

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Jorge Luiz Reis Fernandes

A cooperação como norma fundamental na formação democrática das
decisões judiciais

Mestrado em direito processual civil

São Paulo
2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Jorge Luiz Reis Fernandes

A cooperação como norma fundamental na formação democrática das
decisões judiciais

Mestrado em direito processual civil

Dissertação de Mestrado apresentada à
banca examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, como
exigência parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito Processual Civil, sob a
orientação da Prof^a. Dr^a Thereza Celina
Diniz de Arruda Alvim

São Paulo
2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

BANCA EXAMINADORA

Uma mulher oriunda da “roça” chegou a São Paulo com o sonho de constituir uma família e dar aos seus filhos o que nunca teve na sua infância.

A Ebe Angela Reis (minha mãe).

Aos espões nunca foi necessária essa “liberdade” pela qual tanto se grita. Nos períodos de maior escravização do indivíduo, Grécia, Egito, artes e ciências não deixaram de florescer. Será que a liberdade é uma bobagem?(...) A vida humana é que é alguma coisa a mais que ciências, artes e profissões. E é nessa vida que a liberdade tem um sentido. (...) A liberdade não é um prêmio, é uma sanção. Que há de vir.¹

Mario de Andrade

¹ ANDRADE, Mario de. *Aspectos da literatura brasileira* – edição comemorativa. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 255.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente devo agradecer a Deus, porque ele me guiou até aqui carregando-me em seus braços e conduzindo os meus caminhos. Sempre foi o meu baluarte e o meu refúgio.

Agradeço ao meu amigo Paulo Roberto Vigna, que acreditou em mim e fez com que a minha vida fosse transformada ao longo dessa minha jornada profissional, sempre com apoio incondicional e motivação.

Agradeço também a professora Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim que me deu a oportunidade e aceitou a árdua incumbência de ser a minha orientadora. Aliás, uma sábia e exigente professora, cuja humildade é exemplo para todos. Também agradeço ao professor Eduardo Arruda Alvim, um homem sério, sereno, competente, além de um excelente professor, que certamente crescerá ainda mais.

Não poderia deixar de agradecer aos professores Rennan Faria Kruger Thamay e Daniel Mitidiero, que contribuíram e influenciaram imensamente no desenvolvimento da dissertação.

Por fim, agradeço aos amigos que de alguma forma contribuíram com o meu trabalho, Ana Gabriela Malheiros de Oliveira, Daniel Willian Granado, Denis Donoso, Fernanda Rodrigues, Flávia Poyares Miranda, José Eduardo de Lima Flores, Lais Tovani Rodrigues, Pamela de Oliveira Pedro e Nathália Carvalho.

RESUMO

A presente dissertação tem como propósito desvelar o significado de um processo estruturado cooperativamente, o que, em tese, implica decisão de mérito em tempo razoável, que seja justa e efetiva.

O trabalho expõe que o alcance desse desiderato, para a obtenção de uma decisão adequada, passa por um processo em que as partes são simétricas na condução do processo e influenciam efetivamente nas decisões tomadas pelo magistrado, para que este seja isolado somente no momento em que proferir a decisão, e não na sua construção.

Parte de um ideal publicista, de um modelo processual democrático forjado através do amplo diálogo entre as partes e o juiz, e essa dialeticidade promove um contraditório genuíno, mudando a concepção dos aforismos *mihi factum dabo tibi ius* e *iura novit curia*, pois todos devem contribuir para que seja atingida a pacificação social, sem surpresas.

A colaboração entre os sujeitos correspondem deveres para todos, sem exceção, mas o juiz exerce o papel mais importante, haja vista que possui deveres de esclarecimento, prevenção, diálogo e auxílio. As partes atendem a interesses diversos e pouco contribuem, sobretudo porque há um hiato entre elas, que é exatamente a razão da litigiosidade, inclusive não podem se autoincriminar. No entanto, elas cooperam com o dever de boa-fé.

O trabalho também enfrenta outra problemática, que é definir se cooperação é ou não um princípio, não como orientação preponderante, mas como espécie normativa.

Por fim, para a conformação de um processo cooperativo e democrático, todos devem conduzir o processo como uma comunidade de trabalho.

Palavras-chave: cooperação – contraditório – deveres – princípio – boa-fé.

ABSTRACT

The thesis aims to reveal the meaning of a cooperatively structured legal process, which involves – in theory – a substantive decision within a reasonable time that is fair and effective.

The paper presents that the scope of this desideratum, to obtain an adequate decision, undergoes a process in which the parties are symmetrical in the proceedings, effectively influencing the decisions taken by the magistrate, who will only be isolated from the parties at the time of the ruling and not at the construction of the proceedings.

It starts from a publicist ideal, from a democratic model of process forged through extensive dialogue between the parties and the magistrate, and the resulting dialecticism promotes a genuine contradictory, changing the design of the aphorisms *mihi factum dabo tibi ius* and *iura novit curia*, because everyone should contribute to the social peace, with no surprises.

The collaboration between the parties brings duties for all parties with no exception, but the most important role belongs to the magistrate, which entails clarification duties, prevention, dialogue and aid. The parties serve diverse interests and contribute little, especially since there is a gap between them, which is exactly the reason of the litigation, including the right against self-incrimination principle. However, they cooperate with the duty of good faith.

The study also faces another problem, which is the question of whether or not cooperation is a principle, not as predominant orientation, but as normative species.

Finally, for the formation of a cooperative and democratic process, everyone should conduct the process as a working community.

Key words: cooperation – contradictory (adversarial principle) – duties – principle – duty of good faith

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO - O Drama de Sísifo e o Poder Judiciário	12
PRIMEIRA PARTE – OS PILARES PARA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO PROCESSUAL CIVIL	20
CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO COMO FATOR DETERMINANTE PARA A PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA SOCIEDADE NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	20
1.1 Do procedimentalismo aos fundamentos sociais e democráticos	21
1.1.1 A contribuição austríaca de Franz Klein	23
1.2 O processo civil em sua dimensão participativa.....	25
1.3 O paradigma dos modelos processuais	27
1.3.1 O processo liberal (dispositivo).....	30
1.3.2 O <i>adversary system</i> como produto de um modelo liberal: uma contraposição ao <i>common law</i> e ao <i>civil law</i>	31
1.3.3 O modelo Inquisitorial (protagonismo do Poder Judiciário).....	34
1.3.4 O modelo democrático de processo: a cooperação como norma fundamental	36
1.3.5 A cooperação é suficiente para modificar o modelo processual atual?	39
1.3.6 O aspecto social do processo e sua responsabilidade constitucional	46
1.3.7 José Carlos Barbosa Moreira (1985) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1996): por um posicionamento acerca de um processo alicerçado por sólidos fundamentos sociais e o desapego ao formalismo	48
1.4 As funções interpretativa, bloqueadora e definitiva da cooperação: uma busca pela previsibilidade.....	50
CAPÍTULO 2 – DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A CONSTRUÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DE UM PROCESSO COOPERATIVO	54
2.1 O devido processo legal: um breve histórico	55
2.1.1 O devido processo legal em sua dimensão intrínseca: garantia de influenciar na decisão judicial	57

2.2 O contraditório como propulsor da igualdade (simetria dos sujeitos processuais) e o Estado Democrático.....	58
2.2.1 A dialética defendida por Ada Pellegrini Grinover em 1989: releitura dos aforismos <i>mihi factum dabo tibi ius</i> e <i>iura novit curia</i>	62
2.3 Da improcedência liminar do pedido na contramão do dever de diálogo: um debate acerca do princípio do contraditório e a vedação da decisão-surpresa.	65
2.4 A bilateralidade da audiência e a paridade de tratamento: uma visão publicista do direito processual civil moderno (rompimento com o adágio do duelo da sagacidade)	72
2.5 Desvelando o artigo 6º do CPC/15	76
2.6 A duração razoável do processo como um dos objetivos da cooperação: o processo também deve ser erigido pelo impulso das partes	78
2.6.1 A celeridade não permite a eliminação de processos “a qualquer custo”: o enfrentamento do mérito como um desiderato do processo	81
2.7 A decisão justa e efetiva como escopo contributivo e o paradigma da busca da verdade	88
SEGUNDA PARTE – DOS ATRIBUTOS NECESSÁRIOS PARA A CONFORMAÇÃO DE UM PROCESSO DE ESTRUTURA COOPERATIVA E AS PROBLEMÁTICAS EXISTENTES.....	95
CAPÍTULO 3 – DO PAPEL COMPORTAMENTAL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO COOPERATIVO.....	95
3.1 A cooperação no direito alemão.....	95
3.2 Os deveres comportamentais das partes no processo cooperativo.....	98
3.3 Boa-fé como princípio geral norteador dos operadores do direito.....	101
3.3.1 Boa-fé como dever de conduta dos sujeitos processuais	102
3.3.2 Das penalidades em razão de comportamentos não cooperativos: a boa fé também se estende aos magistrados	104
3.3.3 Boa-fé como princípio constitucional	111
3.4 Os deveres do Juiz para a conformação do processo cooperativo.....	113
3.4.1 O dever recíproco de esclarecimento	114

3.4.2 Dever de prevenção.....	119
3.4.3 Dever de consulta (diálogo)	121
3.4.4 Dever de auxílio	123
3.5 O ativismo judicial no processo em cooperação com as partes.....	126
3.5.1 Uma crítica ao ativismo judicial contraproducente no desenvolvimento de um processo cooperativo.....	132
CAPÍTULO 4 – AS PROBLEMÁTICAS QUE GRAVITAM EM TORNO DA COOPERAÇÃO (O DOGMA DA VERDADE, A COOPERAÇÃO ENTRE AS PARTES E A CELEUMA SOBRE COOPERAÇÃO SER UM PRINCÍPIO)	137
4.1 As partes devem cooperar entre si? Há limites?.....	137
4.1.1 Existe espontaneidade na colaboração entre as partes?	140
4.2 O dever de colaboração para a busca da verdade: uma ressalva ao direito de não produzir prova contra si próprio.....	144
4.3 Cooperação é um princípio? As visões de Lenio Luiz Streck, Humberto Ávila e Reinhard Greger	149
CAPÍTULO 5 DO SANEAMENTO DO PROCESSO CIVIL E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	158
5.1 Do saneamento e organização do processo: um breve histórico.....	158
5.1.1 <i>El codigo procesal civil modelo para a Iberoamerica</i> e a audiência preliminar	162
5.1.2 Do equívoco perpetrado pela incorreta interpretação da audiência preliminar do artigo 331 do CPC/1973.....	164
5.2 O Saneamento em cooperação entre os sujeitos processuais e a nova sistemática do CPC/15. É possível mudar o comportamento atual dos juízes? ..	169
5.2.1 Da importância da oralidade	174
5.2.2 Um exemplo bem sucedido da realização da audiência para saneamento do processo como uma comunidade de trabalho	177
5.3 A fundamentação da decisão decorrente do processo cooperativo (o último ato da fase de conhecimento, a prolação da sentença).....	179
5.4 O posicionamento incipiente dos tribunais brasileiros.....	186

5.5 A aplicação da cooperação nos tribunais portugueses	190
CONCLUSÃO	195
BIBLIOGRAFIA	206

INTRODUÇÃO - O Drama de Sísifo e o Poder Judiciário

Sísifo é proveniente da mitologia grega, o mais sábio dos mortais, que desafiou o inferno e as divindades do Olimpo, pois cometeu algumas atrocidades que despertaram a ira dos Deuses, razão pela qual foi condenado a permanecer no inferno pela eternidade. Entretanto, antes dessa sentença, na sua morte, ele pediu à sua esposa que não fosse sepultado (propositalmente), argumento que o favoreceu a voltar do inferno para a terra e se vingar da esposa, o que não passava de uma mentira, haja vista que jamais retornou ao inferno, eis que se tratava de mais uma de suas astúcias para enganar a própria morte.²

Quando os Deuses fizeram essa descoberta resolveram apená-lo de outra forma, condenando-o a rolar um rochedo até o cume de uma montanha, de onde a pedra caía novamente e ele era obrigado a reiniciar todo o trabalho pela eternidade, tudo para que ele fosse punido a exercer um trabalho inútil e sem esperança. Mas o incansável Sísifo continuava a realizar a árdua tarefa, incessantemente, acreditando que algum dia teria êxito em sua jornada, e quem sabe a pedra pudesse permanecer no cume.³

O reconhecido trabalho de Albert Camus, propagador da filosofia do absurdo, tinha como uma das vertentes demonstrar que o absurdo não pode implicar suicídio, mas sim a revolta e o rompimento com o paradigma do pessimismo, para que se possa provocar uma transformação do ser e da sociedade.

A ideia de inserir o drama de Sísifo na parte introdutória do trabalho é traçar um paralelo com o estágio atual da forma como o Poder Judiciário e o jurisdicionado se comportam no processo civil brasileiro, e o que pode ser modificado nessa constante evolução da sociedade, para que todos obtenham decisões adequadas decorrentes de um processo correto, em prol do Estado Democrático de Direito. Afinal, democracia não é apenas exercida pelo sufrágio, mas pela prestação de contas (*accountability*) daqueles que exercem o Poder para com seus “súditos”.

² CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85.

³ Idem, *ibidem*.

Ao longo do tempo o Direito (ciência) evoluiu em progressão geométrica, caudatário de uma sociedade em constante processo de modificação e, nessa linha, parece que o Poder Judiciário e o jurisdicionado, a exemplo de Sísifo, empurram ao longo dos anos uma grande pedra até o cume da montanha, mas o trabalho é em vão, infinito, pois não fica ao cimo, e toda essa operação se inicia amiúde, e parece que toda sociedade já aceitou essa situação e permaneceu indiferente e estagnada.

A dissertação tem como desiderato demonstrar como o modelo processual atual está obsoleto e precisa de mudanças, o que é perceptível nos discursos mais inflamados, sobretudo da doutrina contemporânea, a qual critica com veemência a deturpação do sistema, especialmente em relação ao “excesso” de ativismo judicial, das decisões discricionárias, do formalismo excessivo, da ausência de uma fundamentação correta, do contraditório formal (sem que as partes possam, genuinamente, influenciar nas decisões), do protagonismo do Poder Judiciário em detrimento das partes que almejam a pacificação dos conflitos, dentre outras situações que serão abordadas ao longo do trabalho.

A parte inicial tem como proposta trazer ao debate os modelos processuais existentes, iniciando pelo modelo liberal ou adversarial, em que o juiz não passa de um espectador e as partes tomam conta do processo em uma épica batalha, na qual a astúcia e engenhosidade preponderam em detrimento da parte mais fraca, partindo da concepção de igualdade somente no plano formal, sem qualquer caráter publicista ou substancial. Embora ainda seja prevalente nos países de tradição *common law*, mudanças importantes ocorreram nos últimos 20 anos, e esse modelo adversarial não é puro, e como nos dizeres de Barbosa Moreira, “não existem modelos de processos como fórmulas *quimicamente puras*, pois o critério a ser utilizado é de *predominância* e não de exclusividade.”⁴

Historicamente, com a reforma prussiana, houve a assimilação de que o processo liberal era prejudicial ao ideário de justiça, por isso moroso e não atingia seus objetivos, ocasião em que as partes participavam do processo apenas formalmente, pois tudo era fruto de um trabalho isolado do Poder Judiciário, o que se podia denominar de um protagonismo do magistrado, no qual as partes pouco

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Duelo e processo*. Revista de Processo. vol. 112/2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez/2003, p. 177.

contribuíam. Contudo, logo se percebeu que esse modelo não tinha como prevalecer, sobretudo porque era antidemocrático e causava mais transtornos do que resultados positivos, exatamente porque na democracia é de cabal importância a contribuição de todos para a formação de uma decisão judicial, no entanto era necessário um equilíbrio na relação entre os sujeitos processuais.

Em 1885, o austríaco Franz Klein criou a ZPO (*Zivilprozessordnung*), o código de processo civil que concebia o processo por sólidos fundamentos sociais, com nítido caráter publicista, rompendo com o paradigma dos modelos liberal e inquisitorial, o que foi rapidamente absorvido pelo direito alemão, o que embasou a sua ZPO.

Contudo, esse processo democrático, com sólidos fundamentos sociais, ganhou força em 1978, com a obra de Rudolf Wasserman (*Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*), a qual procurou atribuir os deveres dos sujeitos processuais, para que se pudesse atingir os objetivos de um processo nitidamente social, com um verdadeiro equilíbrio das partes e do Poder Judiciário na formação das decisões judiciais. É o que se pode denominar um processo democrático, pautado pela cooperação dos seus participantes.⁵

Aqui vale destacar que o jurista norte-americano Ronald Dworking, crítico assíduo do positivismo, rechaça que uma decisão judicial possa flutuar pelo campo da discricionariedade, situação de incoerência que vai de encontro aos ideais democráticos, pois todos aqueles que têm um poder decisório no Estado, seja através do Poder Judiciário, Executivo ou Legislativo, não podem ter liberdade plena de escolha. Deve-se respeitar a sociedade, que espera uma decisão correta. Além disso, a resposta esperada pelo jurisdicionado é recoberta pela integridade do órgão

⁵ “O marco teórico do trabalho é a proposta de Rudolf Wassermann acerca de um processo concebido como um bem-estar social, com amplas garantias constitucionais, especialmente a igualdade substancial entre todos os sujeitos processuais, redimensionando do princípio do contraditório, em que a construção do processo deve ser realizada por uma comunidade de trabalho, na qual as partes influenciam efetivamente nas decisões do Poder Judiciário. WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 86 et seq.

jugador que decide o seu caso, razão pela qual é mister que haja participação de todos na formação do convencimento do juiz.⁶

A partir daí Dworking usa a figura do juiz imaginário, o qual ele denomina, metaforicamente, como o juiz Hércules, o qual é sábio, paciente, procura a resposta correta para as decisões, leva em conta os argumentos das partes na formação de sua decisão. Além disso, esse juiz Hércules, que ecoa no imaginário do jurista, busca a formação de uma decisão através da reconstrução histórica, da tradição, tudo fruto de um processo democrático, realizado por uma comunidade de trabalho, lembrando que o juiz Hércules não é obrigado a deixar de corrigir os erros do passado, mas ele deve respeitar a integridade da história construída pela sociedade.⁷

Diferentemente do que se possa imaginar, o juiz Hércules não é um adepto do ativismo discricionário, que trabalha solitariamente, sendo onipotente e onipresente e que conseguirá encontrar a resposta correta para todos os casos somente pelas suas próprias percepções e influenciado pelos operadores de contágio⁸, mas ele trabalha democraticamente, segundo a metáfora Dworkiniana.

Da concepção da construção de um modelo democrático do processo, surge a cooperação como propulsora. Todavia, no Brasil, Barbosa Moreira foi o primeiro jurista brasileiro a fazer explanações sobre o assunto, no ano de 1985, embasado na obra de Rudolf Wasserman. O doutrinador não esmiuçou o tema, mas defendeu um “processo social”, que não é fruto “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”.⁹

⁶ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard: Harvard University, 2011, p. 25.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 7ª ed. Tradução de GIACHINI, Enio Paulo. Petrópolis, Vozes, 2005, passim.

⁸ “Nessa obra o jurista português constrói os elementos contrários a uma decisão judicial adequada, na qual o juiz passa a ser signatário de decisões subjetivistas, balizadas por fatores como excesso de confiança, crenças particulares, preconceitos, dentre outros, o que ele denomina como operadores de contágio. MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto cego do direito*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, passim.

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista de Processo. vol. 37/1985, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1985, p. 46.

Em 1989 Ada Pellegrini Grinover também tangenciou a problemática levemente, falando em cooperação entre os sujeitos processuais do ponto de vista da dialética, para um contributo na formação de uma decisão judicial qualificada.¹⁰

No Brasil, o primeiro a escrever especificamente sobre o tema cooperação foi Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em 1996, com a sua tese de doutorado pela Universidade de São Paulo, cujo orientador foi Rogério Cruz e Tucci, intitulado como “O Formalismo no Processo Civil”, que depois se tornou um livro com o mesmo título e o acréscimo do subtítulo “Proposta de formalismo valorativo”.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não propõe um desapego ao formalismo, somente seus excessos é que são prejudiciais ao andamento processual, mas o formalismo valorativo supera o paradigma de um processo como um fim em si mesmo, e tudo passa a ser fruto de um trabalho realizado em conjunto, ressaltando as formas para que elas atinjam a efetiva pacificação social dos conflitos, o que só pode ocorrer através da cooperação entre os sujeitos processuais.¹¹

No segundo capítulo, a pretensão é desvelar a cooperação como pressuposto para o alcance de uma decisão de mérito, que seja justa, efetiva e proferida em tempo razoável (todos objetivos constitucionais). O enfrentamento do mérito é regra, já a extinção precoce do processo deve ser a exceção, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, e o legislador promoveu isso em várias passagens do diploma processual, como por exemplo, o artigo 321¹² do CPC/15 prescreve que quando a petição inicial não preencher os requisitos necessários, o juiz deverá indicar de *modo preciso* o que deve ser corrigido, sem extinguir o feito prematuramente. O que muda em relação ao CPC de 1973 é a frase “indicando com precisão”, o que erige uma cooperação do juiz para com a parte.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 3.

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.20-23. Nessa mesma linha, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, *passim*.

¹² “O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos artigos. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com *precisão* o que deve ser corrigido ou completado.”

Em relação aos recursos, o artigo 932¹³, parágrafo único, também prevê que antes de o relator inadmitir um recurso deverá ouvir a parte recorrente para que seja complementada a documentação exigível ou sanado o vício. Além disso, os §§ 4º¹⁴ e 7º¹⁵ do artigo 1.007 não admitem que o recurso não seja conhecido em razão do não recolhimento do preparo ou por erro no preenchimento de uma guia de preparo recursal, sendo que em ambos os casos o recorrente será intimado para regularizar a situação.

Enfim, não há somente o propósito de que o mérito seja enfrentado, mas também é necessário que as decisões sejam fruto de uma decisão conjunta, como na fase de organização e saneamento do processo, em que o juiz e as partes podem fazê-lo de forma compartilhada, de acordo com o artigo 357, §§ 1º¹⁶ e 3º¹⁷. No primeiro caso, a decisão do magistrado, nessa fase, poderá ser objeto de pedido de esclarecimentos pelas partes, já no segundo caso, quando a matéria for complexa, o juiz poderá designar uma audiência de saneamento para que este seja realizado em cooperação com as partes.

Outro fator importante está acentuado no contraditório efetivo, pois o juiz “não proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, artigo 9º, inclusive nas matérias eminentemente jurídicas e de ordem pública, “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.” (Artigo 10).

¹³ “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”

¹⁴ “O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.”

¹⁵ “O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.”

¹⁶ “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.”

¹⁷ “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

Aliás, no artigo 489, § 1º¹⁸, dentre os elementos da sentença, o inciso IV prescreve que não se considera fundamentada a decisão que: “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.” Mais uma vez o CPC/15 promove a ampla participação das partes na formação dos provimentos jurisdicionais.

Essa cooperação, com a divisão de tarefas entre todos os participantes contribui para uma maior satisfação a todos, inclusive, em pesquisa realizada na Bélgica ficou comprovado que 79% (setenta e nove por cento) da população que precisou utilizar o Poder Judiciário para dirimir algum tipo de conflito ficou satisfeita com o resultado, ainda que desfavorável, especialmente pela credibilidade da decisão em razão de todos participarem ativamente de todo o trâmite processual.¹⁹

O terceiro capítulo esmiúça o processo cooperativo e o papel dos sujeitos processuais, prescrevendo comportamentos para todos os sujeitos do processo, sobretudo ao magistrado, o qual possui deveres de esclarecimento, prevenção, diálogo e auxílio. No dever de esclarecimento há reciprocidade, pois as posições do órgão julgador devem ser claras, assim como as partes devem esclarecer seus atos. Na situação do magistrado ele não pode aplicar uma sanção prevista, sem antes oportunizar que a parte regularize alguma incorreção.

No dever de prevenção o magistrado deverá prevenir que o processo atinja um resultado não desejado pela parte, e até mesmo sugerir uma certa atuação para não frustrar o processo. Além disso, há o dever de diálogo, que não passa de uma clarividente manifestação do princípio do contraditório, como dito alhures, até mesmo em decisões conhecíveis de ofício o magistrado terá o dever de ouvir as partes antes de decidir.

O dever de auxílio, que implica apoio do Poder Judiciário àquela parte deficitária, como por exemplo, a possibilidade de inversão do ônus da prova a favor

¹⁸ “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”

¹⁹ HEIRBAUT, Dirk. *Efficiency: the holy grail of Belgium justice? Civil Procedure in Belgium (1806-2008)*. In: VAN RHEE, C.H. (Org.). *Access to Justice and the Judiciary: Towards New European Standards of Affordability, Quality and Efficiency of Civil Adjudication*. Antwerp: Intersentia, 2009. p. 103-104.

daquele que tiver melhores condições de produzi-la, remoção de obstáculos, como determinar a busca e apreensão de determinado documento que esteja em poder de outrem.

Em relação às partes, a cooperação implica o dever da boa-fé objetiva, que não leva em conta a subjetividade na ação, mas o aspecto comportamental na conduta, dever que também deve ser observado pelo magistrado.

No quarto capítulo haverá uma abordagem sobre os limites em que as partes cooperam entre si, o que é um tema dividido na doutrina, que muito deturpou o sentido da cooperação entre todos os sujeitos do processo, forjando a ideia de que as partes não podem cooperar entre si porque atendem a interesses diversos. No entanto, o CPC/15, sedimentando o que já está previsto na Constituição da República, especificamente no artigo 379²⁰, deixa claro que dentre todos os deveres cooperativos das partes, elas têm o direito de não produzir prova contra elas próprias. Portanto, a cooperação deve ser vista sobre outro aspecto.

Não obstante, outra problemática reside no fato de saber se a cooperação é ou não um princípio, levando em conta que no Brasil a maioria da doutrina defende que é um princípio, e na Alemanha essa questão também não é um consenso, o que será enfrentado nessa dissertação.

E no quinto e último capítulo serão abordados o saneamento do processo em cooperação com as partes, como uma forma genuína de influenciar na decisão do magistrado, cujo resultado será elucidado através da fundamentação, já que é obrigatório ao magistrado que demonstre os motivos pelos quais acolheu ou deixou de acolher os argumentos das partes na formação de sua decisão.

²⁰ “Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.”

PRIMEIRA PARTE – OS PILARES PARA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO PROCESSUAL CIVIL

CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO COMO FATOR DETERMINANTE PARA A PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA SOCIEDADE NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Na vida social é inevitável o choque entre as pessoas, o que faz parte das relações humanas, sejam elas individuais ou coletivas, as quais nem sempre são resolvidas de forma amigável entre os sujeitos conflitantes. E é através da jurisdição que se busca uma pacificação à determinada parcela desses conflitos, e o processo é o instrumento adequado para essa resolução. E nos dizeres de Arruda Alvim, “um equívoco dizer que o processo é mero produto de uma posição jurídico-formal, em verdade, cabe ao processo uma importantíssima tarefa ético-social”²¹, pois houve grandes mudanças nos valores sociais, e o que outrora não sensibilizava a sociedade institucionalizada, hoje é imprescindível nas relações sociais, que corrobora com o aumento das demandas judiciais tendo em vista as expectativas dos cidadãos²².

Inexoravelmente, com a evolução da sociedade, e obviamente do processo como produto cultural, haja vista que, embora mantenha uma índole técnico-científica, o caráter cultural está a ele associado na perspectiva organizacional do tecido processual, até porque quando iniciou sua concepção científica acabaram *por matematizar* a ciência processual e o Direito, o que o afastou da sua característica de humanidade, razão pela qual essa ligação, na atualidade, é indissociável, já que a cultura está atrelada à regra de civilidade em âmbito coletivo e individual, nessa linha, realizando os valores sociais²³.

O objetivo desse capítulo é demonstrar que com a evolução da sociedade e do processo civil, inclusive com a sua constitucionalização, para que o jurisdicionado obtenha a resposta adequada aos seus anseios, é imprescindível que haja efetiva

²¹ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 3-7

²² Idem, *ibidem*.

²³ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, ps. 11-13.

participação de todos na formação da decisão judicial, o que se almeja em um Estado Democrático de Direito.

1.1 Do procedimentalismo aos fundamentos sociais e democráticos

No estado Liberal-clássico, em que a liberdade do cidadão era valorizada, vigorava a não intervenção do Estado nas relações de direito privado, o que tornou os juízes adeptos a uma lei transparente e cega, pois não passavam de aplicadores do direito em um estágio no qual prevalecia uma igualdade formal, sem qualquer espaço para que o Estado-juiz pudesse interpretar a lei com supedâneo na realidade social. Montesquieu propugnava que o cidadão tinha que ter certeza e segurança, porque sabia que qualquer julgamento seria realizado com exatidão ao que descrevia a lei. Assim, Montesquieu definiu o juiz como a *bouche de la loi* (boca da lei).²⁴

A preocupação pós-revolução francesa era clarividente, pois o Poder Judiciário deveria apenas ratificar a força do Poder Legislativo, e não podia executar suas próprias decisões, tarefa essa incumbida ao Poder Executivo, pois acreditava-se que um juiz com força para executar seria um opressor, o que na época era aceitável, uma vez que o judiciário estava ligado ao antigo regime. Com o engessamento do Poder Judiciário, em nome da liberdade individual, havia demasiado formalismo e um entusiasmo pelo rigor procedimental, o que acabou tornando o processo ineficaz aos anseios do jurisdicionado.²⁵

Até a metade do século XIX o processo era uma mera formalidade de fundo prático para resolução dos interesses privados, minimizando o processo como ciência, reduzindo-o a tabelas, formulários, descrições empíricas, etc., e por essas razões os operadores do direito eram denominados procedimentalistas.²⁶

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao material e à realidade social*. Revista dos Tribunais, vol. 824/2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jun/2004, p. 35.

²⁵ Idem, p. 38-39.

²⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apointamento sobre a ciência processual civil*. Revista de Processo, vol. 235/2014, São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2014 p. 69.

O avanço nos estudos de processo civil teve seu marco histórico em 1868 com a publicação do livro de Oskar von Bülow (1837-1907), *Die Lehre von den Proceßinreden und die Proceßvoraussetzungen*.²⁷ O processo contemporâneo vai de 1868 até hoje, e é de maior relevo para o estudo jurídico, que desde então foi dogmaticamente concebido como ciência.²⁸

Oskar von Bülow destacou que a relação entre juiz, autor e réu era especial, fazendo uma diferenciação entre o direito material e o processual, utilizando um sistema da relação de direito material, do seu objeto e de seus pressupostos, conduzindo às primeiras afirmações acerca de um processo concebido como ciência,²⁹ dando destaque à ação, então o principal ponto de partida fundamental do fenômeno processual.³⁰

Até então, o direito processual era considerado um apêndice do direito civil. Havia preocupação apenas com o direito material, pouco importando o instrumento destinado a sua tutela, e nessa linha Oskar Bülow assinalou que o juiz não decidia somente acerca do direito controvertido, mas também, para conhecê-lo, era necessário examinar se concorriam os requisitos da existência do próprio processo, não descartando o dualismo entre ambos, mas o processo ganhou destaque, pois foi dividido em duas fases, uma destinada ao exame da relação jurídica material, e outra para a verificação dos pressupostos processuais.³¹

²⁷ PLANCK, KritV 11 (1869), 161 ss. Sobre a importância de Bülow para a ciência do direito processual, cf. RÜMELIN, AcP 103 (1908), 1 ss.; HEINSHEIMER, ZJP 37 (1908), V ss.; mais recentemente, BRAUN, in BÜLOW, *Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht* (Ed. BRAUN) (2003), 1 ss.

²⁸ ALVIM, ARRUDA. *Manual de direito processual civil*, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.67.

²⁹ "(...) Jahrhundert hinein war das Zivilprozeßrechts kein Gegenstand systematischer wissenschaftlicher Durchdringung. Wenn es auch zweifelhaft sein mag, ob Oskar Bülow für sich das Vierdienst in Anspruch nehmen kann, erstmals zu einer wahrhaft rechtswissenschaftlichen Behandlung des Zivilprozesses gelangt zu sein, so ist es doch richtig, daß sich erst zu dieser Zeit das Prozeßrecht im Bewußtsein auch der wissenschaftlichen Wwt Von dem Odium einer bloß beschreibenden Rechtskunde befreit hat." WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 14.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34, p. 125.

³¹ BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

Nessa época de transformações, importante destaque deve ser dado à escola italiana, liderada por Calamandrei, a qual rompeu com o exegetismo e criou a escola histórico-dogmática do direito, também conhecida como sistemática, que promovia o caráter publicista do processo, dando autonomia ao direito processual em relação ao direito material. Contudo, havia falhas, porque tornou o processo um fim em si mesmo, acachapando a realização do direito material.³²

1.1.1 A contribuição austríaca de Franz Klein

Em 1885 Franz Klein trouxe uma visão inovadora, a qual foi introduzida pela codificação austríaca, mais tarde adotada pelo ordenamento alemão, buscando um equilíbrio na visão individualista e autoritária do processo, forjando um valor público e social aos conflitos de interesse privado, pois a solução de um litígio não resolve apenas os problemas entre as partes, mas também expurga um mal geral, ao passo que estabelece a ordem, e ainda tutela os interesses do Estado e da sociedade.³³

O desiderato do processo é a instituição do bem-estar social, não somente com a finalidade de prolatar uma sentença, mas dar assistência estatal às partes, desde o seu nascedouro, com um órgão jurisdicional proativo, mais próximo das partes, podendo apreciar livremente a prova, buscando a verdade a todo tempo, concedendo espaço para que as partes corrijam eventuais defeitos dos seus postulados, possibilitando a mudança de pedido depois da citação, com a finalidade de concretizar a economia processual, aconselhar as partes, adverti-las sobre o direito de constituir ou não advogado, dentre outras prerrogativas.³⁴

A partir dos anos 50, metade do século XX, houve grande renovação nos estudos de lógica jurídica, assim como resgate da dimensão dialética do processo, discussões acerca da dificuldade de resolução de conflitos dos valores, amplitude e

³² MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *Do processo civil clássico*. Op. cit., p. 44.

³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75.

³⁴ Idem, p. 77.

elasticidade dos conceitos jurídicos que se tornaram cada vez mais indeterminados.³⁵

Atualmente predomina o pensamento processual sob a ótica constitucional, que ganhou força na segunda metade do século XX e fez com que o processo progredisse com a efetiva influência do cidadão, abduzindo o privilégio cognitivo na formação dos provimentos estatais, ou seja, o processo deve ser democrático e estruturado cooperativamente.³⁶

Não obstante a isso, o processo não pode mais ser autonomista, pois é instrumento para a realização da justiça, razão pela qual deve estar permeado pela realidade social, eis que seu dinamismo provoca contingências, as quais devem ser sanadas pela constante atenção do jurista.³⁷

O processo civil como instrumento realizador do bem-estar social requer um judiciário efetivo, que acompanhe o desenvolvimento da sociedade e consiga adequar suas decisões às necessidades da coletividade, não podendo ser indiferente à evolução econômica, cultural e social. Deve partir de um ponto de estagnação rumo ao progresso que a função exige, caso contrário não há que se falar em justiça. Por essa razão, é necessário que o Poder Judiciário seja sensível às partes e que atenda as exigências sociais.³⁸ Diante disso, o *processo social* não permite um antagonismo entre seus sujeitos, cabendo a eles uma cooperação mútua.³⁹

O direito processual é como um espelho cultural de determinada época.⁴⁰ Por esse motivo ele deve ater-se a sua função social, cuja conceituação é envolta por

³⁵ GOMES, Diego J. Duquelsky. *Entre a lei e o Direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo*. trad. Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 200, p. 62.

³⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39.

³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Processo civil realidade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 100.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. Revista de Processo. vol. 65/1992, São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan-Mar/1992, p. 136.

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. RePro, vol. 37/1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1985, p. 149.

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. Op. cit., p. 136.

amplos aspectos que conformam a sua realização, assim é idealizado com vistas a promover a igualdade substancial, ou no mínimo atenuar as diferenças entre os integrantes da sociedade, especialmente pela multiplicidade de culturas, classes, religião, e ainda, de assegurar o interesse coletivo sobre os interesses individuais.⁴¹

1.2 O processo civil em sua dimensão participativa

“A transição do liberalismo individualista para o ‘Estado social de direito’ assinala-se, como é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade.”⁴² O processo não fica ao alvitre das partes, em que o mais habilidoso e ardis possa se sobrepor ao mais fraco, assim como, o juiz não pode apenas assistir a batalha das partes; ele também deve participar dessa relação, de forma efetiva, uma vez que o processo moderno comporta uma divisão de tarefas entre todos.⁴³

A Constituição da República exerce importante função na visão social do processo, sobretudo pelo acesso à justiça como direito de todos (art. 5º, XXXV): o mandado de segurança, não para tutelar somente os direitos individuais, mas também o interesse coletivo (art. 5º, LXIX e LXX⁴⁴ da Constituição Federal (CF)). Outrossim, elevou ao patamar constitucional a ação civil pública, (art. 129, III⁴⁵ da

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Op. cit., p.141.

⁴² Idem, p.140.

⁴³ “(...) Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das “regras do jogo” e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do “social” também no processo derruiu o império do *laissez faire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da “divisão de tarefas” entre as partes e o órgão de jurisdição.” Idem, *Ibidem*.

⁴⁴ “Art. 5º (...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

⁴⁵ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

CF). Além de outros direitos supraindividuais, como a dignidade da pessoa humana e da solidariedade, os quais estão ligados ao processo judicial.⁴⁶

Nessa profusão de ideias, a visão do processo moderno implica, dentre outros, a promoção da garantia da igualdade como elemento aniquilador da força ilegítima no seio da sociedade, vislumbrando igualar juridicamente os cidadãos que, naturalmente, são desiguais entre si e precisam ser nivelados com paridade de oportunidades e tratamento, sendo o *contraditório efetivo* a maior manifestação democrática desse *processo social*.⁴⁷ O direito de ser ouvido é crucial na tomada da decisão (influência na formação do provimento), evitando o fator surpresa para as partes, o que é cabalmente respeitado no direito alemão.⁴⁸

O contraditório tem uma estreita ligação com a função social do processo, pois essa garantia contribui para a realização da igualdade, com respeito a outros valores, pois a decisão adequada prolatada pelo juiz não é somente intrínseca ao processo na resolução somente de determinado conflito estabelecido. É também um fenômeno extraprocessual, pois dá uma resposta adequada a toda sociedade, erigindo previsibilidade, segurança jurídica e confiabilidade.⁴⁹

Nessa seara, o papel da jurisdição no Estado Democrático de Direito é realizar através do processo os objetivos da Constituição da República, como cidadania, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁵⁰ e promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação.

⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149.150.

⁴⁷ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual*. In: DIDIER JR., Fredie. *et. al.* (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 19.

⁴⁸ "(...) Gegenstand der Gewährung des rechtlichen Gehörs ist „jeglicher für die Entscheidung massgebliche Prozesstoff. “ Dem liegt letztlich das Gebot zugrunde, wonach „keine Partei durch Verwertung ihr ungünstigen Prozesstoffs in der Entscheidung des Gerichts überrascht werden darf (vergleiche §278 Abs 3 ZPO).“ KUGLER, Klaus F. *“Die Kooperationsmaxime.” Richtermacht und Parteienherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis.*“ Linz am Rhein, Deutschland: Johannes-Kepler-Universität Linz, 2002, p. 51.

⁴⁹ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. *Bilateralidade da ação – respeito ao contraditório visando a função social do processo*. Revista de Processo. vol. 73/1994, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1994, p. 150.

⁵⁰ “É preciso que tanto o intérprete como o cidadão tenham consciência não só dos direitos positivados na Constituição, mas que ambos sejam instrumentos de luta de sua aplicabilidade, de sua eficácia, para que as normas e os direitos nela inscritos não sejam mera expressão formal, mas a representação de um direito vivo, concreto, verdadeiro.” ABREU, Gabrielle Cristina Machado. A

Nessa lógica, a escorreita compreensão dos fenômenos sociais, atentando-se aos direitos do cidadão frente ao Estado, “deve ser caracterizada como elemento central da teoria geral do processo civil.”⁵¹

Esse processo social, o qual está balizado pelo Estado Democrático de Direito, não comporta um juiz solitário, como um ser supremo que capta as necessidades das sociedades, cada vez mais pluralizadas, por isso é mister que todos os interessados participem efetivamente na (re) construção das decisões, “resultado de um fluxo discursivo permeado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais.”⁵²

O processo contemporâneo, adequadamente pautado pela democracia, em que o cidadão é contributivo, não existe uma assimetria ou subordinação entre os sujeitos processuais, mas sim uma interdependência, sendo rechaçada qualquer submissão das partes ao juiz. Dessa forma, quando a participação das partes for apenas formal estar-se-ão diante de um procedimento e não de um genuíno processo.⁵³

1.3 O paradigma dos modelos processuais

A doutrina, em geral, discorre acerca da existência de dois modelos de processos; um modelo adversarial e um modelo inquisitorial⁵⁴, sendo que naquele prevalece o princípio dispositivo, “nesse caso o princípio concebido fora da espécie

duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 127.

⁵¹ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno*. Parte geral e processo de conhecimento. vol 1, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

⁵² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 203.

⁵³ Idem, p. 204.

