoel de Arruda Alvim Netto (1993, p. 6-7), diversamente, ressalta que pode configurar comportamento desleal o fato de a parte, ostensivamente, formular demanda sob ponto jurídico que possa deixar o juiz confuso, pois a má-fé baseada no direito da mesma forma visa um efeito vedado. Ressalta, no entanto, que a má-fé calcada na fundamentação jurídica, apesar de possível, ocorre em intensidade

⁶¹ “Segundo a doutrina mais abalizada, seria, no mínimo, incoerente admitir a existência de um dever absoluto de dizer a verdade. Isto porque, na lógica do ordenamento processual em vigor, dizer a verdade nunca beneficia a parte (que tem sempre o ônus probatório quanto às alegações de fato aduzidas), mas, sempre a prejudica, já que, sendo contrária a seus interesses, a verdade dos fatos implica em confissão e, portanto, desonera a parte contrária de instrução probatória quanto a tais fatos” (LIMA, 2005, p. 12).

muito menor, uma vez que o juiz tem o dever de saber o direito e, assim, dificilmente poderá ser ludibriado, o que não ocorre com os fatos.

Pedro Gomes de Queiroz (2014, p. 22-23), na mesma esteira, entende que pode haver má-fé mesmo em caso de questões jurídicas, justificando seu pensamento no próprio princípio da cooperação, o qual não se restringe à descoberta da verdade, mas também na interpretação do direito a ser aplicado ao caso concreto, sobretudo quando o texto normativo a ser interpretado possuir maior grau de abstração. Assim, se partes ou seus advogados não observarem o dever de boa-fé ou lealdade ao proporem uma determinada interpretação jurídica, estarão litigando de má-fé⁶².

Entende-se que a razão está com o autor, pois faz parte da colaboração a apresentação, pelas partes, de teses jurídicas que irão influenciar o juiz na formação do seu convencimento, e deverão aqui, também, propor interpretações razoáveis e possíveis, sendo, portanto, impensável, ao nosso ver, que com relação aos fatos as partes devem agir honestamente, porém, quanto à fundamentação jurídica não é necessário porquanto o juiz tem o dever de saber o direito.

É fato que o juiz tem o dever de saber o direito e poder, inclusive, julgar com base em fundamentos diversos daqueles apresentados pelas partes. A questão principal, no entanto, está na atitude das partes, que deverão transmitir confiança durante todo o procedimento, atuando de forma ética e leal. Assim, apesar de o contraditório e ampla defesa serem direitos fundamentais, esses direitos não podem ser exercidos de modo a justificar qualquer conduta, consistindo em abuso de direito processual o ato que for de encontro aos propósitos estabelecidos pelo processo cooperativo.

O princípio da boa-fé também se estende aos advogados, tendo os mesmos, tal como as partes, o dever de dizer a verdade⁶³. A Constituição Federal de 88, no seu artigo 133,

⁶² De igual forma entende Marcelo Veiga Franco (2015, n.p.), que afirmou: “Dessa maneira, os deveres de boa-fé objetiva das partes não se resumem apenas ao aspecto da atuação compartilhada no andamento do processo, mas se projetam igualmente sobre os próprios fundamentos fáticos e jurídicos coligidos por ocasião do exercício da garantia fundamental da ampla defesa. A atuação técnica e ética de advogados é consequência direta de um modelo de cooperação processual.” Nesse mesmo sentido se manifestou José Manoel Arruda Alvin Netto (1993, p. 6, grifo nosso): “Conquanto, de um modo geral, a obrigação de lealdade diga respeito aos fatos, dado que o direito deve ser conhecido do juiz (*iuria novit cūria*), é possível cogitar-se, também, da deslealdade quanto ao direito, propriamente dito. Certamente a lealdade respeitadamente ao direito não significa uma derrogação do princípio aludido, mas sim, configurarse-ia a deslealdade quanto o litigante, ostensiva e deliberadamente, formulasse demandas que, do ponto de vista jurídico, deixariam o juiz confuso. E tal confusão adviria da circunstância de o litigante, intencionalmente, pretender confundir o juiz”.

⁶³ Alfredo Buzaid (1987, p. 5) ressalta que o dever de dizer a verdade é imposto a todos os sujeitos que atuarem no processo. Nas suas palavras: “O dever de dizer a verdade não é imposto unicamente às partes no processo civil; abrange os advogados, os peritos, as testemunhas e os funcionários judiciais”. Rafael Stefanini Auilo (2014, p. 58) também se manifestou no mesmo sentido, a saber: “O dever de veracidade, em termos simples, encerra uma obrigação das partes, seus patronos e todos aqueles que participam do processo de dizerem a

determina ser o advogado indispensável à administração da justiça, não sendo aceitável que tenha comportamento inadequado ao bom desempenho da sua profissão ou mesmo daquele exigível no processo enquanto instrumento de realização da justiça, o que seria, inclusive, um contrassenso (CARNEIRO, 2003, p. 70).

O advogado “não se torna imune a compromissos éticos com a justiça, na medida em que ele aceita o patrocínio, a defesa, de algum cliente”, por isso deverá procurar saber junto a esse cliente quais os objetivos que pretende com o processo, pois caso não sejam lícitos, deverá recusar o patrocínio da causa (CARNEIRO, 2003, p. 70-71).

O CPC/2015, no artigo 77, estabelece multas por litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça, todavia, tais penalidades somente podem ser impostas às partes, não obstante, via de regra, não tenham participação direta e pessoal no processo, por não possuírem, a princípio, capacidade postulatória, atuando por intermédio dos respectivos advogados. As partes, inclusive, na maioria das vezes, sequer têm conhecimento de como foi a atuação de seu advogado (CARNEIRO, 2003, p. 70)⁶⁴.

Como se observa do exposto acima, as partes, no processo cooperativo, deixaram de ser somente coadjuvantes, passando a ter um papel ativo na busca do melhor resultado para o processo, por isso, tal qual o juiz, possuem deveres de cooperação, os quais são corolários do Estado Democrático de Direito, pela participação do cidadão nos poderes constituídos, deixando, assim, de ser apenas recipientes das decisões estatais, razão pela qual devem atuar com lealdade no processo, por isso deverão dizer a verdade em juízo.

Pode-se dizer, dessa forma, que ao mesmo tempo em que são atribuídos maiores poderes às partes, com eles vêm maiores responsabilidades; assim, tanto o direito de ação quanto o direito de defesa não dá à parte direito à mentira, à enganação. Cada um (autor e réu) deve postular de acordo com o direito que acredita ter, pois, faltando com a verdade qualquer daqueles que atuarem no processo, este não será capaz de produzir justiça.

Esse dever de veracidade, todavia, encontra limite no disposto no artigo 388 do CPC/2015, bem como no disposto no artigo 229 do Código Civil brasileiro, que muito embora digam respeito ao depoimento pessoal, podem ser estendidos a qualquer manifestação que a parte vier a fazer no processo, pois se não está obrigada a depor acerca de certos fatos, não

verdade, sempre forte na concepção de que o processo é realizado no interesse público. Todavia, como se sabe, na prática forense, dizer a verdade parece ser uma situação um tanto quanto inatingível quando se pensa que o processo tem seu curso ditado muito pela liberdade das partes e que no fundo elas querem vencer neste jogo.”

⁶⁴ Alcides de Mendonça Lima (1979, p. 12) fez igual observação, a saber: “Se, teoricamente, o ‘dever de lealdade’ é das partes, não se pode deixar de reconhecer que, na prática ou na dinâmica forense, o mesmo é mais dos procuradores do que delas, sobretudo, quando o cliente não apresente condições sociais, profissionais e culturais suficientes para engendrar os fatos recriminados na lei”.

seria coerente obrigá-la a mencionar esses fatos na petição inicial, na contestação ou em qualquer outro ato processual.

4.2.2 Do dever de esclarecimento

Como mencionado no item 4.1.1, o dever de esclarecimento é recíproco, ou seja, é um dever do juiz para com as partes e destas para com o juiz.

Esse dever das partes vem desde o direito grego (*qualitas rei*) em que era possível ao magistrado imperial solicitar qualquer tipo de esclarecimento acerca de pontos obscuros ou lacunas relativas às suas alegações, todavia, ele não poderia ir além do alegado pelas partes (CRESCI SOBRINHO, 1988, p. 99).

Há previsão expressa nesse sentido no CPC/2015, concedendo ao juiz o poder-dever de pedir qualquer esclarecimento às partes caso suas petições não sejam claras, ou mesmo quando o autor não observar os requisitos da petição inicial, sob pena do seu indeferimento, se for o caso.

O dever de esclarecimento permite a individualização correta do objeto litigioso, possibilita o contraditório e auxilia na solução do conflito, que poderá ser de forma amigável, se a composição for feita pelas próprias partes, ou por meio de decisão judicial, em caso de sentença (AUILO, 2014, p. 68).

O dever de esclarecimento decorre do dever de veracidade e, por conseguinte, do dever de colaboração. As partes, assim, além de terem que apresentar os fatos de forma clara e inteligível, possibilitando que a outra parte se defenda, deverão apresentá-los de acordo com a verdade (conforme o disposto acima), contribuindo para o resultado justo do processo. Caso a parte não cumpra com o seu dever, poderá ser instada pelo juiz a prestar informações.

O dever de esclarecimento da parte também está relacionado à produção de provas, ou seja, a parte tem o direito de apresentar provas para demonstrar a veracidade dos fatos alegados, sendo, pois, uma forma de se esclarecer perante o juiz quanto aos fatos constitutivos de seu direito (AUILO, 2014, p. 64) apresentados nas suas petições.

O juiz também poderá exigir que a parte exiba algum documento importante para o deslinde das questões controvertidas (AUILO, 2014, p. 64-65), a exemplo de determinação para a apresentação dos instrumentos de controle de jornadas que o empregador está obrigado a manter, em demandas trabalhistas em que se discute horas extras, sob pena de serem considerados verdadeiros os horários informados pelo autor. Apresentados os documentos o empregador estará contribuindo para o esclarecimento dos fatos.

Nas palavras de Auilo (2014, p. 69) “a regra de prestar informações recíprocas é importante tanto para as partes, como para o Estado-juiz e até mesmo para o processo como instrumento de solução de conflitos com justiça e efetividade”. Isso porque o dever de esclarecimento, acima do interesse privado, é de interesse público (CRESCI SOBRINHO, 1988, p. 113).

Decorrendo o dever de esclarecimento do dever de veracidade, conclui-se que, tal como este último, o primeiro também possui os mesmos limites (AUILO, 2014, p. 69).

5 DO ATIVISMO JUDICIAL

Até à Segunda Grande Guerra, a lei editada pelo Parlamento (Poder Legislativo) era a principal fonte de direito e, muito embora as Constituições previssem direitos fundamentais, esses somente tinham aplicabilidade se houvesse previsão legal.

Após à Segunda Guerra, sobretudo após as atrocidades cometidas pelos regimes nazista e fascista, os direitos fundamentais, notadamente os sociais, ganharam espaço no ordenamento jurídico, os quais passaram a ser observados independentemente da previsão em norma legal, em contraposição ao formalismo legal advindo do positivismo jurídico. A Constituição passou a ter força normativa e o Direito passou a ser visto não apenas pela forma, mas pela substância.

A constitucionalização do Direito, surgido na Europa, ganhou força e se espalhou por diversos países, possibilitando o surgimento do que se convencionou a chamar de ativismo judicial, para que fossem concretizadas as promessas constitucionais, afetando, dessa forma, a jurisdição.

Essa nova concepção do direito também foi assimilada pelo Brasil após a Constituição de 1988.

5.1 Da origem do ativismo judicial

O ativismo judicial tem sua origem no direito estadunidense, cujo conceito se exprime de diversas maneiras, sobre o qual não há consenso. De acordo com Keenan D. Kmiec (2004, p. 1443, tradução nossa) “‘ativismo judicial’ é definido de várias maneiras díspares, até mesmo contraditórias; estudiosos e juízes reconhecem este problema, mas persistem em falar sobre o conceito sem defini-lo”⁶⁵. Propõe, assim, cinco significados para o fenômeno: invalidação de ações dos demais poderes que são constitucionalmente defensáveis; falha em aderir aos precedentes; legislação judicial; afastamento de metodologias interpretativas aceitas e julgamentos orientados por resultados (KMIEC, 2004, p. 1444).

Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist (2007, p. 1755), de forma semelhante, afirmam que não há uma definição para o termo, o qual rotulam de “notoriamente escorregadio”⁶⁶. Dizem que as reclamações acerca do fenômeno refletem “um lamento amorfo sobre as

⁶⁵ “This is so because “judicial activism” is defined in a number of disparate, even contradictory, ways; scholars and judges recognize this problem, yet persist in speaking about the concept without defining it”.

⁶⁶ “Indeed, activism has been labeled a “notoriously slippery concept”.

desfavorecidas decisões da Corte”, a partir das quais pode enquadrar o termo “ativismo judicial” (CROSS; LINDQUIST, 2007, p. 1775, tradução nossa)⁶⁷. Assim, sendo o conceito de ativismo multidimensional, dizem os autores que ele é frequentemente associado à invalidação dos atos dos representantes eleitos ou mesmo à interpretação contrária à do legislador, refletindo as preferências políticas dos juízes; ainda, dizem que pode ser considerado ativismo judicial decisões pelas quais os juízes derrubam precedentes de seus antecessores. Concluem afirmando que a discussão não resulta em uma definição clara, cuja característica principal reside no fato de os juízes agirem de acordo com suas preferências pessoais, orientando suas decisões de acordo com o resultado que pretendem alcançar (CROSS; LINDQUIST, 2007, p. 1759-1765).

Frank Easterbrook (2002, p. 1403), por sua vez, diz que o termo ativismo judicial tem sido usado para enquadrar como mal o comportamento dos juízes, e que caberá a cada pessoa definir o que venha a ser considerado esse “mal comportamento”; assim, ativismo judicial, em tal concepção, equivale a decisões erradas.

Ernest Young (2002, p. 1163-1164), entretanto, entende que correção de mérito e assertividade institucional são questões distintas, ou seja, o autor entende que ativismo judicial não equivale a decisões erradas; para ele, ativismo judicial envolve questão de alocação de autoridade nas tomadas de decisões dentro do sistema judicial e entre esse sistema e outros participantes do governo.

Entre nós, Clarissa Tassinari (2012, p. 22), reconhecendo a dificuldade de se conceituar o fenômeno do ativismo judicial, elenca algumas de suas dimensões: a) controle dos atos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo; b) crescente número de demandas, o que exige maior interferência do Judiciário; c) abertura à discricionariedade dos atos decisórios; d) aumento da capacidade gerencial do processo pelo magistrado.