⁵⁴ “O modelo adversarial assume forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo”. DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. RePro, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 198/2011, Ago/ 2011, p. 215.

normativa, mas como fundamento ou orientação preponderante.”⁵⁵ Já no modelo inquisitorial prevalece um protagonismo do Poder Judiciário.⁵⁶

Todavia, antes de explicar sobre os modelos processuais, há críticas por parte da doutrina na análise do direito estrangeiro, sobretudo porque o jurista tradicional faz comparações de ordem técnica, e se prende aos pormenores da comparação legislativa, que não representam as variações da diversidade das sociedades, e o processualista nessa situação acaba fazendo um estudo micro, sem qualquer avaliação mais profunda acerca do contexto da existência da norma.⁵⁷

Diante disso, é mais frutífero fazer comparações dos modelos predominantemente adotados em cada sociedade, e não fazer comparativos sobre as especificidades da norma, de forma isolada, pois a análise e confronto dos “tipos ideais dos diversos ordenamentos é mais produtivo que a perda na massa infinita dos pormenores”.⁵⁸

O jurista português Miguel Teixeira de Sousa distingue a existência de dois modelos de processo, o modelo liberal e modelo não-liberal, sendo este um processo pautado pelo autoritarismo do Poder Judiciário, no qual as partes participam timidamente do processo, e aquele é ligado à ideia de plena liberdade das partes, uma verdadeira arena de astúcia e engenhosidade, surgindo a partir desses dois modelos um modelo de processo social, em que as partes são iguais na condução de todo processo, reservado o protagonismo ao juiz somente no momento da sua decisão.⁵⁹

Para Daniel Mitidiero existem três perfis de organização do processo: o isonômico, o assimétrico e o cooperativo.⁶⁰ No modelo isonômico prevalece a

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Op. cit., p. 215.

⁵⁶ Idem, p. 219.

⁵⁷ TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Trad. Barbosa Moreira. Revista de Processo. vol. 151/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2007 p. 141.

⁵⁸ Idem, Ibidem.

⁵⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 62-63

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 113.

igualdade das partes para com o Estado, sendo a dialética a parte mais importante, e a busca pela verdade no processo é uma constante como tarefa exclusiva das partes, e o juiz não passa de um espectador.⁶¹

No processo assimétrico há radical separação entre Estado e indivíduo, pois aquele está acima do seu povo e apropria-se do direito, e a busca pela verdade é incumbência do Estado, que possui condução ativa no processo, já que as partes pouco contribuem; apenas formalmente.⁶²

Importante destacar que essa divisão de modelos processuais é criticada por alguns doutrinadores, especialmente se essa associação é feita quando afeta o processo inquisitivo ao sistema *civil law*, e o modelo adversarial ao *common law*.⁶³

O processo democrático cooperativo se coaduna com a Constituição da República, haja vista a sua moderna concepção, pois a participação intensa das partes e do juiz para a busca da verdade em um processo justo e efetivo é objetivo do regime democrático e adequado à cláusula do devido processo legal.⁶⁴

O nosso modelo processual possui características tanto do modelo adversarial ou isonômico, como inquisitorial ou assimétrico, como por exemplo, o processo só pode ser instaurado por iniciativa da parte (Art.2º do CPC/1973 e art. 2º

⁶¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed., cit., p. 113.

⁶² Idem, p. 113-114.

⁶³ “O segundo exemplo que vale à pena recordar aqui é a contraposição entre processo adversarial, que se tem por típico dos ordenamentos de *common law*, e processo inquisitivo, que se tem por típico dos sistemas de *civil law*. Acerca desses temas, ao longo do tempo, acumulou-se, na cultura jurídica de vários países, uma literatura muito vasta, da qual não é possível aqui dar conta exaustiva. Vou permitir-me contudo uma observação desrespeitosa: muitas dessas páginas constituem pura propaganda ideológica a favor de um ou do outro sistema, e nenhuma atenção merecem do ponto de vista científico. Com efeito, nunca pareceram tão evidentes quanto a respeito de semelhantes temas - ainda que nem sempre de modo consciente - os projetos culturais (ou, menos nobremente, os prejuízos ideológicos) dos juristas de variadas culturas que deles se ocuparam. Consideração mais fria, e menos ideologicamente condicionada, dos aludidos temas poderia na verdade levar a resultados bastante diversos, a partir da verificação - formulada por um dos maiores comparatistas que em nossos dias operam na área do direito processual - de que a contraposição adversarial - inquisitivo, se algum dia realmente teve sentido (coisa de que é lícito duvidar), já está certamente desgastada, superada e substancialmente inútil como instrumento de análise.” TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Trad. Barbosa Moreira. Revista de Processo. vol. 151/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2007, p. 145.

⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. RePro, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 198/2011, Ago/ 2011, p. 221.

do CPC/15). Todavia, há no processo assimetria ou inquisitividade, em que o juiz pode agir de ofício⁶⁵, como no artigo 292, § 3º do CPC/15⁶⁶, o qual preconiza que o juiz poderá corrigir o valor da causa de ofício (sem correspondente no CPC de 1973).

O processo, ora é adversarial ou isonômico, ora ele é inquisitorial ou assimétrico, e não existe um modelo puro⁶⁷. E nos dizeres de Barbosa Moreira “não existem modelos reproduzidos como substâncias *quimicamente puras*, pois o critério a ser utilizado é de *predominância* e não de exclusividade.”⁶⁸

1.3.1 O processo liberal (dispositivo)

Com a revolução francesa e o pensamento iluminista houve um rompimento com o processo feudal e incluiu-se no processo liberal a publicidade, oralidade e igualdade das partes, o que foi ocasionado pelo movimento libertário da época, ou seja, adotou-se um antiformalismo, inclusive com a exclusão de advogados, simplificando o sistema ao extremo, o que chegou ao seu apogeu em 24 de outubro de 1793, com o decreto 3 de Brumário, o que perdurou somente até 18 de março do ano de 1800, com a Lei de 27 de “Ventoso”, em que os tribunais se organizaram e os advogados puderam voltar aos tribunais.⁶⁹

No século XIX havia a concepção liberal do processo, pois eram atribuídos amplos poderes às partes, desde o início até a sua conclusão, sendo os poderes dos órgãos jurisdicionais extremamente restritos, sobretudo pela sua destinação aos

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Op. cit., p. 216.

⁶⁶ “Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: § 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes”.

⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas processuais e poderes do juiz*: Temas de direito processual - 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53.

⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Duelo e processo*. Revista de Processo. vol. 112/2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez/2003, p. 177.

⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64-65.

interesses privados, forçando o juiz a contentar-se com a versão trazida pelas partes.⁷⁰

A liberdade do cidadão era valorizada, reservando ao juiz uma passividade extremada, haja vista que não passava do mero aplicador do direito, o adágio da “boca da lei”, era destacado pela importância da subsunção, como fator de segurança e previsibilidade do cidadão.⁷¹

Esse modelo liberal possui as seguintes características: a) o processo só pode ser iniciado pelo particular interessado, jamais pelo juiz; b) o impulso processual só é dado pelas partes, jamais pelo juiz; c) as partes são tratadas com paridade; d) o juiz é um terceiro sujeito da relação, imparcial e independente; e) o juiz não busca a verdade, ele se contenta com a versão trazida pelas partes, sendo incumbido apenas de dirigir o processo e prolatar a sentença, de acordo com o conjunto probatório produzido pelos litigantes.⁷²

1.3.2 O *adversary system* como produto de um modelo liberal: uma contraposição ao *common law* e ao *civil law*

O modelo adversarial (*adversary system*) é enraizado no *common law*, precipuamente na Inglaterra e nos países por ela colonizados.⁷³ Trata-se de um verdadeiro combate entre as partes, mais precisamente entre os advogados que as representavam, e através disso se presumia alcançar a verdade, pois todos tinham expostos seus argumentos, o que nasceu da crença no valor da competitividade, e os advogados eram treinados e preparados para o *trial*, em que imperavam a habilidade e astúcia, o que é muito comum em filmes cujo ponto fulcral se passa nos tribunais, ocasião em que os advogados usam de todos os expedientes necessários

⁷⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Rio Grande do Sul: AJURIS, nº 90, 2003, p. 56.

⁷¹ GOMES, Diego J. Duquelsky. *Entre a lei e o Direito: Uma contribuição à teoria do direito alternativo*. trad. Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.17.

⁷² VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual*. In: DIDIER JR., Fredie. et. al. (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 20-21.

⁷³ Idem, p. 18.

para intimidar testemunhas, fazê-las ficarem desacreditadas ou pouco confiáveis até caírem em contradição, dentre outros expedientes.⁷⁴

Aqui aponta-se uma observação, de que não há como associar o modelo adversarial, exclusivamente aos países de tradição *common law*, e nem o modelo inquisitorial aos países de tradição no *civil law*, pois não há equivalência integral de um modelo ou outro nos ordenamentos jurídicos, independentemente de suas tradições.⁷⁵ Todavia, como mencionado no parágrafo anterior, o *adversary system* é preponderante nos países de tradição *common law*.

Ao comparar as tradições dos países alicerçados na estrutura do *common law* ou *civil law*, é comum cometer o erro de abordar o primeiro como essencialmente oral e o segundo como essencialmente escrito, o que não pode ser um critério de distinção válido, pelo contrário, porque o *common law*, tanto no direito norte-americano como no inglês tem predominância escrita, especialmente na questão probatória.⁷⁶

No *civil law* também se apresentam vários aspectos de oralidade, como debates orais, colheita de prova oral em audiência, sentenças lidas oralmente pelo juiz, isso em alguns casos previamente previstos em lei, dentre outros, no entanto, entre eles há inúmeras diferenças, o que não se pode dizer é que um equivale à oralidade e o outro à forma escritural.⁷⁷

Nesse tipo de modelo, ressalta-se o trabalho dos advogados e o juiz fica em uma posição mais tímida, apenas restrito a solucionar conflitos incidentais, fiscalizar regras básicas comportamentais e conduzir à ordem, e certamente proferir a sua decisão, inclusive o juiz norte-americano possui amplo poder disciplinar (*contempt of court*)⁷⁸, para impor sanções, decretar prisão, tanto às partes como aos advogados

⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Duelo e processo*. Revista de Processo. vol. 112/2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez/2003, p.177.

⁷⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPODVM, 2013, p. 67.

⁷⁶ TARUFFO, Michele. TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Trad. Barbosa Moreira. Revista de Processo. vol. 151/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2007, p. 145.

⁷⁷ Idem, ibidem.

⁷⁸ Tradução livre: Desrespeito ao tribunal

que se comportam de forma inconveniente, mas tanto na colheita de provas, como na direção do feito, a sua figura é absolutamente passiva.⁷⁹

Barbosa Moreira não defende e nem crítica o modelo supramencionado, mas deixa claro que o processo não pode ser tornar uma “*caricatura*”, e aponta que houve mudanças sensíveis na Inglaterra ao adotar um Código de Processo Civil no ano de 1998, sob o título *Rules of Civil Procedure*, o que proporcionou uma virada histórica, especialmente, nas relações entre juízes e partes, pois os poderes de condução do processo foram ampliados ao juiz, sobretudo, na questão probatória, atenuando o caráter adversarial do processo.⁸⁰

O ponto fulcral é que o fundamento desse processo se espelha no princípio da igualdade entre as partes e o não intervencionismo estatal, no entanto, essa pseudo-igualdade é apenas formal, pois coloca a parte mais fraca em posição desvantajosa, não havendo uma igualdade substancial.⁸¹

A igualdade no sistema, predominantemente dispositivo, é negativa em sua materialidade e propicia um tratamento injusto, ficando ao alvitre da sagacidade e habilidade das partes o resultado do processo, e como em um jogo, o juiz não passa de um árbitro, que apenas observa o cumprimento das regras para julgar nos limites das versões trazidas aos autos.⁸²

⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Duelo e processo*. Revista de Processo. vol. 112/2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez/2003, p.177.

⁸⁰ Idem, Ibidem.

⁸¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPODVIM, 2013, p. 71-72.

⁸² “(...) Als unbillig und dem Gleichbehandlungsgedanken des Zivilverfahrens zuwider laufend sieht es darüber hinaus FASCHING an, wenn "Cleverness" der Partei oder ihres Anwalts mit Passivität des Richters zusammenkommen : "In (der) reinen Form des Verhandlungsgrundsatzes wird der Prozess-erfolg weitestgehend von der Aktivität und Geschicklichkeit der Parteien abhängen. Der Richter ist hier nur "Schiedsrichter" , der die Einhaltung der Regeln beachtet und passiv allen Entscheidungsstoff annimmt,den die Parteien bringen." KUGLER, Klaus F. “*Die Kooperationsmaxime.*” *Richtermacht und Parteienherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis.*“ Linz am Rhein, Deutschland: Johannes-Kepler-Universität Linz, 2002, p. 56.

1.3.3 O modelo Inquisitorial (protagonismo do Poder Judiciário)

A partir de 1654, quando ocorreu a reforma judicial imperial, conjugando-se com as cortes saxônicas, o que vigorou até metade do século XIX, os litígios eram controlados pelas partes (*Verhandlungsmaxime*⁸³), como definição das questões processuais, estipulação dos fatos que embasavam suas pretensões, apontamento das fontes probatórias, separação rígida entre fase postulatória e probatória, além da do princípio da eventualidade, pois as partes deveriam apresentar suas pretensões e defesas em um só momento, sob pena de preclusão (*Eventualmaxime*⁸⁴). Todavia, esse processo caminhava em marcha lenta, e em decorrência disso havia um acúmulo de processos, e os julgadores não tinham condições de despachar o trâmite diário.⁸⁵

Entre os anos de 1793 a 1795, surgiu o processo com sólidos fundamentos socialistas, em que o Estado assumiu para si a quase total absorção do direito civil, com o advento da reforma judicial prussiana, no molde inquisitorial, sob inspiração de Frederico II, os §§ 6º e 7º da Introdução à Ordenança Judicial Geral (*Allgemeine Gerichtsordnung*), o juiz passou a ter um papel extremamente ativo na condução processual, como investigação de ofício dos fatos da causa até chegar à adequada aplicação da lei, e ainda que a parte pudesse indicar ao tribunal os pontos pelos quais seria descoberta a verdade, isso não vinculava o juiz, que poderia agir de ofício sempre que entendesse necessário.⁸⁶

Essa reforma ocorreu porque Frederico responsabilizou os advogados pela insatisfação nos resultados do processo com modelo mais liberal, porque sua marcha era muito lenta e repleta de armadilhas, por isso seu objetivo era que houvesse mínima interferência dos advogados na condução, no entanto o juiz não era totalmente livre, sobretudo na questão probatória, na qual havia regras rígidas

⁸³ Tradução livre: princípio do debate.

⁸⁴ Tradução livre: princípio da eventualidade ou “Konzentrationsgrundsatz”, que significa princípio da concentração.

⁸⁵ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Direito processual civil europeu contemporâneo*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Lex Editora S.A., 2010, p. 11.

⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62.

em sua apreciação, vale dizer, tudo era muito bem detalhado, especialmente na parte da apreciação das provas.⁸⁷

Havia uma liberdade procedimental, que em nome da justiça não se observavam as normas processuais, desde que o resultado desejado pelo Poder Judiciário fosse alcançado. O poder dar partes passou a ser reduzido, pois elas não passavam de fontes de informações a serviço dos interesses do Estado, que é a pacificação social justa e efetiva.⁸⁸

O juiz era incumbido de buscar a verdade a todo custo, e em caso de alguma dúvida ele poderia se socorrer somente ao Poder Legislativo, para que este interpretasse a lei. Porém, as partes não podiam requerer novas provas ou fazer novas alegações, o que colocava o sistema em total contradição, e ainda o ativismo judicial excessivo suscitava dúvidas acerca da imparcialidade do órgão julgador, então esse absolutismo foi alvo de duras críticas, pois restringia a liberdade e os direitos dos cidadãos.⁸⁹

O enraizamento da lei na sociedade possui um caráter político, o que não se pode confundir com fatores de política jurídica. O sistema político penetra no sistema jurídico e promove a aproximação entre ambas, e na reforma prussiana não havia essa junção, inclusive, o Estado chamou toda a responsabilidade para si, em que as partes ficavam submetidas ao Estado-juiz, e Franz Wieacker chamou a atenção para as reivindicações políticas de justiça na sociedade, pois não é possível separar essa vinculação, caso contrário voltar-se-ia a um estado de *cegueira*, um retrocesso.⁹⁰

A falta da confiança no processo inquisitorial fez com que o processo conduzido com liberdade pelas partes fosse reintroduzido no ordenamento jurídico alemão, o que ocorreu no século XIX, com base no *Code de Procédure Civile* francês de 1806, mas na ocasião, ainda havia divisões e variações locais, pois algumas regiões ainda adotavam a reforma prussiana, alguns moderavam a

⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Op. cit., p. 62-63.

⁸⁸ DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and State authority*. New Heaven, Yale University Press, 1986, ps. 148.

⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Op. cit., p. 63.

⁹⁰ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 19.

aplicação do regime inquisitorial, e territórios à margem do Rio Reno e no sul da Alemanha tinham influências do código de processo civil francês, para que somente em 1870 iniciasse um processo de unificação dos sistemas processuais em um sistema nacional.⁹¹

1.3.4 O modelo democrático de processo: a cooperação como norma fundamental

Com o advento da Lei 13.105/2015 (CPC/15), o recém-introduzido artigo 6º prescreve que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Parte da doutrina denomina o conteúdo do dispositivo supramencionado, como o princípio da cooperação, modelo colaborativo, cooperativo ou participativo do processo.⁹²

Embora o artigo 339⁹³ do CPC/1973 preconizava que as partes deveriam colaborar com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade, ele não continha a dimensão e a completude do artigo 6º do CPC/15, e também não há na doutrina nenhuma associação desse dispositivo a um modelo ou princípio processual, e isso ocorre pelos seguintes fatores: a) a cooperação de que trata o artigo 6º do CPC/15 faz parte do título/capítulo das normas fundamentais; b) embora a questão da cooperação processual não seja nenhuma novidade, a verdade é que somente nos últimos anos que ela ganhou maior atenção por parte da doutrina; c) a própria redação do texto do CPC/1973 faz presumir que as partes, em tese, poderiam produzir provas contra si mesmas, o que seria inconstitucional; d) o artigo 6º do CPC/15 elenca os objetivos a serem atingidos pela cooperação dos sujeitos processuais, objetivos esses, constitucionais.

⁹¹ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Direito processual civil europeu contemporâneo*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Lex Editora S.A., 2010, p.12.

⁹² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71. Vide também: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 81. DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 46. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, amplamente.

⁹³ “Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”

A cooperação entre os sujeitos processuais tem o condão de que se obtenha uma decisão de mérito justa, efetiva e célere, o que para parte da doutrina concebe um novo modelo processual.⁹⁴ Contudo, impende ressaltar que o próprio dispositivo faz com que se entenda *prima facie*, que não é possível a existência de um processo justo, célere, com enfrentamento do mérito e efetivo, caso não haja cooperação entre os participantes do processo.

O papel do processo civil perdeu o caráter privatístico, e hoje não se trata apenas de um instrumento a serviço dos indivíduos, mas possui uma função pública, que tem como escopo a satisfação do interesse coletivo.⁹⁵

Para Daniel Mitidiero e Fredie Didier Jr. a cooperação é um terceiro modelo, o qual suplanta os conhecidos adversarial ou isonômico, e inquisitorial ou assimétrico, sendo que naqueles, o juiz é mero espectador do duelo entre as partes, já nestes, o juiz conduz todo o processo, e as partes participam, apenas, formalmente.⁹⁶

O modelo constitucional de processo deve ser conduzido cooperativamente, o que tem o objetivo de tornar o processo célere e efetivo, mas para que seja possível que isso ocorra é mister a observância de deveres entre as partes e o órgão julgador, além de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.⁹⁷

No direito estrangeiro, a cooperação processual implica deveres das partes e do órgão julgador, para a sua conformação, mas há quem defenda que as partes

⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *A Colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro*. Revista do Advogado, nº 126. São Paulo: AASP, 2015. p. 48.

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47.

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação...* Op. cit., p. 46-47; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, 3ª ed. Op. cit., p. 52-53. "Ambos os autores conseguem traçar um paralelo com os modelos processuais existentes, nesse caso o processo adversarial ou simétrico, no qual quem conduz o processo são as partes e o juiz assiste de forma passiva, ficando apenas com a incumbência de decidir com base naquilo que as partes produziram, e o outro modelo é o inquisitorial ou assimétrico, no qual as partes são meros figurantes do processo, e o Poder Judiciário conduz toda a marcha processual, sendo que a presença das partes é apenas formal, razão pela qual se sustenta um terceiro modelo de processo, que é o cooperativo, no qual todos participam ativamente da construção da decisão judicial. Diante disso, na visão dos autores, fazendo essas comparações entre os modelos torna-se possível identificar que a cooperação é um terceiro modelo processual, dentre outros argumentos".

⁹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno*. Parte geral e processo de conhecimento. vol 1, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.59.

não podem e não devem colaborar entre si, haja vista que atendem interesses diversos, questão que será abordada na seção 4.1.

O texto do artigo 6º do CPC/15 deve ser rediscutido, o que deverá ser objeto de interpretação sistemática pelos magistrados e de análise pela doutrina, não somente sobre o fato de as partes cooperarem entre si, mas também em decorrência da celeuma sobre a cooperação processual ser ou não um princípio, o que também será enfrentado na seção 4.3.

O contraditório é de fundamental importância para as bases desse processo, pois propicia uma participação efetiva das partes, fazendo com que a cooperação comece a gizar seus primeiros aspectos, sobretudo, porque propala a ideia de que no processo o juiz é assimétrico no momento de sua decisão, afinal a jurisdição é monopólio do Estado, e as partes são ouvidas para influenciarem na formação do convencimento do juiz, no entanto, no processo moderno há nítida impressão de que esse diálogo, muitas vezes, não passa de mera formalidade. Por essa razão, para ser efetivo o processo deve ser estruturado de forma dialética.⁹⁸

A dialética é uma maneira de buscar o equilíbrio e a igualdade das partes perante o juiz, eliminando a subsunção e evoluindo na interpretação de acordo com a Constituição, para que se atinja, efetivamente, a verdadeira justiça.⁹⁹ Portanto, esse comportamento cooperativo dos sujeitos processuais, em amplo diálogo, evita ou impede nulidades, e, sobretudo o juízo de inadmissibilidade.¹⁰⁰

A cooperação reclama um juiz ativo na busca da verdade e de um processo justo, colocando as partes em equilíbrio com o magistrado, com uma divisão dos trabalhos, privilegiando cada vez mais o diálogo entre os seus participantes, assim como a ampliação da boa-fé processual.¹⁰¹

⁹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O Princípio do contraditório e a cooperação no processo*. Disponível em: <<http://leonardcarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao>>. Acesso em 30.08.2014.

⁹⁹ HERKENHOFF, João Baptista. *O direito dos códigos e o direito da vida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 15.

¹⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. *O Princípio da cooperação: uma apresentação*. vol. 127/2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2005, p. 75.

¹⁰¹ Idem, ibidem.

O processo civil deve ser norteado por princípios éticos, sendo que a relação entre os sujeitos do processo são estabelecidas por normas jurídicas e normas de conduta. O processo não é apenas um instrumento técnico, pelo contrário, ele deve ser pautado pela ética para se almejar a justiça.¹⁰² Daí a importância da boa-fé.

Para o jurista alemão Reinhard Greger, a cooperação no processo surgiu do princípio dispositivo (*Verhandlungsmaxime*¹⁰³), e tem origem no direito austríaco. Destaca ainda, que o juiz tem a obrigatoriedade de conduzir o processo de forma cooperativa, evitando decisões precipitadas e mal fundamentadas, o que atualmente é objeto de inúmeras anulações perante os tribunais daquele país.¹⁰⁴

1.3.5 A cooperação é suficiente para modificar o modelo processual atual?

A definição de a cooperação ser fundamental em um modelo democrático de processo tem como marco teórico a obra de Rudolf Wassermann (*Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat* de 1978). Foi o jurista alemão, baseado no código de processo civil austríaco de Franz Klein, ao final do século XIX (1895, com entrada em vigor no ano de 1898), que discorreu sobre a evolução do processo para um modelo social, superando os modelos processuais que, ou deixavam o processo ao alvitre das partes como em um campo de batalha, ou aquele em que existia a figura juiz autoritário, entronizado, o qual conduzia o processo isoladamente, sem que as partes contribuíssem efetivamente.¹⁰⁵

Dessa forma, com apoio na ZPO austríaca o processo deveria ser reinventado, para que não ficasse ao pleno dispor das partes, e nem cabalmente conduzido pelo Poder Judiciário, exsurge então o modelo de processo como uma necessidade geral de um Estado-Social. Dessa forma, para que o processo como um bem-estar social pudesse ser concretizado ele deveria possuir ampla

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*. Revista de Processo, vol. 102/2001, São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2001, p. 219.

¹⁰³ Tradução livre: princípio dispositivo.

¹⁰⁴ GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*, tradução: Ronaldo Kochem. vol. 206/2012. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr/2012, p. 124.

¹⁰⁵ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, passim.

participação de todos como pressuposto para o alcance de uma decisão justa, célere e efetiva, um processo pautado pela verdade (boa-fé), livre de egoísmos e barreiras de comunicação entre seus participantes e a promoção da igualdade substancial.¹⁰⁶

Na teoria de Rudolf Wassermann, o processo é uma fonte de deveres recíprocos entre todos os seus participantes, a seguir: a) o processo não pode ficar a critério do juiz, seus atos são vinculados e não discricionários; b) deve se empenhar na descoberta da verdade e assimilar o processo como uma rede de interações; c) tornar o processo acessível a todos; d) o juiz deve ajudar as partes sem que isso viole a sua imparcialidade; e) o processo não pode ficar adstrito a um juiz autoritário e nem ao controle exclusivo das partes; f) todos os participantes devem trabalhar em conjunto, como uma comunidade de trabalho; g) o diálogo é fundamental na construção desse processo, somente assim se garante a participação efetiva de todos na formação da decisão judicial.¹⁰⁷

O questionamento que se faz é se a cooperação realmente é um modelo processual, porque embora Rudolf Wassermann trate da questão como um modelo social de processo, a verdade é que suas premissas estão apoiadas nas diretrizes democráticas e demais garantias constitucionais, sendo imprescindível que haja cooperação entre os participantes da relação processual, tanto das partes como também do magistrado, com supedâneo no diálogo (contraditório), na igualdade substancial das partes. Aí também se inclui o dever geral de boa-fé.¹⁰⁸

Portanto, como o modelo social de processo propalado por Wassermann, na verdade é um processo com amplas garantias constitucionais, mas que somente funciona se houver uma comunidade de trabalho, ou seja, ampla participação de todos, é perfeitamente adequado concluir que a cooperação é norma fundamental para a concretização de um modelo constitucional de um processo democrático.

¹⁰⁶ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Op. cit., p. 56 -75.

¹⁰⁷ Idem, p. 76-101.

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 41.

Para Miguel Teixeira de Sousa, somente através da cooperação é que se obtém um modelo social de processo, pois ela destina a transforma-lo em uma comunidade de trabalho (esse termo comunidade de trabalho é extraído da teoria de Rudolf Wassermann, a qual ele faz referência). A partir de então ele elenca os objetivos da cooperação e como o processo deve ser estruturado: a) todos os participantes são responsáveis pelo resultado do processo; b) dever de boa-fé, que violado deve ser rigorosamente punido; c) não usar o processo com o objetivo ilegal de não satisfazer a busca da verdade; d) o dever de cooperar também se estende ao direito probatório; e) dever de esclarecimento do tribunal para com as partes; f) prevenção; g) consulta (diálogo); h) auxílio.¹⁰⁹

Barbosa Moreira defende que um modelo social - constitucional - do processo civil, deve observar as seguintes regras: a) da tentativa de igualar substancialmente as partes, ou no mínimo atenuar as diferenças existentes; b) aspectos econômicos dos litigantes que são melhores aparelhados, o que não depende apenas de concessão de gratuidade, mas de colocar outros meios à disposição do jurisdicionado; c) a duração razoável do processo; d) o juiz não pode permitir que as partes dominem o processo, ele deve ser participativo (colaborativo); e) deve haver uma divisão de tarefas entre as partes e o juiz; f) o juiz deve combater a chicana reprimindo a má-fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça; g) o Órgão Jurisdicional deve informar às partes sobre seus respectivos ônus e deveres; h) convidar às partes para esclarecerem e complementarem suas alegações; i) o juiz deve ter iniciativas instrutórias.¹¹⁰

O autor que propugna a ideia de que a cooperação se trata de um modelo processual é Daniel Mitidiero, no entanto, os pressupostos usados por ele para caracterizar a cooperação como um modelo são aspectos de ordem social, lógica e ética.¹¹¹ Além disso, ele utiliza o termo modelo de acordo, segundo seus próprios

¹⁰⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Aspectos do novo processo civil português*. Revista de Processo, vol. 86/1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr-Jun/1997, p. 175-176.

¹¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. RePro, vol. 37/1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1985, p.140-149.

¹¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 3ª ed. Op. cit., p. 52-53.

dizeres, com o sentido proposto por Miguel Reale.¹¹² Além da comparação entre os modelos existentes (assimétrico e simétrico).

No que tange ao pressuposto social deve haver cooperação mútua entre os membros da sociedade, e o Estado deverá sair de uma posição de inércia e cumprir com seus deveres constitucionais, sendo que o cidadão tem direito a um processo organizado de forma justa, no qual o Estado deverá assimilá-lo como uma prestação. Em relação ao pressuposto lógico, o processo deve ser pautado pela dialética, a argumentatividade, o estímulo ao contraditório. Por fim, sob o enfoque ético, a busca da verdade é uma constante, assim como a plena observância do dever de boa-fé objetiva, para todos os sujeitos e demais participantes do processo. Esse conjunto compreende um modelo de processo colaborativo.¹¹³

Fredie Didier Jr. também entende que a cooperação entre os participantes do processo é um modelo que difere dos existentes, pois é possível um modelo em que o juiz possa ser participativo sem ser autoritário, e cita a própria definição de modelo defendida por Daniel Mitidiero, e prossegue dizendo que esse modelo se destaca pelo redimensionamento do princípio do contraditório, assim como as partes também

¹¹² “(...) No fundo, trata-se de uma pseudodistinção, resultante de um pseudoproblema, pois não posso compreender como seja possível saber qual é o significado de uma chamada “fonte formal” sem ter presente a “fonte material” ou a estrutura social correspondente, ou seja, o complexo das causas e motivos determinantes do aparecimento das normas de direito. Com a colocação do problema em termos de modelos jurídicos, a referibilidade operacional dos dados de experiência, isto é, aos motivos determinantes da estrutura normativa, faz, ao contrário, corpo com a sua própria significação.

(...) o conceito de modelo nos põe perante um momento autônomo da vida do direito, quando a experiência jurídica se expande ou se projeta em formas objetivadas ou positivas, consubstanciando-se em esquemas ou estruturas racionais, nas quais os elementos da estrutura social são focalizados segundo um repertório na classe dos comportamentos válidos numa totalidade de sentido. Com a passagem, em suma, da teoria das fontes formais para a teoria dos modelos jurídicos pode-se dizer que a perspectiva evolucionista e genética predominante na compreensão das ciências do século XIX, cede passo à compreensão operacional que distingue saber científico hodierno como instrumento de vida e de convivência humana”.

Liberta-se, por outro lado, a dogmática jurídica de sua rígida vinculação ao princípio da divisão dos poderes, que governa todas as construções da Escola da Exegese, com efeitos que, por força e inércia, ainda se percebem em teorias infensas ao antigo formalismo legal.

Poder-se-á dizer, como remate dessas considerações, que o conceito fonte jurídica é retrospectivo, enquanto o de modelo jurídico é prospectivo; - na teoria das fontes prevalece o aspecto técnico-formal da vigência das normas, ao passo que na dos modelos predomina o seu caráter operacional, em função da eficácia dos comportamentos... a teoria dos modelos, em suma, expressa a experiência jurídica em toda a sua concreção e dinamicidade, atendendo, além do mais, à dupla exigência do saber científico de operabilidade e comunicação.” REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, ps. 172-173.

¹¹³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como um prêt-à-porter?* Op. cit., p. 52-53.

não determinam o direcionamento do processo, tudo é fruto de uma “condução cooperativa”.¹¹⁴

Candido Rangel Dinamarco explana que na passagem do Código de Processo Civil de 1939 para o Código de Processo Civil de 1973, apesar de mudanças relevantes, estas não foram suficientes para introduzir um novo modelo processual.¹¹⁵ Contudo, a partir de 1974, após Ada Pellegrini Grinover publicar a sua tese, “As garantias constitucionais do direito de ação”, o panorama começou a se alterar, e iniciou-se uma maior preocupação com um processo constitucional, sucedida então, por Kazuo Watanabe nos anos oitenta, em sua tese “Controle jurisdicional e mandado de segurança”, e a partir de então que se proliferaram os trabalhos voltados ao direito processual constitucional.¹¹⁶

Não que houvesse uma desídia em relação ao processo constitucionalizado, mas as manifestações eram mais tímidas, insuficientes para uma mudança substancial. As reformas que se iniciaram em 1994 visando à aceleração do processo e também a sua efetividade com repúdio ao paradigma do formalismo

¹¹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação...* Op. cit., p. 46-47.

¹¹⁵ O segundo Código de Processo Civil nacional, promulgado no ano de 1973 e vigente desde de janeiro de 1974, foi uma réplica do anterior (o de 1939), com expressivos aperfeiçoamentos formais e algumas relevantes inovações substanciais, mas muito pouco para que se nele se pudesse identificar um novo estilo de processo civil. O modelo processual que tínhamos continuou praticamente intacto no Código de 1973 e intacta a estrutura dos institutos do processo civil brasileiro. Trouxe sim algumas novidades dignas de nota, como a instituição do efeito da revelia e do julgamento antecipado do mérito (arts. 319 e 330), a sistematização das medidas cautelares em um livro específico (L. III, arts. 796 e ss.), a implantação do poder geral de cautela (art. 798), a extensão da admissibilidade do agravo de instrumento a todas as decisões interlocutórias (art. 522), uma nova disciplina da execução por título extrajudicial com eliminação da antiga e superada ação executiva (CPC/1939, art. 298), um linguajar mais correto, uma severa tônica no dever de lealdade etc. – mas isso não bastou para que então se considerasse implantado neste País um novo estilo processual, ou um novo modelo processual. O processo civil vigente a partir do ano de 1974 foi na prática o mesmo processo civil do Código de 1939, com alguns aperfeiçoamentos técnicos, mas sem diferenças substanciais quanto ao modo como o processo civil atua sobre a vida dos direitos. A morosidade na oferta e efetivação da tutela jurisdicional, sem uma corajosa ênfase aos institutos relacionados com a tutela jurisdicional diferenciada e sem a oferta de instrumentos eficazes para a luta contra o tempo-inimigo, prosseguiu com dantes e a prática mostrou como o processo civil brasileiro ainda continuava refém de formas inúteis e de uma insustentável proliferação de recursos, que atenta contra a promessa constitucional de um processo realizado em tempo razoável (Const., art. 5º, LXVIII). DINAMARCO, Cândido Rangel. *O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*. Revista de Processo, vol. 247/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2015, p. 65.

¹¹⁶ Idem, p. 66.

iniciaram a caminhada de mudança do “antigo processo”, a qual está concluída através de um novo modelo processual consagrado pelo CPC/15.¹¹⁷

Para o aludido autor, o CPC/15 promove um novo modelo processual, mas em sua concepção esse novo modelo está configurado pela: a) harmonia com a Constituição; b) o da fidelidade ao contexto social mediante a maior aderência possível às realidades subjacentes ao processo; c) o da simplificação dos procedimentos, eliminando formalidades ou atos desnecessários ou inúteis; d) o do maior rendimento possível, para otimização dos resultados de “cada processo em si mesmo considerado”; e) o de imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe assim maior coesão; f) a adoção de um *modelo colaboracionista*, com a explícita e ampla imposição às partes do dever de cooperação de cada uma delas com o juiz (art. 6º) e, ao próprio juiz, do dever de dialogar com as partes (arts. 9º, 10 etc.); g) a nova estrutura do próprio Código de Processo Civil.¹¹⁸

Note que para o autor houve uma mudança de modelo processual, no entanto, esse modelo está alicerçado em sólidos fundamentos constitucionais, inclusive com um processo voltado para seus fins sociais, mas ele coloca em um primeiro momento a colaboração como um modelo, não do processo em si, que é mais amplo, mais uma parte dessa nova estrutura, vislumbrando que o dever de colaboração implica dever de diálogo (contraditório). Embora não deixe claro, a conclusão que se extrai do autor é de que a cooperação é um dever importante inserido em um contexto mais amplo, ou seja, um modelo constitucional de processo.

Alinhavado a essa linha de pensamento, Dierle Nunes traz uma proposta de um processo participativo (democrático), o que implica conduzir o processo sob o enfoque constitucional, como base de um controle democrático por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, ampla defesa, o devido

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*. Op. cit., p. 66.

¹¹⁸ Idem, p. 67-68.

processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional.¹¹⁹

E conclui que todos esses princípios devem ser concretizados democraticamente, com a realização dos direitos fundamentais “em visão normativa, além de uma ampla participação e problematização na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos relevantes para os interessados”.¹²⁰

Ele está próximo da proposta do Rudolf Wassermann, na qual a participação (um trabalho realizado através de uma comunidade de trabalho) faz parte de um modelo de processo pautado pela fruição de princípios constitucionais, que são potencializados quando todos compartilham e participam para influenciarem os rumos, o que impede o subjetivismo e o autoritarismo judicial.

A parte da doutrina que compreende a cooperação como modelo processual, assim o faz, porque isso pressupõe a existência de um processo em que há igualdade substancial, que há cooperação entre os sujeitos processuais para o alcance de um processo justo, e por fim o contraditório é exercido na sua dupla acepção, tanto para as partes como para o juiz, a fim de que aquelas realmente influenciem na decisão.¹²¹

A conclusão que se chega é que a cooperação é um componente imprescindível nesse modelo de processo constitucional, com ênfase em seu aspecto democrático, que coloca em alto relevo o diálogo entre os sujeitos do processo, com vistas a influenciarem efetivamente na decisão judicial. No entanto, o próprio texto do artigo 6º coloca a cooperação como um pressuposto para o alcance de uma decisão de mérito em tempo razoável, que seja justa e efetiva, ou seja, se um texto possui tantos “objetivos constitucionais” é plenamente possível compreendê-lo como um elemento imprescindível para a mudança do modelo atual.

¹¹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 250.

¹²⁰ Idem, ibidem.

¹²¹ SANTOS, Igor Raatz dos. *Processo, igualdade e colaboração os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil*. Revista de Processo. vol. 192/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, Fev/2011, p. 52-53.

1.3.6 O aspecto social do processo e sua responsabilidade constitucional

O Direito é um fenômeno social que contribui para a ordem e para o comportamento da sociedade, mas ao mesmo tempo o direito é modificado por essa mesma sociedade, ou seja, há um complemento nas posições que evoluem constantemente, por isso essa relação é dinâmica, sob pena de tornar as leis sem efeito, inclusive passando a se tornarem ilegais, assim como, pode ser que a lei vigente receba um novo conteúdo, ainda que seu texto esteja inalterado.¹²²

Outro aspecto importante acerca de adequações às mudanças sociais está na interpretação de uma lei, a qual deve acompanhar as mudanças da sociedade, o que não é tarefa fácil ao órgão jurisdicional decidir examinando, por exemplo, o conteúdo normativo de uma lei com décadas de existência, então essa tarefa da interpretação é complexa, sobretudo, porque o juiz não pode trazer sua visão subjetiva, nem pode depender de suas preferências pessoais, simpatia, profissão, relacionamento, dentre outros.¹²³

O processo civil não pode ser considerado como um fim em si mesmo, pelo contrário é o meio para realização do direito material e com ele guarda estreita relação, mas nesse contexto o litígio processual se libertou do paradigma positivista e formalista, passando para uma dimensão constitucional e de caráter social.¹²⁴

O Direito também é um fenômeno cultural, em que há as características de humanidade, socialidade e normatividade. Contudo, falar em cultura traz um conceito amplo, por isso, para o direito a cultura traz dupla acepção, sendo a primeira relacionada à própria capacidade intelectual do indivíduo, e no segundo há um sentido coletivo, social e transindividual, como passos da evolução de uma

¹²² WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 18.

¹²³ Idem, p. 22.

¹²⁴ Idem, p.20.

sociedade, assim o direito pode ser explicado como um produto cultural, tanto da figura individualizada, como da evolução de uma sociedade.¹²⁵

Para Daniel Mitidiero a colaboração possui pressupostos culturais, que em sua amplitude devem ser analisados sob o prisma social, lógico e ético, sendo que no aspecto social o Estado Constitucional não é inimigo, pois não pode ter um papel de neutralidade, mas tem a obrigação de cumprir a Constituição em todas as esferas sociais, inclusive no processo, com vistas à busca de uma tutela justa e efetiva. Já do ponto de vista lógico deve ser restaurado o caráter argumentativo, o que tem como ponto de partida a (re) construção da interpretação da norma jurídica. Por fim, no aspecto ético deve haver uma busca pela verdade e ampliar a boa-fé de todos os participantes do processo.¹²⁶

No aspecto social, tenazmente ligado à organização política, o que é variável de acordo com o sistema de cada país, o juiz é de suma importância em cada contexto para estruturar um processo em conjunto com as partes, fazendo uma divisão dos trabalhos de acordo com o modelo de organização, que pode ser paritário, hierárquico ou colaborativo.¹²⁷

Marco Eugênio Gross faz uma crítica a Rudolf Wasserman e a Miguel Teixeira Duarte, pois estes defendem que o processo cooperativo guarda relação com a ideologia social dominante na organização do Estado, mas na verdade isso é um erro, pois esse modelo de processo tem sólidas bases no Estado Constitucional e no Estado Democrático, pois a colaboração vai ao encontro da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da democracia, com a efetiva participação dos sujeitos processuais.¹²⁸

¹²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, ps. 30-31.

¹²⁶ MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro*. Revista do Advogado, nº 126. São Paulo: AASP, 2015, p. 48.

¹²⁷ Idem, p. 71. Vide também: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. RePro, vol. 37/1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1985, p.140.

¹²⁸ GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013, p 121.

O direito não pode ficar à mercê de políticas corporativistas, ou de perspectiva de uma política *delle libertà individuali*¹²⁹, pois o processo deve ser construído pela ambiência coletiva de solidariedade, caracterizada por um Estado Constitucional.¹³⁰ Contudo, frisa-se que o modelo social de processo não fica ao alvitre de uma suposta fraternidade, obviamente ele deve respeitar a Constituição, sobretudo em relação aos seus valores sociais.

No modelo paritário de organização social ressalta-se o desconhecimento da questão hierárquica, especialmente na Grécia antiga, em que suas sólidas bases democráticas estavam associadas ao ideal de liberdade, fazendo a coletividade influenciar na decisão, pois o juiz e partes estavam no mesmo patamar, relacionados a um modelo isonômico.

Deve ser visível, o que se podem chamar as relações sociais do processo, não só sobre as realidades subjacentes e a disputa substantiva das partes, mas também vem a este para a realidade do próprio processo. Ele não é apenas um direito, mas também uma relação social, uma rede de interações entre partes, que se entrelaçam.¹³¹

1.3.7 José Carlos Barbosa Moreira (1985) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1996): por um posicionamento acerca de um processo alicerçado por sólidos fundamentos sociais e o desapego ao formalismo

No Brasil, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira foi o primeiro jurista a esmiuçar o tema em sua tese de doutorado, cujo orientador foi Rogério Cruz e Tucci, no ano de 1996¹³², com o título “Do Formalismo no Processo Civil”. Embora ele tenha sido o

¹²⁹ Tradução livre: Liberdade individual.

¹³⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Entre “direitos”, “deveres” e “desejos”. Ou o Juiz é meu pastor...tudo me dará...* 2015, disponível em <<http://emporiododireito.com.br/entre-direitos-deveres-e-desejos-ou-o-juiz-e-meu-pastor-tudo-me-dara-por-jose-luis-bolzan-de-morais/>>, acesso em 22.04.2015.

¹³¹ “Es muss sichtbar gemacht werden, was man die sozialen Bezüge des Prozesses nennen kann. Nicht nur auf die Realitäten, die dem materiell-rechtlichen Streit der Parteien zugrundeliegen, kommt es dabei an, sondern auch auf die Wirklichkeit des Verfahrens selbst“ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess*, 1978, p. 76.

¹³² Disponível na Biblioteca do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo). *Do Formalismo no Processo Civil*. 1996.

primeiro a tratar efetivamente do tema, essa estrutura cooperativa do processo já foi citada pela ilustre jurista Ada Pellegrini Grinover, na ocasião tratando do princípio do contraditório no processo criminal, asseverando que “*da imparcialidade da jurisdição brota a colaboração entre as partes e juiz*”¹³³, o que implica melhores chances de obtenção de uma decisão melhor elaborada através do método dialético, fundado na experiência de sua maior adequação aos fins¹³⁴. Além dela, Barbosa Moreira, em 1985 também tangenciou o tema sem maior aprofundamento, colocando o processo como fruto de um “Estado Social”, e com a divisão de trabalho entre seus sujeitos, de forma cooperativa.¹³⁵

A palavra formalismo utilizada na obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não está afeta ao sentido burocrático, mas como releitura da estrutura interna do processo, em sua organização, conformação e funcionamento, em que a forma não prevalece sobre o fundo, pois ele deve evoluir com a realidade social visando à justiça dentro de uma conotação democrática, que culmina na participação de todos os sujeitos, com assento em valores de justiça, igualdade, efetividade e a supramencionada participação, vale dizer, não compreende somente as formas, mas a distribuição adequada dos poderes, faculdades e deveres, com a finalidade de organizar o processo e entregar ao jurisdicionado uma decisão justa.¹³⁶

Cândido Rangel Dinamarco discorre sobre o fato de que a escola de Liebman entendia que as formas são necessárias para a organização do processo e para que

¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 3

¹³⁴ Idem, Ibidem.

¹³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. RePro, vol. 37/1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1985, p.140.

¹³⁶ (...) “A forma em sentido estrito é apenas um invólucro do ato processual, a maneira como de este se exteriorizar; cuida-se portanto do conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta e dos requisitos a serem observados na sua celebração. A doutrina, além disso, distingue a forma em sentido estrito da forma em sentido amplo, sendo que nesta ordena-se os poderes, faculdades e poderes do processo (...), inclusive disciplinando os poderes do juiz, para dar garantia de liberdade contra os arbítrios dos órgãos que exercem o poder do Estado”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, ps.20-23. Nessa mesma linha, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, n. 28, p. 213.

sejam atingidos determinados objetivos, mas o formalismo é irracional é uma deformação do processo.¹³⁷

O processo civil ainda não chegou a um patamar de perfeição, pelo contrário, embora tenham ocorridos avanços, ainda há irracionalidades entranhadas nas mentes daqueles que cultuam o excesso de formalismo, como por exemplo, dar guarida àqueles devedores mal intencionados, que usam o processo para protelarem o pagamento de suas dívidas, e por outro lado, há exagero na “efetividade”, como por exemplo, a realização de arbitrárias penhoras *on line*.¹³⁸

Diante do que foi abordado até o momento, é possível fazer algumas ilações: a) O formalismo faz parte da história do processo, e não tem como ser diferente, caso contrário seria anárquico, entretanto, a história comprova que o exagero provoca o formalismo pernicioso; b) Os modelos processuais nunca foram, são ou serão exclusivos de um ou outro sistema, isso varia de acordo com cada sociedade, por isso a distinção é feita pelo critério de prevalência e não exclusividade; c) A cooperação é contributiva na estruturação do processo com sólidos fundamentos sociais e constitucionais, em que é necessária participação de todos, para que sejam alcançados os objetivos de forma célere, efetiva e justa.

1.4 As funções interpretativa, bloqueadora e definitiva da cooperação: uma busca pela previsibilidade

Marcos Eugênio Gross entende que a cooperação possui *função interpretativa*, *função bloqueadora* e *função definitiva*, sendo que a função interpretativa decorre das regras processuais que devem ser interpretadas de acordo com o *princípio da cooperação*, como por exemplo, o artigo 357, § 3º¹³⁹ do CPC/15, em que o juiz deverá sanear o processo e fixar pontos controvertidos em

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, ps. 43.

¹³⁸ Idem, p. 45.

¹³⁹ “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

cooperação com as partes, e o texto normativo embora trate de cooperação, ele é aberto, podendo o magistrado inclusive aplicar a denominada carga dinâmica do ônus da prova, art. 373, § 1º¹⁴⁰. Nesse caso, o juiz deve sempre levar em conta a cooperação para inverter o ônus da prova àquele que tenha melhores condições de produzi-la.¹⁴¹

Quanto à função bloqueadora, visa ao afastamento de comportamentos não cooperativos, como por exemplo, o juiz deixar de esclarecer uma decisão ou não intimar as partes para se manifestarem acerca de todos os passos que são dados no transcurso do processo. E por fim, ainda tem a função definitiva, pois com a sua amplitude normativa o processo deve ser conduzido, para que se chegue a uma decisão justa decorrente de um processo justo.¹⁴²

Para Eduardo Grasso o processo cooperativo coloca o juiz no mesmo patamar das partes e todos os sujeitos se convergem em uma única força para a descoberta da verdade.¹⁴³

O processo deve ser pautado pela dialética, atendendo ao princípio do contraditório, e isso implica ampla participação das partes em igualdade de condições, não formalmente, mas com a finalidade de influenciarem na decisão do

¹⁴⁰ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

¹⁴¹ GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013, p.122.

¹⁴² Idem, Ibidem.

¹⁴³ “In questo quadro, che ha soltanto un valore indicativo, è possibile cogliere le note fondamentali di un regime di collaborazione processuale. Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele. Le attività dei tre soggetti, nell'intima sostanza, tendono ad identificarsi, risolvendosi in única forza operosa (unus actus) che penetra nella materia alla ricerca della verità”. GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. Padova: Rivista di diritto processuale, v. XXI, 1996, p. 609.

juiz de forma concreta.¹⁴⁴ No processo cooperativo o juiz deixa de ser solitário em suas decisões e tudo passa a ser fruto de uma atividade conjunta.¹⁴⁵

A cooperação no processo civil visa à busca de uma sociedade mais justa, livre e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana, e o contraditório é de suma importância, pois é necessário o diálogo intenso entre as partes e o órgão jurisdicional.¹⁴⁶

Para Marco Eugênio Gross, o *modelo cooperativo de processo* tem sólidas bases constitucionais, pois é derivado da segurança jurídica (Estado de Direito), e da participação (Estado Democrático). Dessa forma, além de promover a busca da verdade, seu amplo diálogo torna essa conformação processual efetiva, e ainda proporciona uma decisão bem fundamentada.¹⁴⁷

O aludido autor relaciona a segurança jurídica¹⁴⁸ com a cooperação, sendo como ideais perseguidos, a cognoscibilidade, a qual está diretamente ligada com a fundamentação e a decisão judicial; a calculabilidade está relacionada com o aspecto da segurança do cidadão, que deve conhecer previamente aquilo que pode ou não pode ser realizado, ciente de como e quando as mudanças podem ser feitas; e a confiabilidade que se interliga pelo contraditório, e o cidadão passa a ter maior participação na formação dos atos e das decisões judiciais, sendo que com essa

¹⁴⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio contraditório e a cooperação no processo*. Op. cit., p. 4.

¹⁴⁵ Idem, Ibidem.

¹⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

¹⁴⁷ GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013, p. 115.

¹⁴⁸ “Em nosso texto constitucional, esse valor encontra abrigo em *locus* privilegiado. De fato, dentre as cláusulas pétreas listadas no artigo 60, parágrafo 4º, da Carta Magna, sobressai a especial proteção que o constituinte originário conferiu aos direitos e garantias individuais, em cujo cerne encontra-se o direito à vida e à segurança, expressamente mencionados no *caput* do artigo 5º, sem os quais sequer se pode cogitar do exercício dos demais. E, por segurança, à evidência, deve-se compreender não apenas a segurança física do cidadão, mas também a segurança jurídica, com destaque para a segurança político-institucional. (...) consubstancia-se “na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesiva da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos”. LEWANDOWSKI, Ricardo. *Segurança jurídica é valor-indissociável da concepção de Estado de Direito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/lewandowski-seguranca-juridica-indissociavel-estado-direito>>. Acesso em 14.08.2015.

ampla participação há maior confiança no Poder Judiciário, o que não é possível sem que exista um processo dialético.¹⁴⁹

¹⁴⁹ GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Op. cit., p. 120-121.

CAPÍTULO 2 – DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A CONSTRUÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DE UM PROCESSO COOPERATIVO

O presente capítulo abordará a construção de um processo democrático, que passa por sua constitucionalização, nesse caso são fundamentais os princípios do devido processo legal em sua dimensão intrínseca, o princípio do contraditório, como garantia de influência nas decisões judiciais, e a igualdade substancial das partes.

Partindo dos elementos constitucionais, a cooperação, como norma fundamental do processo civil, almeja os objetivos de que o mérito seja enfrentando, em tempo razoável, de forma justa e efetiva.

O processo conduzido por uma comunidade de trabalho garante aos participantes isonomia substancial, e não apenas formal. Dessa forma, o contraditório promove essa igualdade, pois é o esperado em um Estado Democrático, em que os cidadãos contribuem para a tomada das decisões, razão pela qual o Poder Judiciário não pode decidir acerca de quaisquer matérias, cujas partes não tenham tido a oportunidade de se manifestarem, ainda que sejam matérias conhecíveis de ofício, até mesmo nos casos de improcedência liminar do pedido.

Os adágios *mihi factum dabo tibi ius* e *iura novit curia* devem ser relidos, pois até mesmo nas matérias eminentemente jurídicas as partes tem o direito de se pronunciarem. Diante disso, os objetivos da cooperação, também constitucionais, devem ser alcançados, como a duração razoável do processo, sobretudo, porque um processo é mais célere e melhor qualificado quando há plena participação de todos, o que também contribui para uma fundamentação esmerada.

Além disso, o CPC/15, não somente no artigo 6º, mas ao longo de todo o diploma fomenta o enfrentamento do mérito, o que para alguns é considerado como o *princípio da primazia do julgamento do mérito*, o que implica também a entrega completa do bem da vida almejado com a integral satisfação, tudo decorrente de um processo justo com uma decisão justa, o que também se consubstancia na efetividade.

2.1 O devido processo legal: um breve histórico

O fenômeno da constitucionalização do processo percorre o mundo, sobretudo, nas constituições posteriores à segunda guerra mundial, as quais preveem garantias fundamentais, e como exemplos o devido processo legal, este na dimensão processual (*procedural*), preconiza um processo equitativo e justo, em conjunto com os demais princípios a ele ligados (corolários), como o juiz natural, contraditório, fundamentação, dentre outros.¹⁵⁰

Embora, historicamente, a primeira vez que se tratou da cláusula do devido processo legal foi na Magna Carta de 1215, baseada em um acordo entre o Rei João Sem Terra e os barões ingleses, há registro de um documento histórico datado do ano de 1037, ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão), registra-se a primeira vez a proteção contra a tirania do Imperador, o qual estava submetido às leis do império.¹⁵¹

A carta de 1215, originariamente foi confeccionada em latim, no entanto, no ano de 1354, em razão de uma lei do rei Eduardo III, a expressão *per legem terrae* passou a ser denominada *due process of law*, no sentido de que ninguém seria preso, deserdado, morto, arruinado ou perderia os seus bens ou sua propriedade, sem o devido processo legal, ou seja, a expressão estava relacionada somente às garantias processuais.¹⁵²

Posteriormente, a partir do século XVII, o rei, sob forte vigilância das autoridades, interferia nas execuções das sentenças contra ele próprio e seus ministros, assim como, criava novas penas e aumentava tributos sem anuência do parlamento, por essa razão a cláusula passou a ser interpretada de forma diferente, não somente uma garantia de um processo devido, mas também em um sentido substancial, ou seja, todo ato de poder deveria estar de acordo com a Constituição, nascia ali, o devido processo legal na sua dimensão substantiva. Portanto, o rei

¹⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação*, Op. cit., p. 72-73

¹⁵¹ Idem, p. 75.

¹⁵² LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 31.

estava compelido a agir de acordo com as leis elaboradas pelo Parlamento, assim como toda a sociedade.¹⁵³

Embora o nascedouro da cláusula do devido processo legal tenha sido na Inglaterra, foi nos Estados Unidos da América que a dimensão sua dimensão substantiva¹⁵⁴ ganhou notável força, especialmente no papel da Suprema Corte na revisão dos atos do legislador contrários aos preceitos constitucionais. A Constituição norte-americana de 1787 não adotou a referida cláusula, ela somente passou a integrá-la por meio das emendas de 1791, conhecidas como *Bill of Rights*, através da Quinta Emenda, e mais tarde pela Décima Quarta Emenda, no ano de 1868, sendo que nesta última ficou assentado que o Poder Legislativo, tanto dos Estados, como da federação tinham de estar submetidos à Constituição dos Estados Unidos da América.¹⁵⁵

A garantia de o cidadão ter um procedimento adequado não é o bastante para a observância da amplitude da cláusula do devido processo legal, isso porque, “não basta proporcionar ao cidadão um procedimento correto, é preciso que este procedimento esteja embasado em requisitos intrinsecamente justos.”¹⁵⁶ Nessa ordem de pensamento, a dimensão processual do princípio não pode apenas ser lastreado no cumprimento das regras formais, é preciso que o processo seja pautado pela sua substancialidade, incutindo em seu ponto fulcral o bem-estar que ele deve realizar ao dar à sociedade uma resposta correta, com justiça, celeridade e efetividade.¹⁵⁷

¹⁵³ VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 29.

¹⁵⁴ “A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita o direito material e, de outro lado, à tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo. (...) O conceito de “devido processo” foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão.” NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96.

¹⁵⁵ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Op. cit., p. 72.

¹⁵⁶ VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Op. cit., p. 35.

¹⁵⁷ Idem, p. 244.

Se o processo cooperativo objetiva o enfrentamento do mérito, com duração razoável, justiça e efetividade, não basta que apenas se garanta ao jurisdicionado um processo, apenas aparentemente justo, é preciso que se promova a igualdade substancial das partes e que o contraditório seja efetivo, propiciando a elas que possam influenciar na decisão do juiz, e que se desenvolva uma comunidade de trabalho, na qual todos devem contribuir.

Um processo justo pressupõe que ele promova: a igualdade; o contraditório; direito à prova; paridade de armas; motivação das decisões administrativas e judiciais; direito de não produzir prova contra si próprio; de não se autoincriminar; de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências; presunção de inocência; direito ao duplo grau de jurisdição; direito à publicidade de todos os atos processuais; direito à duração razoável do processo; juiz natural; juiz independente e imparcial; direito de ser comunicado previamente de todos os atos do juízo, inclusive nas questões que o juiz deva decidir *ex officio*; entre outros derivados da cláusula *procedural due process*.¹⁵⁸

2.1.1 O devido processo legal em sua dimensão intrínseca: garantia de influenciar na decisão judicial

Maria Rosynete Oliveira Lima denomina como devido processo legal, na sua dimensão *processual intrínseca*, o processo que não pode apenas prosseguir a partir de regras preestabelecidas, a ordem constitucional é imprescindível para se evitar que haja uma justiça aparente, assim sendo, o aspecto instrumental é essencial para que se obtenha uma efetiva proteção processual-constitucional ao cidadão contra quaisquer abusos praticados pelo Estado na busca da realização do objetivo constitucional, que é evitar ou minimizar o risco de decisões errôneas do Estado quando priva alguém da liberdade ou de seus bens.¹⁵⁹

O aspecto intrínseco do devido processo legal tem o jaez cooperativo, pois desvela o processo, não somente a partir das garantias aparentes, apenas

¹⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104-105.

¹⁵⁹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Op. cit., p.244-245.

formalidades para evitar que o processo seja acachapado por uma nulidade procedimental, mas sim um equilíbrio na relação processual, que promova a aproximação da verdade, da justiça, do enfrentamento adequado do mérito, e a realização dos valores sociais que repercutem na segurança do jurisdicionado.

Nesse sentido, o ex-desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Adauto Suannes:

“(...) não basta assegurar às partes o direito à prova e às atividades instrutórias (lato sensu) em geral; não basta afirmar a necessidade de que toda atividade instrutória seja produzida em contraditório; não basta exigir que a autoridade jurisdicional presida à colheita de todas as provas; não basta que o livre convencimento do juiz se baseie exclusivamente sobre as provas produzidas judicialmente e em contraditório. É ainda necessário que, em cada processo, o juiz estimule e promova um contraditório efetivo e equilibrado, cabendo-lhe verificar se a atividade defensiva, no caso concreto, foi adequadamente desempenhada, pela utilização de todos os meios necessários para influir sobre o seu convencimento. Sob pena de se considerar o réu indefeso e o processo irremediavelmente viciado.”¹⁶⁰

No Estado Democrático de Direito, a participação do cidadão é essencial e insubstituível, inclusive no processo judicial, por isso o devido processo legal deve ser observado em seu aspecto intrínseco, velando pela influência do indivíduo na tomada da decisão que o afeta, não de forma aparente, mas de forma concreta, o que deve ser promovido pelo contraditório, que, aliás, guarda estreita relação com o devido processo legal em sua dimensão processual.

2.2 O contraditório como propulsor da igualdade (simetria dos sujeitos processuais) e o Estado Democrático

O princípio do contraditório teve previsão na Constituição do Império, de 1824, e nas Constituições 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e na de 1988, art. 5º, LV. Notadamente, o artigo 153 da Constituição Federal de 1969¹⁶¹ previa o contraditório apenas nos processos criminais, o que foi ampliado pela atual

¹⁶⁰ SUANNES, Adauto. *Assistência judiciária e devido processo legal*. Revista de Processo, n. 595. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 20.

¹⁶¹ Art. 153/1969: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (...); § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

Constituição da República em seu artigo 5º, inciso LIV¹⁶², onde ficou consignado, expressamente, sua extensão aos processos administrativos e também ao processo civil. Todavia, a doutrina majoritária já previa sua aplicação ao processo civil e administrativo.¹⁶³

O contraditório promove isonomia entre as partes, e o juiz imparcial busca esse equilíbrio na relação processual, e há participação de todos os sujeitos, de forma efetiva, com vistas a usarem todos os argumentos capazes de influenciar na decisão do magistrado.¹⁶⁴

Esse princípio está tenazmente relacionado ao princípio da igualdade, no entanto, o contraditório não é projeção ou corolário da igualdade, mas há uma relação íntima entre ambos, que embora sejam distintos caminham juntos¹⁶⁵, e nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, a igualdade está destinada a ser um *microcosmos* em relação ao Estado Democrático, para tanto ele revela que em um país com tantas desigualdades sociais, culturais, além da pobreza, o juiz deve equilibrar as partes, promovendo, não uma igualdade formal, mas uma igualdade substancial.¹⁶⁶

No direito italiano, o artigo 24, § 2º da Constituição (contraditório) é concretizado pelo Tribunal Constitucional como uma expressão, não de mera

¹⁶² Art. 5º (...), LV: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 220 e ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 40.

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*, 7ª ed., vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 215.

¹⁶⁵ Em sentido contrário, “(...) O contraditório é corolário do princípio da igualdade entre as partes nos atos processuais. O processo civil se desenvolve em atos de ataques e defesas, mas também de ataques e contra-ataques, donde resultará imperioso o tratamento paritário das partes, a fim de que elas possam em igualdade de condições exercer seus direito e cumprir seus deveres processuais.” SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2º vol, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1981, p.70.

¹⁶⁶ Idem, p. 213-215.

exigência de defesa técnica, mas sim uma ampliação da expressão do contraditório como princípio da igualdade das partes.¹⁶⁷

Em nome de uma igualdade substancial, o Ministério Público e a Fazenda possuem privilégios, como prazos em quádruplo ou em dobro, o que é originário do Código de Processo Civil “fascista” de 1939, promulgado pela ditadura. Vale ressaltar que essas instituições são extremamente organizadas, e esses privilégios não fazem sentindo algum, inclusive, há grandes complexos de empresas com problemas semelhantes, e as prescrições normativas não as beneficiam. Além disso, para o MP, por exemplo, há ciência dos atos judiciais mediante vista, e não através da publicação pela imprensa, assim como duplo grau de jurisdição obrigatório (recurso *ex-officio*), dentre outros, são privilégios que rompem com o Estado Democrático de Direito, aplicando-se a filosofia política de um Estado totalitário.¹⁶⁸

O Estado de Direito observa aspectos materiais, formais e procedimentais, como direcionador da atividade estatal, com o objetivo de evitar arbitrariedades, por isso se associa com o desiderato de que a atuação estatal seja conduzida por regras gerais, suficientemente claras e sem contradições, pois o Estado de Direito deve dar segurança à sociedade, haja vista que a segurança jurídica é um princípio deduzido do Estado de Direito. Não obstante, a democracia protagoniza o ideal da participação do cidadão na sociedade, e está interligada aos direitos fundamentais, assim, sua participação na formação da vontade geral é essencial, o que faz parte do processo democratizado, então a garantia do contraditório é uma manifestação do Estado Democrático.¹⁶⁹

O Estado Democrático de Direito tem sua base na garantia dos direitos fundamentais das pessoas, ela goza de soberania e garante a participação de todos,

¹⁶⁷ “(...) dalla Corte costituzionale nell’ interpretazione dell’ art. 24, 2° comma; in particolare tale norma è stata intesa come espressione non già della mera esigenza della difesa tecnica, ma del bem più corposo principio da eguaglianza proclamato dell’art 3 Cost., e per tale via si è affermata la rilevanza costituzionale del principio del contraddittorio, in quanto espressione anch’ esso del principio eguaglianza”. PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 218.

¹⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*, 7ª ed., vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 217-219.

¹⁶⁹ GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013, p. 119.

de forma efetiva e operante no desenvolvimento das pessoas, incorporando todos no controle das decisões, pois o poder emana do povo, e este deve ser exercido em seu proveito, com pluralidade de ideias, com constante diálogo entre opiniões divergentes.¹⁷⁰

A participação ampla em um Estado Constitucional é de suma importância, e isso implica limites, pois não é possível ter uma microconstituente em cada unidade jurisdicional, haja vista que a democracia exige que haja isonomia nas decisões impostas ao jurisdicionado.¹⁷¹

Concluindo que o princípio do contraditório é clara manifestação do Estado Democrático de Direito, e que também é pautado pelo princípio da isonomia, isonomia essa substancial, destaca-se que as partes litigantes, em geral, assistentes e até mesmo o MP, ainda que como *custos legis*, também tem o direito de se fazer ouvir e se manifestar para influenciar na convicção do julgador.¹⁷² Além disso, art. 5º, XXXV da CF¹⁷³ prevê o acesso amplo e irrestrito ao Poder Judiciário, o que também guarda relação com o contraditório.¹⁷⁴

A garantia do contraditório é de todo e qualquer processo, inclusive administrativo, pois propicia a participação dos litigantes e do próprio juiz, pois o contraditório também é destinado ao julgador, implicando uma série de deveres a ele, por isso Cândido Rangel Dinamarco o denomina como princípio de “dupla destinação”.¹⁷⁵

¹⁷⁰ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119-121.

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Senso Incomum. Zimmermann, Schmidt, Streck e Otavio: Todos contra o panprincipiologismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-05/senso-incomum-balde-agua-fria-pan-principialismo-clausulas-gerais2>>. Acesso em 06.03.2015.

¹⁷² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 221.

¹⁷³ “Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹⁷⁴ ALVIM, Eduardo Arruda, THAMAY, Rennan Faria Kruger, GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 40.

¹⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*, 7ª ed., vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 220.

O CPC/15 traz como incumbência a agilidade do processo e a preservação de direitos fundamentais. Dessa forma, desde o artigo primeiro ele valoriza a Constituição da República como base fundamental para a obtenção de um processo célere, justo e efetivo, incluindo uma nova organização e simplificação, desprezando o processo como um fim em si mesmo.¹⁷⁶

2.2.1 A dialética defendida por Ada Pellegrini Grinover em 1989: releitura dos aforismos *mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*.

Na cooperação processual, a dialética é fundamental, o que se manifesta através da garantia do contraditório, denominado pela doutrina, como dever de consulta ou diálogo.¹⁷⁷ Vale ressaltar, que independentemente da decisão que seja proferida, o juiz tem o dever de consultar às partes, evitando assim, a denominada decisão surpresa.

Nessa concepção processual (cooperativa/colaborativa/comparticipativa), o contraditório é a garantia de que as partes possam influenciar, efetivamente, na convicção do juiz.¹⁷⁸

Ada Pellegrini Grinover em 1989 já propunha uma estrutura cooperativa do processo, entre as partes e o juiz, garantindo a todos uma boa qualidade na prestação jurisdicional à base de um processo dialético. Para a doutrinadora, a melhor forma de cooperação entre os sujeitos processuais era o diálogo estabelecido através do contraditório, como forma de uma construção de uma decisão mais adequada e justa.¹⁷⁹

¹⁷⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 107.

¹⁷⁷ Sobre essa questão acerca dos deveres de consulta e diálogo manifestados pelo princípio do contraditório, esse tema será abordado na seção 3.4.3.

¹⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 83.

¹⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 3.

O código foi desenvolvido sob um prisma constitucional, e para o alcance dos objetivos de um processo justo é de suma importância o debate entre os sujeitos do processo, isso é o mínimo que se espera de um Estado Democrático de Direito.¹⁸⁰

Sobre o contraditório influenciar na decisão do juiz, o artigo 369 do CPC/15¹⁸¹ preconiza que as partes podem se valer de todos os meios legais e moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos e influir eficazmente na convicção do órgão julgador. Isso demonstra que a preocupação do legislador é que as partes cooperem para que obtenham o melhor resultado dessa dialética. Além disso, a doutrina portuguesa também enfatiza que as partes e o órgão jurisdicional (sujeitos do processo), devem utilizar do diálogo para alcançar uma decisão justa.¹⁸²

Um processo bem debatido, ao contrário do que se possa pensar, ele é mais célere e promove decisões melhores elaboradas, com menor risco de reforma e com diminuição de recursos, o que está amplamente disseminado no ordenamento jurídico alemão.¹⁸³ Aliás, essa tentativa de instituir um processo cooperativo não é tarefa fácil, haja vista a visão solipsista de cada sujeito do processo, que se criticam mutuamente, inclusive o Ministério Público e os auxiliares da justiça, em geral. E ainda é importante observar, que o escopo do CPC/15 é tentar combater os comportamentos não cooperativos dos sujeitos processuais, que passa pela atecnia dos advogados e também pelo protagonismo do Poder Judiciário.¹⁸⁴

O advogado é indispensável à administração de justiça¹⁸⁵, no entanto, muitos possuem sérias deficiências técnicas, o que pode ser constatado no plano empírico. E também não é diferente com os magistrados, que no Brasil usam ementas de

¹⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 85.

¹⁸¹ Art. 369: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

¹⁸² GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Almedina: Coimbra, v.1, 2006, p.88-89.

¹⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 86.

¹⁸⁴ Idem, p. 85 e 89.

¹⁸⁵ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (Constituição da República)”.

julgados e enunciados de súmulas sem reflexão¹⁸⁶, e tornam-se âncoras facilitadoras dos julgamentos, sem recuperação dos casos paradigmas.¹⁸⁷

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por mais competente que seja o juiz, ele não está sozinho e precisa da ajuda do advogado para conduzir o processo, pois falta-lhe tempo, e mesmo com vontade não pode compensar sua atividade diante da inércia das partes, por isso o brocardo *mihi factum, dabo tibi ius*, precisa ser modificado através do caráter dialético do processo.¹⁸⁸

A máxima da *iura novit curia* deve ser reelida, pois as partes não ficam adstritas somente às questões fáticas do processo, por isso as matérias eminentemente jurídicas também devem ser submetidas ao contraditório, assim evitam-se as decisões surpresas.¹⁸⁹ O referido aforismo não permite que o magistrado deixe de ouvir as partes.¹⁹⁰

O contraditório deixou de ser a mera apresentação de defesa pelo réu e agora é a influência no desenvolvimento e no resultado do processo, tanto para o autor como para o réu, somente assim o poder passa a ser legítimo na representação de um Estado Democrático de Direito que atenda suas finalidades sociais.¹⁹¹

Diante do desenvolvimento apresentado até agora, surge um questionamento: nos casos de improcedência liminar do pedido, o contraditório deverá ser oportunizado? É o que será abordado na próxima seção.

¹⁸⁶ “Embora complexa e superada, em tese, a interpretação literal e a ambiguidade podem ser confundidas, e não são resolvidas em uma análise abstrata do texto. As questões são mais profundas e carregam a “dobra da linguagem”. Portanto, o contexto em que o texto teve sua origem é o problema hermenêutico a ser enfrentado, porque o argumento da superação da literalidade da lei pode romper com o Estado Democrático de Direito, inclusive o juiz terá uma decisão arbitrária, discricionária, dentre outras.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

¹⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Op. cit., p. 86-87.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Juiz e o princípio do contraditório*, vol. 71/1993, RePro. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul-Set/1993, p. 32-33.

¹⁸⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O Princípio contraditório e a cooperação no processo*. Op.cit., p. 5.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Juiz e o princípio do contraditório*. Op. cit., p. 35.

¹⁹¹ Idem, ibidem.

2.3 Da improcedência liminar do pedido na contramão do dever de diálogo: um debate acerca do princípio do contraditório e a vedação da decisão-surpresa.

No artigo 332 do CPC/15, o legislador autorizou o magistrado a julgar liminarmente improcedente o (s) pedido (s)¹⁹², independentemente da citação do réu, nos casos em que o (s) pedido (s) contrariar (em): “I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

Nessa situação, a excepcionalidade do legislador foi embasada nas apostas da celeridade, economia processual e valorização da jurisprudência¹⁹³, um substituto ao artigo 285-A do CPC de 1973¹⁹⁴, concedendo ao magistrado o poder de julgar liminarmente improcedentes o (s) pedido (s), quando afetados pelo rol do artigo 332, independentemente do exercício do direito de manifestação do autor. Além disso, o artigo 487, parágrafo único¹⁹⁵ reforça que nos casos de julgamento de improcedência liminar do (s) pedido (s), especificamente em relação à prescrição e à decadência, o juiz não está obrigado a oportunizar a manifestação do autor, haja vista que isso ocorrerá somente quando a relação processual estiver completa (autor, juiz e réu), é que a abertura ao contraditório passa a ser obrigatória.

¹⁹² “Embora o legislador tenha utilizado a frase “julgará liminarmente improcedente o pedido”, a verdade é que o autor poderá fazer vários pedidos e somente um ou alguns deles serem julgados improcedentes, o que, em tese, desafiaria a interposição de recurso de agravo de instrumento e não apelação, artigo 332, §§ 2º e 3º”. Vide texto do artigo 354, parágrafo único “Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento”. A esse respeito vide: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 909.

¹⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. I, 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 759.

¹⁹⁴ ABOUD, Georges e SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 854-860. Vide também: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 105-106.

¹⁹⁵ “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.”

Em relação ao artigo 332 houve supressão das expressões “matéria controvertida”¹⁹⁶ e “unicamente de direito”, passando a constar que a improcedência liminar do (s) pedido (s) ocorrerá “nas causas que dispensem a fase instrutória”, o que revela melhor precisão técnica e coerência, porque o juiz deverá fundamentar a sentença, inclusive explicando porque o caso prescinde de outras provas além das constantes dos autos do processo.¹⁹⁷

O juiz também não está autorizado, corrigindo um equívoco do artigo 285-A do CPC/1973, a seguir seus próprios “precedentes” para julgar liminarmente improcedente (s) o (s) pedido (s) do autor, é necessário que seja respeitado o posicionamento predominante nos tribunais superiores, subtraindo o caráter facultativo.¹⁹⁸

Do dispositivo supramencionado surge o seguinte questionamento: antes de proferir sentença de improcedência liminar do (s) pedido (s) formulado (s), o magistrado deverá intimar o autor da ação para se manifestar? Não teria o juiz de concretizar o dever de consulta (diálogo) antes de decidir?

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que a improcedência liminar do pedido, *prima facie*, pode parecer violar o direito de a parte influenciar na decisão do juiz, composto pelos artigos 5º, LV da CF e 10 do CPC/15, pois o autor poderia demonstrar que o caso é distinto do caso resolvido em incidente de demanda repetitiva, ou contrário a súmula ou enunciado de súmula do STF, STJ e dos tribunais em relação ao direito local, ou porque não ocorreu nem prescrição ou decadência. Porém, como a apelação, para esses casos, possibilita que o juiz se retrate, artigo 332, § 3º¹⁹⁹, e ainda, caso essa retratação não ocorra, o

¹⁹⁶ “A norma padece de falta de técnica, pois somente a citação válida torna a coisa litigiosa, isto é, implica situação processual de existência de matéria controvertida. Como a norma prevê decisão do juiz sem citação, quando o magistrado tiver de aplicar o CPC 285-A e julgar liminarmente improcedente o pedido, a matéria ainda não se tornou controvertida”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Op. cit., p. 105.

¹⁹⁷ ABBOUD, Georges e SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Op. cit., p. 857.

¹⁹⁸ Idem, p. 858.

¹⁹⁹ “§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.”

processo prosseguirá, e o réu será citado para oferecer contrarrazões²⁰⁰, então o contraditório será exercido de forma eficaz.²⁰¹

Contudo, nas hipóteses de julgamento antecipado do mérito, não há violação ao princípio do contraditório, porque já se oportunizou que as partes se manifestassem, e mesmo assim, somente poderá ocorrer quando a produção de prova for realmente desnecessária, ou seja, que ela apenas ratifique outras constantes dos autos, as quais foram exitosas em realizar a comprovação de algo.²⁰⁷

Há na doutrina quem seja caudatário de que o artigo 332 do CPC/15 é inconstitucional, porque com exceção à súmula vinculante, qualquer tentativa de vincular os juízes às decisões dos tribunais superiores não poderiam ser objeto de lei ordinária, e sim deveriam constar expressamente na Constituição da República, porque violam a garantia constitucional de independência funcional dos magistrados e a separação funcional de poderes, porque até mesmo as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle abstrato de constitucionalidade tiveram que ter previsão constitucional para vincular os tribunais e os magistrados.²⁰⁸

Independentemente dessa acirrada discussão, o autor tem o direito sim de argumentar que seu caso é diferenciado, ou que não contraria precedente, súmula, enunciado de súmula, ou que não se trata de caso decidido em incidente de demanda repetitiva, demonstrando eventual distinção, o que tem supedâneo constitucional, e o processo deve ser interpretado de acordo com a Constituição da

²⁰⁶ “Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349”.

²⁰⁷ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 276.

²⁰⁸ ABOUD, Georges e SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Op. cit., p.859. “(O artigo 285-A é inconstitucional por ferir as garantias da isonomia (CF 5º caput e LIV), do direito de ação (CF 5º XXXV) e do contraditório e ampla defesa (CF 5º, LV), bem como o princípio dispositivo, entre outros fundamentos, porque o autor tem o direito de ver efetivada a citação do réu, que pode abrir mão do seu direito e submeter-se à pretensão concordando com o autor (...). Relativamente ao autor, o contraditório significa o direito de demandar e fazer-se ouvir, inclusive produzindo provas e argumentos jurídicos, e não pode ele ser cerceado nesse direito fundamental (...). NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 11ª ed. Op. cit., p.106.

República, adequando o princípio do contraditório e do devido processo legal ao artigo 332.²⁰⁹ (dever de esclarecimento, diálogo e prevenção).

E até mesmo sobre a prescrição, pode ser que o réu queira adimplir a obrigação.²¹⁰ Todavia, em caso de apelação interposta pelo autor, nada impede que o réu o faça em grau de recurso, mas ele pode demonstrar que no seu caso não ocorreu a prescrição.

Como exemplo, é possível vislumbrar um caso em que o autor promova uma ação de cobrança ou execução, e o magistrado identifique que ocorreu a prescrição. Nessa situação, o juiz poderá requerer que o autor se manifeste, e nada o impediria de apresentar um documento que comprovasse que houve uma notificação (causa interruptiva da prescrição²¹¹), cujo prazo seria contado *ab initio*. Independentemente da atuação do magistrado, essa possibilidade existe, mesmo após a distribuição da inicial, desde que o réu tenha prévio conhecimento e possa se manifestar acerca do seu conteúdo.²¹²

No mesmo exemplo, poder-se-ia imaginar que, um pouco antes do término do prazo prescricional, o autor tenha trocado *e-mails* com o devedor, e este confessou a dívida, o que também seria causa de interrupção da prescrição, conforme artigo 202, inciso VI do Código Civil (Cf. nota 210). No entanto, o magistrado, por um lapso, não viu essa “confissão”, nesse caso, não seria melhor ouvir o autor em vez de julgar os pedidos liminarmente improcedentes? E ainda, como fica a situação do autor, que terá de pagar o preparo para recorrer?

Embora não se trate de improcedência liminar do (s) pedido (s), porque o processo já estava em fase recursal, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP)

²⁰⁹ ABBoud, Georges e SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Op. cit., p. 860.

²¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 562.

²¹¹ “Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor”.

²¹² Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG) – Apelação: 104520804038120011 MG 1.0452.08.040381-2/001(1). Relator: Elpídio Donizete. Julgado em: 15.09.2009. Publicado em: 25.09.2009.

através de recurso de embargos de declaração, opostos pelo réu, reconheceu a prescrição da pretensão do autor, sem intimação deste, o que implicou oposição de novos embargos declaratórios, dessa vez pelo autor, e este demonstrou que não se operou a prescrição no seu caso, e o colegiado retrocedeu e em nova decisão afastou a prescrição.²¹³

Em nenhuma das situações, houve intimação da parte adversa para tentar influenciar na decisão do Órgão Jurisdicional, e o caso se protelou por meses. A postura do TJ/SP poderia ter sido outra, pois se na primeira oposição do recurso de embargos de declaração houvesse intimação da parte contrária, certamente o curso do processo teria sido abreviado.

Para Humberto Theodoro Júnior, na hipótese de reconhecimento imediato da prescrição o juiz não tem condições de decidir acerca do tema pela mera leitura da petição inicial, pois diferentemente da decadência, cujo cálculo é simples de se fazer, na prescrição existem fatores externos, uma associação entre fatos e direito tenazmente relacionadas, especialmente em relação a interrupções, data do conhecimento do fato, da autoria, dentre outras possibilidades.²¹⁴

Não obstante a isso, a garantia da proibição da decisão surpresa e garantia do contraditório são normas fundamentais, razão pela qual, na busca da segurança jurídica, o CPC/15 promove extrema importância ao princípio do contraditório, como por exemplo, os artigos 7º²¹⁵, 9º²¹⁶ e 10º²¹⁷. Destacando a crucial mudança do texto

²¹³ “Primeiros embargos de declaração: TJ/SP, nº 0197453-48.2010.8.26.0100/50000, Relator: James Siano, julgado em: 20.06.2013, publicado em: 22.10.2013. Embargos de declaração nos embargos de declaração: TJ/SP, nº. 0197453-48.2010.8.26.0100/5002, Relator: James Siano, julgado em 20.03.2014, publicado em: 25.03.2014”. “Alegação de inoccorrência de prescrição. Verificação da prescrição e seu reconhecimento, na oportunidade do exame dos embargos de declaração anteriormente propostos. Melhor exame e verificação em sede de novos embargos, da inoccorrência da prescrição. Autora salvaguardou seus direitos, propondo medidas cautelares de protesto, causa interruptiva da prescrição. Ação de cobrança proposta em tempo hábil”.

²¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 761.

²¹⁵ “Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

²¹⁶ “Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

²¹⁷ “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.” No direito comparado, semelhante texto no artigo 16 do Código

do artigo 10, o qual prescreve que não proferirão nenhuma decisão, tanto juízes de primeiro grau, como os tribunais, ainda acerca de matérias conhecíveis de ofício, sem ouvir as partes. Vale ressaltar, não somente as questões fáticas, mas também as questões de direito (eminentemente jurídicas).²¹⁸

A participação efetiva das partes, como método dialético, tem o condão de permitir simetria entre os sujeitos processuais, e contribuírem para a formação do convencimento do juiz, ou seja, influenciarem genuinamente, e não formalmente. Sob essa óptica, o processo passa a não ter o juiz como o protagonista do processo, caso contrário iria-se de encontro ao Estado Democrático de Direito.²¹⁹

O contraditório está associado ao dever de consulta, porque mesmo nas matérias que podem ser conhecidas de ofício, independentemente das circunstâncias que envolvem o caso concreto, é importante que haja manifestação dos litigantes, evitando assim a decisão surpresa.²²⁰

de Processo Civil Francês (*Code de Procédure Civil Français*). “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.”

²¹⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, Op. cit., p. 109. Vide também: ABOUD, Georges e SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Op. cit., p. 860.

²¹⁹ Idem, ibidem.

²²⁰ “Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar ideia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 139 da ZPO já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhes, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*. Temas de direito processual - 8.ª. série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202”.

2.4 A bilateralidade da audiência e a paridade de tratamento: uma visão publicista do direito processual civil moderno (rompimento com o adágio do duelo da sagacidade)

O artigo 7²²¹ do CPC/15 prevê que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. O artigo 10²²² também preconiza que, “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”.

Apesar da consagração do contraditório, deve-se quebrar o paradigma de que o contraditório não passa do direito à *bilateralidade da audiência*.²²³ Ressalta-se, que não se pode incorrer no perigo de o intérprete compreender o contraditório em seu aspecto apenas formal, pois deve ser compreendido em sua dimensão constitucional, ou seja, mais ampla.²²⁴

Conforme supramencionado, Humberto Theodoro Junior minimiza a terminologia *bilateralidade da audiência*, no entanto, ela é compreendida diversamente por Nelson Nery Junior²²⁵ e por Arruda Alvim²²⁶, pois estes defendem que a oportunidade ao contraditório deve ser real e efetiva, ou seja, uma verdadeira

²²¹ “Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

²²² “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.”

²²³ “(...) Isso representa uma transformação do conceito persistente em parte da doutrina processual nacional, que ainda reduz a participação em contraditório a mero direito à bilateralidade da audiência – mero direito de dizer e contradizer”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 83.

²²⁴ Idem, p. 84.

²²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 225.

²²⁶ ALVIM, ARRUDA. *Manual de direito processual civil*, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 107-108.

garantia constitucional, sendo que o exercício do contraditório no processo penal é indisponível, e no processo civil basta que se dê a oportunidade à parte.²²⁷

O contraditório não fica adstrito apenas à garantia formal da bilateralidade da audiência, mas como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o processo e como inexistentes ou reduzidas decisões surpresas.²²⁸

As partes devem ter paridade de *oportunidades* e de *audiência*, não sendo possível constituir privilégio ou vantagem a uma delas, pois o tratamento dispensado deve ser igual, caso contrário, o desrespeito à garantia do contraditório implica um simples arremedo de processo e não um processo genuíno, o que viola, indubitavelmente, a Constituição da República.²²⁹

O juiz, por força do seu dever de imparcialidade fica equidistante das partes, mas ao ouvir uma das partes, não poderá deixar de ouvir a outra “*audiatur el altera pars*”. O juiz não pode decidir sem que ouça todas as partes, e quando uma das partes se manifestar é obrigatório que a outra também seja ouvida.²³⁰

Na verdade, CPC/15 tem o condão de buscar uma vertente democrática, almejando uma reforma do pensamento atual, pois a garantia do contraditório se interliga a fundamentação da decisão jurisdicional participada, em que a condução de um processo deve ser feita com a participação efetiva de todos.²³¹

A participação dos litigantes através do contraditório é um exercício de poder preparado por atos idôneos, de acordo com a Constituição e com a lei, pois o que legitima esse ato de poder (não somente na esfera do contraditório), não é apenas a observância de procedimentos, mas sim a possibilidade real de cumprimento pelos

²²⁷ ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

²²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 93.

²²⁹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual*. In: DIDIER JR., Fredie. *et. al.* (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 19.

²³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2º vol, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1981, p.70.

²³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.84.

seus destinatários, nesse caso, legitimação pelo *contraditório* e pelo *devido processo legal*.²³²

Para Nelson Nery Junior o contraditório envolve dar ciência da ação e de todos os atos do processo às partes, e também a oportunidade de elas reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis, e ainda o Poder Judiciário tem a obrigação de noticiar (*Mitteilungspflicht*)²³³ e de informar (*Informationspflicht*)²³⁴, haja vista que as partes possuem o direito de serem ouvidas paritariamente.²³⁵

Para Carnelutti o princípio do contraditório (*audiatur et altera pars*) é simplesmente a isonomia entre as partes no processo. Deve-se colocar ênfase no princípio da igualdade (base do contraditório), ou seja, uma relação de forças. Na verdade o bater de uma pedra contra outra fará com que jorre a centelha da verdade.²³⁶

O princípio do contraditório (bilateralidade da audiência) (*Grundsatz des beiderseitigen Gehoers*) é inseparável da administração da justiça, assim como a expressão do direito romano *audiatur et altera pars* e também de um provérbio da Alemanha medieval “*Eines mannes red ist keine red, der Richter sol die deel verhoeren beed*” (A alegação somente de um homem não é suficiente; o juiz deve ouvir ambas as partes).²³⁷

O princípio do contraditório, além de garantir a igualdade das partes no processo, cada um pode dizer e contradizer, e o embate entre as partes tem a função de colocar o juiz em melhores condições de decidir, alcançando o interesse

²³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*, 7ª ed., vol.1. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 220-221.

²³³ Tradução livre: direito à notificação.

²³⁴ Tradução livre: direito à informação.

²³⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 222.

²³⁶ “(...) ‘audiatur et altera pars’. Questo è il principio del contraddittorio, il quale non è altro, in fondo, che ‘uguaglianza’ tra le parti(...). Occorre che um selce batta contro l’ altra affinché ne sprizzi la scintilla dela verità”. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 99-100.

²³⁷ MILLAR, Robert Wyness, *Los principios formativos del procedimiento civil*. Tradução: Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, 1945, p. 47.

público, que é a pacificação social.²³⁸ Além disso, a igualdade entre as partes deve ser substancial, apenas formalmente garantida não é capaz de liquidar o litígio.²³⁹

Calamandrei, em 1957, entendia que a vitória (prêmio), da batalha de um processo, seria concedida para quem melhor persuadissem o juiz com seus argumentos, e exemplifica os movimentos de um processo como um jogo sutil de raciocínio engenhoso, e essa manifestação decorre do *princípio da dialética*.²⁴⁰

O processo não é apenas uma sucessão de atos ordenados (*ordo procedendi*), mas também ordena que as pessoas cumpram esses atos (*actus trium personarum*), e cada um deve agir e falar no momento correto. Todavia, isso não quer dizer que a dialética seja apenas uma alternância cronológica e pré-determinada em que diferentes indivíduos falam, mas é a concatenação lógica que liga cada um desses atos. Vale dizer, cada um deve falar no momento adequado, pois o processo é como movimentos de um jogo, como xadrez, por exemplo, perguntas e respostas, de réplicas e tréplicas, ação e reação.²⁴¹

No processo dialético, o movimento de uma das partes abre para a outra a oportunidade de combater esse movimento, tudo em conformidade e organização, para neutralizar o movimento do adversário. E isso pode ser feito de diversas maneiras, até mesmo uma recusa (como deixar de juntar um documento), pois o que vale mesmo é a sagacidade de cada litigante, e o que conta é a capacidade dentro do jogo.²⁴²

²³⁸ PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 219.

²³⁹ Idem, p. 219.

²⁴⁰ “(..) Ragione si darà a chi saprà meglio ragionare: se alla fine Il giudice darà la palma a chi meglio saprà persuaderlo col suo argomentare, si può dire che il processo à diventato, da brutale scontro di impeti guerrieri, giuoco sottile di ingegnosi ragionamenti. Questo carattere di giuoco ragionato si manifesta specialmente in quel principio fondamentale del processo che si potrebbe chiamare Il principio de dialetticità.” CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, vol. 6. Pádova: CEDAM – Casa Editrice Dott, 1957, p. 46.

²⁴¹ Idem, p.47.

²⁴² Idem, ibidem. “A doutrina italiana, por exemplo, a reboque da definição do art. 101 do *Codice di Procedura Civile*, adota majoritariamente concepção do contraditório ligada aos efeitos que a decisão venha a produzir, vinculando seu exercício a um potencial prejuízo que a *parte* possa sofrer com ela. Carnelutti afirma que a direção oposta dos interesses dos litigantes justifica o contraditório⁵ e Calamandrei propagou o formato bilateral e egoísta do “processo como jogo”. CABRAL. Antonio de Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo, vol. 126/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ago/2005, p. 62.

A analogia de Calamandrei, sobre um processo ser um jogo, no qual aquele que tem as melhores armas e estratégias será o vencedor, há muito foi superada, pois o processo tem um caráter publicista, não cabendo mais a óptica liberal, o que decorre do interesse estatal em pacificar, por isso o juiz participa efetivamente e faz com que as partes também participem.²⁴³

2.5 Desvelando o artigo 6º do CPC/15

A Lei 13.105/15 (CPC/15) foi concebida, inexoravelmente, por sólidos fundamentos constitucionais, o que é tratado de forma expressa no artigo 1º “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.”

Um processo constitucional já é objeto de estudos e profundos avanços, a partir da segunda metade do século XX, mas no CPC/15 o legislador optou por replicar alguns dispositivos consagrados na Constituição da República.

No artigo 7º²⁴⁴ estão assegurados os princípios da igualdade e também do contraditório substancial. Já no artigo 8º²⁴⁵ fica clarividente que o processo está alicerçado em fundamentos sociais, visando ao bem coletivo, prestigiando a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência.

Além dessa profusão de princípios constitucionais, o artigo 6º do CPC/15 prescreve que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

²⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*, 7ª ed., vol.1. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 221.

²⁴⁴ “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

²⁴⁵ “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

A doutrina denomina o conteúdo do artigo 6º como o princípio da cooperação²⁴⁶; modelo cooperativo, participativo ou colaborativo²⁴⁷ do processo. Todavia, antes de discorrer acerca do seu real significado, é de alto relevo responder algumas indagações, como por exemplo, o que é cooperação? Quais são seus objetivos? Quais benefícios podem trazer ao processo? Qual é o papel das partes e do juiz na conformação desse processo cooperativo? Será um serôdio, ou uma nova estrutura processual?

Analisando o texto do citado diploma extrai-se, *prima facie*, que além das partes e do juiz, todos aqueles que de alguma forma participam do processo, também possuem o dever de cooperação, incluindo-se os serventuários e demais auxiliares da justiça.²⁴⁸ Como exemplo disso, o artigo 715, § 4º do CPC/15 prevê que os serventuários e auxiliares da justiça não podem se eximir de depor como testemunhas, a respeito de atos que tenham praticado ou assistido.²⁴⁹

No Código de Processo Civil Português, em seu artigo 266º, 1º²⁵⁰, fica claro que a cooperação se dá entre todos os que participam do processo, além das partes e juiz, inclusive direciona o dever aos advogados, tudo com o objetivo de se obter uma justa composição do litígio.

A cooperação entre todos os que participam do processo visa aos seguintes objetivos: a) duração razoável do processo com decisão de mérito; b) que a decisão seja justa e efetiva. Diante disso, traçados os objetivos da cooperação, primeiramente será feita uma análise acerca da duração razoável do processo e dos demais objetivos na próxima seção.

²⁴⁶ A cooperação concebida como princípio será enfrentada na seção 4.3.

²⁴⁷ Sobre a cooperação ser um novo modelo de processo vide seções 1.3.4 e 1.3.5.

²⁴⁸ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno*. Parte geral e processo de conhecimento. vol 1, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.59.

²⁴⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 763.

²⁵⁰ “Art. 266, 1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.”

2.6 A duração razoável do processo como um dos objetivos da cooperação: o processo também deve ser erigido pelo impulso das partes

O artigo 6º, 1º²⁵¹, da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, originária de Roma, no ano de 1950, trata da razoável duração do processo, e em decorrência disso a sociedade passou a ter direito a um processo sem *dilações indevidas*, o que implica direito constitucional subjetivo.²⁵²

A duração razoável do processo e a sua garantia de celeridade tem previsão constitucional (art. 5º, LXXVIII²⁵³). Além disso, o artigo 4º²⁵⁴ do CPC/15 inseriu a duração razoável do processo²⁵⁵ como um de seus fundamentos. Portanto, um dos objetivos, é que o bem da vida almejado, seja entregue ao jurisdicionado com celeridade, que é o primeiro objetivo da cooperação processual.

José Rogério Cruz e Tucci entende que o processo no Brasil é lento, sobretudo pela falta de recursos materiais destinados ao Poder Judiciário, no entanto, o que é mais grave são as *dilações indevidas* no processo, as quais

²⁵¹ “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

²⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.198

²⁵³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

²⁵⁴ “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

²⁵⁵ “No novo CPC houve uma adequação terminológica que tornou mais apropriada a necessidade que se impõe da observância de uma duração razoável do processo, não exatamente uma “rápida solução do litígio”, como o tema é tratado no CPC de 1973 (inc. II do art. 125). Isso porque, com a edição da EC 45/2004, mediante introdução do inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/1988, assegurou-se a todos, ao menos programaticamente, seja no âmbito judicial ou administrativo, o direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 449.

ocorrem em razão dos atrasos, uma demora muito grande entre um ato e outro, etc., o que torna impossível determinar uma regra para que o processo seja célere.²⁵⁶

O processo de estruturado cooperativamente envolve, em tese, uma decisão de mérito célere, (em tempo razoável). Todavia, a duração razoável do processo é relativa, por isso é necessário fazer uma avaliação acerca daquilo que é razoável, para tanto, são enumerados três critérios para analisar uma indevida *dilação processual*, especialmente, porque o processo não se torna lento somente em razão da inobservância dos prazos. São elas: a) complexidade da causa; b) comportamento dos litigantes e de seus procuradores; c) da atuação do órgão jurisdicional.²⁵⁷

Dos critérios elencados, dois merecem destaque, sob a óptica da cooperação: o comportamento dos litigantes e de seus procuradores, e da atuação do órgão jurisdicional, sendo que o primeiro é de extrema importância para o desenrolar da atividade jurisdicional, exemplo disso, é que as partes não podem utilizar de expedientes que retardem o andamento da marcha processual, o que implica litigância de má-fé, de acordo com o artigo 80, incisos, IV e VII,²⁵⁸ do CPC/15.

Não é somente vedado o retardamento indevido, mas as partes devem promover o princípio do *impulso das partes*²⁵⁹, quebrando o paradigma de que somente o órgão jurisdicional deve ater-se ao impulso oficial. Como exemplo desse impulso promovido pelas partes, o artigo 191 do CPC/15 abre a possibilidade “de comum acordo, o juiz e as partes poderão fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”, não sendo necessário aguardar todo trâmite formal.

²⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do código de processo civil*. Op. cit., p.198.

²⁵⁷ Idem, p.199.

²⁵⁸ “Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

²⁵⁹ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2º vol, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1981, p.71.

Outro exemplo é o réu se dar por citado, previsão no artigo 214, § 1º²⁶⁰ do CPC/1973, com correspondente no artigo 239²⁶¹ do CPC/15.

A atuação do órgão jurisdicional também é de fundamental importância, para que seja entregue uma decisão de mérito em tempo razoável, nesse caso é possível citar o contraditório efetivo, em que as partes participam, substancialmente, na formação da decisão do magistrado. O juiz também deve dar suporte às partes, como aplicar a carga dinâmica de inversão do ônus da prova, artigo 373, § 1º²⁶² àquele que tem melhores condições de produzi-la. Pode também determinar a busca e apreensão de documento ou coisa que estejam em poder das partes ou de terceiros, quando for necessário para o deslinde da causa, ou a adoção de qualquer outra medida legal para o cumprimento da decisão judicial.²⁶³

O artigo 370, parágrafo único²⁶⁴ do CPC/15, permite ao magistrado que refute as diligências inúteis ou protelatórias, o que também está previsto no CPC/1973 especificamente, no artigo 130.²⁶⁵

²⁶⁰ “Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu. § 1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação”.

²⁶¹ “Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido. § 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução.”

²⁶² “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

²⁶³ MITIDIERO, Daniel. *A Colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro*. Revista do Advogado, nº 126. São Paulo: AASP, 2015, p. 51.

²⁶⁴ “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

²⁶⁵ “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

2.6.1 A celeridade não permite a eliminação de processos “a qualquer custo”: o enfrentamento do mérito como um desiderato do processo

Ao longo da história sempre houve a busca por um processo mais ágil, e o próprio CPC de 1973 evoluiu nesse sentido, sobretudo com as mudanças legislativas iniciadas a partir de 1994, lideradas por Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, que apontaram para um processo velando pela rápida solução do litígio, como a não separação dos processos em conhecimento e de execução, sendo sincretizados, apenas dividindo entre fase de conhecimento e de cumprimento de sentença, conforme artigos 475, I combinados com os artigos 461 e 461-A, com correspondentes no CPC/15, artigos. 536, 538, 675.²⁶⁶

É salutar construir um processo rápido, mas ao mesmo tempo efetivo, guardando relação com a duração do processo, mas celeridade não é sinônimo de efetividade, pois esta é interligada com a segurança jurídica, a qual também está associada ao Estado Constitucional, que por sua vez também possui uma intersecção com o processo cooperativo, cuja construção depende de respeito a direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a democracia.²⁶⁷

Nos dizeres de Teresa Arruda Alvim Wambier, em nome da celeridade, a alteração legislativa, jurisprudencial ou edição de súmula que tenham o caráter de diminuir a carga de trabalho dos tribunais são ilegítimas, e de fato são, eis que o nosso sistema recursal existe, para que o jurisdicionado tenha uma decisão mais qualificada, para tanto critica com veemência a súmula (enunciado de súmula) 735²⁶⁸ editado no fim de 2003 pelo STF.²⁶⁹

O texto sumular é criticado, porque ele é inconstitucional por natureza, pois fere o princípio da isonomia, haja vista que a parte, em tese, poderia pleitear a

²⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, ps. 41-42.

²⁶⁷ GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013, p. 121.

²⁶⁸ Súmula 735 (STF). Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

²⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Restrições indevidas ao direito de recorrer*. Revista de Processo, v. 130, DTR\2011\5469. São Paulo: Revista de Processo, 2005, p. 249.

concessão de liminar perante o STF, mas a parte que teve uma liminar deferida, injustamente contra si, não poderá se valer desse mesmo direito, sob a alegação de que uma medida de urgência concedida indevidamente não envolve inconstitucionalidade, o que é incompreensível e padece de silogismo.²⁷⁰

Isso demonstra que a celeridade processual, isoladamente, pode trazer problemas mais acentuados se não for associada a outros elementos fundamentais, eis que não existe uma formação cooperativa para a busca de um processo justo, mas sim uma forma de criar uma estrutura para eliminar os julgamentos de recursos, sem qualquer fundamento constitucional, o que implica *comportamento não cooperativo*, cuja finalidade é produzir decisões como em uma *linha de montagem*, o que não satisfaz aos anseios da sociedade, e torna a prestação jurisdicional inadequada.

Para o juiz de direito e professor da Universidade de São Paulo (USP), Fernando da Fonseca Gajardoni, reconhecidamente um juiz que se destaca pela divisão de trabalhos com as partes, ele não acredita que o CPC/15 resolverá o problema da morosidade, haja vista que a lentidão atual decorre da falta de estrutura do Poder Judiciário e da demora na implantação de ferramentas digitais. Ele também defende que um processo célere e justo depende da cooperação de todos os envolvidos.²⁷¹

Humberto Theodoro Júnior propala que não é de hoje que o processo vem passando por transformações, com vistas a imprimir celeridade, mas a falta de estrutura do Poder Judiciário e a ausência de soluções criativas provocam mais entraves à realização da justiça, por isso aposta na conciliação para sanar o problema de emperramento do aparelho jurisdicional,²⁷² que embora não resolva todos os problemas atinentes, ao menos promove celeridade e a resolução integral da demanda.

²⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Restrições indevidas ao direito de recorrer*. Op. cit., p. 249.

²⁷¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Novo CPC trabalha com utopia de ser capaz de resolver problemas da Justiça*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI214627,61044-Fernando+Gajardoni+Novo+CPC+trabalha+com+utopia+de+ser+capaz+de>>, acesso em 01/07/2015.

²⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista dos Tribunais, vol. 125/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 75-77.

O primeiro objetivo da cooperação é a duração razoável do processo, o que pressupõe que a decisão do órgão jurisdicional seja qualificada, e essa rápida solução do litígio não guarda relação com comportamentos defensivos para eliminação de processos, “a qualquer custo”, antes de tudo, é necessário que seja entregue uma decisão de mérito, fazendo com que as sentenças terminativas e os recursos não conhecidos sejam a exceção, aplicáveis somente para aqueles casos irremediáveis. Diferentemente do que ocorre na atualidade, como a aplicação da pena de deserção por erro no preenchimento da guia de recolhimento do preparo recursal²⁷³, o que denota uma má prestação da atividade jurisdicional.

Alguns setores da doutrina propugnam que a celeridade do processo é indissociável da *solução integral do mérito*, que na verdade entrega ao jurisdicionado não somente a sentença de mérito, mas a sua cabal satisfação, o que se denomina de *princípio primazia do julgamento do mérito* “que induz o máximo aproveitamento da atividade processual mediante a adoção do aludido novo formalismo democrático ou formalismo conteudístico”²⁷⁴. Não por acaso, os referidos autores extraíram a primazia do julgamento de mérito do próprio texto processual, o qual preconiza que, dentre outros, as partes tem direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (artigo 4º do CPC/15²⁷⁵).

²⁷³ Tribunal de Justiça de São Paulo, (TJ/SP) “Justiça gratuita indeferida. Custas de preparo. Recolhimento irregular - Identificação das partes, do processo e da comarca que deviam constar obrigatoriamente na Guia de arrecadação, nos termos do Provimento nº 33/2013 da Corregedoria Geral da Justiça deste Tribunal – Deserção caracterizada – Recurso não conhecido.” (Relator(a): Souza Lopes; Agravo de Instrumento nº 2154575-10.2015.8.26.0000. Comarca: Mongaguá; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/10/2015; Data de registro: 24/10/2015). (Relator(a): Fábio Podestá; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/10/2015; Data de registro: 20/10/2015). Nesse mesmo sentido, vide: TJ/SP. Recurso Adesivo 1028300-64.2014.8.26.0001, (Relator(a): Fábio Podestá; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/10/2015; Data de registro: 20/10/2015). TJ/SP 0039585-84.2009.8.26.0506. Embargos de declaração em apelação. (Relator(a): Caio Marcelo Mendes de Oliveira; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/09/2015; Data de registro: 18/09/2015. O STJ caminha no mesmo sentido: AgRg no AREsp 238.764/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 01/07/2013; AgRg no REsp 1357549/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 18/03/2013; AgRg no AREsp 231.460/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 22/11/2012; AgRg no AREsp 167.800/PA, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 22/08/2012; EREsp 820.539/ES, Corte Especial, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 23/08/2010. Essa informação é decorrente de pesquisas de 30 decisões oriundas do Tribunal de Justiça de São Paulo e 20 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

²⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 142.

²⁷⁵ “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Há entendimento de que a primazia do julgamento do mérito seja corolário do direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF), assegurando resultados efetivos no processo, o que englobam as fases de conhecimento, recursal e de cumprimento de sentença.²⁷⁶

Não basta que o judiciário seja rápido, pois uma decisão inadequada, decorrente de um processo mal conduzido implica retrabalho, como interposições de inúmeros recursos, refazimentos de pronunciamentos judiciais, etc. Destaca-se também, que não é qualquer sentença que resolve integralmente o mérito, da forma aqui concebida, “ela deve conter integralmente o objeto do processo, e ainda a função jurisdicional deve ser tal que o direito definido seja satisfeito”.²⁷⁷

No Brasil, é muito grande a quantidade de processos extintos em decorrência de problemas formais (formalismo exagerado), apego demasiado às *técnicas processuais*, que obstem o alcance do resultado perseguido, e tudo por falta de coerência e adequada análise do verdadeiro objetivo do processo, tornando o processo um fim em si mesmo, e essas extinções ocorrem sem que a inobservância de alguma forma resulte prejuízo para as partes ou para o processo, o que é inconcebível no processo civil contemporâneo.²⁷⁸

O CPC/15 amenizou essa situação, para tanto trouxe algumas novidades importantes, que embora não resolvam todos os problemas, pelo menos inibem algumas “práticas nocivas”, como o artigo 1.007, §§ 4º e 7º²⁷⁹, prevendo que na interposição do recurso, embora se exija o recolhimento do preparo e do porte de remessa e de retorno no ato da interposição, quando o recorrente não o fizer será

²⁷⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil*. Disponível em: < http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/#_ftnref3> Acesso em: 30.11.2015

²⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *et al: Novo CPC fundamentos e sistematização*. Op. cit., p. 142.

²⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 90.

²⁷⁹ “Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. § 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias”.

necessário que ele seja intimado para tal, mas terá de recolher o valor em dobro. Vale dizer, o recurso não poderá ser inadmitido de plano em razão da deserção.

Já no § 7º (Cf. nota 275) do aludido artigo, também há proibição de que um recurso tenha seu seguimento obstado em razão da deserção, caso haja algum erro no preenchimento da guia, como código, ilegibilidade, erro no número de CPF ou CNPJ, dentre outros, nesse caso o recorrente deverá ser intimado para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

O problema do texto do § 7º é que na sua segunda parte ele dá uma margem de abertura ao intérprete, que poderá desvirtuar o propósito da lei “*cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias*”. A pergunta que se faz é: como seria interpretada essa parte do artigo? O que significa a expressão *em caso de dúvida*? O questionamento é importante, pois, como citado alhures, há uma prática defensiva para eliminação de processos.

A resposta será dada no cotidiano forense, no entanto, o artigo 932, parágrafo único contribui para a resposta, quando determina que: “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”. Em outras palavras, o direito de ação compreende não apenas a tutela jurisdicional adequada, mas também um processo adequado.²⁸⁰

Nesse mesmo sentido, o artigo 938, § 1º²⁸¹ prevê que ao ser constatada a ocorrência de algum vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. Alguns exemplos de vícios sanáveis: recurso apócrifo, ausência de procuração, ata sem

²⁸⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno*. vol. 1. parte geral e processo de conhecimento. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 68.

²⁸¹ “Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. § 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.”

assinatura, laudo pericial sem assinatura, nestes dois últimos, seria o caso de o tribunal remeter à primeira instância para corrigir o vício.²⁸²

O parágrafo único do artigo 932 também deverá ser aplicado na hipótese prevista no artigo 1.003, § 6º²⁸³ do CPC/2015, cujo texto determina que o recorrente deverá comprovar a ocorrência de feriado local no ato da interposição do recurso, pois se o recorrente não o fizer, o recurso não poderá ser inadmitido, o tribunal deverá conceder prazo de 5 (cinco) dias para que seja comprovada a existência do aludido feriado, em homenagem ao *princípio da primazia do julgamento de mérito*.²⁸⁴

O artigo 1.013, § 4º²⁸⁵ dispõe que caso o tribunal venha reformar sentença que reconheça decadência ou prescrição, se possível o tribunal deverá examinar as demais questões, sem determinar o retorno dos autos o juízo de primeiro grau. Aqui, mais uma vez o legislador zelou pela rápida solução do litígio e o enfrentamento do tema de fundo.

No que tange aos recursos excepcionais, merece destaque o artigo § 3º do artigo 1.029, com a seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”. Nesse caso, pode-se vislumbrar como erro sem gravidade para que o recurso seja rejeitado, uma diferença mínima no recolhimento do preparo, ou deixar de indicar o endereço eletrônico onde se encontra o acórdão paradigma, etc.²⁸⁶

²⁸² CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.098.

²⁸³ “Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. § 6º O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”.

²⁸⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil*. Op. cit., p. 5.

²⁸⁵ “Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada: §4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau”.

²⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil*. Op. cit., p. 6.

O artigo 1.032, parágrafo único²⁸⁷ determina que “se o relator, no STJ, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.” Cumprida essa etapa, o relator remeterá o recurso ao STF, e caso esse entenda que a violação constitucional seja reflexa por pressupor a necessidade de interpretação de lei federal ou de tratado, remeterá ao STJ para julgar como recurso especial. (art. 1.033²⁸⁸).

O CPC/15 demonstra a importância de que o mérito seja julgado, como constante no artigo 321²⁸⁹, pois o juiz, ao identificar que a petição inicial não preenche os requisitos, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias, para que a irregularidade seja sanada, no entanto, a novidade é que o juiz deve indicar, de *modo preciso*, o que deverá ser corrigido ou completado. Tratam-se dos deveres de esclarecimento e prevenção²⁹⁰, evitando que o processo seja extinto.

Complementando o parágrafo supramencionado, o artigo 139, IX²⁹¹ dá como uma das incumbências do juiz na direção do processo, “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”. O mesmo se extrai do artigo 317²⁹², em que antes de o juiz extinguir o processo sem resolução de mérito deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. O

²⁸⁷ “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.”

²⁸⁸ “Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.”

²⁸⁹ “Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”.

²⁹⁰ Sobre os deveres de esclarecimento e prevenção, vide seções 3.4.1 e 3.4.2.

²⁹¹ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.”

²⁹² Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

artigo 319, II § 2º²⁹³ não permite o indeferimento da petição inicial devido à ausência de informações previstas no inciso II, quando for possível a citação do réu.

O artigo 338 tem a seguinte redação: “alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.” Nesse ponto se privilegiou o *dever de prevenção*.

Portanto, pelo próprio conteúdo extraído do artigo 6º do CPC/15 a cooperação é o ponto fulcral para o alcance de um processo cujo mérito deva ser julgado, em tempo razoável, de forma justa e efetiva. Nesse caso, entenda-se por mérito a solução integral do caso, incluindo a atividade satisfativa.²⁹⁴

2.7 A decisão justa e efetiva como escopo contributivo e o paradigma da busca da verdade

Um processo efetivo encontra guarida no equilíbrio entre *segurança jurídica* e *celeridade*, entregando aos litigantes o resultado almejado pelo direito material. Dessa forma, efetividade não significa somente um processo célere, que ao final o bem da vida seja entregue, pois ela está condicionada a um processo justo, ou seja, rapidez do processo não é necessariamente um processo efetivo, assim como, um processo lento, também não é capaz de ser efetivo, razão pela qual, é de alto relevo que esse processo seja pautado por garantias constitucionalmente consagradas.²⁹⁵

Ressalta-se que o contraditório, além de constitucionalmente garantido, é um dos deveres do processo cooperativo, pois a participação efetiva das partes traz previsibilidade e segurança, inclusive, é fundamental para uma decisão escoreta e qualificada.

²⁹³ “Art. 319. A petição inicial indicará: II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; § 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.”

²⁹⁴ ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Op. cit., p. 449.

²⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.49.

A efetividade é um dos escopos do processo, e o discurso propalado ecoa no imaginário da doutrina e do Poder Judiciário, tanto no Brasil como no exterior, e é sempre objeto de celeuma, que se não for bem compreendida é capaz de conduzir a leviandade, e por essa razão, Barbosa Moreira propugna que o avanço da ciência processual e dos demais ramos do direito foi imprescindível para o alcance da construção de um processo mais efetivo. Para tanto, ele cita as Ações Coletivas, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Juizados Especiais,²⁹⁶ como grandes conquistas, mesmo assim são insuficientes, eis que a efetividade necessita de um mínimo de regras basilares.²⁹⁷

Mesmo com os avanços ainda há frustração demasiada, porque o problema da efetividade do processo é suscetível a alguns riscos, sendo o primeiro, a impossibilidade de a efetividade ser um valor absoluto, porque não se pode transpor a sapiência de conciliar a efetividade, de forma harmônica, com outros valores e garantias, como a não obtenção de provas por meios ilícitos, por exemplo.²⁹⁸

Além disso, a busca desenfreada pela efetividade do processo pode ocasionar o desequilíbrio do sistema, quando a meta implacável pela verdade possa comprometer a duração razoável. Diante disso, tudo deve ser realizado de maneira uniforme, inclusive os operadores do direito devem primar pela técnica, tantos advogados, como juízes, caso contrário não é possível construir um processo adequado, mas a tecnicidade, na atualidade, é comprometida, especialmente em razão do excesso de trabalho que *afoga* o judiciário, e até mesmo os advogados,

²⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. Revista de Processo, vol. 77/1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1995, p. 169-170.

²⁹⁷ "(...) procuramos sintetizar em cinco itens algo que, sem excessiva pretensão de rigor, se poderia considerar como uma espécie de "programa básico" da campanha em prol da efetividade. Escrevíamos então: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias." Idem, p. 168.

²⁹⁸ Idem, p. 171.

cuja visão intelectual acaba pulverizada com a falta de estrutura, que deixa à míngua as esperanças do jurisdicionado, relegando a efetividade a algo distante da realidade.²⁹⁹

Cândido Rangel Dinamarco pontua que a efetividade tem como objetivo eliminar as insatisfações, com justiça e cumprimento do direito, mas que também promove a participação dos indivíduos nos destinos da sociedade, o que assegura liberdade, e contribui para o aperfeiçoamento do sistema.³⁰⁰

É imperioso que haja ampla participação política dos magistrados, para compreensão dos valores da sociedade, assim como, o direito processual não deve ficar distante do direito, eles devem complementar-se, superando o paradigma de um processo autonomista, razão pela qual é indispensável a junção direito-processo, rompendo-se com a visão puramente formalista, especialmente, porque o processo possui caráter publicista.³⁰¹

Uma decisão justa é derivada de um processo que compõe a efetividade, celeridade e economia processual, inclusive os sujeitos do processo devem atuar de forma adequada, para que se atinjam os resultados, o que passa, indubitavelmente pela técnica corretamente aplicada, no entanto a técnica não pode ser permeada por excessos de formalidade, é importante simplificá-las quando corroboram para o emperramento da marcha processual, mas as garantias constitucionais devem ser preservadas.³⁰²

Problema da efetividade e celeridade do processo não passam apenas pela questão técnica, pois os vetores políticos, culturais, econômicos e sociais são importantes, por isso é de extrema relevância uma reestruturação, que não fica apenas nos contornos da legislação, mas no âmago do espírito do jurisdicionado.³⁰³

²⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. Op. cit., p. 173.

³⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 320.

³⁰¹ Idem, p. 321-322.

³⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. Op. cit., p. 50-51.

³⁰³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Processo civil realidade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 100.

José Roberto dos Santos Bedaque propõe o desapego à técnica processual, que pode corromper o sistema, sobretudo quando defende que as regras do procedimento devem ser simples, evitando que se transforme o processo em um labirinto, ou seja, um formalismo excessivo, “*regulando o mínimo necessário, a garantia do contraditório*”.³⁰⁴

O autor é caudatário de uma ideia perigosa, não quando aborda o desapego ao formalismo como um mal que emperra o processo, mas deixar a garantia do contraditório ao alvitre do Poder Judiciário vai de encontro aos mais recentes trabalhos da doutrina contemporânea, e também ao próprio CPC/15, pelos seguintes motivos: a) o contraditório é um dos deveres do processo cooperativo, e sua minimização é uma violação frontal à Constituição da República, resvalando no Estado Democrático de Direito e no Devido Processo Legal, e quando as partes influenciam efetivamente na decisão do juiz, o processo é melhor fundamentado e qualificado, inclusive célere, porque evita anulações e recursos desnecessários; b) O artigo 10 do CPC/15 prevê, expressamente, que o contraditório deve ser oportunizado às partes, mesmo acerca das matérias conhecíveis de ofício. Logo, qualquer tentativa de minimizar o contraditório é inconstitucional.

O que não se pode discordar é que o apego ao formalismo pode transformar o processo em um martírio, sem propósito e retórico. Portanto, o problema não está na forma, mas sim no exagero que trava o processo e frustra o jurisdicionado, impedindo a realização do direito material, transformando a efetividade em algo inalcançável.³⁰⁵

Não basta que a decisão, fruto de um processo cooperativo, seja de mérito, efetiva e célere, pois acima de tudo, ela deve ser justa. Contudo, o que venha ser uma *decisão justa* sempre foi alvo de debate, um verdadeiro paradigma que renderia um imenso trabalho, e mesmo assim não se esgotaria o tema, por isso somente alguns aspectos serão abordados, especialmente no direito processual civil à luz da colaboração.

³⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo*. Op. cit., p. 52.

³⁰⁵ Idem, p. 80.

O processo civil é o instrumento para a realização do direito material, que quando feito de forma adequada e qualificada consegue alcançar o seu escopo, a pacificação social, que decorre de um processo efetivo, adequado e tempestivo.³⁰⁶ Ressalta-se, que as definições se entrelaçam, ou seja, a justiça é um *estado de coisas*.

Como ponto fulcral, a decisão justa deve decorrer de um processo justo, com garantias constitucionais e processuais; contraditório; igualdade; fundamentação; publicidade; juiz natural; imparcialidade; dignidade da pessoa humana; dentre outras, e mesmo assim, a realização do direito material deve ser justa, e isso não se confunde com processo justo, mas este é pressuposto para aquela, haja vista que uma decisão justa é uma decisão qualificada e em conformidade com o direito, fruto de uma correta interpretação normativa.³⁰⁷

No entanto, há na doutrina, especialmente na escola italiana, que atrela a justiça a um processo justo, repleto de garantias constitucionais, como o contraditório, igualdade substancial das partes, respeito aos direitos fundamentais, com garantia de imparcialidade e independência do órgão julgador, inclusive uma audiência pública alicerçada pelos princípios da oralidade, imediatidade e

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 627 – 628.

³⁰⁷ “(...) se se parte da premissa de que tal função [do processo] consiste simplesmente na *dispute resolution*, o processo será concebido, certamente, como um instrumento, mas para a realização do escopo consistente em somente pôr fim à controvérsia. Desse modo, a eficácia é o cerne do processo como instrumento de possível pacificação social, mas não se considera relevante a qualidade da decisão que resolve a controvérsia (...). A solução muda completamente se não se admitir que *qualquer* solução da controvérsia seja boa desde que eficaz no sentido anteriormente indicado, julgando-se que a decisão que resolve a controvérsia deva ser formulada *em conformidade ao direito*. (...) Em linhas gerais, pensar que a decisão seja formulada em conformidade ao direito significa introduzir um requisito de qualidade da decisão, que, portanto, passa a ser objeto de valoração também em si mesma, e não somente como sucesso de um procedimento potencialmente idôneo a pôr fim à controvérsia. Isso equivale a admitir-se a possibilidade de que se trace uma distinção entre decisões “boas” e decisões “ruins”. Todas as decisões podem resolver *de facto* a controvérsia, mas somente as decisões “boas”, corretamente formuladas em conformidade ao direito, serão aceitáveis, independentemente do procedimento de que derivam, e mesmo que encerrem o conflito entre as partes”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 138 – 140.

concentração. Nessa corrente pouco importa a qualidade do resultado e os efeitos obtidos ao final, o importante é que o processo seja justo.³⁰⁸

Isso não é suficiente, tudo faz parte de uma mesma finalidade, ou seja, ainda que as partes estejam equilibradas, que o contraditório seja respeitado dentre as demais garantias constitucionais, a decisão também deve ser justa. É uma dupla acepção consistente na interpretação correta das regras envolvidas e uma (re) construção correta dos fatos.³⁰⁹

Falar sobre uma decisão justa envolve a busca da verdade, que é difícil de ser alcançada, por isso a decisão tem de ficar o mais próximo possível desse conceito, caso contrário ter-se-á uma decisão arbitrária, que é antípoda ao ideário de justiça.³¹⁰

Além disso, há uma tenaz intersecção entre verdade, apuração dos fatos e decisão justa. Nesse caso, a verdade, embora seja difícil de alcançar, ela não é impossível, e ainda que não seja alcançada, há um dever de se chegar o mais próximo possível dela. Contudo, para essa missão, a apuração dos fatos pela persecução do conjunto probatório será importante para o alcance da justiça da decisão. Portanto, a decisão justa está entrelaçada com a aproximação da verdade, na re (construção) dos fatos mediante os meios probatórios, idoneamente produzidos, e com a adição da adequada leitura dos fatos pelo intérprete, para o melhor enquadramento ao texto normativo.³¹¹

Em suma, deve haver correspondência entre os fatos comprovados através de uma racional valoração das provas pelo intérprete, desde que legitimamente produzidas, para que possa haver uma aproximação da verdade, criando a *ratio*,

³⁰⁸ “Infatti, i predicati “assiologici” correlati alla fairness del procedimento fanno sì che la giustizia “procedurale” si imponga per sua forza naturale, come parametro di legalità formale del giudizio, cioè quale “correttezza” ed “equità” delle forme e delle garanzie processuali con cui è consentito dalla legge attuare la giustizia sostanziale davanti al giudice.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa*. Revista de Processo. vol. 116/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul-Ago/2004, p. 105.