A prática do ativismo judicial, no entanto, não se encontra prevista na Constituição dos Estados Unidos, mas decorreu de construção jurisprudencial (BINENBOJM, 2014, p. 27), tendo sido aplicada pelas cortes estaduais mesmo antes da instituição do federalismo (MARTEL, 2001, p. 64)⁶⁸.

No período que antecedeu a Constituição norte-americana, federalistas escreveram ensaios pelos quais expunham suas ideias, sendo que naquele de n. 78, escrito por Alexander

⁶⁷ *In many cases, complaints about judicial activism only reflect an amorphous lament about disfavored Court decisions. Our discussion begins with these complaints because they frame the term “judicial activism”.*

⁶⁸ “As decisões de recusa de aplicação de leis surgem de diversas cortes estaduais. É como se houvesse a formação de uma comunidade linguística pelas cortes, que passaram a desempenhar o papel de guardiães da Constituição de modo mais o menos consensual” (CONTINENTINO, 2016, p. 119).

Hamilton, ficou claro o seu entendimento quanto à supremacia da Constituição, cujas normas deveriam ser elaboradas de acordo com o seu texto (MARTEL, 2001, p. 65), tendo o mesmo, inclusive, atribuído ao Poder Judiciário a competência para fazer prevalecer a Constituição no lugar de uma norma inferior que lhe fosse contrária (RESENDE; VIEIRA, 2016, p. 407).

Pode-se dizer, portanto, que no curso da história jurídica norte-americana vários julgados foram reconhecendo a possibilidade de se “anular” uma lei caso ela colidisse com a Constituição. Não houve, pois, uma ruptura brusca no sistema de interpretação constitucional.

O caso *Marbury v. Madison*, de 1803, é apontado pela doutrina, no entanto, como aquele pelo qual passou-se a admitir, nos Estados Unidos, o *judicial review* (WILLEMAN, 2014, p. 126), tendo o *Justice Marshall*, no julgado, sustentado que a Constituição seria suprema e que a função do Poder Judiciário seria a de interpretá-la, podendo se recusar a aplicação de atos governamentais que fossem contrários aos seus princípios (MARTEL, 2001, p. 68).

O ativismo judicial nos Estados Unidos, todavia, em uma primeira fase, em razão do regime liberal adotado pelo país, foi de natureza conservadora, ou seja, a linha adotada foi a de liberdade contratual, tendo o julgamento mais famoso sido o caso *Lochner x New York*, de 1905 (MESQUITA, 2006, p. 12), em que a Suprema Corte entendeu que seria incompatível com a Constituição Federal dos Estados Unidos uma lei que estabelecesse jornada de 10 horas e carga horária semanal de 60 horas para os empregados em padaria, porquanto limitava a liberdade contratual, pois o devido processo legal assegurava tanto aos empregadores como aos empregados a possibilidade de contratarem livremente.

A partir desse julgado inaugurou-se a chamada “*Era Lochner*” (1897-1937), pela qual passou-se a adotar o entendimento de que as leis de caráter social eram presumivelmente inconstitucionais, devendo cada Estado demonstrar a necessidade da medida restritiva da liberdade contratual para que fosse considerada válida (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 34). Outro julgado não menos famoso foi o *Dred Scott x Sandford*, em 1857, que de igual forma prevaleceu o entendimento liberal da Suprema Corte.

A forma de decidir da Suprema Corte veio a ser modificada somente com o *New Deal* – plano de reestruturação econômica proposto pelo Presidente Roosevelt na tentativa de se buscar a recuperação econômica dos Estados Unidos.

Por meio desse plano foram atribuídos ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional poderes para deliberar acerca de questões sociais e de trabalhadores, o que acabou entrando em colisão com o entendimento da Suprema Corte, as quais passaram a ser declaradas inconstitucionais (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 35).

O Presidente Roosevelt, no entanto, respondendo ao posicionamento que vinha sendo adotado pela Suprema Corte, propôs o aumento de vagas na referida Corte, possibilitando a nomeação de novos juízes sempre que algum de seu integrante atingisse a idade de 70 anos e não requeresse a aposentadoria, o que levaria a um aumento de 9 para 15 juízes.

A proposta não se concretizou, pois o *Justice Owen J. Roberts*, que era conservador, mudou de posição, tendo sua atitude sido decisiva para o julgamento que concluiu pela declaração da constitucionalidade do salário mínimo no distrito de Colúmbia, no caso *National Labor Relations Board versus Jones and Laughlin Steel Corp*, em 1937 (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 35). A partir de tal julgamento a postura da Suprema Corte foi a de deferência ao plano do Presidente Roosevelt, passando os julgados a reconhecerem a necessidade de intervenção nas relações sociais.

A partir da década de 50, a jurisprudência da Corte americana, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos de *Burgher* (até 1973), produziu julgamentos considerados ativistas relativamente aos direitos fundamentais, a exemplo do caso *Borwn v. Bord of Education*, em 1954, envolvendo negros, pondo fim à doutrina “separados, mas iguais”. Por essa doutrina admitia-se, nos países do Sul dos Estados Unidos, a instituição de escolas destinadas exclusivamente para brancos e escolas destinadas exclusivamente para negros, tendo o julgado sido o início do fim da segregação racial (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 36).

Outros julgamentos que se seguiram foram igualmente progressistas relativamente a questões de direitos fundamentais, tais como *Miranda v. Arizona*, de 1966, em que a Corte anulou uma condenação porque o condenado não fora avisado, de antemão, que teria direito a um advogado e que poderia manter-se em silêncio; *Griswold v. Connecticut*, 1965, em que se declarou inconstitucional uma lei estadual que proibia mulheres usarem contraceptivos (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.37) e *Roe v. Wade*, de 1973, em que se discutiu a possibilidade de aborto (BARROSO, 2012b, p. 26).

A doutrina norte-americana se espalhou por diversos países do mundo, influenciando, inclusive, o Brasil; todavia, enquanto nos Estados Unidos, com o ativismo judicial busca-se conter o Poder Legislativo; no Brasil, busca-se compensar a inação dos demais Poderes quanto à implementação dos direitos fundamentais previstos na Constituição (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 37).g

5.1.1 Do ativismo judicial no Brasil

A atividade proativa do Judiciário brasileiro ganhou força com o Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, o qual ultrapassou tanto o Estado Liberal quanto o Estado Social, trazendo uma nova perspectiva no campo do Direito na medida em que a Constituição se tornou o centro de todo o ordenamento jurídico, assumindo o compromisso de garantir os direitos fundamentais, os quais devem ser respeitados pelo Estado. O Estado, portanto, por meio da Constituição, impôs limites a si mesmo, de onde se extrairá toda a legitimidade de sua atuação, que tem como pressuposto a garantia da dignidade da pessoa humana.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2003, p. 48) afirma que

[...] veio a lume, no ano de 1988, a nova Constituição brasileira, amplamente influenciada em diversas de suas partes pelos movimentos sociais e com as metas que se desenhavam na legislação ordinária antes referidos, consagrando e alargando o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais, prevendo a criação de mecanismos adequados para garanti-los, especialmente no que se refere ao acesso à justiça [...].

Falando em acesso à justiça, no plano processual passou-se a privilegiar o resultado do processo a fim de se garantir a satisfação dos jurisdicionados pelo acesso à ordem justa, a qual se obtém com a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Isso porque, ao tempo em que foram salvaguardados direitos fundamentais, foram previstos mecanismos que os tornassem efetivos, sob pena de a Constituição se tornar letra morta, cabendo ao Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, a garantia desses direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, nesse contexto, ganha relevo, pois tornou-se, por sua atuação, “uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais”. Essa jurisdição constitucional diz respeito à interpretação e aplicação do direito, ou seja, a possibilidade de se aplicar a Constituição diretamente, ou, ainda, quando o intérprete utiliza a Constituição para a verificação da constitucionalidade ou não de uma norma infraconstitucional (BARROSO, 2012a, p. 4).

A nova postura do Judiciário está ligada a uma participação mais ativa na busca pela concretização das normas constitucionais, de modo a expandir o seu alcance, o que causa

maior interferência nos demais Poderes do Estado, fazendo com que os juízes e tribunais se distanciem da sua função típica de aplicação do direito, aproximando-se da criação do próprio direito (BARROSO, 2012a, p. 9)⁶⁹.

Assim, com a superação do positivismo, reconhece-se que o Direito não é completo e acabado, significando que em várias situações as soluções não estarão prontas no ordenamento jurídico, cabendo ao intérprete construí-las observando-se o caso concreto. “Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge uma cultura jurídica pós-positivista” (BARROSO, 2013, p. 12).

A decisão judicial, portanto, deixa de ser produto do raciocínio silogístico do juiz, e passa a ser o resultado “da interpretação dinâmica dos fatos à luz dos valores, princípios e regras jurídicas”, segundo a moldura traçada pela Constituição, permitindo, assim, de acordo com o caso concreto, que se chegue à solução mais justa (CAMBI, 2008, p. 106).

Nessa toada, Gisele Cittadino (2004, p. 105) diz que é possível, inclusive, falar-se em um “direito judicial” pelo fato de os textos constitucionais incorporarem princípios os quais demandam interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional.

A atuação do Poder Judiciário na interpretação criativa da norma a ser aplicada ao caso concreto, no entanto, tem sofrido diversas críticas, as quais recaem na falta de legitimidade desse ramo do poder, sobretudo pelo fato de os seus integrantes não serem eleitos pelo povo e, por isso, não o representam. Isso porque a jurisdição constitucional retira a força da democracia, ou seja, constitui uma restrição à democracia, já que os direitos fundamentais se sobrepõem a ela. Esses são os principais argumentos daqueles que são contra o ativismo judicial.

Esse, inclusive, é o entendimento de Elival da Silva Ramos (2018, p. 106), para quem o ativismo judicial significa uma disfunção da atividade jurisdicional em detrimento da atividade legislativa. O autor chegou a conceituar o ativismo judicial como sendo “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário” (RAMOS, 2018, p. 131).

⁶⁹ Para Eduardo Cambi estamos vivendo a crise de democracia representativa, pois a vontade dos representantes do povo não tem coincidido com a vontade deste (povo), estando o povo, assim, cada vez mais distante do processo político em decorrência dos *lobbies* ou grupos de pressão, levando a grande influência no processo legislativo. Por isso, segundo Cambi, a democracia em sentido material deixa de ser um governo do povo para ser um governo para o povo, razão pela qual a Constituição Federal de 1988 elegeu conteúdos mínimos, sem os quais não se constitui um Estado Democrático de Direito, o qual enaltece a soberania, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político. Assim, segundo o autor, não há democracia substancial sem a efetivação dos direitos fundamentais, vindo daí a legitimidade do Judiciário, o qual é incumbido de garantir a concretização desses direitos fundamentais (CAMBI, 2008, p. 102).

Lenio Streck também combate o ativismo judicial por entender ser o fenômeno “[...] ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública” (STRECK, 2016, p. 724).

Afirma, ainda, Lenio Streck (2018, p. 77), que o problema principal acerca da aplicação do Direito diz respeito ao subjetivismo que reside no interior de cada homem, o qual poderá agir de modo autoritário, porque está escorado em uma inconstitucionalidade. Na mesma obra, diz que a democracia se faz com leis e constituições que devem ser respeitadas pelos aplicadores e que não existe democracia quando a lei é substituída por juízos particulares, que são juízos morais. Nesse compasso, o homem troca o direito pela moral (STRECK, 2018, p. 81).

Georges Abboud e Guilherme Lunelli (2015, p. 6) também fazem críticas ao ativismo judicial por entenderem, tal como Lenio Streck, ser o fenômeno antidemocrático, pelo fato de o julgador, no momento da construção da norma, impor seus valores, suas ideologias e convicções a toda a sociedade, o que remete à extrapolação de limites por parte dos juízes, que primeiramente decidem e depois vão buscar no ordenamento jurídico uma maneira de justificar sua decisão. Asseveram, ainda, que ativismo judicial nem sempre é sinônimo de vanguardismo, podendo uma decisão produzir resultados liberais ou conservadores, por isso não se pode falar em ativismo bom ou mal, mas apenas em degeneração ideológica (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 9)⁷⁰.

Contudo, para o Ministro Barroso (2013, p. 17), essas críticas levantadas ao ativismo judicial merecem reflexões, podendo ser neutralizadas, primeiramente, porque a democracia não se faz somente com a vontade das majorias, mas, também, pela preservação dos direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário defendê-los; segundo, o STF está à esquerda do Congresso Constitucional e, por fim, a judicialização jamais substituirá a política, nem será utilizada para resolver grandes questões, todavia, caberá ao Judiciário interferir em caso de falha.

Guilherme Guimarães Feliciano (2016, p. 161), também defendendo o ativismo judicial, afirma, inicialmente, que o ato de julgar depende das convicções ideológicas do julgador, ainda que deva reproduzir a vontade histórica do legislador, e que segundo

⁷⁰ Contudo, ressaltam os autores que o juiz não está vinculado à legalidade estrita ou mesmo que lhe é defeso exercer atividade interpretativa. O que afirmam é que o juiz não pode deixar de aplicar a lei, a menos que ela seja inconstitucional. Quanto à atividade interpretativa, afirmam que deverá seguir critérios seguros, de acordo com a coerência e integridade do direito e não de convicções do julgador (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p.6).

Chiovenda, a “vontade concreta da lei” significa vontade subjetiva do magistrado, pois é dado ao magistrado se expressar de acordo com a sua visão de mundo e convicções pessoais.

Justifica a atuação criativa do juiz como não sendo contramajoritária ou antidemocrática pelo fato de que a democracia pressupõe pluralidade, ou seja, os juízes têm liberdade de convicção, o que é expressão da democracia; as decisões judiciais são públicas, o que permite que sejam controladas pelo público; ainda, as decisões devem ser fundamentadas para que sejam conhecidas e compreendidas as razões de decidir, sendo tais circunstâncias características do *procedural due process* (FELICIANO, 2016, p. 161-162).

Quanto à distinção entre a atividade legislativa e a judicante, entende que não está na criatividade substancial, mas na forma como ela é engendrada, pois o legislativo legisla a partir de *inputs* de naturezas políticos, sociais e econômicos, porém, difusos e abstratos; os juízes, por sua vez, desenvolvem o *judicial law-making* a partir de situações concretas (FELICIANO, 2016, p. 163)⁷¹.

Assim, conclui que uma magistratura não criativa e que apenas repete o texto legal não atende aos pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito, por não ser capaz de preservar as minorias contra os ímpetus políticos que ditam os textos legais, os quais, na realidade, não são empiricamente abstratos ou neutros, na medida em que o Estado não é neutro, por sofrer pressões de grupos extremamente fortes que atuam nos órgãos estatais (FELICIANO, 2016, p. 163).