³⁰⁹ CHIARLONI, Sergio. *Giusto processo (diritto processuale civile)*. RePro. vol. 219/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Mai/2013, p. 122.

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*. Roma: Bari, 2000, p. 9.

³¹¹ CAVANI, Renzo. “Decisão justa”: Mero slogan? Revista de Processo. vol. 236/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out/2014, p. 127.

estruturada logicamente, respeitando uma não contradição, e assim conformar uma justa decisão completa e coerente.³¹²

A decisão justa compreende um juiz vinculado e condicionado ao ordenamento jurídico, sem contabilizar o merecimento ou a necessidade das partes, ou sucumbir à sua subjetividade, por isso, justiça não é qualquer justiça, mas sim a *justiça segundo o Direito*.³¹³ Além disso, deverá assegurar direitos fundamentais no curso do processo, com justificação racional acerca de todos os atos, adequada interpretação e aplicação do direito ao caso concreto.³¹⁴

³¹² CAVANI, Renzo. “*Decisão justa*”: *Mero slogan?* Op. cit., p. 119-120.

³¹³ Idem, p. 131.

³¹⁴ “A aproximação entre teoria do Direito e processo civil é um aspecto da mais alta relevância para o processualista de hoje. Essa vinculação, de passagem, tem de trazer a consciência da necessidade de um trabalho conceitual mais rigoroso. Assim, falar em termos de decisão justa traz consigo um ônus de justificar o emprego de tal conceito. Na visão aqui exposta, *decisão justa* é aquela proferida se o juiz promover o respeito dos direitos fundamentais processuais no procedimento e se, mediante justificação racional, fizer uma adequada apuração dos fatos e uma idônea interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Todos eles são elementos para a justiça da decisão, e todos eles têm critérios a serem respeitados para aferir a sua adequação. Não se deve buscar, portanto, a “resposta correta” e sim a melhor decisão possível, porque apenas através dela o juiz cumpre com seu dever de tutelar os direitos e construir uma sociedade justa, tal como, por exemplo, expressamente manda a ordem jurídica brasileira.” CAVANI, Renzo. “*Decisão justa*”: Op. cit., p. 136.

SEGUNDA PARTE – DOS ATRIBUTOS NECESSÁRIOS PARA A CONFORMAÇÃO DE UM PROCESSO DE ESTRUTURA COOPERATIVA E AS PROBLEMÁTICAS EXISTENTES

CAPÍTULO 3 – DO PAPEL COMPORTAMENTAL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO COOPERATIVO

Para que a cooperação tenha êxito em seu desiderato é imprescindível que seus participantes cumpram com alguns deveres, no entanto, os deveres das partes, com algumas exceções que serão analisadas ao longo do trabalho, ficam concentradas na boa-fé processual, além de elas terem o dever de serem claras naquilo que pretendem, afinal, a luta por um processo democrático que exige a participação e influencia na decisão do juiz necessita de uma boa construção técnica daquilo que se pretende com o processo, caso contrário o magistrado corre o risco de ficar em uma jornada solitária.

Em relação ao juiz, este possui a maior parte dos deveres de um processo cooperativo, como esclarecer seus posicionamentos para melhor aparelhar as partes e a sua decisão, ele também deve ser preventivo para evitar que o processo atinja a um resultado não querido pela parte, ou que não frustre o processo. O juiz deve estabelecer o diálogo e oportunizar que as partes se manifestem antes de tomar qualquer decisão. Por fim, o juiz deverá prestar auxílio, removendo obstáculos, para que o processo seja efetivo, e que seus comandos sejam cumpridos para favorecer àquele que não tem condições de suportar um ônus, como por exemplo, a inversão dinâmica do ônus da prova. E é claro, o dever de boa-fé também se estende aos magistrados.

3.1 A cooperação no direito alemão

O processo cooperativo tem forte influência do direito processual civil alemão, o qual é disciplinado por duas leis de 1877, a Lei de Organização Judiciária (*Gerichtsverfassungsgesetz*), e o Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung* – ZPO), ambas com cunho liberal, passando por diversas reformas com vistas a adequá-las ao melhor modelo que atendesse aos *interesses sociais*. O

desenvolvimento desse processo com sólidos fundamentos sociais foi inspirado no código de processo civil austríaco (ZPO) de 1889, século XIX, elaborada por Franz Klein.³¹⁵

A exemplo de toda Europa, o processo Alemão teve forte influência romana, pois já no século V, na fase da *extraordinaria cognitio*, período pós-clássico, o direito romano sofreu os primeiros assédios das migrações germânicas, e uma delas é que a forma de citação no processo romano passou a ser de exclusividade do órgão jurisdicional, em que o autor distribuía a ação com várias cópias para que o magistrado ou seus auxiliares procedessem ao chamamento do réu, semelhante ao nosso modelo de distribuição.³¹⁶

Posteriormente a essa fase, já no processo romano-canônico e das acirradas mudanças sociais, ampliações de negócios, e a luta por um judiciário independente e livre de influências, estabeleceu-se um processo com maior dominação das partes, como garantia de lisura, mas o preço foi um processo extremamente rígido em suas formas, mas com extremo avanço na era medieval, sobretudo na teoria da prova legal, a qual era totalmente envolvida pelo pensamento escolástico e aristotélico. Sem esquecer que houve intensificação do princípio dispositivo, das preclusões formais e da eventualidade.³¹⁷

Esse modelo de processo foi à ruína, haja vista o seu formalismo extremo, e a grande dificuldade em sua execução, como por exemplo, um erro de juramento, não se ajoelhar perante o relicário, não ficar na posição correta, etc., poderiam levar a perda da causa, semelhante ao formalismo da *legis actiones* no direito romano.³¹⁸

³¹⁵ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Direito processual civil europeu contemporâneo*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Lex Editora S.A., 2010, p. 13.

³¹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 159.

³¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um Formalismo-Valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47, 52-53.

³¹⁸ Idem, Ibidem.

Sobre os deveres atinentes ao processo cooperativo, a ZPO alemã impõe os deveres das partes e do juiz, para a conformação desse processo, de acordo com as disposições do § 139.³¹⁹

No direito processual alemão, a questão da máxima *iura novit curia* não fica adstrita somente às partes fornecerem o suporte fático, pelo contrário, as partes integram e participam efetivamente desse processo *Rechtsgespräch*³²⁰, inclusive dos fundamentos da decisão judicial.³²¹

³¹⁹ (1) § 139 da ZPO Alemã, alterado pela Lei de 27.07.2001: "Materielle Prozessleitung (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann." Em vernáculo, de acordo com a tradução de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, Titular de Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: "§ 139 - Condução material do processo. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito". OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Op. cit., p. 52-53.

³²⁰ Tradução livre: direito ao contraditório.

³²¹ GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013, p. 125.

Lembrando que a participação das partes no processo tem especial atenção em relação ao contraditório, inclusive o § 139, 1³²² da ZPO, combinado com o artigo 6º³²³ da Convenção de Direitos Humanos, tratam do dever de consulta, exatamente para evitar a chamada decisão-surpresa.

Além do dever de consulta inerente à garantia do contraditório, o juiz não pode ter comportamento contraditório, tem o dever de esclarecimento acerca dos erros cometidos pelas partes, para não frustrar o processo, tudo isso com o propósito de se buscar um julgamento justo, que atenda aos interesses de um Estado Social, sempre objetivando o enfrentamento do mérito.³²⁴

3.2 Os deveres comportamentais das partes no processo cooperativo

Traçado os escopos da cooperação no processo, a doutrina enumera os deveres do órgão jurisdicional, para que essa finalidade seja alcançada; são eles: deveres de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio³²⁵. No entanto, as partes também possuem alguns deveres nessa sistemática cooperativa.

E antes de falar acerca das partes, o artigo 6º do CPC/15 prevê que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, isso significa que todos aqueles que participam do processo tem o dever de cooperação, inclusive nos procedimentos de jurisdição voluntária, suplantando discussões superadas sobre a ideia de as partes estarem vinculadas uma disputa judicial.³²⁶

³²² “§ 139, (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.”

³²³ Vide seção 2.6

³²⁴ KUGLER, Klaus F. “*Die Kooperationsmaxime.*” *Richtermacht und Parteiherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis.* Linz am Rhein, Deutschland: Johannes-Kepler-Universität Linz, 2002, p. 221-222.

³²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: Op. cit., p. 114.

³²⁶ “Se para conceituar parte, se entendesse ser imprescindível o litígio, muitas vezes se teria que excluir a presença de partes na jurisdição voluntária, por não estar presente essa característica. Por outro lado, admitir-se que parte é aquele que pede e contra quem se pede a tutela jurisdicional (o que normalmente acontece), se estará admitindo como imprescindível para caracterizar a parte, a existência de contraditório (ou oportunidade deste), logo na jurisdição voluntária só haveria

Leonardo Carneiro da Cunha entende que tanto as partes, como o juiz possuem deveres para a concretização de um processo colaborativo, sendo deveres, somente das partes, para com o órgão jurisdicional,³²⁷ os seguintes:

a) a ampliação do dever de boa-fé;³²⁸

b) o reforço do dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais apresentadas;³²⁹

c) o reforço do dever de comparecimento pessoal em audiência, com a colaboração para a descoberta da verdade.³³⁰

d) o reforço do dever de colaboração com o tribunal, mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade.³³¹

Em relação ao dever supramencionado, no qual há citação da quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo e confidencialidade, o autor não se atentou ao fato de que se trata de uma flagrante incompatibilidade com a constituição, ou seja, é uma autorização para que o juiz relativize o direito de ampla defesa (CF-88, art. 5º, LV³³²), logo, a liberdade argumentativa das partes na defesa de seus interesses

interessados.” ALVIM, Thereza. O Direito Processual de Estar em Juízo. Coleção Estudos de Direito de Processo. vol. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 11. Em sentido contrário: “Assim é já que essencialmente todo processo supõe a presença de dois sujeitos (caráter dual do conceito de parte) que mantêm posições antagônicas a respeito de uma mesma questão (pretensão e resistência; protagonista e antagonista). E bem se sabe que se isso não ocorre se estará diante de um simples procedimento, e não ante um processo.” VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual*. In: DIDIER JR., Fredie. *et. al.* (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 18.

³²⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O Princípio do contraditório e a cooperação no processo*, Op. cit., p. 5.

³²⁸ Idem, Ibidem.

³²⁹ Idem, Ibidem.

³³⁰ Idem, Ibidem.

³³¹ Idem, Ibidem.

³³² “Art. 5º (...), LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

“cairá por terra”.³³³ Pode-se citar o direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo (Art. 5º, LXIII-CF³³⁴) e também o próprio texto do artigo 379³³⁵ do CPC/15 deixa claro que a parte tem o direito de não produzir prova contra si própria.

Os deveres das partes, no que tange à colaboração no processo civil, são rejeitados por parte da doutrina, haja vista que atendem interesses diversos e são adversárias, por essa razão não podem e não querem cooperar entre elas. Todavia, elas ainda possuem deveres de lealdade e boa-fé.³³⁶

Somente mais uma ressalva sobre a cooperação, o jurista Moacyr Amaral dos Santos, em obra publicada em 1981, embora não tenha falado propriamente de cooperação, ao explanar sobre o impulso oficial do processo ele leciona que esse impulso oficial não é meramente atividade do órgão jurisdicional, mas que também promove o *princípio do impulso das partes*,³³⁷ sobre o qual elas devem velar pela rápida solução do litígio, como abreviar ou prorrogar prazos, art. 181³³⁸ do CPC de 1973, e mais ampliado no artigo 191³³⁹ do CPC/15. Assim como, o réu pode dar-se por citado, art. 214, § 1º³⁴⁰ do CPC de 1973, com correspondente no artigo 239, § 1º³⁴¹ do CPC/15.

³³³ STRECK, Lenio Luiz. DELFINO, Lucio. DALLA BARBA, Rafael Giorgio. LOPES, Ziel Ferreira. *A Cooperação Processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>> Acesso em 23.12.2014.

³³⁴ “Art. 5º (...), LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

³³⁵ “Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte...”

³³⁶ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio?* Revista de Processo, vol. 213/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, Nov/2012, p. 17.

³³⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual Civil*. 2º vol, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1981, p.71.

³³⁸ “Art. 181. Podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar o prazo dilatatório; a convenção, porém, só tem eficácia se, requerida antes do vencimento do prazo, se fundar em motivo legítimo”.

³³⁹ “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”.

³⁴⁰ Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu. § 1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação”.

³⁴¹ “Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido. § 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução.”

3.3 Boa-fé como princípio geral norteador dos operadores do direito

A boa-fé tem origem no direito contratual, mas nos estudos do direito moderno a boa-fé se estendeu a todos os ramos do direito, não sendo apenas um conceito abstrato, mas imperativo que condiciona toda norma jurídica, desde a interpretação dos preceitos legais e das cláusulas contratuais, até a sua última consequência, por isso é tida como *sine que non* para a realização da justiça ao longo da aplicação das fontes do Direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial, exigindo que a lei ou contrato sejam interpretados em razão da sua função social.³⁴²

A boa-fé deve ser concebida como princípio geral, assim toda a sociedade deve observar e se atentar em suas relações a esse princípio, diferentemente do que ocorre com a ideia de boa-fé vista sob o aspecto técnico-jurídico inserido em uma gama de normas, com a finalidade de descrever ou delimitar um suporte fático.³⁴³ É uma diretriz que deve estar presente em todas as relações jurídicas, contemplando-se direitos e deveres, fazendo-se cumprir as obrigações pautadas pela boa-fé, assim como os direitos devem ser exercidos levando em conta essa cláusula geral.³⁴⁴

A boa-fé tem duas conotações, a primeira denominada boa-fé subjetiva, a qual está ligada ao aspecto pessoal e psicológico, e também está afeta ao conhecimento ou desconhecimento, relacionada à intenção de alguém. Já a boa-fé

³⁴² REALE, Miguel. *A boa-fé no código civil*. vol. 21, São Paulo: Revista de Direito e do Mercado de Capitais, 2003, p. 2.

³⁴³ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1986, p. 11-12

³⁴⁴ "Al enfrentarnos con el tema de la buena fe conviene no perder de vista que son probablemente dos cosas distintas la idea escueta de buena fe y el principio general de buena fe. Buena fe a secas es un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho (...). Otra cosa distinta es el principio general de buena fe. Aquí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general de derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones". Prossegue, ainda o autor: "Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contrahendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe." WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1986, p. 11-12.

objetiva revolve um caráter externo, como algo que foi imposto na conduta, pouco importando seu estado interior, seu sentimento, etc.³⁴⁵

A *boa-fé objetiva* é consagrada no direito alemão, e é concebida como regra de conduta dentro de um modelo social, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta, tendo por base um homem probo, o qual age com honestidade, lealdade e probidade.³⁴⁶

Deve-se levar em conta a *confiança* nos elaboradores das leis e dos pactos formulados, com vistas a que todos possam cumprir aquilo que está na lei ou nos pactos, é isso que deve ocorrer quando se contrata com alguém, ou que se espera do seu próximo que convive na mesma sociedade.³⁴⁷

3.3.1 Boa-fé como dever de conduta dos sujeitos processuais

A preocupação com a ética sempre foi importante na história do processo, especialmente para a busca da verdade, por essa razão, historicamente a boa-fé sempre foi observada do ponto de vista subjetivo, pois a pessoa era colocada no centro da questão e não a conduta em si.³⁴⁸

No Estado liberal do século XIX, a boa-fé estava condicionada a uma série de formalidades e legalidades, sem qualquer valoração no âmbito moral ou ético, especialmente influenciado pelo positivismo.³⁴⁹

Contemporaneamente, a boa-fé se estendeu ao processo e a todos que dele participam, com o escopo de fazer um processo democrático e consequentemente

³⁴⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 24.

³⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 411.

³⁴⁷ REALE, Miguel. *A boa-fé no código civil*. vol. 21, São Paulo: Revista de Direito e do Mercado de Capitais, 2003, p. 3

³⁴⁸ GIULIANI, Alessandro. L'Ordo Judiciarius Mediovale – *Riflessioni su um modello puro di ordine isonomico*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1998, p. 603-605.

³⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 170.

justo, por isso a proibição da conduta *venire contra factum proprium*, que significa a proibição de um comportamento contraditório.³⁵⁰

Em geral, o processo envolve um conflito, o que é ruim, porque melhor seria se a sociedade conseguisse solucionar seus problemas sem qualquer intervenção, no entanto, na convivência social é impossível que os conflitos não existam, então, embora sejam negativos, eles podem trazer resultados favoráveis, desde que bem administrados.³⁵¹

A boa-fé concebida como princípio envolve, tanto a boa-fé objetiva como subjetiva, sendo que aquela se trata de uma cláusula geral associada à conduta, pois está vinculada a paradigmas de lealdade, honestidade e probidade, é uma adequação de conduta individual a um modelo objetivo de conduta social, diferentemente da boa-fé subjetiva, a qual está interligada à ideia de vontade, crença ou estado de consciência, mas ambas são englobadas pelo princípio da boa-fé.³⁵²

A boa fé processual é fundamental para que se desenvolva um processo cooperativo, justo e célere, pois o processo com sólidos fundamentos sociais implica todos os sujeitos do processo agirem com lisura, nesse sentido, entendam-se como sujeitos, além das partes e órgão jurisdicional, todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, como servidores e demais membros do órgão jurisdicional.³⁵³

Impende destacar, que com base no direito alemão, sobre a boa-fé processual, nesse caso objetiva, devem-se observar as seguintes situações: a) proibição de criar dolosamente posições processuais; b) proibição do *venire contra factum proprium*; c) a proibição do abuso de poderes processuais; d) a *supressio/Verwirkung* (perda dos poderes processuais em razão do seu não

³⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Op. cit., p. 169.

³⁵¹ DEUTSCH, Morton. *A resolução do conflito: processos construtivos e processos destrutivos*. In: AZEVEDO, André Gomma. (coord.). *Estudos em arbitragem, negociação e mediação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 29-45.

³⁵² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPODVM, 2013, p. 286.

³⁵³ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 79-80.

exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não será mais exercido).³⁵⁴

Para Daniel Mitidiero, o processo civil no *modelo cooperativo* comporta, não somente a boa-fé objetiva, mas também a boa-fé subjetiva, para que os sujeitos processuais ajam com lealdade.³⁵⁵

3.3.2 Das penalidades em razão de comportamentos não cooperativos: a boa fé também se estende aos magistrados

O artigo 5º do CPC/15 prescreve que “*Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*”³⁵⁶ O texto é semelhante ao do artigo 14³⁵⁷ do CPC de 1973, haja vista que não fica adstrito às partes, no entanto, nos trabalhos doutrinários, na maior parte deles, o dever de boa-fé³⁵⁸ sempre foi associado às partes. Todavia, o CPC/15 deixa claro que todos os sujeitos devem agir com boa-fé, embora trate dessa matéria fazendo referência a autor e réu nos artigos 79³⁵⁹, 80³⁶⁰, e 142³⁶¹. Aqui cabe mais uma observação: o artigo 77 do

³⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 84-85.

³⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

³⁵⁶ “O princípio contido na norma enunciada no artigo 5º do CPC/15 – que impõe a todos os sujeitos do processo o dever de comportarem-se “de acordo com a boa-fé” – acha-se em íntima conexão com o preceito do artigo 8º, no qual se confere ao juiz o encargo de resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, ao aplicar o ordenamento jurídico no julgamento da causa.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 91.

³⁵⁷ “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: II - proceder com lealdade e boa-fé”

³⁵⁸ “Diferentemente do constante do CPC/1973, a boa-fé está inserida no capítulo I (Das normas fundamentais do processo civil), demonstrando que o legislador concebeu o instituto como imprescindível para a conformação do processo justo, sendo de observância obrigatória a todos os sujeitos participantes do processo, sem exceção. Aliás, a cooperação processual tem como um de seus grandes vetores a boa-fé”. MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* Curso de processo civil. Op. cit., p. 82.

³⁵⁹ “Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.”

³⁶⁰ “Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.”

CPC/15, o qual será analisado ao decorrer desta seção, no seu *caput* ele menciona que os deveres de boa-fé se estendem a todos aqueles que participam do processo.

O artigo 79 do CPC/15 reza que o litigante de má-fé responderá por perdas e danos. Todavia, as perdas e danos a que se refere o artigo 79 não se confundem com multa, pois a primeira somente poderá ser aplicada, caso haja comprovação do prejuízo. Assim já decidiu o STJ:³⁶²

“É permitido ao Juiz decretar de ofício a litigância de má-fé, podendo condenar o litigante faltoso a pagar multa e a indenizar a parte contrária pelos prejuízos causados (CPC, art. 18, *caput* e § 2º). Na fixação da indenização, considerada sua natureza reparatória, é necessária a demonstração do prejuízo efetivamente causado à parte adversa, em razão da conduta lesiva praticada no âmbito do processo, diferentemente do que ocorre com a multa, para a qual basta a caracterização da conduta dolosa. Reconhecida a litigância de má-fé nas instâncias ordinárias, sem demonstração do prejuízo causado à ré, mostra-se cabível a aplicação ao autor da multa não excedente a 1% sobre o valor da causa, afastando-se a indenização do art. 18 do CPC”.

Cumprido observar, que no dia 03.06.2015, a Corte Especial através dos Embargos de Divergência, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, em que um dos pontos discutia-se a litigância de má-fé e a comprovação do prejuízo, assim decidiu:

“É desnecessária a comprovação de prejuízo para que haja condenação ao pagamento de indenização por litigância de má-fé (art. 18, *caput* e § 2º, do CPC). Ressalta-se, inicialmente, que o art. 18, *caput* e § 2º, do CPC é voltado à valoração dos princípios da boa-fé e lealdade processual. Nesse contexto, o litigante que proceder de má-fé deverá indenizar a parte contrária pelos prejuízos advindos de sua conduta processual, bem como ser punido por multa de até 1% (um por cento) sobre o valor da causa, mais os honorários advocatícios e outras despesas processuais. O § 2º do art. 18 do CPC, por sua vez, estipula que o juiz poderá, de ofício, fixar o valor da indenização em até 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa ou determinar sua liquidação por arbitramento. Em momento algum, o dispositivo legal em questão exige que haja prova do prejuízo para que a indenização em discussão possa ser fixada. Com efeito, o art. 18, *caput* e § 2º, do CPC apenas dispõe que: “o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a [...] indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu [...]”. Assim, para a fixação da indenização, a lei só exige que haja um prejuízo, potencial ou presumido. A

³⁶¹ “Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”.

³⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 157. STJ, Resp 1331660/SP, 4ª T., j. 15.12.2013, rel. Min. Raul Araújo, DJe 11.04.2014.

par disso, observa-se que a exigência de comprovação do prejuízo praticamente impossibilitaria a aplicação do comando normativo em análise, comprometendo a sua eficácia, por se tratar de prova extremamente difícil de ser produzida pela parte que se sentir atingida pelo dano processual. Portanto, tem-se que o preenchimento das condutas descritas no art. 17 do CPC, que define os contornos fáticos da litigância de má-fé, é causa suficiente para a configuração do prejuízo à parte contrária e ao andamento processual do feito, até porque, caso prevalecesse a tese quanto à exigibilidade de comprovação do prejuízo causado pelo dano processual, isso impossibilitaria, muitas vezes, que o próprio juiz pudesse - como de fato pode - decretar a litigância de má-fé *ex officio*, na medida em que o prejuízo não estaria efetivamente comprovado nos autos.³⁶³

Nessa decisão, felizmente houve mudança de posicionamento, sendo desnecessário que se comprove o prejuízo para condenar o litigante de má-fé, pois o prejuízo decorre da própria conduta do ofensor que protela o desfecho do processo através de comportamentos desleais, retardando a entrega do bem da vida e provocando instabilidade em um dos escopos da jurisdição, que é a pacificação social. Além disso, a necessidade de demonstrar o dano inviabiliza a aplicação da condenação.

Sequencialmente, o artigo 80 preconiza uma série de condutas que implicam ausência de boa-fé; a) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; b) alterar a verdade dos fatos; c) usar do processo para conseguir objetivo ilegal; d) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; e) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; f) provocar incidente manifestamente infundado; g) interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

A primeira questão que se vislumbra *prima facie*, é que o artigo 80 é um rol taxativo, o que não corresponde à verdade, pois há uma gama de condutas e comportamentos desleais dentro de um litígio que podem configurar má-fé, e que não estão elencadas no texto normativo.³⁶⁴

Nesse sentido, a professora Teresa Arruda Alvim Wambier relaciona deveres, sendo que alguns não são contemplados pelo Código de Processo Civil como comportamentos que conduzem à litigância de má-fé, mas a sua inobservância

³⁶³ Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 1.133.262-ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 3/6/2015, DJe, 4/8/2015.

³⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 81.

acarreta a violação a esse dever, o que não guarda relação à intenção, e sim à conduta, são eles: a) retidão dos sujeitos processuais; b) dizer a verdade; c) não criar embaraços ao cumprimento de decisão judicial; d) o de exhibir documento em seu poder, cujo exame pelo juiz, seja necessário para decidir o mérito (e isso diz respeito até a terceiros); e) o juiz deve se declarar suspeito quando o for.³⁶⁵

Na contramão do entendimento supramencionado há julgado do STJ estabelecendo três requisitos para configuração da má-fé: a) que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no artigo 17 do CPC/1973; b) que tenha sido oferecida à parte a oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV)³⁶⁶; c) que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa.³⁶⁷

O artigo 77³⁶⁸ do CPC/15 também traz um rol exemplificativo, cujo escopo é impor observações de deveres aos sujeitos processuais na busca de um processo estruturado cooperativamente, por isso repreenhe com maior rigor os atos atentatórios à dignidade da justiça.³⁶⁹ Os incisos IV e VI do artigo 77 preveem que são deveres de todos que participam do processo: “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação” e “não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso”.

³⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61-62.

³⁶⁶ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente.”

³⁶⁷ STJ - REsp 250.781/SP, Rel. Ministro José Delgado, 1ª T., julgado em 23/05/2000, DJ 19/06/2000, p. 120 e REsp 271.584/PR, Rel. Ministro José Delgado, 1ª T., julgado em 23/10/2000, DJ 05/02/2001, p. 80.

³⁶⁸ “Art. 77 Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso”.

³⁶⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breves comentários ao novo código de processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et al.* (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 277.

O § 1º³⁷⁰ estabelece que as condutas previstas nos incisos supracitados configuram atos atentatórios a dignidade da justiça, que não deixam de ser atos que configuram a má-fé processual, mas essa conduta é qualifica, ou seja, sua inobservância é mais grave que os demais comportamentos, e o CPC/15 inovou ao incluir no inciso VI o atentado (inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso). Contudo, os atos atentatórios à dignidade da justiça também são exemplificativos e ainda não se esgotam nas hipóteses previstas no artigo 77, § 1º, pois o artigo 774 e parágrafo único³⁷¹, também trata da temática no processo de execução, assim como o artigo 334, § 8º³⁷² que cuida daquele que não comparece na audiência de conciliação, ou o artigo 903 § 6º³⁷³ (suscitar vício sem fundamento com pecha de que haja desistência por parte do arrematante). Por fim, o artigo 918, § 6º³⁷⁴ (oposição de embargos à execução protelatórios).³⁷⁵

Basicamente, havendo violação do dever de boa-fé objetiva ou incidindo a hipótese da má-fé qualificada (ato atentatório à dignidade da justiça), a diferença

³⁷⁰ “§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.”

³⁷¹ “Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I - frauda a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - dificulta ou embaraça a realização da penhora; IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais; V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus. Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material”.

³⁷² “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”.

³⁷³ “Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos. § 6º Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, devendo o suscitante ser condenado, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, ao pagamento de multa, a ser fixada pelo juiz e devida ao exequente, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do bem”.

³⁷⁴ “Art. 918. O juiz rejeitará liminarmente os embargos: Parágrafo único. Considera-se conduta atentatória à dignidade da justiça o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios”.

³⁷⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Breves comentários*. Op. cit., p. 276-277.

entre ambas está na punição ao infrator, pois a multa prevista no artigo 77, § 2º³⁷⁶ será de até 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, já no *caput* do artigo 81³⁷⁷, a penalidade será entre 1% (um por cento) até 10% (dez por cento), sem prejuízo de a parte infratora arcar com as perdas e danos.³⁷⁸

Analisando o artigo 77 conjugado com o artigo 80 e respectivos incisos, de maneira perfunctória não é possível, de imediato, concluir que o juiz possa sofrer qualquer punição pecuniária caso haja de má-fé, e isso por duas razões: a primeira por conta do texto do *caput* do artigo 79, o qual reza que somente as partes, o autor, réu ou interveniente podem responder por perdas e danos, caso haja alguma violação às condutas descritas nos incisos dos artigos 77 e 80, e a segunda situação, é que o artigo 143³⁷⁹ prevê que o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos; a) quando no exercício de suas funções proceder com dolo ou fraude; b) ou recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Como frisado, o dever de boa-fé é inerente a todos aqueles que participam do processo. Portanto, a conclusão é que o juiz também está inserido no contexto da má-fé processual, mas a punição pecuniária está prevista nos casos delimitados

³⁷⁶ “Art.77 (...) § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta”.

³⁷⁷ “Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou”.

³⁷⁸ “Crê-se que as multas do artigo 77§ 2º e do artigo 81, *caput*, do CPC/2015 não são cumuláveis se fundadas no mesmo comportamento ímprobo. Afinal, sendo tais multas da mesma natureza (sancionatória), a incidência conjunta implicaria *bis in idem*. Assim, violado o artigo 77, IV e VI do CPC/2015 (v.g. praticado o atentado), a multa será de até 20% (vinte por cento), (não de 1% a 10% pela violação do disposto no artigo 80, V, do CPC/2015) (...). Contudo, se praticada pela parte conduta considerada ato atentatório à dignidade da justiça (violação do artigo 77, IV e VI do CPC/2015) juntamente com outra conduta diversa constante do artigo 80 do CPC/2015 (v.g. artigo 80, I do CPC/2015), possível a aplicação de ambas as multas, já que fundadas em improbidades processuais diversas. Nestes casos, aplica-se a multa de até 20% (vinte por cento) por uma conduta, mais a multa de 1% (um por cento) a 10% (dez por cento) pela outra conduta, sem prejuízo pela indenização pelos prejuízos, mais despesas e honorários, na forma do artigo 81, *caput*, do CPC 2015” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Breves comentários*. Op. cit., p.280.

³⁷⁹ “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.”

pelo artigo 143, cujo correspondente no CPC de 1973 é o artigo 133³⁸⁰, o qual possui texto análogo.

Independentemente de o magistrado ter o dever de agir com boa-fé, é raro que se encontre algum comportamento judicial que possa ser enquadrado como violador desse dever, diferentemente do que ocorre com as partes, que às vezes buscam a vitória no litígio a qualquer custo, e por essa razão, na maioria dos ordenamentos jurídicos a litigância de má-fé e o descumprimento das ordens judiciais são puníveis, tanto pecuniariamente, até mesmo com prisão, como é o caso do crime de desobediência, por exemplo, reconhecendo que os comportamentos processuais maléficos, suscetíveis de punição são semelhantes aos previstos no *contempt of court*, enraizados nos ordenamentos *common law*.³⁸¹

Contempt of court, (desacato ao tribunal), que envolva ofensa, descumprimento das ordens judiciais, diminuição de sua autoridade, dentre outros comportamentos desleais, os quais podem levar os infratores, não somente serem apenados pecuniariamente, mas também com pena privativa de liberdade. Já nos países de *civil law*, embora essa nomenclatura não seja utilizada, muitos dispositivos possuem a mesma finalidade.³⁸²

Ada Pellegrini Grinover alerta que no Brasil as punições aos litigantes de má-fé ainda são raras, pois as multas são revertidas à parte contrária, o que não restabelece a dignidade da justiça, o que também está entranhado na própria cultura da administração pública que se opõe ao pagamento das condenações, pois os credores acabam na interminável “fila dos precatórios”, ou seja, as ordens judiciais não são respeitadas, não há exemplo nem do Poder Público, e assim prossegue: “O

³⁸⁰Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.”

³⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*. Revista de Processo, vol. 102/2001, São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2001, p. 219.

³⁸² Idem, p. 223.

tipo penal de desobediência, por sua vez, abre flancos para a não caracterização do crime, quando se trata de desobediência às ordens judiciárias”.³⁸³

Os comportamentos que representam atos atentatórios à dignidade da justiça, em regra são comparados ao *contempt of court*, no entanto, nesses países o poder do Órgão Jurisdicional é mais amplo, inclusive alcançando advogados, defensores, dentre outros, o que não ocorre no Brasil, eis que esses profissionais só podem ser punidos pelos seus órgãos de classe.³⁸⁴ (art. 77, § 6º CPC/15)³⁸⁵

3.3.3 Boa-fé como princípio constitucional

A boa-fé não está inserida na Constituição Federal, por isso há dúvidas sobre ser ou não ser um princípio constitucional, mas há autores que defendem a boa-fé como corolário do devido processo legal, e ainda há autores que reconhecem a existência da boa-fé associada ao objetivo fundamental da república na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nessa conjuntura, a boa-fé seria um princípio constitucional implícito, em razão da solidariedade e também em decorrência do princípio do contraditório, este como pressuposto para a existência de um processo cooperativo.³⁸⁶

Não somente no aspecto processual, mas a autonomia privada na liberdade de contratar, passa pela boa-fé e pelo princípio da função social da propriedade, mitigando a plena disponibilidade patrimonial com cláusulas gerais, que permeiam os atos da vida civil com os valores constitucionais cada vez mais sólidos nas relações privadas.³⁸⁷

³⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias*. Op. cit., p. 222.

³⁸⁴ GAJARDONI, Fernanda da Fonseca. Breves comentários. Op. cit., p. 278.

³⁸⁵ “Art. 77 (...), § 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará”.

³⁸⁶ VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 162-163.

³⁸⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 193.

De acordo com Fredie Didier Jr., se a boa-fé não tivesse previsão infraconstitucional, ainda assim ela poderia ser extraída de outros princípios constitucionais, como a solidariedade, inciso I do artigo 3º³⁸⁸ da Constituição Federal em razão de um dever fundamental de solidariedade, para não haver quebra do dever de confiança e de não agir com deslealdade, também poderia ser extraído da proteção à dignidade da pessoa humana, do direito fundamental à igualdade, do próprio princípio do contraditório, e por fim, da própria cláusula do devido processo legal, para este, inclusive cita um precedente do STF como base, conforme a seguir.³⁸⁹

Indubitavelmente, o dever geral de boa-fé também é inerente ao próprio magistrado, e está no leque do princípio do devido processo legal, o *fair trial*, que é garantia decorrente do princípio do devido processo legal, para que se tenha um processo justo, efetivo e equânime, conforme já decidido pelo próprio STF, em um caso que um diretor do Tribunal Regional Eleitoral atuou no processo como advogado, o que foi considerado incompatível com o exercício da profissão da advocacia, assim como, violava o princípio da moralidade e do devido processo legal, culminando na anulação do acórdão. Embora a decisão não seja relativa à atuação de nenhum magistrado, o acórdão proferido pelo STF faz menção clara acerca do dever de boa-fé, corolário da cláusula do devido processo legal, se estender a todos os sujeitos do processo, inclusive o juiz,³⁹⁰ conforme trecho a seguir:

“A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé, lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à

³⁸⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

³⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 84-85.

³⁹⁰ Supremo Tribunal Federal (STF), 2ª Turma, RE 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006, publicado do Diário Oficial em 30.06.2006.

Justiça. Contrárias à máxima do *fair trail* – como corolário do devido processo legal, e que se encontra expressão positiva, por exemplo, no artigo 14 e seguintes do Código de Processo Civil – são todas as condutas suspicazes praticadas por pessoas às quais a lei proíbe a participação no processo em razão de suspeição, impedimento ou incompatibilidade; ou nos casos em que esses impedimentos e incompatibilidades são forjados pelas partes com o intuito de burlar as normas processuais”.

Portanto, a boa-fé processual possui dimensão constitucional, pois é de alto relevo para que a cláusula do devido processo legal seja efetivamente concretizada, ela é mais uma proposição verdadeira do *estado de coisas*, que conformam um processo justo, sendo de obrigatória observância a todos que dele participam.

3.4 Os deveres do Juiz para a conformação do processo cooperativo

O juiz exerce o papel mais importante acerca da cooperação processual, haja vista que ele não pode se esconder atrás da lei, pois tem enorme responsabilidade na decisão, podendo ser comparada com a responsabilidade do próprio legislador.³⁹¹ Ele é o condutor do processo e precisa da participação das partes para chegar à verdade.

O juiz deve desempenhar um duplo papel, sendo nivelado no diálogo com as partes e sozinho na sua decisão, a qual se baseará nesse suporte dialético. Além disso, apurar a verdade com a finalidade de encontrar a resposta correta ao caso concreto, uso adequado das técnicas executivas com o condão de conseguir a efetividade das suas decisões. Aliás, trata-se de um novo dimensionamento de poderes no processo, ou seja, organizar a posição das partes e do próprio órgão jurisdicional com a finalidade de encontrar equilíbrio na condução processual.³⁹²

Para a estruturação desse processo há quatro deveres judiciais: a) dever de esclarecimento; b) de prevenção, c) de consulta (diálogo); d) de prevenção, deveres que serão esmiuçados doravante.

³⁹¹ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 22.

³⁹² MITIDIERO, Daniel. *A Colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro*. Revista do Advogado, nº 126. São Paulo: AASP, 2015, p. 49.

3.4.1 O dever recíproco de esclarecimento

Sobre o papel do órgão jurisdicional, a colaboração é estruturada com previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo,³⁹³ dentre elas o dever de esclarecimento tem papel relevante imposto ao órgão jurisdicional, o qual deve esclarecer dúvidas das partes, pedidos ou posições do juízo, por exemplo, o magistrado não pode, imediatamente, por ausência de algum requisito processual aplicar a consequência prevista em lei (litigância de má-fé, multas, extinção do processo sem resolução de mérito), é necessário prestar esclarecimentos sobre o próximo passo a ser dado. O dever de esclarecer não fica adstrito somente ao órgão jurisdicional esclarecer-se perante as partes, mas também de esclarecer seus próprios pronunciamentos.³⁹⁴

Não sendo o caso de prolação da sentença, seja terminativa ou não, “o juiz em decisão de saneamento e de organização do processo deverá: a) resolver as questões processuais pendentes, se houver; b) delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; c) definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 (novidade por conta da distribuição dinâmica do ônus da prova); d) delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; e) designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento”, conforme teor do artigo 357, incisos I ao V do CPC/15.

Sobre o parágrafo anterior, o § 1º do artigo 357 prevê 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.” Fortalecendo o dever de esclarecimento do Poder Judiciário como objeto do processo cooperativo.

Compete ao órgão jurisdicional esclarecer e se fazer esclarecer quanto às dúvidas relacionadas aos pedidos e todos os tipos de alegações que possam influir

³⁹³ STRECK, Lenio Luiz. STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio?* Revista de Processo, vol. 213/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, Nov/2012, p. 17.

³⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Op. cit., p. 216.

no resultado do processo, com objetivo de evitar decisões apressadas e decisões baseadas em percepções equivocadas, o que também promove a igualdade substancial entre as partes.³⁹⁵

Para Miguel Teixeira de Sousa, o juiz deve ouvir as partes, representantes ou seus advogados, para que esclareçam sobre a matéria de fato ou de direito pertinentes, e desse resultado a parte contrária deverá ter ciência do que foi esclarecido. Além disso, em um segundo momento, há obrigatoriedade de que as pessoas a quem o magistrado solicitou esses esclarecimentos o prestem, dever do qual se eximirão em caso de impossibilidade devidamente justificada.³⁹⁶ Portanto, o dever de esclarecimento não está afeto somente ao juiz, mas também às partes.³⁹⁷

O CPC português impõe o dever de esclarecimento no artigo 266^{o398}, 2 e 3, pois o juiz pode, a qualquer tempo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, intimando-as para fornecerem esclarecimentos acerca da matéria de fato ou de direito que forem pertinentes ao caso concreto, cujo comparecimento é obrigatório.

No CPC/15 os requisitos da petição inicial estão previstos no artigo 319, e no artigo 321, parágrafo único³⁹⁹, há previsão de indeferimento da petição inicial, caso o

³⁹⁵ “No propósito de contribuir para a mitigação das desigualdades substanciais entre as partes, tem-se cogitado de conferir ao juiz a faculdade (eu mesmo o dever) de prestar-lhes informações sobre os ônus que lhes incumbem, convidando-as, por exemplo, a esclarecer e a complementar suas declarações acerca dos fatos, ou chamando-lhes a atenção para a necessidade de comprovar alegações.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. RePro, vol. 37/1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1985, p.147.

³⁹⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Aspectos do novo processo civil português*. Revista de Processo, n. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 176.

³⁹⁷ GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013, p. 124

³⁹⁸ “O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.” “3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos”.

³⁹⁹ “Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial”.

defeito não seja sanado. Todavia, para concretizar o dever de esclarecimento, o juiz deverá indicar de *modo preciso* como o defeito será sanado.⁴⁰⁰

A expressão “*de modo preciso*” exposta no artigo 321 é a novidade do CPC/15, pois também coloca em alto relevo, que as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais devem ser adequadamente fundamentadas, não somente sentenças ou acórdãos, mas toda e qualquer decisão, o que também é escopo da conformação de um processo cooperativo.

Merece destaque, que o dever de esclarecimento não está afeto somente ao juiz, as partes também devem trabalhar com zelo, pois as petições, em geral, devem conduzir o órgão jurisdicional a prolatar a melhor decisão, por isso é necessário que apontem a melhor interpretação das normas jurídicas aplicáveis à causa. Devem também demonstrar ao juiz, decisões, súmulas, precedentes ou jurisprudência aplicáveis ao caso concreto, com a finalidade de melhor aparelhamento do Poder Judiciário.⁴⁰¹

Nesse trabalho de persuasão, a parte não deve apenas citar um enunciado de súmula, mas deve fazer o adequado cotejo, dando ao julgador o melhor subsídio, esquadrinhando a *ratio decidendi*, conectando os fatos ao caso concreto. Dessa forma, a melhor decisão não terá suporte apenas do órgão jurisdicional, mas também das partes.⁴⁰² Por essa razão, o dever de esclarecimento não pode ficar restrito somente ao juiz, mas também às partes.

O artigo 489, § 1º, incisos IV, V e VI do CPC/15⁴⁰³ demonstram muito bem essa questão, pois o juiz não pode deixar de levar em consideração os argumentos

⁴⁰⁰ GOUVEA, Lucio Grassi. *Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. Op. cit., p. 188.

⁴⁰¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Talento e expertise do advogado na citação das decisões dos tribunais*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/paradoxo-corte-talento-expertise-advogado-citacao-decisoes-tribunais>>. Acesso em: 17/07/2015.

⁴⁰² Idem, *ibidem*.

⁴⁰³ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...).§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela

trazidos ao processo pelas partes, ou se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula sem fazer o devido cotejo ao caso concreto, ou até mesmo deixar de invocar precedente ou súmula “apontado pela parte”, sem demonstrar a distinção no julgamento ou a superação do entendimento. Nesse ponto, o inciso VI usa a expressão “invocado pela parte”, o que não isenta o magistrado de fundamentar, mas demonstra que o Poder Judiciário necessita de apoio das partes.

Se o juiz não pode julgar pelo caminho “mais fácil”, utilizando ementas sem conhecimento da *ratio decidendi*, a parte também não pode ser desidiosa utilizando-se de ementas sem adequada relação com o caso, para lançar sobre o juiz o pesado fardo de fundamentar e rechaçar determinado precedente, razão pela qual se propugna pelo contraditório intensificado “de dupla acepção”, e obviamente o processo cooperativo.⁴⁰⁴

Para Marcelo Pacheco Machado, a parte tem o dever de alegar o precedente da forma adequada, demonstrando as circunstâncias fáticas que implicam incidência em seu caso, ou, contrariamente, justificar a superação do precedente aplicável, a exemplo do que já é feito nos recursos especiais, em razão de dissídio jurisprudencial, em que o recorrente tem de realizar o cotejo analítico adequadamente, sob pena de não conhecimento do recurso. Dessa forma, se a parte não realizar esse cotejo adequadamente o juiz estará autorizado a afastar a incidência ao caso concreto, não incidindo os incisos V e VI do CPC/15, por descumprir o ônus argumentativo. Contudo, caso o cotejo não seja realizado, o juiz deverá intimar as partes a fazê-lo nos termos do artigo 10 do CPC/15.⁴⁰⁵

Indubitavelmente, se a cooperação entre os sujeitos do processo envolve a dialeticidade, não seria justo que o juiz tivesse a árdua incumbência de resolver sozinho todos os problemas do processo, pois se o juiz no momento de sua decisão tem de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, capazes, em tese, de infirmar a conclusão do Órgão Julgador (art. 489, § 1º, IV), caso a parte traga ao

parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

⁴⁰⁴ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC: Precedentes e contraditório*. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-precedentes-e-contraditorio>>. Acesso em: 23.11.2015.

⁴⁰⁵ Idem, ibidem.

autos elementos não condizentes com a realidade do caso, certamente o juiz poderá chegar a uma decisão menos qualificada.

Contudo, ainda que a parte seja desidiosa, isso não exime o dever de o magistrado fundamentar adequadamente a decisão, lembrando que os aforismos *iura novit curia* e *mihi factum dabo tibi ius* devem ser relidos, mas ainda existem, e juiz terá de fundamentar a sua decisão de forma escoreita, pois o que se reclama na cooperação é que as partes possam influenciar efetivamente na decisão, no entanto, quando a parte abre mão disso há um risco de deixar o magistrado sem o necessário suporte para proferir sua decisão dentro de um contexto melhor aparelhado.

Ainda assim a decisão tem de ser qualificada, pois não há exigência no ordenamento processual, de que seja feito algum tipo de cotejo analítico em primeira instância de jurisdição.⁴⁰⁶

Note que a cooperação não é apenas uma incumbência do juiz, todos os sujeitos estão submetidos à cooperação, obviamente que isso implica limites, sobretudo pelo ambiente litigioso que está conectado ao processo, razão pela qual as partes não se submetem aos interesses umas das outras, como em “um conto de fadas” pautado pela solidariedade das partes na busca por uma decisão contrária aos interesses dos lados que se opõem.⁴⁰⁷

É de vital importância que as partes e o juiz comportem-se em concreta cooperação, em amplo diálogo, como um contributo para a construção de uma decisão acertadamente fundamentada, tendo por base a participação de todos.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Vide seção 5.3, a qual trata do tema de forma mais ampla.

⁴⁰⁷ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 241.

⁴⁰⁸ Idem, p. 242.

3.4.2 Dever de prevenção

O dever de prevenção é mais amplo, pois o órgão jurisdicional tem de prevenir às partes acerca de uma possível frustração em relação aos seus pedidos em decorrência do uso inadequado do processo.⁴⁰⁹ Fredie Didier Jr. compreende que esse dever de prevenção consiste na explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição de fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação da parte. E ainda, como exemplo cita o preenchimento de lacunas na descrição dos fatos, especificação de um pedido indeterminado, individualização de um montante globalmente indicado, etc.⁴¹⁰

Como dever de prevenção, Lucio Grassi Gouvea cita como exemplo o artigo 284⁴¹¹ do CPC de 1973, no qual o juiz deve determinar a emenda da petição inicial, caso não preencha os requisitos previstos nos artigos 282 e 283, para somente extinguir o processo sem resolução de mérito, caso não seja atendido no prazo assinalado, e mesmo que o defeito não seja sanado, ainda assim o processo não poderá ser extinto.⁴¹²

Outro exemplo acerca do dever de prevenção, reside na possibilidade de o magistrado de fazer um convite às partes, prevenindo-as acerca de um resultado não perseguido no processo por falhas nas respectivas causas de pedir, pedidos, e outras articulações imprecisas, pouco claras e insuficientes.⁴¹³

Compete também ao magistrado permitir que as partes promovam adequação ao procedimento correto, não podendo extinguir o feito por carência de ação, pois

⁴⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 4.

⁴¹⁰ Idem, p. 7.

⁴¹¹ “Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial”.

⁴¹² GOUVEA, Lucio Grassi. *Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 188.

⁴¹³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Aspectos do novo processo civil português*. Revista de Processo, n. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 177.

antes que isso ocorra o juiz deverá permitir a retificação, inclusive deverá indicar qual o tipo de adequação deverá ser realizada, como exemplo Fredie Didier Jr. cita que o juiz não poderá indeferir a petição inicial quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor não corresponder à natureza ou ao valor da causa, nessa hipótese, em vez de indeferir de plano, a parte deverá ser intimada para adequar ao procedimento correto.⁴¹⁴

Apenas como ressalva, no CPC/15, as causas de indeferimento da petição inicial estão dispostas no artigo 330⁴¹⁵, e não há mais previsão da escolha do procedimento inadequado apto a ensejar o indeferimento da petição inicial, mesmo assim, sob os fundamentos que alicerçam o código de processo civil, não poderá ocorrer o indeferimento da petição inicial sem intimação da parte.

Em relação à boa-fé processual, o próprio artigo 77, § 1º⁴¹⁶, antes de o juiz aplicar a sanção inerente ao comportamento que culmina em ato atentatório à dignidade da justiça, primeiramente ele advertirá o infrator, para somente depois de mantida a postura é que a sua conduta deverá ser punida (77, § 2º⁴¹⁷). O sentido do texto normativo é evitar que haja penalização imediata do praticante da conduta, para que a parte possa apenas, admoestada, cessar o comportamento indesejado.⁴¹⁸

Em uma leitura sumária, há possibilidade de compreender que os deveres de esclarecimento e de prevenção são semelhantes, pois se podem citar os mesmos

⁴¹⁴ DIDIER JR., Fredie. *O Princípio da cooperação: uma apresentação*. vol. 127/2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2005, p. 76.

⁴¹⁵ “Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: I - for inepta; II - a parte for manifestamente ilegítima; III - o autor carecer de interesse processual; IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321. § 1º Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si”.

⁴¹⁶ “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: (...) IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. § 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça”.

⁴¹⁷ “ Art. 77 (...).§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.”

⁴¹⁸ THEODOR JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 56ª ed. Op. cit., p. 284.

exemplos em relação a ambos, no entanto, o comportamento judicial é diferente. No esclarecimento ele quer se esclarecer a respeito de pontos já postos nos autos (de algo que já foi feito pelas partes). No dever de prevenção ele quer evitar que algo que deveria ser feito, e não o foi impeça o julgamento do mérito.

3.4.3 Dever de consulta (diálogo)

O órgão jurisdicional tem o dever de consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, assim as partes poderão se manifestar e influenciar na decisão do juiz.⁴¹⁹ O artigo 10 do CPC/15 é outro bom exemplo, cujo texto prescreve que o juiz não poderá 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.⁴²⁰

O processo cooperativo tem como pilar o amplo contraditório, exatamente para evitar as decisões-surpresa, pois através do exercício dessa garantia é que se torna possível que o julgador tenha condições reais e efetivas de avaliar os aspectos legais e reais do caso concreto, trata-se do dever de consulta (diálogo).⁴²¹

Para Fredie Didier Jr., esse dever é uma manifestação da garantia ao contraditório, inclusive cita os mesmos exemplos elencados no dever de esclarecimento, como antes de prolatar uma sentença terminativa o juiz deverá ouvir as partes, para que aquela que tenha a probabilidade de ter uma sentença de extinção, sem resolução de mérito, tenha a possibilidade de convencer o juiz de que a matéria conheável de ofício não se aplica ao caso.⁴²²

No dever de consulta há um elo com o contraditório, em que o juiz abre a possibilidade de a parte se manifestar para que ela convença o órgão julgador que

⁴¹⁹DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação*. Op. cit., p. 79.

⁴²⁰GRASSI GOUVEA, Lucio. *Cognição processual Civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 190.

⁴²¹KUGLER, Klaus F. *“Die Kooperationsmaxime.” Richtermacht und Parteiherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis.* Linz am Rhein, Deutschland: Johannes-Kepler-Universität Linz, 2002, p. 139-140.

⁴²²DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. Op. cit., p. 77.

determinada consequência não pode ser aplicada a ela, nesse sentido pode-se citar a prolação de uma sentença terminativa em razão de um pressuposto processual negativo (litispendência ou coisa julgada), pois se o juiz não necessitar de esclarecimentos, dever contido no processo cooperativo, ele ainda assim deverá intimar a parte, para que ela se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório.

Além disso, ainda que o indeferimento da petição inicial esteja vinculado a uma situação de validade, como por exemplo, o reconhecimento legal de prescrição ou decadência (art. 210 do CC), mesmo assim, o juiz deve dar oportunidade de as partes se manifestarem.⁴²³

No direito alemão o magistrado tem o dever de consultar as partes em todas as fases do processo, inclusive na audiência, oportunidade de diálogo para que expliquem, cabalmente, todos os fatos relevantes do processo, bem como forneçam as adequadas aplicações ao processo.⁴²⁴ As partes devem ter a oportunidade de manifestação, até mesmo acerca das questões eminentemente jurídicas, o que está previsto no § 278, 3 da ZPO.⁴²⁵ O direito de ser ouvido é representado pelo diálogo, que também concretiza a dignidade da pessoa humana, e é tida como princípio fundamental do processo civil alemão.⁴²⁶

O diálogo entre os sujeitos processuais repercurte na fundamentação de qualquer decisão, especificamente no artigo 489, § 1º, inciso IV do CPC/15 que “não considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença

⁴²³DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. Op. cit., p. 77.

⁴²⁴ "In der mündlichen Verhandlung hat das Gericht das Sach - und Streitverhältnis mit den Parteien zu erörtern und dahin zu wirken, dass die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen". WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 98.

⁴²⁵KUGLER, Klaus F. *“Die Kooperationsmaxime.” Richtermacht und Parteienherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis.* Linz am Rhein, Deutschland: Johannes-Kepler-Universität Linz, 2002, p. 141.

⁴²⁶ “(...) der Entscheidung diene, sondern auch der Achtung der Würde des Menschen, der in einer so schwerwiegenden Lage, wie ein Prozess sie für gewöhnlich darstellt, die Möglichkeit haben muss, sich mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten. Das rechtliche Gehör ist nicht nur das prozessuale Ur-Recht des Menschen, sondern ein objektiv rechtliches Verfahrensprinzip, das für ein gerichtliches Verfahren im Sinn des Grundgesetzes konstitutiv und grundsätzlich unabdingbar ist. Es verwehrt, dass mir den Menschen kurzer Prozess gemacht wird.” Idem, p. 51.

ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.” A mesma situação ocorre no saneamento compartilhado, em que o texto é expresso ao prescrever que nas causas de maior complexidade o juiz convoque as partes que o auxiliem cooperativamente.⁴²⁷ E a calendarização do procedimento em comum acordo entre o juiz e as partes (art. 191⁴²⁸) também promove o diálogo entre os sujeitos processuais.

3.4.4 Dever de auxílio

O órgão jurisdicional deve auxiliar as partes para remoção de obstáculos e dificuldades, como obtenção de documentos ou informações importantes para o deslinde do processo.⁴²⁹ No mesmo sentido, denominando esse dever de auxílio como dever de assistência, Miguel Teixeira de Sousa entende que o juiz deve auxiliar a parte para o exercício eficaz de uma faculdade, ônus ou dever processual, removendo qualquer tipo de obstáculo.⁴³⁰

No direito português, o art. 266, 4⁴³¹, ele determina que sempre que houver alegação da parte acerca de uma dificuldade em cumprir um ônus ou um dever, desde que essa dificuldade seja relevante, o juiz deverá remover o obstáculo sempre que possível.

Como exemplo do dever de auxílio o CPC/15 instituiu a distribuição dinâmica do ônus da prova, artigo 373, § 1º, para que “nos casos previstos em lei ou diante

⁴²⁷ “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

⁴²⁸ “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.”

⁴²⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio do contraditório e a cooperação no processo*. Op. Cit., p. 6.

⁴³⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Aspectos do novo processo civil português*. Revista de Processo, n. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 177. Vide também: GROSS, Marco Eugênio. Op. cit., p. 124.

⁴³¹ “Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.”

das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput*⁴³² ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

No caso do artigo supramencionado, o dever de auxílio é primordial no apoio dado a uma das partes, para se desincumbir de *probatio diabolica*. Não somente, mas nos termos do artigo 139, inciso IV do CPC/15 o juiz deve “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.⁴³³

As medidas que garantem a efetividade das decisões judiciais, também estão vinculadas ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV CF)⁴³⁴, o qual também garante que é inconcebível qualquer forma de denegação da tutela jurisdicional, por isso, atualmente é intolerável resistências injustificadas para o cumprimento das ordens do juiz, motivo pelo qual há estabelecimento de normas sancionatórias para aqueles que frustram o resultado do processo.⁴³⁵

Exceção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está inserido no artigo 217, § 1º da Constituição da República, haja vista ser “dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um (...)”, sendo que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”.

⁴³² “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

⁴³³ MITIDIERO, Daniel. *A Colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro*. Revista do Advogado, nº 126. São Paulo: AASP, 2015, p. 51.

⁴³⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁴³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court*. Revista de Processo, vol. 102/2001, São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2001, p. 219.

Na Constituição anterior ainda havia obrigatoriedade de esgotamento das vias administrativas, em algumas situações, antes de ter acesso abstrato ao Poder Judiciário, no entanto, na Constituição da República atual a única exceção que se faz nessa linha é em relação ao direito desportivo, pois não se admite condicionante de acesso à justiça para os demais casos.⁴³⁶

Para essa situação não há violação ao princípio, porque que na justiça desportiva devem-se exaurir as vias administrativas, a qual tem o prazo de 60 (sessenta) dias, no máximo, desde a instauração do processo, para proferir a decisão definitiva. Portanto, não há que se falar em vedação de acesso à jurisdição, pois mesmo após a decisão é possível socorrer-se através do Poder Judiciário.⁴³⁷

A intervenção do Poder Judiciário nas demandas desportivas, sobretudo no futebol, exaltam os grandes embates e desprestigiam a justiça especializada. Aliás, a legislação que cuida do tema garante aos atletas o devido processo legal, sendo uma das exceções, a exemplo da arbitragem, ao monopólio da jurisdição ser do Estado⁴³⁸. Além disso, ao término do processo perante a justiça desportiva, caso “ainda remanescerem lesões a direitos individuais (ou se o próprio julgamento

⁴³⁶ DIDIER JR., Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário*. Revista de Processo. vol. 108/2002, Revista dos Tribunais, Out-Dez/2002, p. 24-25.

⁴³⁷ ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

⁴³⁸ “Assim como a matéria trabalhista está constitucionalmente afastada da Justiça Desportiva, temas de Direito Criminal e Civil também não se comunicam com a Justiça Desportiva. Ainda que o direito desportivo busque elementos subsidiários nessas disciplinas, é indene de dúvidas que matérias que extrapolem a disciplina e as competições desportivas não são objeto de análise da Justiça Desportiva. Assim, por exemplo, um litígio de ordem criminal pode nascer de uma atividade desportiva, mas não será exigido da parte interessada esgotar a instância desportiva para noticiar a infração ou buscar a persecução criminal contra o agente que cometeu o delito. O mesmo fato dará ensejo, nessa linha, à persecução criminal e, em paralelo, à persecução desportivo-disciplinar, gerando duas ordens de sanção diversas. Da mesma forma, um desportista que busque a solução de um conflito indenizatório não será compelido a aguardar a decisão da Justiça Desportiva para propor a ação competente perante o Poder Judiciário. Fará isso independentemente da análise da instância desportiva.” QUADROS, Alexandre Hellender de; SCHMITT, Paulo Marcos. *Justiça Desportiva vs. Poder Judiciário: um conflito constitucional aparente*. Revista Brasileira de Direito Desportivo. vol. 4/2003. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 173-174.

acarretar ditas lesões); ou, ainda, se algum provimento de índole cautelar vier a ser negado arbitrariamente, poderá o prejudicado “bater às portas” do judiciário.”⁴³⁹

Como dever de auxílio, o artigo 772, inciso III possibilita ao juiz, que a qualquer momento do processo ele tem o poder de “determinar que os sujeitos indicados pelos exequentes forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável”.⁴⁴⁰

3.5 O ativismo judicial no processo em cooperação com as partes

Dentro da óptica publicista do processo o juiz não pode ser um mero espectador, cuja atuação das partes e de seus representantes sejam fatores decisivos no resultado. O juiz deve ter iniciativa probatória, para que se possa alcançar a verdade processual.⁴⁴¹ O que difere muito da visão liberal de Calamandrei, como a melhor postura no jogo, somado aos melhores argumentos e sagacidade das partes conduziriam à vitória.⁴⁴²

As mudanças na legislação processual ocorridas entre os anos de 1994 e 2006 foram de suma importância para tornar o processo mais célere e efetivo, pois além das alterações destinadas a produzir uma mixagem dos processos de conhecimento e executivo, fazendo com que este apenas seja uma fase daquele, obviamente as mudanças também refletiram nas ações de obrigação de fazer e de entrega de coisa certa.

⁴³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções – estudo quanto à aplicação do tema à justiça desportiva no âmbito do futebol*. Revista de Processo, vol. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/1983, p. 55-56.

⁴⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. *A Colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro*. Op. cit., p. 51.

⁴⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 11-12.

⁴⁴² Tradução livre: “(...) Ragione si darà a chi saprà meglio ragionare: se alla fine Il giudice darà la palma a chi meglio saprà persuaderlo col suo argomentare, si può dire che il processo à diventato, da brutale scontro di impeti guerrieri, giuoco sottile di ingegnosi ragionamenti. Questo carattere di giuoco ragionato si manifesta specialmente in quel principio fondamentale del processo che si potrebbe chiamare Il principio de dialetticità.” CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, vol. 6. Pádova: CEDAM – Casa Editrice Dott, 1957, p. 46.

Essas reformas foram de alto relevo para ampliar os poderes do juiz, como na coerção para obrigar o devedor ao pagamento, novas figuras de deslealdade, além do poder geral de antecipar a tutela e também a concessão de amplos poderes ao relator na decisão do recurso de agravo de instrumento, como negar seguimento ou negar provimento monocraticamente, e até mesmo em convertê-lo como agravo retido. Além disso, houve sensível mudança na atividade probatória do juiz.⁴⁴³

O papel do juiz é imprescindível, para que se tenha uma prestação jurisdicional adequada aos anseios da sociedade, por essa razão, o juiz não pode dirigir o processo formalmente, é necessário que participe de forma ativa, dinâmica e efetiva.⁴⁴⁴

Na visão de José dos Santos Bedaque, o juiz é o destinatário da prova, e consequência disso, é que o próprio magistrado sabe melhor decidir acerca da necessidade da produção de uma prova, para ajudá-lo a firmar o seu convencimento.⁴⁴⁵

Em sentido contrário, Nelson Nery Junior afirma que o destinatário da prova é o processo e não o juiz⁴⁴⁶, e aponta como motivo a impossibilidade de indeferir a realização de qualquer prova, sob o argumento de estar convencido da existência do fato probando, da questão incidental ou do próprio mérito da causa, lembrando que o juiz somente poderá indeferir diligências probatórias desnecessárias.⁴⁴⁷ Artigo 370, parágrafo único do CPC/15.⁴⁴⁸

⁴⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42.

⁴⁴⁴ LOPES, João Batista. *Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional*. Revista de Processo. vol. 35/1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul-Set/1984, p. 63.

⁴⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.

⁴⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 223.

⁴⁴⁷ Idem, ibidem.

⁴⁴⁸ “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

O juiz pode julgar a lide de forma antecipada, e isso não viola o princípio do contraditório, e como exemplo pode-se citar a aplicação dos efeitos da revelia, pois a oportunidade foi dada, mas como não foi exercida o juiz poderá julgar a causa.⁴⁴⁹

Mesmo ocorrendo os efeitos da revelia o réu poderá produzir provas, e ainda, o juiz poderá decidir sobre a sua necessidade, isso independentemente da revelia do réu. O artigo 355 do CPC/15⁴⁵⁰ prevê que o juiz poderá proferir decisão com resolução de mérito quando não houver necessidade de produzir outras provas, e se o réu for revel ocorrerá o efeito previsto no artigo 344⁴⁵¹, desde que não haja o requerimento de prova prevista no artigo 349.⁴⁵²

Nos casos de revelia, somente as matérias de fato serão atingidas, mas não as relacionadas ao direito, por isso é possível persuadir o julgador a conduzir o processo na busca da verdade, inclusive com amplo poder probatório.⁴⁵³

Analisando o artigo 345, inciso IV, do CPC/15,⁴⁵⁴ mesmo na revelia, “se os fatos alegados pelo autor forem inverídicos, ou estiverem contrários às provas dos autos, os seus efeitos não podem ser aplicados”.

Sobre a participação do juiz no processo, o século XX teve nítida evolução, pois as partes não podem ser surpreendidas acerca de fatos ou circunstâncias que não tenham tido conhecimento (*Überraschungsentscheidung*⁴⁵⁵), uma combinação da cláusula do devido processo legal com o contraditório, protegendo as partes da

⁴⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 225.

⁴⁵⁰ “Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I – não houver necessidade de produção de outras provas; II – o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.”

⁴⁵¹ Art. 344: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”

⁴⁵² Art. 349: “Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção”.

⁴⁵³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Juiz e o princípio do contraditório*, vol. 71/1993, RePro. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul-Set/1993, p. 33-34

⁴⁵⁴ “Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: IV – as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.”

⁴⁵⁵ Tradução livre: decisão surpresa.

decisão surpresa.⁴⁵⁶ O juiz não pode ser passivo, aliás, é sujeito ativo na relação, pois o processo serve às partes, mas, sobretudo, deve servir à sociedade.⁴⁵⁷

O ativismo judicial tem representatividade em um processo de caráter publicista, ou seja, um processo que possui uma função pública e social, e o alargamento dos poderes do juiz é um avanço para que haja efetividade e celeridade nas decisões, rompendo com o adágio da velha escola liberalista.⁴⁵⁸ Não obstante a isso, é importante que se promova a igualdade substancial das partes, e a fase instrutória é fundamental para esse equilíbrio, pois nem sempre as partes podem constituir causídicos melhores preparados tecnicamente, então o magistrado, com responsabilidade e diligência deve adotar medidas instrutórias de ofício, para melhor elucidação do conteúdo fático da demanda.⁴⁵⁹

O juiz participa ativamente na busca de uma simetria para a construção de uma decisão, por isso deve possibilitar o diálogo a todo tempo, e nessa estrutura o juiz tem o dever de informação (*Informationspflicht*)⁴⁶⁰ e de orientação (*Orientierungspflicht*)⁴⁶¹. Nesse caso, o magistrado deve advertir as partes acerca de pontos de fato e de direito, tanto processuais como materiais relevantes (*terza via*), com efetiva participação de todos.⁴⁶²

⁴⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 237.

⁴⁵⁷ Idem, ibidem.

⁴⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, ps. 47.

⁴⁵⁹ "(...) Entretanto, o mais valioso instrumento "corretivo", para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se "substitui" às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto." MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. RePro, vol. 37/1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1985, p.147.

⁴⁶⁰ Tradução livre: Direito à informação.

⁴⁶¹ Tradução livre: Direito à orientação.

⁴⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 92.

Atualmente, o magistrado deve determinar a produção de provas *ex officio*, preservando sua imparcialidade e independência.⁴⁶³ O CPC/15 traz essa previsão de forma clara e objetiva, especificamente em seu artigo 370⁴⁶⁴, com a mesma redação do artigo 130 CPC/1973.⁴⁶⁵

Sobre o dever da iniciativa probatória, a visão ultrapassada de um juiz espectador, que não podia tomar a iniciativa para não perder a imparcialidade e violar o princípio dispositivo não se sustenta atualmente, pois o juiz moderno participa efetivamente do processo, que hoje é encarado como um instrumento público.⁴⁶⁶ Aliás, a pró-atividade do órgão julgador não dissocia da garantia do contraditório, o qual possui dimensão dinâmica, pois o magistrado não pode desconsiderar a participação das partes, pelo contrário, os sujeitos do processo agem com simetria, inclusive nas questões apreciáveis de ofício, evitando assim, as decisões surpresa, transcendendo a função de dar apenas ciência da demanda, incentivando a participação das partes, para que em igualdade de condições possam influenciar na decisão do órgão julgador.⁴⁶⁷

Na garantia do contraditório o juiz não tem faculdades no processo, mas sim deveres e poderes, então a participação do magistrado implica atos de direção⁴⁶⁸, de prova e diálogo, sempre de forma efetiva.⁴⁶⁹ Diante disso, o juiz deve promover a igualdade entre as partes no processo, mas para que isso ocorra é necessário que o

⁴⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 237.

⁴⁶⁴ “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

⁴⁶⁵ “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

⁴⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Op. cit., p. 229.

⁴⁶⁷ JAYME, Fernando Gonzaga e FRANCO, Marcelo Vieira. *O Princípio do contraditório no projeto do novo código de processo civil*. Revista de Processo, vol. 227/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan/2014, p. 334-335.

⁴⁶⁸ “A direção do processo é exercida em primeiro lugar mediante o impulso do procedimento, do qual a lei expressamente encarrega o juiz, não obstante seja das partes o interesse primário pela solução dos conflitos em que estão envolvidas, nem por isso se pode desconsiderar que o processo é instrumento público de exercício de uma função pública – a jurisdição. Embora possam as partes ter a disponibilidade das situações de direito material pela qual litigam, não pode o Estado-juiz permanecer inteiramente à disposição do que elas fizerem ou omitirem no processo, sem condições de cumprir adequadamente sua função. O processo não é um negócio, ou mesmo um jogo entre os litigantes, mas uma instituição estatal.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual*, 7ª ed., vol.1. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 227.

⁴⁶⁹ Idem, p. 226.

magistrado participe ativamente da produção de provas, evitando que desigualdades, especialmente econômicas, repercutam no resultado do processo, e esse ativismo do juiz não afeta a liberdade das partes, pelo contrário, enquanto o processo estiver com o Estado, o juiz não pode contentar-se somente com a atividade dos litigantes.⁴⁷⁰ Leve ainda em consideração, que as atividades entre os sujeitos processuais devem guardar uma relação de complementaridade, especialmente no que tange à persecução das provas, conforme Barbosa Moreira:

Em matéria de prova, enfim, deveria ser claro que nenhuma intensificação da atividade oficial, por mais "ousada" que se mostre, tornará dispensável, ou mesmo secundária, a iniciativa dos litigantes. De maneira alguma se trata de cerceá-la, como dão a impressão de temer alguns intransigentes críticos do processo "inquisitório" - outra denominação bastante equívoca. O papel do juiz e o das partes são aqui complementares; absurdo concebê-las como reciprocamente excludentes. E não custa reconhecer que, de fato, ao menos no comum dos casos, por óbvias razões, dos próprios litigantes é que se obterá, com toda a probabilidade, aporte mais substancial.⁴⁷¹

Com a modernização do processo civil, não se pode admitir, nessa quadra da história, que exista um juiz *Pilatos*, que em uma instrução mal feita pelas partes decide de forma injusta reputando a falha às partes, assim o princípio dispositivo vai sendo mitigado.⁴⁷² Além disso, O ativismo judicial é irreversível no direito processual contemporâneo, sendo que um magistrado ativo não viola o seu dever de imparcialidade e nem fulmina sua independência, mas promove a igualdade no processo, uma verdadeira comunhão de trabalho.⁴⁷³

Para Cândido Rangel Dinamarco, o juiz tem o dever de dialogar no processo, afastando o dogma de que o juiz que expressa seus sentimentos e pensamentos durante o curso do processo estaria prejulgando e violando o dever de imparcialidade.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 107.

⁴⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. RePro, vol. 37/1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1985, p.149.

⁴⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. Op. cit., p. 231.

⁴⁷³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 110-111.

⁴⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. Op. cit., p. 230.

O autor ao tratar da questão, de que o juiz expressa seus pensamentos e sentimentos não se aprofundou no assunto sobre os limites desses pensamentos e sentimentos, entretanto, a verdade é que o juiz deve evitar os operadores de contágio⁴⁷⁵, os quais provocam um ativismo judicial perigoso e que pode comprometer o resultado do processo, o que será abordado na próxima seção.

3.5.1 Uma crítica ao ativismo judicial contraproducente no desenvolvimento de um processo cooperativo

Alertando sobre os limites do ativismo judicial, Lenio Luiz Streck defende que ao lado das posturas (Jurisprudência dos Valores, ponderação e ativismo judicial), a doutrina e os tribunais assumiram todas, de forma equivocada, pois a linha de raciocínio é construída a partir de misturas e confusão entre elas, como é o caso da proporcionalidade, ponderação e razoabilidade, completamente desvirtuadas e não passam de enunciados performativos (performativos, porque são um fim em si mesmo, seu enunciado se explica por si só, não há espaço para pensar hermeneuticamente), por isso os magistrados decidem conforme sua consciência.⁴⁷⁶

O ativismo está repleto de críticas, sobretudo pelos processualistas contemporâneos, porque no direito processual brasileiro o juiz primeiro faz uma escolha baseada em critérios ideológicos ou pessoais, para depois procurar uma forma de fundamentar o que por ele foi “selecionado”, sem qualquer respeito à Constituição, ou acerca de uma teoria da decisão. Georges Abboud e Guilherme Lunelli criticam com veemência o ativismo judicial e enfatizam que não há ativismo bom ou ruim, pois o “ativismo judicial é uma degeneração ideológica da atividade interpretativa/aplicativa ao judiciário.”⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ “Para o jurista português Rui Cunha Martins, operadores de contágio são elementos de um círculo vicioso, que contaminam o processo através de um ativismo judicial que ultrapassa limites, e faz com que o juiz decida, muitas vezes, de forma precipitada, de acordo com sua crença, convicção pessoal, adesão e confiança.” MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.ps. 17-25.

⁴⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

⁴⁷⁷ ABOUD, Georges, LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*. Diálogos entre discricionariedade e democracia. Revista de Processo, vol. 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/2015, p. 28.

No direito brasileiro, o ativismo propalado acaba violando o princípio da legalidade, não da estrita, porque esta não mais se coaduna com o processo contemporâneo, no entanto, o julgador não pode deixar de aplicar a lei, a não ser que ela seja inconstitucional, assim como, na atividade interpretativa é imprescindível que haja coerência e integridade, sem revolver questões ideológicas ou pessoais do intérprete, sob o argumento de justiça,⁴⁷⁸ especialmente em uma sociedade complexa, repleta de interesses diversificados, fica muito difícil emplacar a ideia do que seja justo. Outrossim, o ativismo tem como ponto maléfico, a postura antidemocrática da magistratura.⁴⁷⁹

O ativismo judicial é essencial, mas o juiz deve sempre preservar a equidistância em relação às partes, não violando o seu dever de imparcialidade e buscando a verdade e justiça, sempre sustentada pelos pilares constitucionais, sem qualquer deformação do conceito concreto da expressão *ativismo judicial*.⁴⁸⁰

Em relação à busca pela verdade, embora as partes tenham interesse na vitória há uma dimensão cooperativa, para que a posição dialética no processo contribua para que a decisão final esteja próxima da verdade, o que deve ser analisado sob o aspecto do maior grau de probabilidade, porque a verdade material

⁴⁷⁸ “Notemos que até se reconhece que o juízo de bem e mal não pertenceria ao julgador, mas, todavia, se aposta na sensibilidade e nos sentimentos deste para desvendar o que seria justo. Por consequência, a noção de justiça, de justo e injusto, acaba delegada ao subjetivismo assujeitador daquele que decide. A questão, mais uma vez, fica reduzida a vontade, as convicções e a consciência do juiz. Nesse contexto, sobre a questão, já tivemos a oportunidade de salientar que: Nessa mesma linha, tem ganhado força uma visão politicamente correta que pretende libertar o julgador das amarras da lei da técnica, da Constituição, enfim, de todo o arcabouço normativo com a finalidade de lhe permitir julgar conforme seu senso de justiça. Essa visão politicamente correta do direito que ama a justiça, mas odeia a Constituição, busca embasar sua posição no argumento pseudoetimológico, afirmando que sentenciar vem de sentimento.” ABBoud, Georges, LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*. Op. cit., p. 12.

⁴⁷⁹ Idem, p. 7-8.

⁴⁸⁰ Nesta trajetória, os “neoconstitucionalismos” – compreendidos como os constitucionalismos do pós-Segunda Guerra Mundial -, que possuem em comum a aposta – deturpada – no ativismo judicial como pedra angular da jurisdição constitucional, impõem o debate acerca de qual a legitimidade democrática e os limites de ação desse poder dentro do contexto das democracias contemporâneas ocidentais, para além dos limites materiais e formais das decisões judiciais. MORAIS, José Luis Bolzan de. *Entre “direitos”, “deveres” e “desejos”. Ou o Juiz é meu pastor...tudo me dará...* 2015. Disponível em <<http://emporiadodireito.com.br/entre-direitos-deveres-e-desejos-ou-o-juiz-e-meu-pastor-tudo-me-dara-por-jose-luis-bolzan-de-morais/>>, acesso em 22.04.2015.

nem sempre pode ser alcançada.⁴⁸¹ Lembrando que antes da tomada de uma decisão, deve o juiz apoiar-se nas provas que embasam o seu entendimento, jamais em suas convicções ou presunções.⁴⁸²

Teresa Arruda Alvim diz que nem sempre o juiz buscará a verdade dos fatos, pois ele não aplica a lei à verdade dos fatos, na verdade ele aplica o direito à verdade dos fatos, pois o direito é mais amplo, por isso a questão deve ser elaborada da seguinte forma: o juiz aplica o direito à verdade dos fatos? Caso a resposta não seja positiva, então a função do processo deve ser repensada⁴⁸³.

No direito processual há situações que o órgão jurisdicional decide sem ter a certeza acerca da verdade dos fatos, exemplo disso é aplicação dos efeitos da revelia previsto no artigo 319⁴⁸⁴ do CPC de 1973⁴⁸⁵, e no CPC/15 o artigo 344⁴⁸⁶, o qual manteve o texto sem nenhuma alteração substancial.

O juiz também deve conjugar o Direito com outras ciências sociais, ele deve também procurar um consenso geral na sociedade, ele tem um dever de integração com o seu tempo, pois o órgão julgador deve estar atento às mudanças, aos valores, ao caráter político e ideológico,⁴⁸⁷ sem perder o foco na busca da justiça e verdade, e sem violar princípios e outros preceitos fundamentais, *e não se basear em aspectos pessoais para decidir*.

Por fim, destaca-se que em um Estado Constitucional o juiz não deve usurpar a competência do legislativo, e não pode legislar, afinal, o Poder Legislativo é fruto da democracia, e as leis elaboradas partem do pressuposto de um consenso geral e

⁴⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*. Revista de Processo, vol. 102/2001, São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2001, p. 219.

⁴⁸² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951, p. 177.

⁴⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O juiz aplica a lei à verdade dos fatos?* Revista de Processo. vol. 216/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Fev/2013., p. 425.

⁴⁸⁴ “Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.”

⁴⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O juiz aplica a lei à verdade dos fatos?* Op. cit., p. 425.

⁴⁸⁶ “Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”

⁴⁸⁷ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 26.

democrático, e o juiz não pode violar essas leis, sob o pretexto de fazer justiça, baseado em questões subjetivas, que é um ato isolado de vontade, contra um ato democrático.⁴⁸⁸

Sem nenhuma vertente positivista, o que já foi superado há muito tempo, ressalta-se que o juiz deve obediência às leis, no caso do magistrado a obediência em sua interpretação e aplicação, por isso a crítica sobre decidir de acordo com a consciência e critérios próprios. Nessa senda, os juízes devem respeitar as tradições, seguir um fluxo continuado e sucessivo de seus provimentos, porque o direito tem um DNA, e não pode ser modificado de um dia para o outro, é necessário ter zelo pelos frutos da história, pois não pode haver decisões diferentes para situações semelhantes.⁴⁸⁹

O contraponto nessa crítica ao ativismo está mais relacionado a uma teoria da decisão, do que a um mal ao jurisdicionado, pois é óbvio que o juiz deve respeitar a lei, mas nem sempre o conteúdo da lei pode ser aplicado, eis que necessário fazer uma interpretação sistemática, inclusive afastar a incidência de um texto normativo (*contra legem*), caso não respeite a Constituição e preceitos fundamentais do Direito. Robert Alexy intitula de *injustiça legal*, o julgamento baseado em leis, que não guardam relação com ordenamento como um todo, para tanto cita trecho de um julgamento de 1968 realizado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, diante da nulidade da Lei de Cidadania do Reich, do ano de 1941, a qual privava a nacionalidade alemã aos judeus migrados:

“O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídica. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerGE [Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal]3, 225 (232)). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos jurídicos nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplica-los ou reconhecer seus

⁴⁸⁸ ABOUD, Georges, LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*. Diálogos entre discricionariedade e democracia. Revista de Processo, vol. 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/2015, p. 34-35.

⁴⁸⁹ DRUMMOND, Victor. *Juiz não pode quebrar a tradição em seu voto*. Sem concessões. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-20/victor-drummond-juiz-nao-quebrar-tradicao-voto#_ednref> Acesso em 29.05.2015.

efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE, 3, 58 (119); 6, 132 (198)).⁴⁹⁰

Os críticos do ativismo colocam como discurso central a decisão do juiz que, em tese, não se trata do ativismo, pois ativismo e decisão solipsista (viciado em si mesmo), de acordo com a consciência do julgador, são questões diferentes, porque o ativismo está relacionado à condução do processo como um todo, e não somente no seu desfecho. Porém, a verdade é que não há autoritarismo na ampliação de poderes do órgão jurisdicional, e nem redução de garantias das partes, mas sim a condução de um processo com equilíbrio.⁴⁹¹

O ativismo judicial, isoladamente, não é uma prática nefasta, normalmente, a problemática tem como ponto fulcral a maneira como esse ativismo é praticado, ou seja, um juiz envolvido por operadores de contágio, que não respeita as leis e nem preceitos fundamentais, passando por cima das instituições democráticas, sob a pecha de fazer justiça. Todavia, no processo contemporâneo não existe mais espaço para o juiz passivo, por isso o ativismo judicial é voltado, para que dentro das regras processuais e principalmente da Constituição possa conformar um processo cooperativo, bem fundamentado, com influência das partes na formação da decisão, ou seja, um processo efetivamente democrático, que zele pela igualdade substancial, inclusive equilibrando o mais fraco ao nível do mais forte.

⁴⁹⁰ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. MENDES, Gercélia Batista de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 7.

⁴⁹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno*. Op. cit., p. 148.

CAPÍTULO 4 – AS PROBLEMÁTICAS QUE GRAVITAM EM TORNO DA COOPERAÇÃO (O DOGMA DA VERDADE, A COOPERAÇÃO ENTRE AS PARTES E A CELEUMA SOBRE COOPERAÇÃO SER UM PRINCÍPIO)

Diferentemente do que propugnam alguns doutrinadores, a cooperação não é como um “mundo ideal”, romancista, no qual as partes se ajudarão mutuamente para a descoberta da verdade. A razão da litigiosidade tem como núcleo a oposição de lados, sendo que cada um tem a sua própria razão, motivo pelo qual o Poder Judiciário torna-se o pacificador desse conflito, caso contrário nem haveria razão de existir o processo, já que todos seriam “altruístas”.