A vinculação servil do juiz à lei, na concepção de Paulo Roberto Soares Mendonça (2007, p. 16), deve ser abrandada, sobretudo porque a mesma apresenta imperfeições, ambiguidades e conceitos abertos, demandando uma limitação pelo magistrado no momento da sua aplicação, todavia, entende o autor que nada impede que seja ampliada a abrangência da norma para que seja ultrapassado o limite gramatical.

Mendonça (2007, p. 17-18) defende, ainda, que,

O papel criativo da jurisprudência de modo algum afeta a segurança do direito, mas de modo contrário, é capaz de legitimá-lo perante a sociedade;

⁷¹ Enrico Tullio Liebman (1986) da mesma forma distinguiu as funções legislativa da jurisdicional. Segundo o autor :“a distinção entre legislação e jurisdição reside, ao que me parece, na qualidade do objeto a respeito do qual o legislador e o juiz são chamados a pronunciarse: problemas abstratos para o legislador; problemas concretos para o juiz, com a natural consequência de que o ato legislativo resolve e é eficaz para uma série de casos futuros, enquanto o ato jurisdicional põe fim a uma controvérsia concreta e é eficaz só em relação a esta. Assim se estabelece claramente a distinção entre ambas as funções, e o juiz, enquanto tem a tarefa de decidir casos concretos com atos eficazes exclusivamente em relação àquele caso isoladamente considerado, nada tem de legislador, mesmo que o seu ato possa ser até certo ponto criativo. Até quando julga segundo a equidade, ou seja, com a máxima liberdade submetida, entretanto, às fronteiras legais, se pode pensar, com um oxímoro, num legislador no caso concreto” (LIEBMAN, 1986, p. 3)

pois o juiz representa um ente personalizado, em meio a um sistema essencialmente impessoal. Portanto, em realidade não há conflito entre a esfera construtiva da atividade judicante e a legalidade, mas apenas uma complementação de papéis, em que a lei fornece o eixo básico, a partir do qual, no momento da aplicação do direito, o juiz formulará uma tese, a fim de solucionar o litígio.

Um Estado Democrático de Direito não pode existir sem uma jurisdição constitucional, sendo esta uma garantia da democracia; ambos, jurisdição constitucional e democracia, portanto, embora estejam sempre em tensão, não se excluem, antes se complementam, pois enquanto a Democracia está fundamentada no governo da maioria, a jurisdição constitucional busca preservar os direitos fundamentais, a supremacia da Constituição e os direitos das minorias (MORAES, 2003, p. 49). Prevalecendo somente a vontade da maioria, poderá levar ao aniquilamento dos direitos fundamentais, sendo a recíproca verdadeira, ou seja, prevalecendo os direitos fundamentais, poderá levar à extinção da vontade da maioria⁷².

Não se pode dizer, dessa forma, que a lei representa a vontade da maioria, mas, sim, a vontade daqueles que participam da sua confecção, podendo, inclusive, desrespeitar direitos fundamentais ou mesmo direitos das minorias.

Portanto, é por meio da jurisdição constitucional que os princípios constitucionais ficarão salvaguardados, os quais irão limitar a atuação do próprio Estado e das suas autoridades, consagrando os princípios da igualdade e da legalidade, porquanto onde não houver respeito a direitos fundamentais não haverá democracia (MORAES, 2003, p. 52).

Ademais, o dogma da separação rígida dos poderes deve ser abrandado, não cabendo mais falar-se em separação rígida de poderes, tanto que pelo princípio de freios e contrapesos se estabelece equilíbrio entre os mesmos, permitindo a interferência de um em outro, a exemplo do que ocorre com o Executivo que participa processo de elaboração das leis por meio da sanção ou veto, de modo que não se mantém mais “entre eles paredes doutrinárias que os conservassem rigorosamente insulados, como queria a antiga doutrina” (BONAVIDES, 2007, p. 75)⁷³. Assim, os poderes devem atuar segundo as disposições da

⁷² “Em um Estado Democrático de Direito percebe-se que ‘democracia’ e ‘constitucionalismo’ devem andar lado a lado, em relação de tensão, sob pena de que, a prevalência de um sem o outro acabe gerando ditadura. A Democracia trabalha com a ideia de maiorias: temas são apresentados e a maioria dos votantes elege a opção vencedora. A Constituição, por outro lado, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem valer para se defender contra pretensões da maioria” (NUNES; BAHIA, 2010, p. 63).

⁷³ Hemes Zaneti Júnior (2005, p. 178) faz a mesma observação quanto à separação de poderes: “Contudo, não faz nenhum sentido, não há mais lugar, para uma separação rígida e estanque de poderes. Esta ‘novidade’ é a consequência direta da evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático Constitucional. O povo fez-se o único poder e o Estado contraiu obrigações sociais, submetendo todas as suas funções ou poderes ao império e soberania da

Constituição Federal, cabendo ao Judiciário a possibilidade de impor suas decisões aos demais poderes para a preservação dos direitos fundamentais (MORAES, 2003, p. 52).

Por outro lado, a atuação do Poder Legislativo não é incondicionada, estando ancorada na Constituição, a qual é fonte de todo o ordenamento jurídico, criada pelo Poder Constituinte, cuja titularidade pertence ao povo, o qual expressa sua vontade por meio de seus representantes eleitos, sendo tal poder ilimitado e autônomo, desvinculado de qualquer forma pré-fixada de manifestação de vontade (MORAES, 2003, p. 49). É esse Poder Constituinte, o qual não poderá ser modificado pelos poderes constituídos e que legitima tanto a atuação do Legislativo quanto do Judiciário⁷⁴.

Ressalta o Ministro Alexandre de Moraes (2003, p. 53-54) que a justiça constitucional consiste em exigir do poder público, em qualquer área de atuação, ou seja, quer seja no Poder Judiciário, Executivo ou Legislativo, a observância dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, sob pena de inconstitucionalidade da sua conduta e perda de legitimidade dos órgãos públicos.

Resta, assim, superada a ideia de que ao Poder Judiciário cabe apenas a aplicação do Direito criado pelo Legislativo, pois aquele Poder, por estar mais próximo do caso concreto é mais capaz, partindo da legislação, criar uma norma “viva” a ser aplicada (MENDONÇA, 2007, p. 14).

Os tribunais, dessa forma, não devem ficar restritos à interpretação procedimental da Constituição, limitados a proteger o processo de criação de leis, ou seja, o processo democrático, como defendem os procedimentalistas, a exemplo de John Hart Ely (2010, p. 133-137), o qual entende que a função da jurisdição constitucional é a de garantir que os cidadãos participem do processo democrático de forma relativamente igualitária, e não de estabelecer o conteúdo substantivo da Constituição, papel este que deve ficar a cargo dos representantes eleitos, e não do Poder Judiciário, que está relativamente à margem do sistema governamental.

Ely, portanto, não concorda com a jurisprudência de valores, nem, tampouco, com a interpretação baseada em princípios. Para Ely (2010, 133-137), a observância dos direitos fundamentais ocorrerá quando aqueles que tomarão as decisões levarem em consideração os interesses de todos aqueles afetados pelas deliberações.

Constituição. Tal é a dicção expressa do parágrafo único do art. 1º. de nossa Constituição vigente: ‘Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’.

⁷⁴ “Formalmente, as decisões dos Tribunais Constitucionais prevalecem sobre a dos representantes populares eleitos pelo voto, porque presume-se que o povo assim desejou na elaboração da Constituição, por meio do exercício do poder constituinte” (MORAES, 2003, p. 49).

Ainda, para Ely (2010, p. 140-142), o controle judicial da constitucionalidade consiste em eliminar qualquer restrição à liberdade de expressão, pois não se pode confiar que os representantes eleitos o farão, porquanto os incluídos não querem dar espaço aos excluídos, ou seja, querem que assim permaneçam.

Ronald Dworkin (2002, p. 15), por sua vez, entende que o direito não está separado da moral; todavia, sua teoria não está baseada em justificações metafísicas, mas em bases normativas sociais, no entanto, admite que poderão existir situações novas que exigirão que o juiz crie o direito tal como se fossem delegados do Poder Legislativo.

Assim ocorre nas hipóteses em que ele chama de “casos difíceis”, que são aqueles que não se enquadram em nenhuma regra, os quais deverão ser decididas por princípios, devendo o tribunal ser livre para tanto (DWORKIN, 2002, p. 31-33). Contudo, a interpretação desses princípios deve ser de acordo com a moral, devendo o tribunal ser ativista “no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política para dar-lhes uma resposta” (DWORKIN, 2002, p. 231).

Assim, afirma Dworkin (2002, p. 15) que

[...] os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.

Ainda segundo Dworkin (2002, p. 208-209), a teoria constitucional não pode ser entendida como a supremacia das maiorias, pois cabe à Constituição proteger os cidadãos contra decisões da maioria, mesmo que tomadas com o intuito de proteger o interesse geral, cabendo à Suprema Corte, por conseguinte, de forma contramajoritária, rever os atos do governo, baseando-se nos princípios de justiça, os quais deverão ser revistos de tempos em tempos⁷⁵.

Dworkin, portanto, entende a democracia não como governo da maioria, mas como possibilidade de participação do povo (*partnership*), ou seja, o povo agindo como parceiro, atribuindo aos membros igual respeito e consideração. A diferença entre as duas concepções de democracia é importante para o autor, pois a concepção majoritária define a democracia

⁷⁵ “Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer” (DWORKIN, 1999, p. 476).

apenas processualmente, despreocupada com os direitos fundamentais, sobretudo das minorias (DWORKIN, 2011, p. 384-385)⁷⁶.

A interpretação, para Oliveira (2008, p. 9), tem caráter constitutivo e não meramente declaratório, consistindo na produção de norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto a partir de um texto normativo e de fatos a ele relativos, sendo que na hipótese estar-se-á concretizando o direito; dessa forma, para o autor, pela interpretação o direito será inserido na realidade. Em outras palavras, “o processo de aplicação do direito é obra de acomodação do abstrato para o concreto e requer incessante trabalho de adaptação, ou até mesmo, de criação” (OLIVEIRA, 2006, p. 7).

Essa atividade proativa do juiz, no entanto, não está fora do âmbito de sua competência, mas está de acordo com as funções que lhe foram atribuídas pela própria Constituição. Além disso, como anota Alvaro de Oliveira (2008, p. 9), essa transformação do texto em norma não pode ser feita de forma arbitrária pelo juiz, que deve ser controlada pelos direitos fundamentais que garantem o processo justo e, em segundo lugar, deve encontrar respaldo no discurso jurídico, que deverá ter poder de persuasão, por isso deverá encontrar seus fundamentos nos princípios e nas valorações sociais e culturais dominantes no seio da coletividade para que não redunde em arbítrio.

Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 383-384), na mesma esteira, apesar de referir-se à necessidade criativa do juiz nos casos difíceis, ou seja, naqueles casos que não se amoldam com facilidade às proposições normativas, exigindo-lhe uma certa dose de discricionariedade, entende que as normas de direito positivo representam parâmetros e limites dos quais o intérprete não poderá fugir. Dessa forma, conclui que o juiz ou o intérprete poderá “exercer o seu poder de escolha para preencher a ‘área de textura aberta’, da regra, mas encontrará sempre ‘um núcleo de significado determinado’, do qual não estrará livre para se afastar ‘nas suas decisões oficiais’” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 384).

Pode-se dizer, portanto, que o juiz obedece ao Direito, e ao criar a norma a ser aplicada ao caso concreto ele complementar a obra do legislador (COELHO, 2015, p. 19) para que atenda à realidade subjacente ao caso concreto, pois o legislador não tem condições de prever e normatizar todas as relações jurídicas, pelo que estabelece parâmetros para o juiz,

⁷⁶ Gustavo Binbenbojm (2014), por sua vez, entende que à jurisdição constitucional compete a guarda tanto dos direitos fundamentais, como proposto por Dworkin, como do procedimento democrático, e que democracia e jurisdição constitucional não são incompatíveis, antes se completam, pois somente há respeito aos direitos fundamentais em uma democracia e vice-versa, ou seja, os direitos fundamentais são condições estruturantes da própria democracia. Ambas, portanto, são faces da mesma moeda (BINENBOJM, 2014, p. 118).

a partir dos quais terá liberdade de agir, de forma responsável, pautado em direitos fundamentais, para que não seja arbitrário.

O Direito, portanto, não se resume na lei, sendo necessária a sua concretização para além ou aquém do seu sentido, não se limitando a atividade jurisdicional a dizer um direito previamente “posto e sobreposto”, ou seja, servir de “porta-voz” do Poder Legislativo, mas, sim, a construir o direito, criando a norma aplicável ao caso concreto, dando conteúdo aos princípios e cláusulas abertas, que por serem abstratos e genéricos, não resolvem casos particulares, os quais dependerão de um juízo ou intuição mais acurados (COELHO, 2015, p. 13-16), e de acordo com as especificidade do caso concreto, será aplicado o direito de modo a dar-lhe maior efetividade, para que a justiça seja feita.

Dessa forma, o legislador não é o único responsável pela criação do direito, ficando com o Parlamento a responsabilidade para redigir as leis e, o Judiciário, com a permissão para interpretá-la criativamente, observando, o tanto quanto possível o sentido literal dos enunciados normativos, pois não somente a lei, mas também a atuação jurisdicional é que proporcionarão ao povo o direito (COELHO, 2015, p. 16) e a justiça⁷⁷.

Não se está aqui proclamando que o juiz, na criação do direito, deva lançar mão somente de princípios constitucionais a despeito de existir lei válida e compatível com a Constituição, pois se assim o fizer estará invadindo o campo de atuação do Poder Legislativo, desmerecendo a própria Democracia.

Não deve o juiz, assim, com receio de ser rotulado como positivista, agir de modo a ignorar as opções legislativas legítimas e, discricionariamente, com o intuito de corrigi-las, substituí-las por critérios próprios, ou seja, unicamente subjetivos.

O juiz não pode desprezar as regras que não sejam contrárias à Constituição, não obstante possa atribuir-lhe maior eficácia ou mesmo restringir o seu alcance ao interpretá-la de acordo com os princípios constitucionais e segundo sua finalidade. O juiz, em casos ordinários, não poderá desconsiderar a função específica da lei, desprezando o que ela permite, proíbe ou obriga, isso porque ela deve ser observada pelos seus destinatários tal como fora instituída, desde que a situação em que se encontre se enquadre nos seus termos (ÁVILA, 2009, p. 10-12).

⁷⁷ Esse também é o pensamento do Ministro Barroso quanto à possibilidade de o juiz participar da criação do direito, a saber: “A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se um co-participante do processo de criação do Direito” (BARROSO, 2013, p. 13).

Tal pensamento, contudo, não impede o juiz, no caso particular, mesmo na hipótese de lei válida e constitucional, extraordinariamente, deixar de aplicá-la se provocar manifesta injustiça. O juiz, por conseguinte, poderá considerar algumas circunstâncias não previstas na norma, como é o caso de uma lei que proíbe a condução de animais de estimação em transportes públicos (ÁVILA, 2009, p. 13). Nesse caso, se a regra for aplicada em todas as situações, indistintamente, certamente provocará tratamento injusto aos deficientes visuais, que dependem de cães-guia.

O juiz, diante de tal circunstância, poderá afastar a aplicação da regra, embora seja válida e constitucional, excluindo da hipótese de incidência a proibição de condução de cães-guia em transporte público, observando-se, por conseguinte, a finalidade da lei, sem que importe em ofensa ao princípio da igualdade, pois o tratamento desigual é para reduzir a desigualdade existente entre os seus destinatários, já que sendo a mesma geral e abstrata, não é capaz de abranger situações excepcionais. Nesse caso, a norma foi além da finalidade para a qual foi instituída (ÁVILA, 2009, p. 13).

Por outro lado, como no segundo exemplo citado por Humberto Ávila (2009, p. 13), a regra deverá ser aplicada para além do seu texto literal para abranger a hipótese de alguém pretender conduzir um leão, já que a finalidade da norma seria a de proibir, em transporte público, qualquer tipo de animal, e não somente animais de estimação. Nesse caso, a norma foi aquém da sua finalidade.

Não se pode negar, contudo, que nas hipóteses mencionadas, em atitude proativa, afastou-se a literalidade da lei para ceder espaço aos princípios constitucionais, aproximando a Constituição da realidade subjacente, para que não houvesse desequilíbrio de tratamento entre os seus destinatários.

Dentro dos diversos conceitos multidimensionais atribuídos ao ativismo judicial, a interpretação das normas de acordo com os princípios constitucionais, ou mesmo a aplicação direta dos princípios constitucionais sem a intermediação do legislador constitui, atualmente, a dimensão mais importante do ativismo judicial (CAMPOS, 2012, p. 153) e talvez a mais criticada.

Isso porque, agindo dessa forma, o juiz estará corrigindo a lei, dando-lhe um novo significado segundo as excepcionalidades da situação concreta, atuando ora como legislador positivo ora como legislador negativo, fazendo juízos políticos e morais. Portanto, “a atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa” (CAMPOS, 2012, p. 156).

As interpretações propostas nos exemplos acima mencionados englobam tal dimensão, pois as Constituições após a Segunda Grande Guerra privilegiam os direitos fundamentais, abrindo espaço para o ativismo judicial na concretização desses direitos, de acordo com a interpretação que lhe forem atribuídos, a qual deverá ser feita com base no postulado da razoabilidade (ÁVILA, 2009, p. 14)⁷⁸.

Apesar das críticas feitas ao ativismo judicial, a maioria dos doutrinadores, no entanto, reconhece que as regras legais não são suficientes para a realização da justiça, por não serem capazes de abarcar todas as situações, sobretudo naqueles casos considerados difíceis, para os quais não existe uma solução preestabelecida no ordenamento jurídico, ou seja, aqueles casos cujas situações não se encaixam na letra da lei, devendo o intérprete, complementando a obra do legislador, a partir dos princípios estabelecidos na Constituição, com o fito de dar-lhes efetividade, criar o direito para cada caso concreto, exigindo, para tanto “uma argumentação mais elaborada, capaz de justificar e legitimar o papel criativo desempenhado pelo juiz” (BARROSO, 2013, p. 15)⁷⁹.

O próprio Lenio Streck (2010, p. 171-172)⁸⁰, apesar de criticar o ativismo judicial, admite que em algumas hipóteses o juiz poderá deixar de aplicar a lei, hipóteses estas as quais

⁷⁸ Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p. 165) referem-se ao princípio da razoabilidade como sinônimos, entendimento este com o qual discorda Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 29), que afirmou: “A regra da proporcionalidade”, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura. Para o autor, “a exigência da razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de ‘compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins’”. A proporcionalidade, por sua vez, possui três sub-regras, e referem-se ao exame da adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que a razoabilidade, na forma acima exposta, corresponde apenas à uma das três regras, qual seja, o exame da adequação. Assim, segundo Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade é mais ampla do que a proporcionalidade (SILVA, 2002, p. 32-34).

⁷⁹ “É óbvio que o intérprete pode e deve aplicar diretamente a Constituição às relações sociais, independentemente de mediação legislativa. É indiscutível que ele tem de interpretar o direito infraconstitucional à luz da Lei Maior, inclusive para repudiar exegeses mais óbvias do enunciado normativo interpretado, quando estas o tornem incompatível com a Constituição. É certo, também, que ele pode deixar de aplicar normas que, conquanto em geral compatíveis com a Constituição, produziram, no caso específico, resultados a ela ofensivos. Contudo, é importante que o aplicador do Direito adote uma postura respeitosa em relação aos atos normativos emanados do Legislativo. Não se trata de sobrepor o princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade, mas de reconhecer: (a) que a Constituição deixa amplos espaços para a liberdade de conformação do legislador, e (b) que o Legislativo também é intérprete da Constituição, razão pela qual as suas escolhas no campo da concretização constitucional merecem ser respeitadas, desde que não ultrapassem os limites demarcados pela Lei Maior. Portanto, quando o legislador já tiver concretizado alguma norma constitucional mais vaga, ou equacionado normativamente uma tensão entre princípios os valores constitucionais colidentes, a solução legislativa deve ser acatada pelo Judiciário na solução do caso, a não ser que se afigure incompatível com a própria Constituição, em abstrato ou na hipótese concreta” (SARMENTO, 2006, p. 31).

⁸⁰ Para Lenio Streck (2010, p. 171-172) o juiz somente poderá deixar de aplicar a lei nos seguintes casos: quando for inconstitucional; em caso de antinomias; quando aplicar a interpretação conforme à Constituição; quando aplicar a nulidade parcial sem a redução do texto; quando declarada a inconstitucionalidade com a redução do texto; quando deixar de aplicada em razão de um princípio, entendido este não como standards retóricos ou enunciados performativos.

podem ser enquadradas como ativistas, todavia, em qualquer circunstância, o Judiciário, primeiramente, tem que ser deferente aos demais Poderes de Estado, além do que, deverá pautar suas decisões não em critérios subjetivos, mas apresentar fundamentos normativos que irão sustentar a decisão, ou seja, elementos extraídos da ordem jurídica suficientes para referendar a decisão (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 158), tendo o CPC de 2015 avançado nesse sentido com a extinção do livre convencimento motivado, elencando no artigo 489, quais as decisões que são consideradas como não motivadas, o que exige do juiz maior cuidado na fundamentação das suas decisões, devendo a argumentação, portanto, ser jurídica e não ideológica.

Apesar de a jurisdição constitucional não ter caráter meramente jurídico, ela torna os poderes estáveis na medida em que há entre eles controle mútuo, entretanto, a legitimidade do Poder Judiciário esbarra na Constituição, cujos limites não podem ser ultrapassados, a qual estabelece princípios que darão sustentáculo não somente ao ordenamento jurídico, como também às decisões judiciais.

5.1.2 Da proatividade do juiz no processo cooperativo

Conforme já destacado anteriormente, o acesso à justiça somente existirá na medida em que, por meio do processo, for feita justiça, o que se dará quando as partes tiverem acesso à ordem justa.

Georges Abboud e Guilherme Lunelli (2015, p. 9-10), no entanto, referindo-se à teoria instrumentalista, que também tem por escopo a realização da justiça por meio do processo, questionam a mesma, por entenderem que ela não traz nenhum esclarecimento de como se chegaria à concepção do justo ou injusto. Dizem que Dinamarco, ao longo de sua obra “A instrumentalidade do processo”, não faz “qualquer referência ou opção por uma ‘teoria da Justiça’ suficientemente capaz de conduzir (ou ao menos clarificar) o trabalho do julgador na realização dos escopos processuais” (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 9-10).

Complementam a sua indagação ressaltando que, para os instrumentalistas, a percepção do valor de justiça é fruto de uma apreciação subjetiva do julgador, discricionária na interpretação da lei e, portanto, ativista, propondo, por conseguinte, que seja repensada.

Buscando responder a esses questionamentos, não obstante entende-se que o processo encontra-se em uma nova fase, a qual, como já dito anteriormente, não é contrária ao instrumentalismo, mas consistente na evolução deste, utiliza-se dos ensinamentos de Jolowicz (2006, p. 1), para quem as decisões judiciais são justas quando estiverem de acordo com o

direito, ou seja, “a ‘justiça’ não pode deixar de equivaler à ‘justiça de acordo com o direito’ e, para que esteja de acordo com o direito é preciso que sejam observados dois requisitos: o direito deve ser aplicado adequadamente e o procedimento deve ser conduzido de acordo com as normas processuais aplicáveis.

Ressalta Jolowicz (2006, p. 1-2), entretanto, que nem sempre o direito está pronto para ser aplicado mecanicamente aos fatos, exigindo do juiz uma avaliação, porém, isso não o autoriza a aplicar sua justiça abstrata, devendo observar, dessa forma, a prática ou a jurisprudência. Todavia, Jolowicz não ignora o fato de o juiz ter que exercer a sua própria avaliação ou discricão para poder julgar, asseverando, no entanto, que nesse caso deverá levar em consideração, para que a decisão esteja de acordo com o direito, “questões relevantes e somente elas, que sua decisão não contenha erros grosseiros, e que ele tenha agido honestamente”. Aduz, ainda, que mesmo que outro juiz chegue a uma conclusão diferente, isso não faz com que aquela outra decisão seja incorreta, pois entende que o direito não pode chegar a um grau de certeza tão alto que imponha apenas uma decisão correta para cada caso (JOLOWICZ, 2006, p. 2).

A propósito, Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 67) reconhece que o processo justo é aquele que não se restringe aos aspectos formais ou procedimentais relativos ao contraditório e ampla defesa, mas, sim, aquele processo que também garante a efetividade dos direitos substanciais e, para tanto, entende que o juiz está autorizado a complementar a obra do legislador, devendo utilizar de critérios éticos e consuetudinários que irão auxiliá-lo para que o processo seja justo também no plano substancial⁸¹.

Acrescente-se que um processo justo não se esgota na observância do procedimento adequado e correta interpretação das leis se os fatos não forem apurados corretamente, porquanto não é justa uma decisão que tenha por base fatos inverídicos, equivocados (TARUFFO, 2012, p. 142).⁸²

O processo justo, portanto, está relacionado ao resultado, ou seja, à decisão que deverá produzir justiça. Assim, pode-se afirmar que a justiça não se consegue apenas se o processo

⁸¹ Esse é, inclusive, o entendimento de Antônio Gomes de Vasconcelos e Marcelo Veiga Franco. Para os autores a atividade jurisdicional no Estado democrático de Direito “não se legitima apenas em seu aspecto procedimental, em termo de observância de garantias formais do processo. A fundamentação democrática da jurisdição requer também que a atuação dos magistrados assegure a satisfação do direito material, a concretização dos princípios e dos direitos constitucionais e, de resto, a realização do projeto constitucional da sociedade a que servem” (VASCONCELOS; FRANCO, 2016, p. 48).

⁸² Sergio Chiarloni (2007, p. 8-9) possui entendimento semelhante. Para o doutrinador italiano, o processo justo é aquele que está estruturado para produzir sentenças justas, ou seja, deverá responder a duplo critério de verdade da correta solução, que se refere tanto a questão de fato quanto a de direito, em conformidade com as garantias. Esse duplo critério de verdade para se obtenha sentenças justas, portanto, diz respeito ao resultado de uma interpretação correta das regras envolvidas e uma reconstrução exata dos fatos.

for estruturado adequadamente, ou se apenas forem observados os princípios processuais constitucionais. O modelo constitucional exige que o processo produza resultados justos também no plano material.

Contudo, para que o processo atinja o escopo a que se propõe, é preciso que o juiz seja proativo para que se concretize o princípio do devido processo legal, tanto no seu aspecto formal quanto material, o que somente será possível no modelo cooperativo de processo que, pela participação das partes, legitimará a atividade jurisdicional, atendendo, assim, aos princípios da democracia, bem como aos direitos fundamentais.

Não obstante o juiz tenha liberdade na condução do processo e na interpretação e aplicação do direito, o auxílio das partes é imprescindível, pois contribuirá para a diminuição da discricionariedade da atuação jurisdicional, legitimando as escolhas feitas pelo juiz. Em outras palavras, a legitimidade do ativismo judicial, tanto no aspecto procedimental quanto em matéria de prova e aplicação do direito está na participação das partes durante todo o procedimento, através de suas alegações, manifestações e produções probatórias, as quais terão oportunidade de expor suas razões e de se manifestar contrariamente às razões da outra parte, bem como na possibilidade influenciar o juiz na formação do seu convencimento.

Esta ideia de participação das partes por meio do contraditório está ligada à democracia participativa, que não significa apenas na possibilidade de se buscar a tutela jurisdicional junto ao Estado, mas na efetiva participação no poder estatal que, no caso, é o Judiciário. Esse direito de participação é um direito fundamental, sobretudo quando se trata de participar para reivindicar a efetivação de outros direitos fundamentais, ou seja, “a proclamação dos direitos fundamentais reclama, ao seu lado, a possibilidade de participar no poder e na sociedade de modo a exigir a sua implementação e proteção” (MARINONI, 2006, p. 286).

Pode-se dizer, portanto, que uma democracia não se faz apenas por meio de eleições periódicas e pela regra da maioria, mas, também, envolve discussão, o que a torna deliberativa, institucionalizando o discurso com a finalidade de produzir decisões públicas (MARINONI, 2006, p. 304).

Dessa forma, o contraditório não tem somente aspecto processual, mas, também possui conotação política na medida em que ele possibilita a participação democrática das partes no Poder Judiciário, assim como ocorre nos demais poderes⁸³. A diferença está em que nos

⁸³ Essa conotação política dada ao contraditório é essencial para a legitimação das decisões judiciais também foi reconhecida por Renzo Cavani (2013, p. 3), que afirmou: “Se é bem verdade que o Estado tem interesse no processo, isso apenas pode ser entendido no sentido de que, a partir das exigências impostas pelo Estado

Poderes Legislativo e Executivo as partes participam por intermédio do voto, elegendo seus representantes; no Poder Judiciário, as partes atuam, pessoalmente, por meio do contraditório, legitimando, assim, a proatividade do juiz (GAVIORNO, 2007, p. 3-4).