As partes cooperam entre si, especialmente no que tange ao dever de boa-fé, em cumprir adequadamente os provimentos jurisdicionais e aparelhar o magistrado, para deixa-lo em melhores condições de decidir, por isso devem se fazer claras em seus pleitos, não retardar a marcha processual com expedientes procrastinatórios, dentre outros. Evidentemente, a busca pelo *mito da verdade* decorre do comportamento adequado de todos aqueles que participam do processo. Contudo, além de constitucional, o próprio CPC/15 prescreve que a parte tem o direito de não produzir prova contra si própria, por isso a cooperação impõe limites aos seus respectivos sujeitos.

Outra questão teórica está na definição normativa da cooperação, se ela é ou não um princípio, ou se é apenas um dever. Indubitavelmente, tudo dependerá da corrente adotada sobre o que é um princípio e o seu alcance, ou até, mesmo assim, defini-lo, por exclusão, o que será visto com maior detalhe neste capítulo.

4.1 As partes devem cooperar entre si? Há limites?

De acordo com o estudo proposto até o momento, para que o processo cooperativo tenha eficácia, como uma comunidade de trabalho e com amplo diálogo entre os sujeitos do processo, o órgão jurisdicional tem a maior responsabilidade em seus deveres para a sua conformação, o que é tranquilo na doutrina, como dito alhures.

No que diz respeito à colaboração no processo civil brasileiro, as divergências doutrinárias se restringem a duas problemáticas; a primeira delas é em relação à primeira parte do texto do art. 6º do NCP, “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si*”, porque alguns entendem que o dever de cooperação não é tarefa das partes, mas sim do órgão julgador, pois as partes são adversárias e buscam interesses diversos. Portanto, não podem cooperar entre si.⁴⁹² A segunda diz respeito à discussão sobre cooperação ser ou não um princípio.

Analisando a primeira problemática, ou seja, se cooperar é dever das partes, Lenio Luiz Streck, menciona que o CPC/15 com essa redação, em relação à cooperação das partes, “*aposta em Rousseau, ou seja, no homem bom*.”⁴⁹³

“Com um *canetaço*, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio. Nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram, sobretudo para lograr êxito em suas pretensões.”⁴⁹⁴

O mesmo autor afirma que o texto atual do código de processo civil é distante da realidade, porque no processo há um verdadeiro embate para atingir um fim parcial, por isso é inconstitucional que as partes colaborem entre si, pois as partes e os respectivos advogados estariam a serviço do juiz na busca da tão almejada justiça⁴⁹⁵. E ainda, a única solução para salvar o referido texto do artigo 6º seria fazer uma releitura, da seguinte forma: “~~Todos os sujeitos do processo~~ [leia-se: o juiz] ~~devem cooperar entre si~~ [leia-se: com as partes] para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (tachado, grifo e interpolação nossas).⁴⁹⁶

⁴⁹² GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013, p. 124.

⁴⁹³ STRECK, Lenio Luiz. P. 2. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/senso-incomum>>. Acesso em 23.12.2014.

⁴⁹⁴ Idem, Ibidem

⁴⁹⁵ Idem, Ibidem.

⁴⁹⁶ Idem, Ibidem.

A maior parte da doutrina brasileira entende que a cooperação no processo não é uma incumbência apenas do juiz, mas de todos os sujeitos do processo. Dierle José Coelho Nunes propõe um modelo participativo do processo, eis que um processo democrático é compatível com a nossa Constituição, então o processo é conduzido por uma comunidade de trabalho, sem protagonismo, afirmando ainda, que esse é um modelo constitucional de processo.⁴⁹⁷

Não existe mais o juiz “boca da lei”, assim como, não existe mais o modelo da Escola Livre de Direito, do século XX na década do ano de 1920, em que se determinava um método para a decisão do juiz de um caso específico, ou até mesmo o que propalava Savigny acerca da Jurisprudência (no sentido de ciência), como uma espécie de matemática, porque as normas nem sempre são claras, e os problemas são vastos, por isso há de existir uma qualidade política na decisão,⁴⁹⁸ e sem ampla participação das partes isso não é possível.

Nos dizeres de Fredie Didier Jr. há uma comunidade de trabalho e uma posição paritária dos sujeitos do processo que dialogam entre si, e para esse modelo, há deveres de condutas para todos, sem exceção.⁴⁹⁹

Para Reinhard Greger, no direito processual alemão, o modelo de um processo cooperativo é muito bem evoluído, citando como deveres do juiz, dentre outros: o melhor entendimento dos argumentos das partes, mediante intimação para comparecimento pessoal delas (§ 141 1⁵⁰⁰ da ZPO [*Zivilprozessordnung*]). Além disso, ele cita o § 448⁵⁰¹ da ZPO que trata do interrogatório formal das partes

⁴⁹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

⁴⁹⁸ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 22.

⁴⁹⁹ Embora o autor mencione que os deveres para um processo colaborativo sejam recíprocos, em relação aos deveres das partes ele elenca: “dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia; dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé, além de observar o princípio da boa-fé processual; dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária.” Idem, p. 221.

⁵⁰⁰ “(1) Das Gericht soll das persönliche Erscheinen beider Parteien anordnen, wenn dies zur Aufklärung des Sachverhalts geboten erscheint. Ist einer Partei wegen großer Entfernung oder aus sonstigem wichtigen Grund die persönliche Wahrnehmung des Termins nicht zuzumuten, so sieht das Gericht von der Anordnung ihres Erscheinens ab.”

⁵⁰¹ “Auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast kann das Gericht, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine

(*Formliche Parteivernehmung*) compreendido dentro do processo cooperativo. Nesse caso, o juiz fará na ocasião em que não tiver outros meios de prova, eis que indisponíveis, oportunizando a eliminação das dúvidas das partes. E prossegue afirmando que *o dever de cooperação das partes é mais difícil de ser detectado*, mesmo assim, trata expressamente o dever geral de colaboração das partes (*allgemeine Prozessforderungs pflicht*).⁵⁰²

Sobre a ideia extraída do autor alemão, é importante frisar que a cooperação não é necessariamente fruto de uma voluntariedade, ou espontaneidade, para tanto, ele cita o § 141 3⁵⁰³ da ZPO (*mündliche Verhandlung*), o qual preconiza que a parte pode ser forçada a comparecer no procedimento oral, sob pena de multa coercitiva (*Ordnungsgeld*).⁵⁰⁴

4.1.1 Existe espontaneidade na colaboração entre as partes?

Analizando o que foi explanado até o momento é importante entender o que significa cooperação. Segundo o dicionário Michaelis: “Cooperação (cooperar+ação): *sf.* Colaboração; prestação de auxílio para um fim comum. Cooperador (*lat cooperatore*): *adj+sm*: que ou aquele que coopera; colaborador. Cooperar (*lat cooperari*): *vti*: 1. agir ou trabalhar junto com outro ou outros para um fim comum; colaborar. 2. Agir conjuntamente para produzir um efeito; contribuir.”⁵⁰⁵

Pela definição da palavra extrai-se o mesmo entendimento esposado pela doutrina que trata da questão, ou seja, cooperar é agir conjuntamente, auxiliar, contribuir para a realização de um objetivo, mas em nenhum momento a definição

Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache anordnen.”

⁵⁰² GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*, tradução: Ronaldo Kochem. vol. 206/2012. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr/2012, p. 127.

⁵⁰³ “(3) Bleibt die Partei im Termin aus, so kann gegen sie Ordnungsgeld wie gegen einen im Vernehmungstermin nicht erschienenen Zeugen festgesetzt werden. Dies gilt nicht, wenn die Partei zur Verhandlung einen Vertreter entsendet, der zur Aufklärung des Tatbestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen, insbesondere zu einem Vergleichsabschluss, ermächtigt ist. Die Partei ist auf die Folgen ihres Ausbleibens in der Ladung hinzuweisen.”

⁵⁰⁴ GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. Op. cit., p. 127.

⁵⁰⁵ *Michaelis*: dicionário da língua portuguesa. 1ª edição, 10ª impressão. São Paulo: Melhoramentos, 2002, p. 205.

de cooperação pressupõe que ela deva ser realizada espontaneamente, caso contrário não teria citado exemplos da doutrina e da legislação, como condução coercitiva, aplicação de multa, dentre outros.

Por exemplo, o juiz determina que a parte apresente um documento, mas a parte não quer juntar o documento, porque fará prova contra ela, nesse caso há uma garantia constitucional de não produzir prova contra si mesmo, e recentemente no próprio CPC/15, o artigo 379 deixa claro que as partes colaboram, mas têm o direito de não produzir prova contra elas próprias, no entanto se a parte não “cooperar espontaneamente”, o magistrado poderá determinar a apreensão do referido documento, sem prejuízo de responsabilizar a parte por crime de desobediência, pagamento de multa e qualquer outra medida que assegure o resultado prático, conforme artigo 403, parágrafo único⁵⁰⁶ do CPC/15.

A cooperação no processo é importante, pois um processo dialético, bem esclarecido, com participação efetiva das partes serve, exatamente, para evitar decisões mal fundamentadas, pois é expressivo o número de sentenças anuladas pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesgerichtshof*).⁵⁰⁷

E quando se fala em cooperação das partes, não significa trabalhar em prol da parte contrária, pelo contrário, as partes atendem interesses diversos e não podem produzir ou juntar provas contra elas mesmas, mas é necessário que todos os sujeitos do processo ajam com boa-fé, caso contrário o juiz poderá impor multas coercitivas, nos casos das obrigações de fazer, remover obstáculos, dentre outros.⁵⁰⁸

Para Daniel Mitidiero as partes não querem colaborar entre si, porque atendem a interesses diversos e são parciais, então a colaboração no processo que

⁵⁰⁶ “Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver. Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão”.

⁵⁰⁷ GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. Op. cit., p. 131.

⁵⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, Op. cit., 47.

é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes, logo, o texto do artigo 6º do CPC/15 deve ser interpretado sistematicamente, pois não se pode obter a colaboração de todos os sujeitos do processo, balizando ainda, que não se trata de uma fonte de deveres recíprocos entre as partes, nem incentivo ao juiz para impor sanções. No entanto, o que faz diferença fundamental é que as partes litiguem de boa-fé, assim elas colaborarão para que esse modelo de processo atinja o seu escopo.⁵⁰⁹

No processo cooperativo, a busca da verdade é uma constante, no entanto, o trabalho do órgão jurisdicional é (re) construir a verdade, de acordo com as provas constantes dos autos, por isso ele não consegue um retrato fiel daquilo que seja a *verdade pura*. E as partes nem sempre terão o interesse em cooperar, porque às vezes o interesse em cooperar não se coincidirá com a busca da verdade, podendo, inclusive, apresentarem provas adulteradas, omissões em apresentar provas que possam ir de encontro aos interesses da parte, omissões propositais, etc. E nessa senda o juiz exerce um papel de muita relevância, podendo utilizar dos seus poderes instrutórios e determinar a realização das provas necessárias para o desfecho do processo.⁵¹⁰

É insofismável que as partes devem colaborar com o órgão julgador, e essa colaboração é que se denomina de *colaboração natural*, ou seja, busca-se através da dialética deixar o juiz em condições de julgar o caso de modo justo e satisfatório, o que é revelado na produção de provas e necessários esclarecimentos, para a formação da decisão. Aliás, é imperativo que o próprio órgão jurisdicional reconheça perante as partes que também precisa de ajuda.⁵¹¹

A cooperação não é o que, equivocadamente, propalam alguns doutrinadores, como se as partes em conjunto tivessem de agir contra seus próprios interesses para satisfazer a pretensão daquele que está em lado oposto, pelo contrário, ainda

⁵⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro*. Revista do Advogado, nº 126. São Paulo: AASP, 2015, p. 49-50.

⁵¹⁰ GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013, p. 127.

⁵¹¹ MELENDI, Santiago Sentis. *Naturaleza de la prueba la prueba es libertad*. Doutrinas Essenciais do Direito Civil. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out/ 2010, p. 1309.

existe um “abismo” que separam as partes dentro da litigiosidade, cada um com seus próprios interesses. Contudo, elas possuem os deveres de boa-fé, esclarecer-se perante o Poder Judiciário acerca dos seus pedidos, indicar com precisão, a razão pela qual a súmula, enunciado de súmula ou acórdão proferido em incidente de demandas repetitivas se aplicam ou não ao seu caso, dentre outros já expostos ao longo do trabalho.

E como mencionado outrora, a cooperação é do interesse das próprias partes, as quais dentro desse constante diálogo buscam obter uma decisão melhor fundamentada, construída através de um processo adequado em que haja influência efetiva na formação da decisão do juiz, e este, caso não esteja em condições de julgar com os elementos constantes dos autos poderá obter provas e documentos através dos diversos mecanismos dispostos no ordenamento processual, como a busca e apreensão ou exibição de documento ou coisa, aplicar as penalidades decorrentes dos atos atentatórios à dignidade da justiça ou da litigância de má-fé, etc.

Em relação ao parágrafo supramencionado, como exemplo da não espontaneidade, o artigo 139, IV⁵¹² do CPC/15 preconiza que incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestações pecuniárias”.

Apenas uma ressalva: o objetivo da cooperação não é que a parte recalcitrante seja punida em decorrência de qualquer deslize, isso até desvirtuaria o propósito da lei, mas como citado, no próprio CPC/15 há recomendação de que o juiz nunca aplique de imediato a sanção cabível, seja ela relacionada a uma multa, à extinção do processo sem resolução do mérito, etc. Ele tem de alertar e prevenir que a insistência em dado comportamento acarretará determinada consequência, e caso a parte mantenha a mesma postura, aí sim deverá ser punida, exemplo (art. 77, § 1º, vide seção 3.4.2).

⁵¹² “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”

4.2 O dever de colaboração para a busca da verdade: uma ressalva ao direito de não produzir prova contra si próprio

A palavra colaboração não é novidade no processo civil, embora já citado ao longo do trabalho que a doutrina chegou a tangenciar o tema outrora, o próprio CPC/1973, em seu artigo 339 traz a seguinte redação: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”

O CPC de 2015 reproduz o mesmo texto, precisamente em seu artigo 378⁵¹³. Diante disso, surgem algumas indagações: o que é verdade? Ela realmente existe? As partes tem o dever de cooperar para que a verdade seja encontrada? Podem as partes produzir provas contra si próprias em nome da descoberta da verdade?

No Código de Processo Civil Português, no artigo 519⁵¹⁴, 1 e 2 constam expressamente a cooperação como pressuposto para a descoberta da verdade, para tanto, as partes devem responder às perguntas elaboradas, submeterem-se às inspeções requisitadas e praticar os atos que lhes forem determinados, sob pena de sofrerem imposição de multa, além dos meios coercitivos para que o fim seja atingido, sem contar ainda, as implicações decorrentes dos efeitos probatórios em razão da recusa e uma possível inversão do ônus da prova.

Segundo o dicionário Michaelis: verdade; *sf (lat veritate)* é aquilo que é ou existe iniludivelmente. 2 Conformidade das coisas com o conceito que a mente forma delas. 3 Concepção clara de uma realidade. 4 Realidade, exatidão. 5 Sinceridade, boa-fé. 6 Princípio certo e verdadeiro; axioma. 7 Juízo ou proposição que não se pode negar racionalmente.⁵¹⁵

⁵¹³ “Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”

⁵¹⁴ “1. 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 actos que forem determinados.” “2 Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no n. 2 do art. 344 do código civil.”

⁵¹⁵ *Michaelis*: dicionário da língua portuguesa. 1ª edição, 10ª impressão. São Paulo: Melhoramentos, 2002, p. 950.

A verdade é algo que não se pode contestar, ela é absoluta, no entanto, o objetivo do trabalho não é desvelar a verdade epistêmica, a qual está afeta a diversos campos, como culturais, religiosos, históricos e científicos,⁵¹⁶ ou seja, o que se entende por verdade revela muitas variações, inclusive de cunho pessoal.⁵¹⁷ Por essa razão, o que interessa ao presente trabalho é tratar da cooperação entre as partes, para a busca da verdade no campo jurídico-processual.

Não importa qual conceito se dê à verdade, seja ela científica, religiosa, cultural ou histórica, a problemática gravita em torno de ela ser algo inalcançável, permeada por proposições, como por exemplo, o que não é verdadeiro é falso, ou que seja um conceito absoluto: ou é ou não é.⁵¹⁸

No âmbito processual, seja penal ou civil, a questão da verdade está relacionada à “verdade histórica”, porque o máximo que se pode fazer é (re) construir os fatos através de documentos, depoimentos, testemunhas, fragmentos, dentre outros, porque tanto a certeza, como a verdade absoluta são conceitos dificílimos de serem atingidos.⁵¹⁹ A quem diga, que a “busca da verdade é uma ilusão, uma vez que toda certeza jurídica, na perspectiva gnosiológica, sempre se resolve em verossimilhança”.⁵²⁰

Conseguir chegar a uma decisão que corresponda à verdade é muito difícil, sobretudo, porque chegar à verdade denota extrema segurança, já a certeza é praticamente impossível. O que se pode conseguir através do processo é um alto

⁵¹⁶ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011, p. 37.

⁵¹⁷ “No plano científico, recentemente, era incontestado que Plutão era um planeta, mas hoje não é mais. No campo da religião, na idade média, havia a santa inquisição, propalada pela igreja católica levou inúmeras pessoas a morrerem queimadas, o que hoje é rejeitado pela própria Igreja. Historicamente, a escravidão tinha como pressuposto que os negros não passavam de objetos, por isso, dentre outras razões, eram escravizados e torturados como animais, o que hoje é inconcebível, até mesmo os maus tratos aos animais. Culturalmente falando, há países no Oriente Médio que não admitem que mulheres votem em seus representantes, inclusive, no Brasil já foi assim também. Além disso, é comum, em sociedades tão complexas, como a nossa, que haja divergência entre seus membros, e isso transcende a diversos temas, como homossexualidade, família, relações comerciais, dentre tantos outros.” Idem, *ibidem*.

⁵¹⁸ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Verdade formal versus verdade material*. Revista de Processo. vol. 875/2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2008, p. 435.

⁵¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Forense 347. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6.

⁵²⁰ Luiz Guilherme Bittencourt. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao material e à realidade social*. Revista dos Tribunais, vol. 824/2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jun/2004, p. 39.

grau de probabilidade, abrindo mão da certeza, porque a obsessão pela busca da certeza ou da verdade pode tornar o processo injusto, para qualquer uma das partes,⁵²¹ pois o processo é permeado por um formalismo, não aquele exagerado que emperra o processo, mas o necessário para que se tenha um processo justo, seguro, no qual se respeita os limites constitucionais, a liberdade do jurisdicionado e aos próprios anseios da sociedade, porque todos tem a garantia ao devido processo, no qual o contraditório e a ampla defesa são imprescindíveis.⁵²²

Nessa quadra da história muito já se discutiu sobre a “verdade formal” e “verdade real”, sendo a primeira de cunho, estritamente processual, aplicada ao processo civil, e a segunda sempre associada ao âmbito do direito penal. Contudo, essa visão vem mudando ao longo dos anos, na expectativa de que o processo seja um instrumento adequado, para que se chegue o mais próximo da verdade, não aquela de ordem formal, mas aquela material, e quando isso não for possível, deve o juiz buscar o mais alto grau de probabilidade, mas somente na excepcionalidade.⁵²³

Sobre o processo civil não se contentar com a verdade formal, o STJ possui decisões rompendo com o paradigma, de que a verdade real seja o desiderato apenas do processo penal.

⁵²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 318.

⁵²² “(...) Entre essas garantias destacam-se a do contraditório e a da ampla defesa. São elas que sustentam a impossibilidade da restrição arbitrária da produção de prova, e não a tese de que o juiz deve encontrar a verdade, até porque, como já dito, a verdade, por ser inatingível, não pode ser vista como meta a ser encontrada pelo processo. O processo é um palco de discussões, em que as partes devem ter a oportunidade de participar de forma efetiva e adequada para convencer o juiz. Nessa linha, a “verdade” será formada a partir do diálogo das partes e do juiz. Portanto, não é correto dizer que o juiz não pode julgar com base em verossimilhança, mas sim afirmar que o processo não pode limitar, de forma arbitrária, a ampla defesa e o contraditório.” MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *Do processo civil clássico*. Op. cit., p. 40-41.

⁵²³ “(...) Não se pode mais aceitar a afirmação, tantas vezes ouvida, de que enquanto no processo penal se busca a ‘verdade material’, o processo civil deve se contentar com a ‘verdade formal’. Não se pode admitir a existência de duas verdades, uma material e outra formal. Só existe uma verdade, e tudo que dissentir da verdade é falso. O juiz no processo civil, tanto quanto no processo penal, deve buscar a verdade (‘material’, se assim se quiser), não podendo se contentar com a ‘verdade formal’, qual nem verdade é, mas mera probabilidade. É certo, porém, que em muitos casos a descoberta da verdade se torna impossível ou ao menos, muito difícil, e impor aos sujeitos do processo uma espera por tal descoberta poderia ser um ônus pesado demais. Por esta razão é que, em situações excepcionais, em que não haja outra solução possível, o juiz do processo civil deverá ser contentar com a mera probabilidade de existência de um direito. (...)” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol.1. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 48.

“Atualmente, o ordenamento processual moderno clama por uma atividade mais presente e firme dos magistrados, não mais se contentando com a mera verdade formal estabelecida anteriormente. Almeja-se um horizonte novo e real. Busca-se a realidade dos fatos (verdade real) e não a realidade processual (verdade formal). Daí o surgimento do princípio da verdade real, ao qual me filio e entendo que deve ser aplicado no presente caso. Na lição de Humberto Theodoro, Jr., ‘no processo moderno, o magistrado deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa’.(...)”⁵²⁴

A postura do STJ propala o ativismo judicial, o que é objeto de inúmeras críticas por parte da doutrina, porque em nome da pró-atividade, direitos constitucionalmente garantidos acabam sendo violados. Contudo, nenhuma das argumentações sobre o processo ser o instrumento pelo qual se busca a “verdade real”, ou a “verdade formal” são palpáveis.

Paulo Hoffman diz que o juiz profere sua decisão, de acordo com o que é considerado o mais próximo possível dos fatos, e nisso, nem o processo penal e o processo civil se diferenciam, a não ser no resultado, porque no processo penal, caso haja alguma dúvida, o julgamento deverá ser a favor do réu *in dubio pro reo*, assim como no processo do trabalho, *in dubio pro operario*. Já no processo civil a decisão sempre será desfavorável a alguém, de acordo com o conjunto probatório e a livre convicção do julgador.⁵²⁵ Não existe a busca pela verdade a qualquer custo, caso contrário, chegar à verdade absoluta poderia fazer com que o processo sequer fosse julgado, por isso a colaboração das partes é primordial para a construção de uma decisão correta.

Não obstante a isso, as partes são parciais, e a verdade das partes são antagônicas entre elas. Além disso, a re (construção) da verdade está imersa em um emaranhado de lacunas e percepções equivocadas, ficando ao alvitre do comprometimento ou da memória do julgador, por isso, a condução do processo deverá ser realizada da forma mais correta possível, para tentar se aproximar da verdade real, e com isso decidir de forma justa.⁵²⁶

⁵²⁴ STJ - MS Nº 21.838 – DF (2015/0136710-0), Rel. Min. OG. Fernandes. Julgado em 12.06.2015, DJ 16.06.2015. Vide também: REsp 1272691/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 05.11.2013, DJ 08.11.2013.

⁵²⁵ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. Op. cit., p. 40.

⁵²⁶ Idem, p. 41.

Outro ponto importante, é que para se atingir a pacificação social, não basta apenas que o juiz se contente com “*a verdade formal, haja vista que é o mesmo que mentira formal*”, por isso, quanto mais perto o juiz está da participação da atividade instrutória, mais perto estará da verdade, sendo que a verdade absoluta e a certeza são axiomáticos. Dessa forma, na atividade jurisdicional o juiz deve estar o mais próximo possível da certeza, para poder decidir.⁵²⁷

Sobre o artigo 378 do CPC/15, os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, entendem que ninguém se exime do dever de cooperar com o Poder Judiciário na busca pela verdade, sobretudo, pelo caráter publicístico do processo. Contudo a única exceção é que a parte não poderá produzir prova contra si própria, pois haveria flagrante inconstitucionalidade.⁵²⁸ Como exemplo disso, é possível citar a recusa de uma parte não querer se submeter a uma prova pericial, em uma ação de investigação de paternidade, nesse caso o artigo 232⁵²⁹ do Código Civil prevê que a recusa da realização da perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.⁵³⁰ Nesse mesmo sentido, o enunciado da súmula 301 do STJ.⁵³¹

Embora o artigo 378 do CPC/15, seja uma réplica do artigo 339 do CPC/1973, para que as partes colaborem para a busca da decisão mais adequada (verdade), o CPC/15 foi coerente ao estabelecer no artigo 379⁵³² que a parte, mesmo

⁵²⁷ “O que não se pode mais aceitar é a suposta vinculação do juiz civil à denominada verdade formal, porque a denominada verdade real deveria apenas no âmbito penal. Tais expressões incluem-se entre aquelas que deveriam ser banidas da ciência processual. Verdade formal é a mesma coisa que mentira formal, pois ambas constituem as duas faces do mesmo fenômeno: o julgamento feito à luz de elementos insuficientes para verificação da realidade jurídico-material.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, ps. 19-20.

⁵²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 763-764.

⁵²⁹ “Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”

⁵³⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. Op. cit., p. 764.

⁵³¹ “Súmula 301: em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção iuris tantum de paternidade.”

⁵³² Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

- I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
- II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;
- III - praticar o ato que lhe for determinado.

cooperando, ela tem o direito não produzir prova contra si própria. Aliás, o texto é claro, e não comporta nenhuma dúvida, pois a redação constitucional, artigo 5º, LXIII⁵³³ não trata da questão expressamente, ele apenas trata do direito de se manter calado, cuja interpretação está sedimentada, acerca de que o referido silêncio é o direito de não se autoincriminar.

Nos três incisos do artigo 379, preservando o direito da não produção de prova contrária aos próprios interesses da parte, a colaboração é manifestada pelos seguintes desígnios: a) comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; b) colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; c) praticar o ato que lhe for determinado. Essas descrições do dever de cooperação das partes não são exaustivas, pois há outros comportamentos previstos no ordenamento, como todos aqueles relacionados à boa-fé, por exemplo.⁵³⁴

4.3 Cooperação é um princípio? As visões de Lenio Luiz Streck, Humberto Ávila e Reinhard Greger

Há uma crítica por parte da doutrina liderada por Lenio Luiz Streck, acerca de a cooperação ser ou não um princípio. Diante disso, antes de adentrar a discussão é importante definir conceitos básicos do seu significado, obviamente, o assunto é extenso e provoca divergências, por isso serão traçadas linhas gerais.

No geral, a doutrina define princípios através de algumas nomenclaturas, como mandamentos nucleares, disposições fundamentais de um sistema ou núcleo de condensações. Todavia, princípios são normas fundamentais do sistema.⁵³⁵ No

⁵³³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

“LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

⁵³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 658.

⁵³⁵ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 612.

final do século XX, a discussão sobre princípios sofreu grandes modificações, especialmente na estruturação das normas.

Humberto Ávila diz que texto ou conjunto deles, não se confunde com norma, pois é possível a existência de norma sem dispositivo e dispositivo sem norma, citando como exemplo, no primeiro caso, que o enunciado da Constituição que prevê a proteção de Deus não possui construção normativa, já os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito, embora sejam normas não existem dispositivos.⁵³⁶ Ressalta-se que segurança jurídica está prevista no CPC/15 em vários artigos, 525, § 13; 534, § 6 167; 927, §§ 3º e 4º; 976, II; 982, § 3º e 1.029§ 4º.

Não se pode afirmar que um determinado dispositivo é princípio ou uma regra, pois é função do intérprete fazê-lo, potencial e axiologicamente, então, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio.⁵³⁷ Ainda, os princípios estabelecem um *estado de coisas*⁵³⁸ a ser promovido sem descrever, diretamente, qual comportamento devido, como por exemplo, o princípio da moralidade não indica quais são comportamentos afetos a ele.⁵³⁹

O referido autor reconhece a importância dos estudos de Ronald Dworking, os quais foram aperfeiçoados por Robert Alexy, na distinção entre regras e princípios pelo seu modo final de aplicação e pela maneira como entram em colisão. Contudo

⁵³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 50.

⁵³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., p. 62.

⁵³⁸ “Estado de coisas (*state of affairs*) pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades. O estado de coisas transforma-se em fim quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação. Por exemplo, o princípio do Estado de Direito estabelece estado de coisas, como a existência de responsabilidade (do Estado), de previsibilidade (da legislação), de equilíbrio (entre interesses públicos e privados) e de proteção (dos direitos individuais), para cuja realização é indispensável a adoção de determinadas condutas, como a criação de ações destinadas a responsabilizar o Estado, a publicação com antecedência da legislação, o respeito à esfera privada e o tratamento igualitário. Enfim, os princípios ao estabelecerem fins a serem atingidos, exigem a promoção de um estado de coisas – bens jurídicos – que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., p. 95.

⁵³⁹ Idem, p. 70.

ele propõe um estudo heurístico, com vistas a uma análise do ponto de vista do processo de justificação, sob a óptica do intérprete.⁵⁴⁰

“As regras e os princípios divergem relativamente à sua força justificativa e ao seu objeto de avaliação. Com efeito, como as regras consistem em normas imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante avaliação de concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma. Como os princípios se constituem em normas imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta, a justificativa da decisão de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas pela norma como ideal a ser atingido.”⁵⁴¹

Nelson Nery Junior não adota nenhuma das correntes existentes que conceituam os princípios, pois todas têm “méritos e falhas, vantagens e desvantagens, coerências e incoerências”.⁵⁴² Para o jurista, o erro cometido pela doutrina para definir princípio, regra, direito e garantia, é a mistura de teorias, o que ele chama de *sincretismo*, por isso se tivesse de adotar algum conceito, seria de que princípios são diretrizes (*guides*) para os órgãos formadores do direito, e ainda, os princípios não são necessariamente escritos, mas pode ser que sejam. Todavia, é a partir do princípio que o juiz pode construir a norma do caso concreto.⁵⁴³

Em relação à cooperação ser um princípio, Reinhard Greger afirma que sim, pois, para esse autor os princípios processuais servem para ilustrar orientações futuras não expressas na lei, ou que somente aparecem em regras esparsas e individuais. Além disso, o princípio tem maior alcance de atenção e aceitação, por isso falar em cooperação como princípio, pois ele é melhor realizado através de um destaque marcante por de trás das normas esparsas.⁵⁴⁴

No direito alemão, tanto na doutrina, como no campo empírico, ainda não se chegou a essa conclusão de que cooperação no processo se trata de um princípio,

⁵⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., p. 26-27.

⁵⁴¹ Idem, p. 99.

⁵⁴² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal, processo civil, penal e administrativo*, 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

⁵⁴³ Idem. p. 38.

⁵⁴⁴ GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. Op. cit., p. 128.

inclusive há boa parte da doutrina que rejeita esse enquadramento.⁵⁴⁵ A crítica é feita em uma contraposição ao princípio dispositivo, sendo este apenas uma modificação restrita, sendo supérflua essa troca de nomes, inclusive há uma renúncia ao princípio dispositivo, a qual é causada pelo fortalecimento dos juízes em razão do princípio da verdade material. Além disso, a cooperação abandonaria a primazia da autonomia da parte, o que suprimiria também a autorresponsabilidade (na condução), e também reduziria a autodeterminação das partes, sem contar a possibilidade de produzir prova contra si próprio.⁵⁴⁶

Lenio Luiz Streck denomina de panprincipiologismo, no direito brasileiro, a fabricação desenfreada de princípios, havendo confusão entre princípios e valores, condição apta para a discricionariedade, pois a maioria dos juristas brasileiros fica adstrita a um paradigma filosófico solipsista, e a mesma doutrina, com o advento dos princípios constitucionais e novos textos constitucionais, o consideram sucedâneos dos princípios gerais do direito.⁵⁴⁷

Humberto Ávila também faz uma crítica a qual ela chama de *Estado Principiológico* a euforia que vivenciam os tribunais e os doutrinadores que se debruçam sobre tema, o que implicou exageros e problemas teóricos, minimizando efetividade do ordenamento jurídico, sobretudo, porque as interpretações são realizadas com carga de subjetividade, em vez de ocorrer uma investigação *intersubjetiva controlável*. Portanto, todos fazem uso indiscriminado dos princípios sem clareza conceitual da norma, confundindo-se princípios, regras, axiomas, postulados, critérios, dentre outros.⁵⁴⁸

Ainda prossegue dizendo, que um princípio ou uma regra não são extraídos do dispositivo, mas sim da interpretação ao caso concreto, por essa razão não se pode falar, por exemplo, que um dispositivo constitucional *contém* ou é um princípio ou uma regra, “*pois o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da*

⁵⁴⁵ GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. Op. cit., p. 128.

⁵⁴⁶ KUGLER, Klaus F. “*Die Kooperationsmaxime.*” *Richtermacgregerecht und Parteienherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis.* Linz am Rhein, Deutschland: Johannes-Kepler-Universität Linz, 2002, p. 77.

⁵⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Op. cit., p. 524-525.

⁵⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 44.

relação entre o dispositivo interpretado, os fins e os valores que lhe são potencial e axiologicamente subjacentes”.⁵⁴⁹

Para Lenio Luiz Streck, os valores foram positivados, e isso facilitou a criação de princípios, tantos quantos necessários para julgar casos difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem⁵⁵⁰, e para exemplificar ele intitula o “princípio da cooperação processual” como um *standard*, que não tem como ser aplicado, pois não prevê sanções pela sua inobservância, inclusive, não há nenhuma inconstitucionalidade, caso ele não seja aplicado.⁵⁵¹

Ele também defende que não há regra sem um princípio instituidor, caso contrário ela não poderá ter legitimidade democrática.⁵⁵² Os princípios não podem possuir um caráter residual de aplicação ou ficar no campo da discricionariedade do julgador, por esse motivo a cooperação não inibe tomada de decisões discricionárias.⁵⁵³ Além disso, ele não tem normatividade, logo, não possui caráter deontológico, pois um “*princípio é fruto da história, um modo específico de a comunidade política se conduzir*”.⁵⁵⁴

Daniel Mitidiero afirma que a colaboração é um modelo processual e um princípio, pois a colaboração serve para organizar o processo de forma justa e com equilíbrio das partes e do juiz na sua conformação, e promove um *estado de coisas*, sobretudo, porque na democracia contemporânea seu fundamento normativo está

⁵⁴⁹ “O dispositivo constitucional segundo o qual se houver instituição ou aumento de tributo, então a instituição ou aumento, deve ser veiculado por lei, é aplicado como regra se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entendê-lo como mera exigência de lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma pode ser aplicado como princípio se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, enfocar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor liberdade para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio de analogia, e como meio de realização do valor segurança, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassam os limites legalmente traçados”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 62.

⁵⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Op. cit., p. 524-525.

⁵⁵¹ Idem, p. 535.

⁵⁵² STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero ou “colaboração no processo civil” é um princípio?*. Revista de Processo, vol. 213/2012, Nov/2012, p. 13.

⁵⁵³ Idem, p. 6

⁵⁵⁴ Idem, p. 11

assegurado firmemente no Estado Constitucional.⁵⁵⁵ Prossegue dizendo, que o princípio possui normatividade, pois caso não seja observado, a consequência será a inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, CF/1998).⁵⁵⁶ Além disso, se o juiz não colaborar ele pode ser responsabilizado pelos danos causados (art. 133 do CPC/1973 e 143 do CPC/15), assim como, as partes podem responder por desobediência ao juízo, dentre outros comportamentos relacionados à má-fé (art. 14 do CPC/1973 e artigos 77, 79 e 80 do CPC/15)⁵⁵⁷

Fredie Didier Jr. explana que a eficácia normativa desse princípio é que o processo cooperativo é a realização de uma comunidade processual de trabalho, na qual os sujeitos do processo possuem deveres, tornando ilícitas as condutas incompatíveis para a obtenção do *estado de coisas*, por isso, é dever dos envolvidos terem comportamentos necessários à obtenção desse processo cooperativo. E ainda, o mesmo autor afirma que para ter eficácia normativa, o referido princípio não necessita de regras jurídicas expressas.⁵⁵⁸

Ele também discorre sobre ser um princípio com eficácia normativa, porque ela estabelece um fim a ser atingido (cooperação, dialética e lealdade). Vale dizer, o fim perseguido somente pode ser atingido com determinados comportamentos para a realização de um estado de coisas. “A despeito da ausência de previsão normativa expressa de um comportamento necessário à obtenção do estado de coisas almejado, o princípio irá garanti-lo.”⁵⁵⁹

Em suma, o processo compreendido como uma comunidade de trabalho é o estado de coisas a ser promovido pelo princípio da cooperação, sendo que a inexistência de regra legal não é impeditivo à sua eficácia, pois se deve preencher as lacunas normativas para a realização do estado de coisas. O autor vai mais além quando diz que a cooperação pode ser encarada como um subprincípio do devido processo legal, ou seja, para que haja um devido processo “(estado de coisas que

⁵⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo, vol. 194/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr/2011, p. 59.

⁵⁵⁶ Idem, p. 59-60.

⁵⁵⁷ Idem, Ibidem.

⁵⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. *Os Três Modelos de Direito Processual*: Op. cit., p. 216.

⁵⁵⁹ DIDIER JR., Fredie *Fundamentos do princípio da cooperação...* Op. cit., p. 46-47, p. 50-51.

se busca alcançar) precisa ser cooperativo ou leal, ou ainda, encará-lo como um subprincípio do sobreprincípio da boa-fé processual”, e assim por diante.”⁵⁶⁰

Marco Eugênio Gross também entende que a cooperação no processo é um princípio, e primeiramente ele adota um critério de eliminação, pois não se enquadraria como regra, haja vista que para ser regra deveria haver uma descrição da conduta a ser adotada, e também não é um *postulado normativo aplicativo*, porque não estrutura a aplicação de regras e princípios, então se trata de princípio, Além disso, promove um *estado ideal*, afeto a um processo justo, cujos comportamentos para sua conformação se tornam devidos.⁵⁶¹

O mesmo autor afirma que não há descrição legislativa acerca de um comportamento cooperativo, e cita como exemplo o fato de o juiz não poder se comportar passiva ou autoritariamente na condução do processo, assim como não consta texto legal determinando que as partes participem da gestão desse processo.⁵⁶²

Por fim, destaque ao posicionamento dos professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que não aceitam que a cooperação seja um princípio. Para eles a cooperação está inserida no dever de boa-fé, logo, é um dever de todos os intervenientes do processo agirem com lisura e comportamentos adequados. Entender a cooperação como princípio é incorreto, haja vista que no CPC/1973 não havia menção à cooperação que pudesse invalidar uma regra ou determinar o rumo de uma decisão, razão pela qual não passa de um dever decorrente da boa-fé. Além do que, não há nenhuma sanção quando as partes não cooperam, motivo pelo qual ela é caracterizada como um desdobramento do princípio da boa-fé.⁵⁶³

Dizer que a cooperação é um princípio dependerá de qual corrente será adotada, no entanto, embora Nelson Nery Junior tenha dito que não se filia a

⁵⁶⁰ DIDIER JR., Fredie *Fundamentos do princípio da cooperação...* Op. cit., p. 51-53.

⁵⁶¹ GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013, p. 122.

⁵⁶² Idem, ibidem.

⁵⁶³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 208.

nenhuma dessas correntes, caso ele fosse adotar alguma seria a de que princípios são diretrizes *guides*, então, por óbvio, qual seria o motivo de a cooperação não ser uma diretriz ao novo modelo processual civil? Além disso, se não passa de um dever decorrente da boa-fé, como não há sanção quando as partes não cooperam? Note-se que o CPC/15 é muito mais rigoroso em relação aos comportamentos indevidos.

A cooperação também pode ser vista como um dever, mas se é um dever a sua inobservância também é dotada de sanção, porque o dever provoca a sujeição de alguém a interesses alheios independentemente da vontade daquele que deve, e seu descumprimento implica sanção jurídica⁵⁶⁴, porque a sua inobservância configura um comportamento ilícito.⁵⁶⁵ Ainda mais se ele for decorrente da boa-fé, razão pela qual a ideia de negar ser um princípio, sob esse argumento é extremamente frágil.

Portanto, é possível compreender a cooperação como um princípio, como a maior parte da doutrina brasileira o faz, porque: a) serve para ilustrações futuras não expressas na lei ou que aparecem em regras esparsas e individuais; b) possui maior alcance de aceitação; c) o princípio ou regra não se extrai diretamente do dispositivo, mas sim da interpretação; e) ele é uma diretriz (*guide*) na aplicação de outros dispositivos e normas; d) promove um estado de coisas, especialmente em relação às garantias constitucionais (devido processo legal, processo justo, solidariedade, democracia, boa-fé; fundamentação participada; contraditório, dentre outros; e) é dotado de sanção (multas em decorrência de atos atentatórios à dignidade da justiça, má-fé, crime de desobediência, nulidade quando não houver o diálogo (contraditório obrigatório nas matérias conhecíveis de ofício), fundamentação sem apreciar as questões suscitadas pelas partes, etc. f) é princípio por exclusão, pois não pode ser considerado como regra, porque não há uma descrição do comportamento a ser adotado, e também não é postulado normativo aplicativo, porque não estrutura a aplicação de regras e princípios; f) é norma fundamental disposta no capítulo I do CPC/15.