A legitimidade da decisão, portanto, também está relacionada ao seu conteúdo, o qual deverá satisfazer os direitos fundamentais. A observância do contraditório e procedimento adequado dizem respeito à regularidade do processo, como meio para se chegar a uma decisão justa, ou seja, requisitos para que se obtenha justiça no caso concreto. Enfatiza-se o resultado, pois mesmo havendo participação das partes no procedimento, pode-se chegar à uma decisão injusta se o juiz, nas suas escolhas, não der concretude aos direitos fundamentais (MARINONI, 2006, p. 293), por isso que às partes é dado o poder de influenciar o juiz na sua decisão, por meio de apresentação de fundamentos que o auxiliarão na interpretação e concretização das normas constitucionais, democratizando o debate.

Marco Eugênio Gross (2013, p. 3) anota que a democracia reclama a possibilidade concreta de participação dos cidadãos na formação da vontade geral e que no âmbito do processo civil essa participação se dá por meio do contraditório, sendo este, portanto, uma projeção do princípio democrático, justamente porque o processo é um canal de desenvolvimento da democracia deliberativa participativa⁸⁴.

Todavia, para que o processo seja considerado justo, além de ser dialogal, ou seja, desenvolver-se sob intenso debate entre as partes e o juiz, este último, ao prolatar suas decisões, terá que fundamentá-la, sob pena de nulidade. Esse dever do juiz faz parte do dever de esclarecimento já analisado anteriormente, e permite o controle da atividade jurisdicional, contribuindo para a diminuição da discricionariedade do julgador, que por meio da argumentação jurídica deverá expor as justificativas que embasarão a sua decisão.

Assim, o juiz deverá demonstrar o raciocínio utilizado para chegar à determinada conclusão, ou seja, demonstrar as operações mentais realizadas e os fundamentos que darão

Constitucional, ele tem o dever de outorgar tutela efetiva, adequada e tempestiva através da organização de um processo justo, em respeito dos direitos fundamentais. Por isso, pretender dizer que o juiz não precisa escutar às partes não só implica ignorar a importância do contraditório – entendido como direito de influir e dever de debater –, mas também a relevância que tem, desde uma perspectiva política, a legitimidade da decisão para aqueles aos quais ela se dirige. Uma decretação de nulidade adotada sem que as partes tenham se manifestado sobre o vício não é mais do que uma imposição do poder de forma autoritária, precisamente porque se impede que dita decisão seja construída mediante o diálogo e a participação”.

⁸⁴ “Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia” (DINAMARCO, 1996, p. 171). Para Antônio do Passo Cabral (2004, p2) “A participação democrática não existe somente no âmbito legislativo, por meio da iniciativa popular de Cortes, plebiscito, referendo e o direito de votar e ser votado. Qualquer meio de pressionar, influenciar e reivindicar as decisões estatais deve ser fomentado como forma legítima de participação (seja em abstrato, seja em concreto, pelos Poderes Executivos e Judiciário)”.

sustentáculo às suas ideias. Portanto, os princípios constitucionais ou as normas de conteúdo aberto não podem ser utilizadas de forma superficial, somente para justificar a ideologia do julgador, mas seu conteúdo deverá ser esclarecido, de acordo com o ordenamento jurídico, pois não se admite decisões prolatadas de acordo com as convicções pessoais do juiz.

A necessidade de motivação, dessa forma, deve ser mais intensa quando o julgador, diante dos princípios ou cláusulas gerais, tiver que fazer opções valorativas, pois nesse caso a sua discricionariedade será maior, e será por intermédio dela que demonstrará se fez bom ou mau uso da sua liberdade de escolha e se não ultrapassou os limites da descrição para não cair no arbítrio, sendo, pois, condição da legalidade da decisão (MOREIRA, 1979, p. 286).

Na lição de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (2003, p. 45), em um Estado Democrático de Direito o Judiciário “apenas pode impor coativamente determinada conduta a alguém com fundamento em lei”. A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter jurídico – não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral”. Assim, continuam os autores defendendo que “[...] é absolutamente indispensável que o julgador exponha analítica e expressamente o raciocínio e a argumentação que o conduziram a uma determinada conclusão, permitindo assim que as partes possam controlá-la” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 46), ou seja, para que possam convencer-se da justiça da decisão⁸⁵.

Para Humberto Theodoro Júnior (2017, n.p.)

Na constitucionalização do processo democrático não pode tolerar construções de resultados processuais que sejam fruto do puro discricionarismo do juiz. A participação de todos os sujeitos do processo na formação do provimento jurisdicional é uma imposição da constitucionalização da tutela jurisdicional. A fundamentação da sentença, portanto, não pode se confundir com a simples fundamentação escolhida pelo juiz para justificar seu convencimento livre e individualmente formado diante da lide. Todos os argumentos e todas as provas deduzidas no processo terão de ser racional e objetivamente analisados, sem preconceitos subjetivos. O juiz interpreta e aplica o direito e não seus sentimentos pessoais acerca de justiça. É por isso que não se deve atrelar o julgamento ao livre-convencimento do sentenciante. O exame das provas, sem hierarquização de valor entre elas, terá de se realizar, segundo critérios objetivos que se voltem para a definição não da vontade do julgador, mas do ordenamento jurídico, como um todo, concretizado e individualizado diante do caso dos autos. O juiz apenas a descobre e declara na sentença, aplicando-a à solução do conflito submetido à jurisdição.

⁸⁵ Michele Taruffo (2012, p. 273-274) afirma que na motivação o juiz deverá indicar as razões pelas quais “entendeu que os fatos resultaram provados segundo critérios objetivos e racionalmente verificáveis; portanto, as razões com base nas quais justifica sua decisão, fazendo referências às provas; não é tarefa sua – e muito menos poderia ser seu << dever>> fazê-lo – persuadir alguém para que creia na veracidade daqueles fatos. Naturalmente, nada exclui que a motivação da sentença, sendo um discurso formulado na linguagem comum e não em linguagem formal, contenha também aspectos, passagens, argumentos e referências de caráter retórico, que possam ser acrescentados *ad colorandum*, ou na tentativa de tornar mais simples o discurso. [...] Isso leva a que se frise que, independentemente de eventuais movimentos retóricos, o dever de motivar requer que a justificativa da decisão sobre os fatos exista, seja completa e, ainda, coerente”.

A motivação da decisão também tem natureza endoprocessual e exoprocessual. A primeira possibilita, por um lado, o controle do *decisum* pelas partes, cuja aquela que ficou insatisfeita poderá apresentar o recurso cabível e, por outro lado, o controle pela instância superior dos motivos pelos quais o juiz decidiu de determinada forma, o que irá contribuir para o aprimoramento da administração da Justiça. A função de natureza exoprocessual da motivação, por sua vez, possibilita o controle da decisão de forma difusa, pela coletividade, tendo em vista que o juiz exerce a função jurisdicional em nome do povo, sendo, portanto, corolário da democracia (GROSS, 2013, p. 10; FRANCO, 2015, n.p.), bem como condição para a confiança na tutela jurisdicional e solidez das instituições, porquanto possibilita a aferição da correção da tutela jurisdicional, que não constitui apenas em um privilégio dos diretamente interessados, mas de toda a comunidade (MOREIRA, 1979, p. 289)^{86 87}.

A motivação também tem caráter instrumental, pois é por intermédio dela que ficará demonstrado que outros princípios constitucionais foram observados (GRECO, 2007, p. 321). Assim, na motivação que é observada a garantia da imparcialidade do juiz, pois é pela exposição de motivos que se verificará se o julgamento decorreu de conclusões objetivas, em clima de neutralidade em relação às partes (MOREIRA, 1979, p. 286).

Ainda, é por meio da motivação que se observa que fora garantido o contraditório às partes, ou seja, o direito de defesa, produção de provas ou mesmo se lhes foi possibilitado influenciar na decisão do juiz, pois é na motivação em que o juiz deverá demonstrar que levou em consideração todo material probatório e todas as argumentações apresentadas pelas partes (GRECO, 2007, p. 321).

Eduardo Cambi e Renê Hellman (2018, p. 8) veem na motivação diversas funções essenciais, sendo estas: imparcialidade do juiz; juridicidade e legitimidade de julgamentos; demonstrar às partes que os argumentos por elas apresentados foram apreciados; evitar o juízo arbitral; delimitar o âmbito do *decisum*; possibilitar que as partes recorram da decisão.

⁸⁶ Esse também é o entendimento de Leonardo Greco (2002, p. 32), a saber: “A motivação atende a dupla exigência. De um lado, as partes e o público têm o direito de conhecer as razões que sustentam a decisão e de verificar se essa fundamentação é logicamente consistente e se é capaz de convencê-los de que o juiz empenhou-se para que a decisão fosse a mais acertada e a mais justa possível. De outro lado, o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes, porque somente assim terão estas a certeza de que o contraditório participativo foi respeitado, ou seja, de que o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para influir na sua decisão. Não é certo dizer que uma fundamentação racionalmente consistente atende à exigência de motivação. Isso não basta. É preciso demonstrar que todas as alegações, fatos e provas potencialmente relevantes foram examinados”.

⁸⁷ Gustavo Binbenbojm faz interessante observação. Segundo esse doutrinador, a expressão “decisão judicial não se critica, apenas se cumpre” é herança positivista e autoritária da tradição jurídica e que as decisões judiciais, mesmo as de um Tribunal Constitucional, não devem ser aceitas de forma acrítica por quem quer que seja, mas criticada nos autos, por meio de recurso próprio, em obras doutrinárias, nas universidades, na imprensa, associações, etc. (BINENBOJM, 2014, p. 116).

O dever de motivação é, pois, princípio inerente ao devido processo legal e está ligado ao contraditório, considerando alguns autores, inclusive, que é o seu último momento (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 399), e encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, consoante se infere do disposto no artigo 93, inciso IX, consistindo em direito fundamental, levando à nulidade o ato decisório não devidamente fundamentado, estendendo tal obrigação aos Tribunais, mesmo que prolatem decisões não suscetíveis de revisão, nem mesmo por ação autônoma (MOREIRA, 1979, p. 290). A fundamentação, inclusive, juntamente com o relatório e a conclusão, faz parte da estrutura da sentença.

Assim, uma decisão judicial, de acordo com o artigo 489 do CPC/2015, não se contenta mais somente em demonstrar quais as razões que fundamentam o dispositivo. O juiz deverá agregar à fundamentação outros elementos os quais lhe darão completude, sob pena de a decisão ser considerada arbitrária, por isso deverá se manifestar acerca de todos os pontos e questões suscitadas pelas partes, pois agindo de forma contrária violará o princípio do contraditório e, por conseguinte, o devido processo legal. Assim, não se pode mais admitir “que seja franqueado aos julgadores [...] ignorar o que quiser ignorar, em todos os julgamentos, e sem demonstrar de modo explícito que as questões ignoradas não são relevantes” (MARCACINI, 2016, p. 93)⁸⁸, ou seja, o juiz não poderá desprezar determinada prova sem demonstrar o motivo pelo qual a recusou, sob pena de nulidade do julgado.

⁸⁸ O STJ, no entanto, tem entendido de forma diferente, consoante se infere da decisão a seguir: “O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada. (STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016 (Info 585) (ORTEGA [s.d.], n.p.). Em outro julgado a decisão foi no mesmo sentido: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO FICTO. ALEGAÇÃO DE VÍCIO NA APRECIÇÃO DAS PROVAS E EXCESSO NO VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADA. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. I - Na origem, trata-se de responsabilidade em decorrência de erro médico. Na sentença julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal a quo, a sentença foi reformada para julgar procedente o pedido. II - Relativamente às alegações de violação dos arts. 14 do CDC e 186 e 927 do Código Civil, esta Corte somente pode conhecer da matéria objeto de julgamento no Tribunal de origem. Ausente o prequestionamento da matéria alegadamente violada, não é possível o conhecimento do recurso especial. Nesse sentido, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ : "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo"; e, por analogia, os enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF. III - Conforme entendimento desta Corte, não há incompatibilidade entre a inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 e a ausência de prequestionamento, com a incidência do enunciado n. 211 da Súmula do STJ quanto às teses invocadas pela parte recorrente, que, entretanto não são debatidas pelo tribunal local, por entender suficientes para a solução da controvérsia outros argumentos utilizados pelo colegiado. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.234.093/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 3/5/2018; AgInt no AREsp 1.173.531/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 26/3/2018. IV - A previsão do art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015 não invalidou o enunciado n. 211 da Súmula do STJ (Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo). V - Para que o art. 1.025 do CPC/2015 seja aplicado, e permita-se o conhecimento das alegações da parte

A publicidade, que também se articula com a motivação, “pois a publicidade de uma sentença enigmática seria inútil” (GRECO, 2007, p. 322), também é outro requisito necessário para a validade dos atos judiciais, uma vez que é por meio dela que não só as partes, mas também a sociedade, tomam conhecimento dos atos decisórios, sendo, portanto, medida de controle da atividade jurisdicional.

Para Leonardo Greco (2002, p. 41) a publicidade é uma das garantias processuais mais importantes, pois funciona como instrumento de controle judicial e de respeito aos direitos das partes e princípio da dignidade humana, o que irá propiciar maior credibilidade ao Poder Judiciário.

recorrente, é necessário não só que haja a oposição dos embargos de declaração na Corte de origem (e. 211/STJ) e indicação de violação do art. 1.022 do CPC/2015, no recurso especial (REsp 1.764.914/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/11/2018, DJe 23/11/2018). A matéria deve ser: i) alegada nos embargos de declaração opostos (AgInt no REsp 1.443.520/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 1º/4/2019, DJe 10/4/2019); ii) devolvida a julgamento ao Tribunal a quo (AgRg no REsp n. 1.459.940/SP, e Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 2/6/2016) e ; iii) relevante e pertinente com a matéria (AgInt no AREsp 1.433.961/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2019, DJe 24/9/2019). VI - Conforme entendimento pacífico desta Corte ?o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão?. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 confirma a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça ?sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida?. [EDcl no MS 21.315/DF, relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016.] VII - A Corte a quo analisou as alegações da parte, relativamente à prova produzida e ao quantum fixado com os seguintes fundamentos: Imperioso ressaltar que a apelante [...] carregava consigo todos os laudos de exames até então realizados. Consta de fls. 23 v. a existência de mioma na parturiente. Caso houvesse diligência por parte do médico na realização da ultrassonografia obstétrica nos momentos anteriores ao parto, o que seria medida de cautela ante a altura uterina anormal, a lesão sofrida teria sido evitada, não sendo causa de excludente de culpabilidade a raridade da intercorrência em partos normais. Tempo houve para isso, porque a coapelante [...] permaneceu por longas 16 horas em trabalho de parto. Ora, conforme bem salientou o Parquet, as fotografias de fls. 578/579 são eloquentes, sendo inusitado que um profissional da área médica não tenha sequer desconfiado de macrosomia fetal. Ademais, não se discute a conduta médica durante o parto, mas nas horas que o antecederam. As evidências demonstram que a opção do profissional (parto normal) diante das evidências, foi equivocada [...] Saliento que, de fato, na constatação de erro na prestação de serviços, para que exista o dever de indenizar, é essencial a verificação do nexo de causalidade entre sua conduta e o dano sofrido pela apelante. O farto conjunto probatório conduz à triste conclusão que tivesse o médico realizado o parto cesáreo, o infortúnio não teria se verificado. A criança teria sido retirada do ventre materno sem a utilização de fórceps e, naturalmente, sem a lesão que se sucedeu, a qual resultou na paralisia do membro superior [...] Da análise conjunta das duas funções é que se extrai o valor da reparação. A paralisia, decorrente de um parto malsucedido, se traduz em um sofrimento inigualável e perene. O que pensar da mãe que passou por essa via crucis Observo que o valor pleiteado pelos apelantes, na petição inicial é equivalente a 500 salários mínimos. Entendo que o valor de R\$ 100.000,00 atende o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Além do mais, os apelados estarão obrigados a rever sua conduta no atendimento aos pacientes". VIII - Verifica-se, portanto, que a Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração os fatos e provas relacionados à matéria. Assim, para se chegar à conclusão diversa seria necessário o reexame fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ, segundo o qual "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial". IX - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1382885/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/04/2021, DJe 29/04/2021). (CAVALCANTE, [s.d], n.p.)

Segundo Marinoni, o contraditório, a publicidade e a motivação são garantias de um processo justo (MARINONI, 2006, p. 282), por intermédio dos quais será feita justiça no caso concreto.

Todos os atos processuais, portanto, devem ser transparentes, ou seja, públicos e, por isso, acessíveis a todos, inclusive as audiências, as quais são igualmente públicas, porquanto constituem espécies de ato processual. A publicidade também consta do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 88, a qual é um dos princípios informadores da administração pública, estando o Poder Judiciário abrangido pela expressão.

Isso não significa, no entanto, que o princípio da publicidade não possa ser mitigado quando o interesse público, ou mesmo os interesses privados, assim exigir, conforme dispõe o artigo 189 do CPC/2015.

Como a dignidade da pessoa humana tem que ser preservada, fica o juiz autorizado, em circunstâncias excepcionais, a exemplo das causas que dizem respeito a direito de família (GRECO, 2002, P. 41), para não expor as partes, restringir os atos processuais às mesmas e aos seus patronos. Tal decisão, contudo, deverá ser devidamente fundamentada.

A restrição prevista na parte final do inciso IX, do artigo 93, da Constituição de 88 somente poderá ocorrer quando for estritamente necessário para se evitar lesão a direito, a vida ou a integridade física ou moral de alguém, todavia, ninguém poderá ser processado, civil ou criminalmente, com base em provas nas quais não tenha tido possibilidade de participação na sua produção (GRECO, 2002, p. 41-42), sob pena de violação do princípio do contraditório, princípio este tão caro à democracia.

Do que foi exposto acima, pode-se dizer que a concepção de justiça está na qualidade do processo a ser entregue aos cidadãos, que dependerá da colaboração entre juiz e partes para que, juntos, busquem o melhor resultado, daí falar-se em cooperação judicial.

Entende-se, portanto, que o modelo cooperativo de processo é o mais adequado ao Estado Democrático, pois se por um lado exige-se que o juiz seja proativo, com poderes para conformar o procedimento ao direito material, para ter iniciativa probatória e liberdade de criação do direito a ser aplicado ao caso concreto, tudo com o fito de dar efetividade às garantias fundamentais, inclusive àquelas que se referem ao processo; por outro lado, as partes devem controlar o subjetivismo e a discricionariedade do juiz por meio da participação efetiva, legitimando, por conseguinte, as decisões judiciais por intermédio da colaboração na busca do melhor resultado.

Pode-se concluir, assim, que é por meio do ativismo judicial que se concretiza o princípio da cooperação, ou seja, o processo somente será cooperativo se o juiz for proativo,

pois somente assim será eficaz na concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, além de servir como instrumento pacificador de conflitos, apto a trazer de volta a paz social, legitimado pela participação das partes.

Ravi Peixoto (2013), baseado em Hermes Zanetti Júnior, ressalta que a partir da Constituição de 1988 a democracia evoluiu de centralista, fundada na prevalência dos Poderes Legislativo e Executivo, para uma democracia pluralista, participativa, que refletiu também no Poder Judiciário. O processo, em razão dessa mudança, passou a ser visto como coisa pública e, o magistrado, por sua vez, passou a ter maior importância em razão do aumento dos poderes que lhe foram conferidos; entretanto, para contrabalançar esse aumento de poderes dos magistrados, as decisões passaram a ser mais democráticas, daí veio a necessidade da utilização do princípio da cooperação, que permite maior participação das partes na construção das decisões. Assim, para o autor, o modelo cooperativo evita a ditadura do magistrado dentro do processo (PEIXOTO, 2013, p. 4).

Os poderes do juiz, no entanto, não são absolutos, pois seu subjetivismo é temperado pelo poder de influência das partes, por isso que o CPC/2015 determina que o juiz lhes dê ciência de todos os atos decisórios para que deles possam participar, tanto para produzir prova em seu favor, como influenciar na fundamentação jurídica das decisões.

O acesso à justiça, dessa forma, se dá por intermédio do processo justo, o qual deverá concretizar o devido processo legal tanto na sua versão formal quanto substancial.

6 CONCLUSÃO

A presente dissertação teve como escopo demonstrar que o modelo cooperativo de processo é o mais consentâneo ao Estado Democrático de Direito, pois se o Poder Judiciário atua por meio do processo, esse passa a ser um canal de desenvolvimento da democracia, o qual privilegia o debate e a participação dos sujeitos processuais na formação da vontade desse poder.

O modelo cooperativo do processo é estudado a partir do formalismo-valorativo, visto a partir da Constituição, e tem como objetivo dar efetividade à tutela jurisdicional na medida em que busca a satisfação dos direitos fundamentais.

O direito, como necessário para regular a vida em sociedade, adapta-se a esta, posto ser produto do homem e, o direito processual, como um dos seus ramos, acompanha essas transformações, por isso, de acordo com a doutrina, ele é dividido em fases metodológicas.

O estudo dessas fases metodológicas pelas quais tem passado o processo é importante para que se entenda o seu momento atual, o qual, inclusive, tem relação estreita com a forma como o Estado se constitui.

A primeira fase, chamada de sincretista, foi aquela em que o processo era tido como um apêndice do direito civil, cuja preocupação estava centrada apenas no direito material. O próprio nome decorreu desse amálgama entre o direito material e processual.

Percebeu-se, no entanto, que no processo havia duas relações, sendo uma de direito material, que se dava entre as partes e, a outra, de direito processual, autônoma em relação ao direito material, que se dava entre as partes e o Estado. Essa fase passou a ser chamada de automista ou conceitual.

Mas o processo evoluiu, passando a ser visto como um instrumento de acesso à justiça e, por isso, de implemento da tutela jurisdicional. O processo, nessa fase, deixa de ser visto como um fim em si mesmo e passa a ser tido como um instrumento do Estado para o exercício da jurisdição, cujo interesse é a realização do direito material pré-existente e restabelecimento da paz social. Essa fase é chamada de instrumentalista.

Entrementes, pela nova visão do processo, este não pode mais ser considerado como o instrumento utilizado pelo Estado para a aplicação da lei ao caso concreto, mas, sim, como instrumento para a realização do direito, admitindo-se ao juiz a criação da norma para o caso concreto, a fim de que sejam salvaguardados os direitos fundamentais, para que se obtenha uma decisão justa.

Isto porque, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo diversos direitos fundamentais, os quais deixaram de ser simples promessas para ter aplicabilidade imediata, com o intuito de se obter a justiça social.

O Poder Judiciário, nesse contexto, passou a ser o guardião desses valores, diante da possível inefetividade dos direitos fundamentais, a fim de se evitar o retrocesso social. O processo também passou a ser influenciado pela Constituição, surgindo, nessa nova perspectiva, o neoprocessualismo ou formalismo-valorativo, decorrente do neoconstitucionalismo.

Essa nova fase do processo não é antagônica à fase instrumentalista, pois ao mesmo tempo em que se tem o processo como instrumento do Estado para a realização da justiça, busca-se dar ênfase ao direito material na medida em que este será aplicado de acordo com os mandamentos constitucionais. A diferença, portanto, entre a fase instrumentalista e o formalismo-valorativo está na forma da concretização do direito material.

O formalismo-valorativo liga-se tanto a aspectos formais quanto a aspectos substanciais, pois além de se buscar a satisfação dos princípios constitucionais processuais, busca-se a concretização do direito, o que contribuiu para a ampliação do acesso à justiça.

O processo, para que a prestação jurisdicional seja completa, tem que ser visto em seu conjunto, pois pode ser observada a forma e o direito não ser aplicado adequadamente; por outro lado, o direito material pode ser interpretado de acordo com a Constituição, todavia, não ser observado o devido processo legal e, por conseguinte, os princípios dele decorrentes.

Essa nova perspectiva atribuída ao processo, no entanto, somente é válida em um modelo cooperativo, o qual exige a participação ativa de todos os sujeitos processuais para a formação do provimento final. Isso porque reconhece-se que o ordenamento jurídico não fornece soluções prontas e acabadas, e que toda decisão é construída de acordo com o caso concreto, devendo as partes, por conseguinte, ter a possibilidade de participação na construção da decisão, por isso poderão intervir em questões de fato e de direito. Em outras palavras, as partes, juntamente com o juiz, de forma dialogal e participativa, irão buscar a melhor solução para o processo.

Entende-se, inclusive, ser a cooperação judicial, além de um modelo de organização do processo, um princípio que tem como fundamento o devido processo legal, o contraditório e a boa-fé, os quais constituem a base do modelo cooperativo de processo.

Esse modelo cooperativo de processo, instituído pelo Código Civil de 2015, não obstante a dicção do seu artigo 6º, não exige das partes que uma colabore com a outra. Isso seria utópico, pois ambas possuem interesses antagônicos. O que se espera é que as partes

atuem em favor do processo, que passa a ser considerado uma comunidade de trabalho, em que cada sujeito processual possui tarefas/responsabilidades próprias, das quais decorrem diversos deveres. Para o juiz, ele terá o dever de prevenção, o dever de consulta, o dever de esclarecimento e o dever de auxílio. Quanto às partes, os principais deveres são o dever de lealdade, o dever de boa-fé, o dever de veracidade e o dever de esclarecimento.

Não se admite mais, por conseguinte, um juiz equidistante; o modelo cooperativo exige um juiz aberto ao diálogo, ao esclarecimento, ao auxílio, não somente para buscar a solução do conflito, mas para solucioná-lo com justiça, a fim de que o processo seja justo, o que constitui um direito fundamental. Preocupa-se, pois, com o resultado do processo.

No modelo adversarial, o processo ainda era considerado como coisa das partes, e o juiz era passivo, equidistante das mesmas, sob pena de comprometer sua imparcialidade. Não poderia intervir no procedimento, nem mesmo para diminuir a desigualdade substancial que havia entre as partes, cabendo-lhe, apenas, esperar que lhe trouxessem as provas para, então, prolatar a sentença.

Esse modelo de processo era consentâneo ao Estado Liberal, cuja premissa era da impossibilidade de interferência nas relações privadas, por isso contentava-se com a verdade formal e observância das regras processuais. Além disso, todo o curso do processo dependia das partes, que poderiam aumentar ou diminuir os prazos processuais, marcar ou não audiências, resultando na excessiva demora na solução do litígio, além de escancarar a desigualdade que poderia haver entre elas.

Todavia, com o advento do Estado Social, mais intervencionista, o processo passou a ser visto como coisa pública, havendo um incremento nos poderes do juiz e um enfraquecimento dos poderes das partes. O juiz, assim, ficou incumbido de gerenciar o processo para que ele se tornasse mais célere. Nessa época reconheceu-se a diferença entre o objeto e o processo como meio de realização de justiça, passando o juiz a ter, inclusive, poderes probatórios, não obstante continuasse com a parte a possibilidade de dar início à ação. Esse modelo foi chamado de inquisitivo.

Sendo um contraponto entre o modelo adversarial e o inquisitivo (os quais não se coadunam com o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, com os direitos fundamentais), não há protagonismos no modelo de processo cooperativo em decorrência da participação de todos os sujeitos processuais no processo. Todavia, apesar do juiz ter a colaboração das partes para a formação do seu convencimento, a função de julgar é solitária, por isso diz-se que o juiz é simétrico na condução do feito e assimétrico na sua decisão.

Não obstante a ausência de protagonismos no modelo cooperativo de processo, a legislação processual tem ampliado os poderes do juiz de forma que ele possa dar efetividade não somente à igualdade formal como também à igualdade substancial entre as partes, possibilitando a paridade de armas, ou seja, iguais oportunidades no processo.

Assim, o juiz terá maior flexibilidade para adequar o procedimento às necessidades do direito material e interpretar as normas de modo a satisfazer os direitos fundamentais. Todavia, os fatos deverão ser apurados adequadamente, por isso entende-se que o juiz também tem amplos poderes para buscar a verdade real ou para chegar o mais próximo dela, sem que com isso macule sua imparcialidade, pois um juiz ativo pode ser parcial tal qual um juiz passivo.

Pode-se dizer, portanto, que se o escopo do processo cooperativo é de se obter um processo justo, três requisitos têm que ser observados, sem os quais não haverá justiça, sendo eles: procedimento adequado, busca da verdade e aplicação correta do direito ao caso concreto.

A participação das partes, por outro lado, tanto no desenvolvimento do procedimento quanto na a formação do convencimento do juiz dá-se por meio do contraditório, que atualmente não é mais visto de forma estática, limitado ao direito de defesa, mas de forma dinâmica, o que lhes garante o direito à notificação de todos os atos processuais, o direito de produzir provas em seu favor e de se pronunciar acerca de todas as questões discutidas no processo, para que não haja decisão surpresa, o que inclusive é proibido pelo Código de Processo Civil de 2015.

O contraditório, portanto, possibilita a participação democrática das partes no processo, o qual constitui expressão da democracia participativa, consistindo em direito fundamental, contribuindo tanto para a diminuição do arbítrio do juiz, bem como para a legitimidade das decisões judiciais.

A inserção do juiz no contraditório decorre dos deveres de cooperação, possibilitando maior diálogo com as partes e entre elas mesmas, além de proporcionar a melhor instrução do feito para a busca da verdade real, garantindo, assim, a igualdade substancial e não apenas formal, pela possibilidade de poder determinar a realização das provas que entender necessárias ao deslinde das questões.

A participação das partes no processo atende aos anseios democráticos, porquanto contribui para a formação da vontade estatal. Pode-se dizer, assim, que a sociedade participa dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que nos dois primeiros a

participação ocorre por meio dos representantes eleitos e, no último, diretamente, sendo o processo o canal utilizado pelas partes para o exercício da democracia participativa.

Vale aqui ressaltar que o artigo 1º da Constituição Federal diz que todo o poder emana do “povo”, que o exerce por meio dos seus representantes eleitos ou diretamente. A democracia, dessa forma, não é feita apenas por meio de eleições e observância da regra da maioria, mas, também, por meio da concretização dos direitos fundamentais, por isso existem mecanismos para salvaguardá-los, sob pena de a Constituição se tornar letra morta.

É pela jurisdição constitucional que são resguardados os princípios constitucionais, que não se limita apenas a verificar a regularidade do processo de criação das leis, mas, também, o produto da vontade dos representantes legais, ou seja, a substância do ato, pois toda atividade estatal, decorrente de quaisquer dos Poderes, tem que estar pautada na Constituição, sob pena de inconstitucionalidade do ato.

Apesar de a democracia e a jurisdição constitucional sempre estarem em tensão, ambas, na realidade, complementam-se, uma vez que direitos fundamentais só são implementados em um estado democrático e, somente um estado democrático respeita os direitos fundamentais. Enquanto a democracia busca preservar o governo da maioria, a jurisdição constitucional busca preservar os direitos das minorias, pois prevalecendo somente a vontade da maioria, pode causar o aniquilamento dos direitos das minorias, sendo a recíproca verdadeira, ou seja, prevalecendo somente os direitos fundamentais, poderá levar à extinção da vontade da maioria. Há de ser encontrado um ponto de equilíbrio.

Por isso toda a atividade jurisdicional deve encontrar amparo na Constituição, devendo o juiz dela prestar contas tanto às partes, demonstrando-lhes que levou em consideração todas as provas produzidas bem como os fundamentos por elas apresentados. A prestação de contas é feita, também, para a sociedade como um todo, a qual tem o dever, de igual forma, de fiscalizar a atividade jurisdicional.

É por meio da motivação que o juiz irá explicar-se junto as partes e à sociedade, por isso é que as decisões também são públicas. A motivação e publicidade constituem direitos fundamentais os quais compõem o devido processo legal, sendo o segundo corolário do primeiro.

Assim, apesar dessa proatividade do Poder Judiciário com o intuito dar concretude aos direitos fundamentais ser muito criticada, entende-se ser ela necessária para a produção de justiça, pois além da imprecisão semântica da linguagem utilizada pelo legislador, poderão existir situações que não se enquadrarão na letra da lei, devendo o juiz, nesse caso, a partir da

Constituição, dar a solução para o caso concreto, criando norma, complementando, assim, a obra do legislador.

O legislador, portanto, enquanto regula as relações sociais de forma abstrata, o juiz atua diante dos casos concretos, adequando o direito às situações que lhe são postas à apreciação, todavia, entende-se que essa atuação jurisdicional proativa, tanto que no que diz respeito ao aspecto formal do processo quanto ao direito material, somente é legítima em um processo cooperativo.

Pode-se concluir, portanto, que o modelo cooperativo de processo exige que o juiz seja proativo para a concretização dos direitos fundamentais, e essa proatividade do juiz somente será legítima em um processo cooperativo, pela participação de todos os envolvidos para a formação do provimento jurisdicional, sendo tal participação expressão da democracia.

Esse modelo cooperativo, no entanto, somente será efetivo quando cada sujeito processual se conscientizar do seu papel no processo e passar a exercê-lo de forma efetiva, o que ocorrerá somente com a mudança de mentalidade e comportamento tanto das partes quanto do juiz.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 242, p. 21-47, abr. 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Deveres das partes e dos procuradores, no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo) 1-2. **Revista de Processo**, v. 69, p. 7-20, mar. 1993.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 193, p. 167-200, mar. 2011.

ANDREWS, Neil. Relações entre a corte e as partes na era do case management. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 38, n. 217, p. 181-203, mar. 2013.

ARAÚJO, André Luiz Maluf de. A boa-fé processual, conceito, deveres de veracidade, colaboração e reflexões. **Revista Jurídica da Universidade de Santa Catarina**, Santa Catarina, v. 7, n. 13, 2016. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/UFa-toDireito/arti-cle/view/3987>. Acesso em: 12 abr. 2021.

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil**. A colação subjetiva na fase de cognição do processo de conhecimento. 2014. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.te-ses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137-/tde31082017105437/publico/Dissertacao_Mestra-do_RSA.pdf. Acesso em: 12 maio 2021.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: “Entre a ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, [S.l.], n. 17, p.1-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 22 nov. 2021.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, [S.l.], v. 163, p. 50-59, set. 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no Novo Código Civil. **Direito da Família**, 2020. Disponível em: direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/renata-domingues-o-principio-da-bou-fe-objetiva-no-novo-codigo-civil.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.

BALEOTTI, Francisco Emilio. Poderes do juiz na adaptação do procedimento. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 213, p. 389-408, nov. 2012.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos Constitucionais do Modelo Processual Cooperativo no Direito Brasileiro**. 2011. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.uf-ba.br/ri/handle/ri/10725>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. Nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. **RDF – Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012a.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012b.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição** – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). [S.l.]: [s.n.], 2017. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 9 fev. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil**: crônica de um Sucesso Imprevisto. [S.l.]: [s.n.], 2013. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2021.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 198, p. 455-462, ago. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira** – Legitimidade democrática e Instrumentos de realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares**. 2007. 234 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2007. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9073/1/PAULA%20SARNO-%20BRAGA%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília, [2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 0001664-62.2011.8.24.0026 SC 2018/0183510-4. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. DJE: 20.11.2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia-/860307202/recurso-especial-resp-1755266-sc-2018-0183510-4/inteiro-teor860307210-?ref=serp>. Acesso em: 1 mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 47, p. 92-99, jul./set. 1987.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial, uma análise dos institutos interventivos similares – o amicus e o vertreter des öffentlichen interesses. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 117, p. 9-41, set./out. 2004.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Case Management no Brasil. **Revista Anep de Direito Processual**, Salvador, v. 1, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistaanep.com.br/index.php/ra-dp/article/view/24/pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. Indaiatuba: Foco, 2021.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. O devido processo legal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 11, n. 2, dez. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 1 v. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/re-fdf/article/view/344>. Acesso em: 14 mar. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes Instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 153, p. 33-46, nov. 2007.

CAMBI, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 201, p. 59-100, nov. 2011.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira**, Salvador, n. 17, 2008. Disponível em: <https://files.cerco->

mp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf . Acesso em: 14 mar. 2021.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 241, p. 413-438, mar. 2018.

CANTORIO, Diego Martinez Fervenza Cantoario. Poderes do Juiz e Princípio do Contraditório. *Revista de Processo*, [S.l.], v.195, p. 279-307, maio/2011.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. O Devido Processo Legal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 11, n. 2, p. 233-261, 2016. Disponível em: <https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/344>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/bitstream/1/9555/1/Carlos%20Alexandre%20texto%20completo.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021

CAMPOS, Maria Gabriela. **O compartilhamento de Competências no Processo Civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, [S.l.], v. 3, p. 473-486, maio 1999.

CASO DRED SCOTT. In: **Wikipédia**: a enciclopédia livre. 2021. Disponível em: https://pt.wiki-pedia.org/wiki/Caso_Dred_Scott. Acesso em: 20 maio 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O órgão julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus, [s.d.]. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/edf0320adc8658b25ca26be5351b6c4a>. Acesso em: 3 jan. 2022.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 218, p. 65-78, abr. 2013.

CHIARLONI, Sérgio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 152, p. 87-108, out. 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004. Disponível em: http://revistaalceu-acervo.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 2-22, 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e “Giusto Processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, [S.l.], v. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “Giusto Processo” Civile nella dimensione comparatistica. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 108, p. 133-183, out./dez. 2002.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do Judicial Review – O mito de Marbury. **RIL Brasília**, Brasília, ano 53 n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115. Acesso em: 9 nov. 2021.

CORAZZA, Sérgio. Princípio da Máxima de Justiça. **Páginas de Direito**, 2005. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/97-artigos-set-2005/5330-principio-da-maxima-de-justica>. Acesso em: 19 mar. 2021.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Dever de esclarecimento e complementação no Processo Civil**. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1988.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Dever de veracidade das partes no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Vellenich Editor, 1975.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study os Judicial Activism. **University of Minnesota Law Review**, [S.l.], n. 93, p. 1752-1784, 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1651&context=mlr>. Acesso em: 7 jan. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 2, n. 9, p. 294-314, 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/20-13/09/-2013_09_09293_09327.pdf. Acesso em: 8 mar. 2021.

DEL CLARO, Roberto. **Direção Material do Processo**. 2009. 271 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde030-62011163744/publico/Tese_Versao_Integral_Roberto_Del_Claro.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz Contraditor?. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDpro**, [S.l.], ano 21, n. 82, p. 229-254, abr./jun. 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e supressão. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, [S.l.], ano 18, n. 71, p. 189-214, jul./set. 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa Coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no Processo Civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 171, maio 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/32272427/Multa_coercitiva_boa_f%C3%A9_processual_e_supress%C3%A3o_do_duty_to_mitigate_de_loss_no_processo_civil. Acesso em: 7 abr. 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da Boa-fé Processual no Direito Processual Civil Brasileiro e seu Fundamento Constitucional. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 70, p. 179-188, out./dez. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio do contraditório: uma apresentação. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 127, p. 75-79, set. 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 198, p. 213-226, ago. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism?. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 73, n. 2, p. 401-416, 2002. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2135&context=journal_articles. Acesso em: 13 nov. 2021.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: Uma teoria do controle judicial da constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz. O processo civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ – Eletrônica**, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 150–169, maio/ago. 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278/2061>. Acesso em: 11 mar. 2021.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Processo social, princípio da cooperação processual e poderes assistenciais do juiz: aplicações ao processo civil e ao processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 48, 2016. Disponível em: https://jus-laboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108710/2016_feliciano_guilherme_processo_social.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 24 abr. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, (21), 12-21, p. 12-21, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>. Acesso 02 fev. 2022.v

FERNANDES, Jorge Luiz Reis. **Cooperação**: os deveres do juiz e das partes no novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017.

FONSECA, João Gustavo Henriques de Moraes. **Cooperação Judiciária Processual**: histórico, teoria e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FRANCO, Fernão Borba. A fórmula do devido processo legal. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 94, p. 81-108, abr./jun. 1999.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1º, IV, do novo CPC. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 247, set. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pa-ge/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.05.PDF. Acesso em: 19 maio 2021.

FREITAS, José Manuel Lebre de. A exigência de celeridade e os princípios processuais. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Minas Gerais, v. 26, n. 2, p. 181-194, dez. 2010.

FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. **Código de Processo Civil Anotado**: volume 1º - Artigos 1º A 380º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

GALINDO, Maíra Coelho Torres. **Princípio da cooperação**: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa. 2014. 156 f. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34860/1/Principio%20da%20Cooperacao%20Dever%20de%20Consulta%20e%20a%20Proibicao%20das%20Decisoes-Surpresa.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. O contraditório, as partes e o juiz. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 148, p. 283-292, jun. 2007.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 172, p. 32-53, jun. 2009.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

GRADI, Marco. Il princípio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 186, p. 109-160, ago. 2010.

GRADI, Marco. Sincerità dei litigante ed etica della narrazione nel processo civile. **Rivista di Filosofia**, [S.l.], v. 1, n. 8, p. 95-117, 2012. Disponível em: <https://fdocumenti.com/download/2012-08-marco-gradi-sincerita-dei-litiganti>. Acesso em: 15 jun. 2021.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução Ronaldo Kochem. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 206, p. 123-134, abr. 2012.

GRECO, Leonardo. O contraditório efetivo (art. 7º). **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 299-310, jun. 2015.

GRECO, Leonardo. Garantia fundamentais do processo: O processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 7, n. 14, p. 9-68, abr. 2002. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1/2>. Acesso em: 13 mar. 2021.

GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 164, p. 29-56, out. 2008.

GRECO, Leonardo. TARUFFO, Michele. La motivazione dela sentenza civile. Padova: Cedam, 1975. **Revista de Processo**, [S.l.], ano 32, n. 144, fev. 2007.

GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 226, p. 115-145, dez. 2013.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. A tridimensionalidade do contraditório no direito processual civil brasileiro. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LOPES, Mônica Sette; NICÁCIO, Camila Silva (orgs.). **Eficácia e Efetividade: velhos desafios a novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

JOLOWICZ, John Anthony. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao “adversary system”. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 75, p. 64-75, jul./set. 1994.

JOLOWICZ, John Anthony. Justiça Substantiva e Processual no Processo Civil: uma avaliação do processo civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 135, p. 161-177, maio 2006.

JOLOWICS, John Anthony. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. **Revista Forense**, [S.l.], v. 100, n. 372, p. 135-147, mar./abr. 2004.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, California, v. 92, p. 1.441-1.447, 2004. Disponível em: [search?q=KMIEC%2C+Keenan+D.+The+origin+and+current+meanings+of+judicial+review.+In%3A+California+Law+Review%2C+Inc.+October%2C+200&rlz=1C1GCEU_pt-BRBR906BR906&oq=KMIEC%2C+Keenan+D.+The+origin+and+current+meanings+of+judicial+review.+In%3A+California+Law+Review%2C+Inc.+October%2C+200&aqs=chrome..69i57.1462j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://search.proquest.com/california-law-review/docview/2000000000/1/1?pq-origsite=scholarlink&openfulltext=1). Acesso em: 7 jan. 2020.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. *In*: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição** – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KOCHEN, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). **Revista de Processo**, [S.l.], ano 41, v. 251, p. 76-105, jan. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.04.PDF. Acessado em 08 de fev 2021, nº 2, 2007. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/05-Igreja-Matos-Juiz-e-processo-civil.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 43, p. 57-60, jul./set. 1986.

LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 1, p. 15-42, out./dez. 1979.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. O abuso do direito de defesa no Processo Civil: Reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 122, p. 93-130, abr. 2005.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 35, p. 24-67, jul./set. 1984.

LUCCA, Rodrigo Ramina. O dever de veracidade das partes no Processo Civil brasileiro. **Academia.edu**, [2011?]. Disponível em: https://www.academia.edu/496671/O_dever_de_veracidade_das_partes. Acesso em: 1 mar. 2021.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC: Precedentes e contraditório. **Jota**, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-precedentes-e-contraditorio-23112015>. Acesso em: 1 mar. 2021.

MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 272, p. 85-125, out. 2017.

MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processos estruturais e formalismo-valorativo. *In*: SICA, Heitor *et al.* (orgs.). **Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual**. Serra: Milfortes, 2019. 3 v.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **As inovações do CPC de 2015**: Da propositura da ação até a sentença. São Paulo: A. Marcacini, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1558-As-Inovacoes-do-CPC-de-2015-Da-propositura-da-acao-ate-a-sentenca-Marcacini-Augusto.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 172, p. 175-232, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Teoria do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 1 v. *E-book*.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, [S.l.], p. 275-306, jan./dez. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 378, jul. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5281/o-direito-a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais/2>. Acesso em: 14 abr. 2021.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo**: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade à Luz da Linha Decisória da Suprema Corte Estadunidense. 2001. 357 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456-789/79998>. Acesso em: 15 mar. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Campos Normativos da Boa-fé Objetiva: As três Perspectivas do Direito Privado Brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TORRES, Heleno Tavares; CARBONE, Paolo (orgs.). **Princípios do Novo Código Civil brasileiro e Outros Temas**. São Paulo: Quartie Latin do Brasil, 2008.

MATOS, José Igreja. O juiz e o processo de julgar (contributo para um debate necessário). **Julgar**, [S.l.], n. 2, 2007. Disponível em: <http://julgar.pt/wpcontent/uplo-ads/2016/05/05-Igreja-Matos-Juiz-e-processo-civil.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial da “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wpcontent/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 114, p. 67-91, mar./abr. 2004.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MESQUITA, Gil Ferreira. O devido processo legal em seu sentido material. Breves considerações. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 170, p. 209-220, abr./jun. 2006.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, [S.l.], ano 36, v. 194, abr. 2011a.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista do TST**, Maranhão, v. 78, n. 1, p. 67-7, jan./mar. 2012.

MORAES, Alexandre de. Legitimidade da justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 159 p. 47-59, jul./set. 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496891>. Acesso em :13 nov. 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do Processo Civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 37, p. 140-150, jan./mar.1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 35, p. 231-238, jul./set. 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Paraná, v. 19, n. 0, 1979. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836/6146>. Acesso em: 6 jun. 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 118, p. 75-88, dez. 2004a.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 135-146, 2004b. Disponível em: blj.org.br/revistas/revista25/revista25%20%20JOSÉ%20CARLOS-%20BARBOSA%20MOREIRA%20%20Correntes%20e%20contracorrentes%20no%20processo%20ci-vil%20contemporâneo.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 115-125, 2003a. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revis-tas/revista23.asp>. Acesso em: 25 fev. 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. La igualdad de las partes em el processo civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 44, p. 176-185, out./dez. 1986a.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no Processo Civil. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 197-201, 2004c. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista26/revista26%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%E2%80%93%20O%20Neoprivatismo%20no%20Processo%20civil.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003b.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 41, p. 7-14, jan./mar. 1986b.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, São Paulo, ano 15, n. 59, jul. 2007.

MORELATO, Vitor Faria; VICENZI, Brunela Vieira de. A cooperação enquanto elo entre os sujeitos e uma visão civilizatória do processo. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 20, n. 8, p. 192-214, maio/ago. 2018.

MUÑOZ, Francesco Carreta. Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referência a la buena fe procesal y al deber de coherencia. **Revista de Derecho**, [S.l.], v. 21, n. 1, p. 101-127, jul. 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, [S.l.], n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo e República: uma relação necessária. **Justificando**, 2014. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>. Acesso em: 25 fev. 2021.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). **Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008a.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo**: Horizontes para a Democratização Processual civil. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Católica de Minas, Belo Horizonte, 2008b. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf. Acesso em: 12 jun. 2021.

NUNES, Dierle. **Processo Jurisdicional Democrático**: Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Rio Grande do Sul, v. 15, p. 7-19, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 137, p. 7-31, jul. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o princípio do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito UFRGS**, Rio Grande do Sul, v. 9, n. 1, p. 178-184, nov. 1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 155, p. 11-26, jan. 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes del Juez Y Visión Cooperativa del Proceso. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, [S.l.], v. 3, n. 4, p. 31-72, 2004.

ORTEGA, Flávia Teixeira. STJ decide: No NCPC, o juiz não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes. **JUSBRASIL**, [s.d.]. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/374187646/stj-decide-no-ncpc-o-juiz-nao-esta-obrigado-a-responder-todas-as-questoes-suscitadas-pelas-partes>. Acesso em: 24 nov. 2021.

PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no juiz. **Academia Brasileira de Processo Civil**, [s.d.]. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEM%20%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001.

PEDRO, Ana Paula. Ética, moral, axiologia e valores: confusões e ambiguidades em torno de um conceito comum. **Kriterion: Revista de Filosofia**, [S.l.], v. 55, n. 130, dez. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2014000200002. Acesso em: 8 abr. 2021.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo valorativo. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 219, p. 89-114, maio 2013.

PEREIRA, Rafael Caselli. A compatibilidade do princípio dispositivo e o da imparcialidade com a iniciativa probatório do juiz. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, [S.l.], ano 11, n. 40, p. 376-395, jul./dez. 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. As regras de repartição do ônus da prova devem limitar os poderes instrutórios do magistrado? **Conteúdo Jurídico**, 2009. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/16-971/as-regras-de-reparticao-do-onus-da-prova-devem-limitar-os-poderes-instrutorios-do-magistrado>. Acesso em: 8 maio 2021.

PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 196, p.131-162, jun. 2011.

PICÓ I JUNOY, Joan. La iniciativa probatória del juez civil: um debate mal planteado. **Revista Oficial do Poder Judicial**, [S.l.], 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A cooperação no Novo Código de Processo Civil: desafios concretos para a sua implementação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 240-267, jan./jun. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no Processo Civil brasileiro: uma proposta de sistematização. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 12, p. 289-315, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8682>. Acesso: 8 mar. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. A cooperação como elemento estruturante da interface entre o Poder Judiciário e o juízo arbitral. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 3, set./dez. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31693/22428>. Acesso: 13 dez. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS/10. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21568>. Acesso em: 13 mar. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STACANTI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/20015. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 254, p. 17-44, abr. 2016.

PINTER, Rafael Woberto. A boa-fé no Processo Civil e o Abuso de Direitos Processuais. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 253, mar. 2016. Disponível em: http://www.mp-sp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.253.06.PDF. Acesso em: 19 abr. 2021.

PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS**, Rio Grande do Sul, n. 62, ano 21, p. 278- 290, nov. 1994.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. **O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no Processo Civil**. 2014. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_712194e3212a1b47cf60d56170-a3a752. Acesso em: 19 maio 2021.

RAGONE, Álvaro J. D. Pérez. Retrato del Revisionismo Garantista em el Proceso Civil a través de Klein Y Wach: algunas posiciones sobre eficiencia y derechos procesales. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 233, p. 241-269, jul. 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de Oliveira. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil – Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 204, p. 25–40, out./dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p25.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro: existência, validade e eficácia**. 2019. 304 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/-22644/2/Bruno%20Garcia%20Redondo.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2021.

REDONDO, Bruno Garcia. Os deveres-poderes do juiz no projeto de novo código de processo civil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, p. 89-102, abr./jun. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/24-2883/000923083.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 mar. 2021.

RESENDE, Ranieri Lima; VIERIA, José Ribas. Judicial Review e Democracia: Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Minas Gerais, n. 113, p. 49-74, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/372>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 11, n.30, fev. 1996. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf. Acesso em: 02 fev. 2022.

SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, Igualdade e Colaboração. **Revista de Processo**, [S.l.], ano 36, n. 192, p. 47-80, fev. 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil** (adaptadas ao novo Código de Processo Civil). 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 2 v.

SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos; RIBEIRO, Darci Guimarães; MÖLER, Gabriela Smarsla. Do debate Processual e Desenvolvimento do processo: o contraditório como direito fundamental ao justo processo. In: VITORELLI, Edilson *et al.* **Coletivização e unidade do direito**. Londrina: Thoth, 2010. 2 v.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/x1c118e>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SOARES, Carlos Henrique. A evolução do contraditório na jurisprudência e no Direito Processual Civil brasileiro. **Revista de Direito da Faculdade de Guanambi**, Guanambi, v. 5, n. 1, p. 115-139, jan./jun. 2018.

SOUSA, Miguel Teixeira. Apontamentos sobre a Ciência Processual Civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 235, p. 69-82, set. 2014.

SOUSA, Miguel Teixeira. Apreciação de alguns aspectos da <<Revisão do Processo Civil – Projecto>>. **Revista Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 55, jul. 1995.

SOUSA, Miguel Teixeira. Apontamentos sobre a Ciência Processual Civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 135, p. 69-82, set. 2014.

SOUSA, Miguel Teixeira. Aspectos do novo Processo Civil Português. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 86, p. 174-184, abr./jun. 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira. Omissão do dever de cooperação: que consequências?. **Academia.edu**, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUZA_M_Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%Aancias_01_2015_#:~:text=As%20consequ%C3%Aancias%20deste%20errado%20cumprimento,modo%2C%20este%20dever%20permaneceria%20inoperante. Acesso em: 24 abr. 2021.

SOUZA, André Pagani de. A importância do princípio da cooperação para a construção da transação na conciliação judicial: uma leitura do direito português e do direito brasileiro (Parte III). **Revista de Processo**, [S.l.], v. 296, p. 43-62, out. 2019.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 183, p. 25-76, maio 2010.

SOUZA, Lidia de Melo. **O processo cooperativo como substrato para efetividade das decisões judiciais**. Volume 1. 2019. 126 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/90441/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20%20L%c3%addia%20Souza%20-%20FINAL.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do Direito Processual Civil Austríaco. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 17, p. 138-149, jan./mar. 1980.

STJ. Recurso especial: REsp0032076-54.2011.8.24.0000SC 2011/0206089-7. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 21/05/2014. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25085360/recurso-especial-resp-1274466-sc-2011-0206089-7-stj/inteiro-teor-25085361>. Acesso em: 27 nov. 2021.

STRECK, Lenio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 22 nov. 2021.

STRECK, Lenio. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, [S.l.], v. 17, n. 3, p. 721- 732, set./dez. 2016. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/ENTRE%20O%20ATIVISMO%20E%20A%20JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O%20POL%C3%8DTICA%20-%20STRECK.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio *et al.* A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], dez. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20-14-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em: 1 mar. 2021.

STRECK, Lenio; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Porque precisamos falar de Direito e Moral**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

STRECK, Lenio. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? **Revista de Processo**, [S.l.], v. 213, p. 13-34, nov. 2012.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**, [S.l.], v. 177, p. 153-183, nov. 2009.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003.

TARUFFO, Michele. Poteri Probatori dele parti e del giudice in Europa. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 133, p. 239-266, mar. 2006.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial:** Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1. Acesso em: 14 nov. 2021.

TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 28, p. 55-95, out./dez. 1982.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do devido processo legal e a busca da verdade. **Doutrina Pátria**, jul. 2017. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/garantia-do-devido-processo-legal-e-busca-da-verdade/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, mar. 2004. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/humberto%20theodoro%20j%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/humberto%20theodoro%20j%C3%BAnior(3)formatado.pdf). Acesso em: 13 abr. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantida do devido processo legal e a busca da verdade. Publicado em 12.07.2017. **Doutrina Pátria**, 2017. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/garantia-do-devido-processo-legal-e-busca-da-verdade/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 215, p. 61-78, jul. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do Processo Civil no Brasil. **Senado**, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-constituicao-e-processo-desafios-constitucionais-da-reforma-do-processo-civil-no-brasil/view>. Acesso em: 21 mar. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídica. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e Partes de um Processo Fundado no Princípio da Cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 102, p. 62-74, set. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 168, p. 107-142, fev. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 23, p. 173-191, set. 1981.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revistas de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHDT)**, São Leopoldo, v. 2, n. 1, 2010. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>. Acesso em: 16 mar. 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A “decisão surpresa” na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Consultor Jurídico**, maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019mai-28/paradoxo-corte-decisao-surpresa-jurisprudencia-superior-tribunal-justica>. Acesso em: 1 mar. 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC (análise e proposta). **IAB – Revista Digital**, Rio de Janeiro, [2013?]. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/iab-na-imprensa/jose-rogerio-tucci-garantia-constitucional-do-contraditorio-no-projeto-do-cpc>. Acesso em: 31 mar. 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Os efeitos da revelia no Código de Processo Civil. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-11/paradoxo-corte-efeitos-revelia-novocodigo-processo-civil>. Acesso em: 1 dez. 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Talento e expertise do advogado na citação das decisões dos tribunais. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/paradoxo-corte-talento-expertise-advogado-citacao-decisoes-tribunais>. Acesso em: 12 jun. 2021.

TURBAY JÚNIOR, Albino Gabriel. Uma introdução do princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. **Âmbito Jurídico**, Revista 101, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/uma-introducao-ao-principio-do-devido-processo-legal-a-origem-no-direito-comparado-conceitos-a-insercao-no-sistema-constitucional-brasileiro-e-suas-formas-de-aplicacao/>. Acesso em: 19 mar. 2021.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; FRANCO, Marcelo Veiga. Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 8, p. 37-53, jan./abr. 2016.

VIANA, Salomão; GAGLIANO, Pablo Stolze. Boa-fé Objetiva Processual – Reflexões quanto ao atual CPC e ao Projeto do Novo Código. **Jusbrasil**, ago. 2012. Disponível em: laviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822496/boa-fe-objetiva-processual-reflexoes-quanto-ao-atual-cpc-e-ao-projeto-do-novo-codigo#:~:text=A%20boafé%20objetiva%20tem,boa%20ou%20de%20má%20intenção. Acesso em: 6 abr. 2021.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **University of Colorado Law Review**, Colorado, v. 73, n. 4, p. 1139–1216, 2002. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=faculty_scholarship. Acesso em: 13 nov. 2021.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WILLEMANN, Marianna Montbello. O judicial Review na Perspectiva da “Geração Fundadora” e a Afirmação da Supremacia Judicial nos Estados Unidos. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 126–149, jan./abr. 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista64/revista64_sumario.htm. Acesso em: 5 maio 2020.

XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 159, p. 192-197, maio 2008a.

XAVIER, Trícia Navarro. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. 2008b. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008b. Disponível em: https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/2677/1/tese_2580_Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Tricia%20Navarro.pdf. Acesso em: 7 maio 2021.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no Processo Civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional**. 2005. 408 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2021.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A virada do paradigma racional e político no Processo Civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2021.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camila de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, ano 11, v. 53, mar. 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo. In: MARX NETO, Edgar Audomar *et al.* (orgs.) **Processo Civil Contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.