⁵⁶⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 132.

⁵⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus*. Revista de Direito Público. 74/217, São Paulo: USP (Universidade de São Paulo), Jan-Dez/1982, p. 76.

E por fim, o próprio texto do código de processo civil coloca a cooperação como pressuposto para o alcance de um processo que tenha uma decisão de mérito em tempo razoável, que seja justa e efetiva (objetivos constitucionais). Logo, a ideia de que a cooperação não possui densidade normativa é uma falácia. No entanto, a textura é aberta e seu conteúdo é indeterminado, o que será amoldado de acordo com a doutrina e as decisões do Poder Judiciário, assim será definido o seu verdadeiro alcance.

CAPÍTULO 5 DO SANEAMENTO DO PROCESSO CIVIL E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Dois pontos merecem destaque, o primeiro deles é a realização de um trabalho em conjunto na conformação desse processo cooperativo, incluindo a fase de saneamento do processo, em que o CPC/15 prevê a possibilidade de que todos os sujeitos o façam em conjunto, cooperativamente. Dessa forma, o juiz além de auxiliar as partes também receberá auxílio delas, deixando o processo melhor instruído e municiado para um resultado adequado.

Por fim, o segundo ponto é a fundamentação como fator essencial, para que as partes, e também toda a sociedade tenha segurança e previsibilidade acerca das decisões emanadas do Órgão Jurisdicional, especialmente em relação às partes que poderão vislumbrar que seus argumentos ou questões sejam apreciados e se realmente contribuíram para o deslinde desse processo, influenciando efetivamente o magistrado.

5.1 Do saneamento e organização do processo: um breve histórico.

Uma contribuição do direito português⁵⁶⁶, para eliminar um antigo problema do processo, que era separar as decisões prévias e preliminares do conhecimento do mérito da causa, possibilitando ao juiz tranquilidade para julgar sem as interferências acerca da validade e regularidade do processo, o que promove a economia processual, evitando assim, o gasto de tempo em um processo que poderia resultar como inválido, por isso o processo deve ser depurado com a

⁵⁶⁶ “Sua história é conhecida. Introduzido no processo português por decreto de 29.05.1907 para conhecer, no processo sumário, das nulidades, recebeu da doutrina e da jurisprudência o nome de *despacho regulador do processo*. Empreendida, em 1926, a reforma do processo civil, sob a orientação do Prof. Alberto dos Reis, foi ampliada a função do despacho - que passou a chamar-se saneador, - destinado como foi a “limpar o processo das questões que podem obstar ao conhecimento do mérito da causa”. Assim, segundo o art. 514 do CPC (LGL\1973\5) hoje vigente em Portugal, a matéria a ser conhecida no despacho saneador abrange as exceções dilatórias, a legitimidade das partes, a coisa julgada, a prescrição e as nulidades”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho saneador e o julgamento do mérito*. Revista de Processo, vol. 767/1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/1999, p. 737.

eliminação de todas as falhas que impeçam sua marcha e o enfrentamento do mérito.⁵⁶⁷

O saneamento do processo no procedimento ordinário, “despacho saneador”, é momento no qual o magistrado definirá se o processo é passível de prosseguimento, ou seja, não suscetível à prolação de sentença de mérito ou terminativa, para posteriormente expungir os vícios existentes, e resolver questões processuais pendentes, preparando o processo para adentrar a fase instrutória, de forma mais produtora e objetiva possível, inclusive, resolver o processo através da composição das partes, concretizando celeridade e efetividade.⁵⁶⁸

É a fase destinada à *organização do processo*, que percorre a constatação da sua viabilidade, bem como da validade dos seus atos, além de uma análise acerca das provas e das articulações estabelecidas pelas partes, não sendo somente uma fase saneadora, por isso, Daniel Mitidiero coloca como gênero que cuida de uma fase organizacional, pois há uma mescla entre saneamento e atividade relacionada ao direito probatório.⁵⁶⁹

Enrico Tullio Liebman propugnava que o saneamento é atividade melhor exercida na fase oral, em audiência, sobretudo, porque possibilita um melhor contato e conhecimento com a causa e as partes. Para o doutrinador, a ferramenta é imprescindível para a eficiência do funcionamento do processo, por isso é importante revisitar algumas questões no despacho saneador: a) as nulidades; os pressupostos processuais, como litispendência, coisas julgada, incompetência relativa, suspeição, capacidade das partes, representação dos incapazes, competência absoluta, dentre outras; b) interesse processual (agir) e a legitimidade das partes, deixando o processo livre e desembaraçado para o enfrentamento do

⁵⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho saneador e o julgamento do mérito*. Op. cit., p. 737.

⁵⁶⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes*. Revista de Processo. vol. 118/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, Nov-Dez/2004, p. 137-142.

⁵⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 131.

mérito, lembrando ainda que é possível decidir a lide desde logo, nos casos autorizados pela lei.⁵⁷⁰

O processo deve atender ao princípio da economia processual, e são várias hipóteses que impedem o seu transcurso normal, mas quando não se trata de ser abreviado é salutar que sejam evitadas delongas que somente emperram a marcha e frustram o jurisdicionado, razão pela qual o juiz deve estar dedicado ao exame da causa, sem as dificuldades bloqueadoras de sua atividade, para que possa prosseguir, sem qualquer empecilho, obtendo o maior proveito com sua atividade facilitada pelo processo depurado.⁵⁷¹

No que tange ao despacho saneador, o modelo brasileiro teve inspiração no código de processo civil português de 1939, art. 514⁵⁷², especialmente no seu parágrafo 3º, que possibilitava ao magistrado a apreciação do pedido, diretamente, caso o processo estivesse livre de percalços, sem questões incidentes. Além disso, havia previsão de uma tentativa de composição entre as partes na audiência preparatória, consoante arts. 512 e 513, que na reforma de 1961 tornou-se facultativa, de acordo com o artigo 508.⁵⁷³

No Brasil, antes de 1939, “o despacho saneador”, só era realizado mediante provocação da parte, uma prevalência do princípio dispositivo, característico do processo adversarial. O regulamento 737 das Ordenações Filipinas, repetido pelos artigos 251, § 3º, *in fine*, e 363, posteriormente vislumbrava a eliminação de nulidades apontadas pelas partes, posições adotadas pelos antigos códigos de processo civil dos Estados, carregando a possibilidade de julgar o processo de

⁵⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho saneador e o julgamento do mérito*. Op. cit., p. 741.

⁵⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Saneamento do processo e audiência preliminar*. RePro. vol. 40/1985, São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez /1985, p. 110.

⁵⁷² “Concluída a discussão, dentro de 10 dias será proferido despacho para os fins seguintes: 1.º) Conhecer, pela ordem designada no art. 293.º, das exceções que podem conduzir à absolvição da instância, assim como das nulidades, ainda que não tenham por efeito anular todo o processo; 2.º) Decidir se procede alguma exceção peremptória; 3.º) Conhecer do pedido, se a questão de mérito for unicamente de direito, puder ser decidida neste momento com perfeita segurança, ou se, sendo a questão de direito e de fato, ou só de fato, o processo contiver todos os elementos necessários para uma decisão conscienciosa.” Idem, p. 4.

⁵⁷³ Idem, *ibidem*.

imediatamente, caso houvesse confissão, o que é equivalente ao atual “reconhecimento jurídico do pedido.”⁵⁷⁴

A alteração primordial ocorreu no CPC/1939 (arts. 293 a 296⁵⁷⁵), ocasião em que o juiz passou a poder realizá-lo *ex officio*, em homenagem à economia processual e também da elevação do caráter público do processo, quer o magistrado encerrando o processo ou eliminando algumas discussões sobre questões processuais.⁵⁷⁶

Já no CPC/1973 o juiz deve adotar providências preliminares (arts. 323-328), como determinar a especificação de provas pelo autor, caso o réu seja revel e não haja aplicação dos efeitos da revelia (art. 324); dar oportunidade ao autor para requerer a declaratória incidente (art. 325); ouvir o autor sobre fato modificativo, extintivo ou impeditivo alegados pelo réu (art. 326); e também a manifestação do autor sobre eventuais preliminares (art. 327), sendo que após tais providências preliminares, não se cogitando em sentenciar o feito, aí sim o processo passará para atividade saneadora, nos termos do art. 331 do CPC/1973.⁵⁷⁷

Sobre o CPC/15, em relação à organização e saneamento do processo, a análise será realizada com mais vagar nas próximas seções, fazendo-se um comparativo com o CPC/1973, pois apesar de haver menção expressa acerca do saneamento compartilhado do processo em cooperação com as partes, a verdade é que os textos destinados a essa fase provocam a impressão que essa atividade de saneamento se tornou um ato isolado do juiz, pois somente em causas de alta complexidade, quando for o caso, poderá designar audiência para essa finalidade, o que aparentemente é uma involução, a qual será rebatida ao longo do trabalho.

⁵⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo*. Revista de Processo. vol. 86/1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2011, p. 85-86.

⁵⁷⁵ “(...) Assim, nos arts. 293 a 296, previu-se, caber aos juízes, encerrada a fase postulatória no procedimento ordinário: a) ordenar o processo: a.1) dando oportunidade de ouvida do autor, quando houvesse defesa material indireta (art. 294, II); a.2) verificando se havia nulidades e suprimindo as sanáveis (art. 294, IV); b) verificar a presença dos pressupostos processuais e condições da ação, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, se fosse o caso (“absolvição da instância” - art. 294, I, III e IV - v. a seguir); c) preparar a instrução probatória: c.1) ordenando a realização de perícias (art. 294, V); c.2) designando a audiência e determinando a produção de prova oral (art. 296, I e II). Idem, ibidem.

⁵⁷⁶ Idem, p. 86-87.

⁵⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional*. Revista de Processo, vol. 5/1977. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1977, p. 101.

5.1.1 *El código procesal civil modelo para a Iberoamerica e a audiência preliminar*

A audiência preliminar no Brasil tem como base o Instituto Ibero Americano de Direito Processual⁵⁷⁸, em *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*⁵⁷⁹, precisamente em seus artigos 300⁵⁸⁰ e 301, os quais cuidam do tema, prevendo a presença obrigatória das partes, sendo que no caso de ausência do autor a demanda se extingue, e na ausência do réu reputam-se como verdadeiros os fatos alegados pelo autor, o que nesse ponto não se coaduna com o ordenamento processual brasileiro, quando se trata do rito comum do procedimento ordinário, exceto rito sumário e nos juizados especiais, cuja consequência é análoga.

Na audiência preliminar, o artigo 301 relaciona quais são os propósitos dela, com diversificadas atividades enumeradas: a) desde que não modifiquem o pedido, é possível a alegação de fatos novos, bem como esclarecer questões, pontos e argumentos imprecisos e obscuros⁵⁸¹, lembrando que no processo cooperativo esse é o já debatido dever de esclarecimento, que não fica adstrito somente ao juiz, mas

⁵⁷⁸ “A inclusão da audiência preliminar em nosso sistema processual se deu sob expressa (e confessa) inspiração do Código-Modelo de Processo Civil para a América Latina, idealizado pelo Instituto Iberoamericano de Direito Processual e que se revela um extraordinário modelo de lei processual, construído sob os expressivos fundamentos da efetividade e da integração dos diversos sistemas processuais da América Latina e da Península Ibérica.” WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes*. Revista de Processo. vol. 118/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, Nov-Dez/2004, p. 139.

⁵⁷⁹ Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo-4>>. Acesso em: 17.08.2015.

⁵⁸⁰ “Art. 300 (Audiencia preliminar). 300.1. Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo motivo fundado, a juicio del Tribunal, que justifiare la comparecencia por representante. Las personas jurídicas y los incapaces, comparecerán por intermedio de sus representantes (artículo 44). Todo, sin perjuicio del patrocinio letrado obligatorio (artículo 48). Si por razones de fuerza mayor insuperable, debidamente acreditadas, una de las partes no pudiere comparecer, la audiencia podrá diferirse por una sola vez. 300.2. La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión. 300.3. Si el inasistente fuere el demandado, el Tribunal pronunciará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriese a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso 2 del artículo 124, en cuyo caso se estará a lo que allí se dispone. 300.4. Lo dispuesto en los ordinales .2 y .3 será aplicable, en lo pertinente, cuando mediare reconvencción.”

⁵⁸¹ “Art. 301. (Contenido de la audiencia preliminar). En la audiencia preliminar se cumplirán las siguientes actividades: 1) Ratificación de la demanda y de la contestación y, en su caso, de la reconvencción y de la contestación a la misma, pudiéndose alegar hechos nuevos siempre que no modifiquen la pretensión o la defensa, así como aclarar sus extremos si resultaren oscuros o imprecisos, a juicio del Tribunal o de las partes.”

também às partes; b) direito de manifestação, defesa, às objeções (incidentes) opostas,⁵⁸² nessa situação temos o dever de diálogo manifestado pelo contraditório; c) tentativa de conciliação total ou parcial⁵⁸³; d) exercício do direito de prova em situações extraordinárias, de acordo com o entendimento do tribunal sobre a sua real necessidade, examinado caso a caso⁵⁸⁴; e) sentença de saneamento (interlocutória), que resolverá todas as pendências que possam obstar o enfrentamento do mérito⁵⁸⁵; f) E por fim, serão decididas quais provas são pertinentes, podendo produzir as possíveis na própria audiência preliminar, e as inúteis e necessárias deverão ser rechaçadas.⁵⁸⁶

Na “sentença” de saneamento o juiz deverá resolver todas as pendências e objeções erigidas, com o propósito de deixar o processo livre para que transcenda à próxima fase, que é o julgamento do mérito. Todavia, caso ainda persista alguma pendência poderá designar nova audiência para essa finalidade (audiência complementar), demonstrando o quão relevante é deixar o processo em condições plenas de julgamento do mérito. Não obstante a isso, há previsão de que algumas provas sejam produzidas na própria audiência preliminar, com o objetivo de promover o princípio da economia processual.

⁵⁸² “Art. 301, 2º. Contestación por el actor de las excepciones opuestas por el demandado y por éste de las que hubiere opuesto el actor respecto de la reconvención.”

⁵⁸³ “Art. 301, 3º. Tentativa de conciliación, que deberá realizar el Tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.”

⁵⁸⁴ “Art. 301, 4º. Recepción de la prueba sobre las excepciones, en la situación extraordinaria de entender el Tribunal que existe algún hecho a probar, en cuyo caso se recibirán, exclusivamente, las pruebas solicitadas en el escrito en que se hubieren opuesto las excepciones y aquellas que lo fueron en la ocasión a que refiere el numeral 2.”

⁵⁸⁵ “Art. 301, 5º. Pronunciamiento de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso, para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el Tribunal hubiere advertido y decidir, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa, cuando ésta sea definible al comienzo del litigio. El Tribunal podrá prorrogar la audiencia a los efectos de lo dispuesto en el numeral 4), pero en la siguiente oportunidad deberá recibirse la totalidad de la prueba y pronunciarse la sentencia interlocutoria de saneamiento. La formulación de sus fundamentos podrá diferirse hasta otra audiencia que habrá de llevarse a cabo en plazo no mayor de diez días y, cuando la complejidad del asunto lo justifique, se podrá prorrogar la audiencia por plazo no mayor de quince días para pronunciar la sentencia con sus fundamentos.”

⁵⁸⁶ “Art. 306. 6º. Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba; pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes (artículo 33.6), disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan, recepción de los que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación de otra complementaria para el diligenciamiento de los restantes, acordándose lo necesario para que, en ocasión de esa audiencia complementaria, se diligencien totalmente las pruebas que no se hubieren recibido en la audiencia preliminar (artículo 303.1.)”.

Relevante destaque é que o saneamento para esse código modelo é predominantemente concentrado, com vistas a simplificar o procedimento, e a oralidade é fator essencial para a eficiência dessa fase processual, “com abreviação mais ou menos sensível do itinerário previsto”.⁵⁸⁷

5.1.2 Do equívoco perpetrado pela incorreta interpretação da audiência preliminar do artigo 331 do CPC/1973

A Lei 5.869/73 introduziu no CPC/1973 a Seção III do Capítulo V do Título VIII do Livro I o “Despacho Saneador”, o qual foi alterado pela Lei 5.925/73, passando a ser denominado “Do saneamento do processo”. O texto do artigo 331 tinha a seguinte redação:

Art. 331. Se não verificar nenhuma das hipóteses previstas nas secções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo;

I – deferirá a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultado às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos;

II – designará a audiência de instrução e julgamento, determinando o comparecimento das partes, perito, assistentes técnicos e testemunhas.

A crítica doutrinária foi consubstanciada em razão de o texto “despacho saneador”, padecer de técnica, vez que nunca se tratou de despacho, mas sim de uma decisão, e ainda, deixava claro que seria um ato isolado do juiz, por isso deveria ser compreendido como uma fase do processo.⁵⁸⁸

No CPC/1973, a Lei 8.952/94 introduziu, no procedimento ordinário, a *audiência preliminar*, denominada *audiência de conciliação*, com a expectativa de aproximar as partes antes da instrução, assim como da realização da prova pericial, o que implicou interpretação errônea, passando a impressão que seria apenas uma tentativa de conciliação das partes. Porém, essa audiência sempre foi uma ótima

⁵⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Saneamento do processo e audiência preliminar*. RePro. vol. 40/1985, São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez /1985, p. 119.

⁵⁸⁸ “Em verdade o saneamento do processo não se faz com uma providência isolada e nem um simples despacho, por isso entendemos que o saneamento do processo mais se liga a uma fase processual do que a um mero despacho como tornou-se conhecido”. SOUZA, Gerson Amaro de. *Do saneamento do processo*. Revista de Processo. vol. 679/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, Mai/1992, p. 36.

oportunidade para o saneamento do processo com a colaboração das partes, decidindo questões processuais pendentes, fixando pontos controvertidos, além da determinação das provas a serem produzidas, somente designando a audiência de instrução e julgamento, caso necessário.⁵⁸⁹

Dessa alteração, merece destaque o fato de que o título deixou de chamar “despacho saneador”, passando a se chamar “Do saneamento do processo”. Além disso, passou para o juiz decidir sobre o cabimento ou não da realização da prova pericial, que até então determinava seu deferimento imperativamente.

Novamente, o artigo 331 sofreu uma alteração em sua denominação, com a Lei 10.444/02, passando a ser intitulada como audiência preliminar, haja vista que as providências não se restringiam apenas à composição do litígio, assim como, a Seção III do Capítulo do Título VIII do Livro I, deixou de ser “Do saneamento do processo”, e passou a ser “Da audiência preliminar”⁵⁹⁰, cuja redação ficou assim:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

Destaque ao § 3º, que deixou expresso, que caso não se obtivesse a conciliação, poderia o juiz sanear o processo, mas a prática do cotidiano forense já deixou arraigado que essa audiência não passava de uma mera tentativa de

⁵⁸⁹ ALVIM, ARRUDA. *Manual de direito processual civil*, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1103.

⁵⁹⁰ Idem, p. 1104.

conciliação, incutindo nos operadores do direito, que essa audiência não tinha obrigatoriedade.⁵⁹¹

Essa última alteração legislativa, conforme explanado na seção anterior, teve forte inspiração no CPC modelo para a Iberoamérica, sobretudo, pela nomenclatura, que passou de audiência de conciliação para audiência preliminar, exatamente para ficar clarividente que essa audiência não se cuidava apenas de uma tentativa de conciliação das partes, mas uma importante fase para a organização e saneamento do processo, o que não mudou o cenário perante os operadores do direito, que ainda a contemplavam como uma mera audiência de conciliação.

No entendimento de José Miguel Garcia Mediana, essa audiência tem o condão, somente de buscar a conciliação entre as partes e não é obrigatória, por isso poderá ser dispensada, aliás, por qualquer uma das partes, caso uma delas opte por não comparecer, não há que se falar em nulidade.⁵⁹²

O STJ segue a mesma linha de compreender a audiência preliminar como uma audiência de conciliação e facultativa, cuja não realização não implica nulidade, pois as partes podem transigir a qualquer momento:

“Ademais, conforme jurisprudência desta Corte, não se anula o processo por ausência da audiência preliminar quando já proferida sentença. Pelo contrário, a anulação só acarretaria prejuízo e seria contra o propósito da realização de tal medida, que é dar maior agilidade ao processo, permitindo uma solução mais rápida do conflito. Acrescenta-se ainda, que as partes podem transigir a qualquer tempo”.⁵⁹³

O mesmo posicionamento na Terceira Turma do STJ.

(...) inútil anular o processo para realizar a audiência prevista no artigo 331 do CPC, notadamente quando sob a premissa de abrir prazo para a realização da perícia genética pelo método DNA em ação de investigação

⁵⁹¹ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011, p. 110-111.

⁵⁹² MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado*. Com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.349.

⁵⁹³ “STJ - AgRg no Ag 693.982/SC, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 20/11/2006, p. 316”.

de paternidade. Além do mais, a decisão pela necessidade – ou não – da produção de prova é uma faculdade do juiz, a quem unicamente cabe avaliar se há no processo elementos e provas suficientes para formar a sua convicção.⁵⁹⁴

A audiência preliminar, independentemente do tratamento dado pela jurisprudência, sempre foi enfrentado por setores da doutrina como de imprescindível realização, deixando de ser um atributo de cartório, passando a ser uma sucessão de atos realizados em conjunto com as partes, de forma oral e concentrada, e ainda que as partes não tenham interesse na realização da audiência de conciliação prevista, essa norma processual é de ordem pública, por isso sua realização é obrigatória e as partes não podem dispor livremente dela.⁵⁹⁵

Em razão de alguns posicionamentos, sobretudo jurisprudencial, a audiência preliminar do artigo 331 do CPC/1973 sempre foi considerada facultativa, muito mais como um momento para que se tente obter a conciliação das partes, que para uma sessão de atos saneadores do processo. Além, disso, a expressão do § 3º "ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a sua obtenção", nesse caso a composição do litígio, ele poderá sanear o processo (como agente isolado), deixa a designação dessa audiência em um campo discricionário do magistrado, mas a verdade é que improvável não significa impossível.⁵⁹⁶

Fernando Fonseca Gajardoni através de ampla pesquisa concluiu que 28,9% das audiências preliminares resultavam em composição amigável, e por essa razão

⁵⁹⁴ "STJ - REsp 914.429/PB, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010".

⁵⁹⁵ "Antes o juiz saneava o feito em cartório; hoje isto deverá ser feito na audiência preliminar. É a nova regra do jogo. Não pode o juiz consultar as partes, indagando se têm interesse na realização da audiência que a lei impõe seja realizada. As normas do processo civil são, em regra, de ordem pública, de sorte que as partes não podem abrir mão de direito que não queiram comparecer à audiência, mesmo que não queiram submeter-se à tentativa de conciliação, o juiz deverá praticar os demais atos previstos pela norma analisada, no momento processual adequado para tanto: na audiência preliminar. Consultando as partes e deixando de designar a audiência, para sanear o feito em cartório, significa, em última análise, aplicar o revogado CPC de 1973 ao invés do vigente CPC de 1994." NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.743. Vide também: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Horizontes da Nova Audiência Preliminar*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, 281-305, dez. 2003, p. 299.

⁵⁹⁶ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. Op. cit., p. 111.

não havia sentido que a audiência em questão fosse obrigatória.⁵⁹⁷ Analisando como fonte o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁵⁹⁸, este aponta que o Brasil tem a marca de 100.000.000 (cem milhões de processos) em andamento, não seria contraproducente eliminar quase 30.000.000 (trinta milhões), e a justificativa do autor sobre essa audiência não ser frutífera, do ponto de vista operacional, parece equivocada, pois traria resultados impressionantes na diminuição da carga de trabalho do Poder Judiciário.

Embora o objetivo dessa audiência não seja somente a conciliação⁵⁹⁹, ela sempre foi de cabal importância, como propulsor a resolver o processo celeremente e efetivamente, dispensando a velha discussão sobre ser ou não justa determinada decisão tomada nesse relevante momento processual, pois a composição do litígio, prematuramente, é um importante fator de equilíbrio na sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, e promove a economia processual⁶⁰⁰, deixando o processo depurado, quando não se conciliam as partes, para a realização da audiência de instrução e julgamento.

A decisão cooperativa nessa fase do processo é tão importante, que evita que as partes recorram acerca das decisões ali proferidas, como por exemplo, a dispensa de uma prova pericial acatada pelas partes em comum acordo com o juiz

⁵⁹⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, ps. 148-151.

⁵⁹⁸ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>> Acesso em 22.03.2015

⁵⁹⁹ “Não alcançada esta última, criou o legislador excelente oportunidade para a realização do saneamento do processo, com a interessante colaboração das partes e de seus procuradores. Diz o texto legal que, não obtida a conciliação, deve o juiz efetuar o saneamento do processo, decidindo as questões processuais pendentes, fixando os pontos controvertidos e determinando as provas a serem produzidas, e, por fim, se for o caso, designando a audiência de instrução e julgamento”. ALVIM, ARRUDA. *Manual de direito processual civil*, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1103.

⁶⁰⁰ “Ainda que não se obtenha a conciliação nessa fase do processo, e que não seja a única finalidade, ela é importante, porque “a verdade é que, nessa tardia ocasião, o “gasto” de energia e o desembolso de recursos financeiros já terá ocorrido, por exemplo, com eventual prova pericial (e a prática mostra que a perícia costuma ser o episódio em que mais se investem recursos financeiros no processo). Trata-se de ocasião logicamente mais próxima do momento da prolação da sentença do que do início do processo. E só esse fator, de ordem temporal, já permite inferir que, nesse momento, as partes pouco provavelmente têm motivação para realizar acordo. Isto porque já se encontram na iminência da prestação da tutela jurisdicional (com a sentença), porque já efetuaram todo o tipo de “investimento” (gastos com a produção da prova pericial, por exemplo) necessário, restando apenas a prova oral e, logo depois, a sentença”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A audiência preliminar...* Op. cit., p. 138.

da causa, provoca um desestímulo para que as partes recorram sobre o que foi decidido conjuntamente, o que, aliás, é o escopo desse trabalho, a busca constante de um processo democrático com a participação efetiva das partes.

Com a aplicação escorreita das diversas hipóteses previstas no art. 331 do CPC/1973, isso poderia acarretar ampla economia processual, inclusive com a diminuição de recursos, pois se as próprias partes podem abrir mão de uma prova pericial, diante do juiz, certamente não teriam interesse recursal, o que contribuiria para a diminuição da carga de trabalho dos juízes e tribunais, assim como uma diminuição no número de processos no qual se exigem maior cautela da instrução, pois bem depurados facilitam a atividade do órgão jurisdicional. Além disso, promoveria celeridade e maior efetividade, desde que bem trabalhados pelos operadores do direito.⁶⁰¹

5.2 O Saneamento em cooperação entre os sujeitos processuais e a nova sistemática do CPC/15. É possível mudar o comportamento atual dos juízes?

Paulo Hoffman observa que o saneamento do processo é realizado através de “carimbos de cartório”, que apenas causam a falsa impressão de que o processo é célere e que alguma coisa é decidida, mas não passam de falácias que se impregnaram no Poder Judiciário, como por exemplo: “Partes legítimas e bem representadas. Não há nulidades a suprir. Dou o feito por saneado e designo audiência de instrução para o dia tal, deferindo provas oportunamente requeridas”. “As preliminares se confundem com o mérito e com ele serão apreciadas”. “Estabeleço como pontos controvertidos as alegações feitas pelas pelo autor na petição inicial e as realizadas pelo réu em suas manifestações, cabendo a cada parte o ônus de prová-las”.⁶⁰²

Lenio Luiz Streck estende as críticas à esfera penal, citando um caso concreto, no qual a decretação da prisão preventiva de um cidadão ficou adstrita a um formulário com alternativas, como garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica ou por conveniência da instrução criminal, quando o réu ameaça

⁶⁰¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A audiência preliminar...* Op. cit., p. 142-143.

⁶⁰² Hoffman, Paulo. *Saneamento compartilhado*. Op. cit., p. 113.

testemunhas ou destrói as evidências do crime. E na ocasião o juiz escolheu “marcando um “X” na alternativa garantia da ordem pública, sem qualquer referência aos fatos”, como se a liberdade de uma pessoa pudesse ser suprimida sem qualquer fundamentação ou referência, análogo a um *quiz show*, sem responsabilidade política do magistrado.⁶⁰³

O CPC/15 tem como propósito um amplo diálogo, inclusive fomenta a oralidade na fase de organização e saneamento do processo, caudatário de um contraditório dinâmico, obstando que as partes sejam surpreendidas na sentença, acerca da repartição do ônus da prova, evitando que o processo, como no liberalismo seja instrumento à plena disposição das partes, ou autoritárias, como no excesso de ativismo judicial protagonizado pela figura do juiz, propiciando um processo democrático, em que há um efetivo diálogo entre seus sujeitos.⁶⁰⁴

A partir do artigo 357⁶⁰⁵ na seção V do Capítulo X, o legislador optou por unir o saneamento e a organização do processo em uma dimensão bifásica, como ocorre nos sistemas processuais modernos, debatendo tanto as questões de saneamento

⁶⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *E o juiz decretou a prisão marcando um "X"! Sentença ou quiz show?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>>. Acesso em 07.07.2015.

⁶⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 203-204.

⁶⁰⁵ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. § 1º 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. § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

como também as questões atinentes ao direito probatório, conforme defendia Galeno Lacerda.⁶⁰⁶

Para Daniel Mitidiero a organização do processo (saneamento) se opera em duplo sentido: retrospectivo e prospectivo, sendo que no primeiro visa-se a excluir vícios existentes ou extinguir o feito sem resolução de mérito, de acordo com o artigo 354 do CPC/15. Já no segundo cuida-se da organização do tema da prova, da repartição do ônus probatório e do juízo de admissibilidade das provas a serem produzidas.⁶⁰⁷ Ademais, no que diz respeito à questão probatória, também é uma forma de as partes contribuírem na formação do convencimento do juiz, por isso a participação das partes é salutar nesse momento processual.⁶⁰⁸

No início dessa seção há citação doutrinária condenando os famigerados “carimbos cartorários”, e por essa razão, para que a organização do processo seja realizada de forma efetiva, tanto com o objetivo de atingir a justiça nas decisões, assim como para o alcance da celeridade e da efetividade, é fundamental que haja participação concreta das partes, tanto na fixação dos pontos controvertidos, como também na fase da problematização (audiência de instrução e julgamento). Caso contrário, um processo mal instruído implica interposição de recursos, o que o torna moroso.⁶⁰⁹

Nesse contexto, a depuração do processo não deve ser realizada necessariamente na fase de organização e saneamento do processo, pelo contrário, a análise dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito é realizada

⁶⁰⁶ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, 3ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 94-95.

⁶⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123-124.

⁶⁰⁸ Tradução Livre: “Mirada desde el punto de vista de las partes, la prueba es además, una forma de crear la convicción del magistrado. El régimen vigente insta a las partes a agotar los recursos dados por la ley para formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento acerca de la existencia de las circunstancias relevantes del juicio.” COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951, p. 125.

⁶⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Op. cit., p. 204.

desde o primeiro despacho em que o juiz recebe a petição inicial até a decisão final, seja de mérito ou não.⁶¹⁰

Para Luiz Rodrigues Wambier, o juiz realiza o saneamento do processo a todo o momento, como de acordo com o texto previsto no artigo 348 do CPC/15, em que no caso de revelia, se o juiz verificar que seus efeitos não ocorreram determinará a produção de prova pela parte autora, ou no artigo 351, quando o réu alegar as matérias preliminares constantes do artigo 337 determinará a oitiva do autor, permitindo-lhe a produção de prova, e ainda, o artigo 352 preconiza que “verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.” Razão pela qual, o processo chega à fase de organização e saneamento com a tomada de providências que não implicaram extinção sem resolução do mérito, tornando-se um momento apropriado para a realização de uma audiência de conciliação, que se não alcançada proporcionará um trabalho compartilhado entre as partes em prol da efetividade.⁶¹¹

Esse raciocínio é confirmado pelo CPC/15, pois os artigos supramencionados estão no capítulo IX, intitulado “das providências preliminares e do saneamento”, o que ratifica o posicionamento propalado, de que a atividade saneadora não ocorre em um momento específico, mas desde o nascedouro do processo, inclusive na audiência destinada para o saneamento compartilhado.⁶¹² (em cooperação entre os sujeitos processuais).

Essa audiência tem o propósito de que o saneamento seja feito de forma compartilhada, em cooperação entre os sujeitos processuais, substitui, nesse ponto, a audiência preliminar prevista no artigo 331 do CPC/1973, cuja previsão no CPC/15 está no § 3º do artigo 357, com a seguinte redação: “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para

⁶¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 49; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 3, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 574-575.

⁶¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A audiência preliminar...* Op. cit., p. 146.

⁶¹² Idem, *ibidem*.

que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

O CPC/15 demonstra em vários dispositivos, que almeja buscar a pacificação social com a participação de todos os seus sujeitos, e o artigo 357 vai muito além do art. 331 do CPC de 1973, sabendo conservar o que de importante consta daquele dispositivo sobre a ordenação do processo, e propondo a prática de diversos atos no sentido de racionalizar a atividade jurisdicional incentivando a cooperação entre os variados sujeitos processuais, inclusive, a depender da complexidade do caso, em audiência especialmente designada para tanto.⁶¹³

O texto traz à tona a velha discussão acerca da obrigatoriedade da audiência preliminar, que tinha o propósito de propiciar um processo mais efetivo em seu amplo aspecto, no entanto, o texto do artigo 357 e respectivos incisos levam a crer que a atividade de saneamento e organização do processo seja um ato isolado do juiz, deixando ao seu alvitre a designação de uma audiência para que o saneamento seja realizado de forma compartilhada e em cooperação, quando o caso for complexo. Logo, a primeira indagação que se faz, é que o termo complexo será definido apenas pelo juiz, e será que essa situação mudará o cenário atual?

Parece que não, pois o próprio Código, no § 1º do artigo 357 permite que “realizado o saneamento (pelo magistrado), 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.” Portanto, fazendo uma ilação associada ao tratamento dado à audiência preliminar, tanto por uma parte da doutrina como também do entendimento jurisprudencial, a princípio não haverá mudanças significativas, e o saneamento compartilhado talvez seja a exceção. Contudo, para aprimoramento desse diálogo e em busca de melhores condições, para que o resultado final do processo seja o mais adequado, há quem defenda que a audiência de saneamento

⁶¹³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 266.

e organização do processo seja realizada independentemente de a causa ser complexa.⁶¹⁴

Todavia, para que o processo se torne uma comunidade de trabalho, é de cabal relevância que haja mudança de mentalidade, não para enxergar o saneamento realizado em audiência como algo negativo, mas como um ótimo aparato, para o resultado adequado do processo, ou seja, a busca de melhor solução, “um saneamento valorativo”⁶¹⁵

5.2.1 Da importância da oralidade

O dever de diálogo, não significa que o processo seja pautado, exclusivamente, pela oralidade⁶¹⁶, o que até mesmo inviabilizaria o trâmite processual, no entanto, a audiência para saneamento e organização do processo é de fundamental importância para o processo cooperativo, sendo classificada pela doutrina portuguesa como corolário da cooperação.⁶¹⁷ Todavia, ela é deveras importante na fase de saneamento, cujos motivos foram explanados ao longo do trabalho.

O direito de ser ouvido está diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que torna impossível que o indivíduo seja um mero objeto inserto em um método, e também é o ponto de partida fundamental para um processo social.⁶¹⁸

⁶¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Op. cit., p. 204.

⁶¹⁵ Hoffman, Paulo. *Saneamento compartilhado*. Op. cit., p. 136.

⁶¹⁶ “A escola italiana sustentava, na primeira metade do século XX, que o processo deveria ser pautado pela oralidade” CHIOVENDA, Giuseppe. *Sul rapporto fra le forme del procedimento in Saggi di diritto processuale*, vol. II, Roma: Foro Italiano, 1931, passim.

⁶¹⁷ SILVA, Paula Costa e. *Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar*. In: SOUSA, Miguel Teixeira de (org.). *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 236-237.

⁶¹⁸ “(...) Es steht auch in engem Zusammenhang mit dem Gebot der Wahrung der Menschenwürde in Art. I Abs. I GG; diese verbietet es, den einzelnen zum bloßen Objekt in Einem Verfahren zu machen. Nach anfänglichem Bestehen, seinen Gehalt als Garantie eines Mindestmaßes an Gehör im Rahmen der Prozeßgesetze zu verstehen, hat die Auslegung das Recht so dynamisiert, daß es zum Ausgangspunkt auch für eine sozialstaatliche Prozeßpraxis (...)” WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale*

Há amplos motivos para se defender a oralidade, especialmente, pela melhor percepção da causa, da sua impressão pessoal em relação às partes, movimentos fisionômicos, avaliar a credibilidade, ter contato visual com as diversas situações, ou seja, um conjunto que leva o magistrado a um melhor posicionamento na tomada de decisões.⁶¹⁹

O processo em prol da oralidade defendido no início do século XX pela escola italiana, liderada por Chiovenda, se difundiu pelo Brasil, tanto que na exposição de motivos do CPC/1939 houve um tópico dedicado ao princípio da oralidade, da concentração e da identidade física do juiz, e nos dizeres de Barbosa Moreira, “a realização da audiência de instrução e julgamento, muitas vezes, passou a ser uma formalidade anódina e vazia de sentido.”⁶²⁰

Alguns países, como a Inglaterra adotaram a oralidade pela eficiência e por uma reinvidicação da doutrina, inspirada pela ZPO (*Zivilprozessordnung*) austríaca de 1895, de Franz Klein. Além disso, no fim do século XX o Código-modelo de processo civil para a América Latina influenciou alguns países do continente sul-americano, como o Uruguai que em 1988 elaborou o seu *Código General del Proceso*, o qual “foi coroado com êxito, e exerceu influência em subsequentes reformas processuais nesta região do planeta.”⁶²¹

Não se pretende nesse trabalho pugnar pela oralidade extremada do processo, isso até o tornaria inviável, o que se propõe é que não poderia haver resistência à realização da audiência para saneamento do processo em cooperação com as partes, semelhante situação ocorre no direito inglês *pre-trial*, uma audiência

Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 83.

⁶¹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 22.

⁶²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. Revista de Processo, vol. 116/2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul – Ago/2004. p. 316.

⁶²¹ Idem, ibidem.

preliminar que é realizada para tornar o processo maduro e nortear os passos posteriores, e assim promover um julgamento acertado.⁶²²

Como dito alhures, o próprio texto do artigo 357 e seus respectivos incisos transmitem a ideia de que o saneamento é um ato isolado do juiz, em que as partes podem solicitar esclarecimentos ou solicitar ajustes em cinco dias, caso contrário a decisão se tornará estável, art. 357, § 1º, e, por conseguinte, a possibilidade do saneamento em audiência somente ocorreria na hipótese em que o juiz entendesse o caso como complexo, art. 357, § 3º. Evidentemente, em um ambiente cooperativo, o mais adequado é que toda essa atividade seja realizada em audiência, para que haja amplo debate oral.⁶²³

Um ponto crucial acerca da aproximação das partes litigantes está alocado no § 2º do artigo 357, em que “as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.” No caso os incisos II e IV, cuidam respectivamente, da delimitação das questões de fato sobre os quais recaíra a atividade probatória, e sobre a distribuição do ônus da prova.

Sobre o supracitado, a pergunta que se faz é a seguinte: se as partes litigantes possuem um hiato que é exatamente o litígio que as separa, por qual motivo elas cooperariam para favorecer a parte contrária nas questões atinentes à distribuição do ônus da prova e acerca da atividade probatória? Não haveria melhor resultado se tudo isso fosse fruto de uma decisão conjunta em audiência? Sobre o artigo em comento, Daniel Mitidiero entende que não há óbice para que o processo cooperativo seja saneado por escrito, desde que mantido um ambiente cooperativo, apesar de defender que o ideal é que prevaleça a oralidade.⁶²⁴

Para que o processo cooperativo tenha eficácia, no que tange ao saneamento realizado em audiência, com amplo diálogo e cooperação entre os sujeitos,

⁶²² ANDREWS, Neil. *The modern civil process: judicial and alternatives forms of dispute resolution in England*, 2008, trad. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 70-80.

⁶²³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 124.

⁶²⁴ Idem, *ibidem*.

expungindo decisões isoladas do juiz, o qual deverá postergar todas as decisões para a audiência de saneamento, com ampla participação dos envolvidos, é o que se denomina de saneamento valorativo, em que as decisões são tomadas em conjunto com as partes, pois somente assim é que se pode obter uma tutela jurisdicional plena e justa, em que as partes possam discutir diretamente com o juiz, e como dito, diminuindo recursos contra as decisões proferidas, evitar a produção de provas inúteis, pois em tese, haveria consenso, e não ocorrendo o consenso caberá ao juiz a última palavra.⁶²⁵

5.2.2 Um exemplo bem sucedido da realização da audiência para saneamento do processo como uma comunidade de trabalho

O juiz e professor Fernando da Fonseca Gajardoni é um exemplo atual de como a designação de uma audiência adepta ao saneamento compartilhado, em vez de trazer transtornos e morosidade ao processo é mais efetiva e promove, dentre outros, a celeridade, economia, evita recursos das partes contra as decisões tomadas em conjunto na audiência, e ainda tem como meta a obtenção de uma decisão melhor qualificada.

O magistrado em questão, sempre foi referência por fazer da audiência preliminar uma aliada no expurgo dos malefícios do processo, que apenas poderiam corromper o julgamento escorreito de um caso complexo. A exemplificativa dessa seção está nos autos do processo 0000241-40.2012.8.26.0426, em trâmite perante a vara única da comarca de Patrocínio Paulista, no Estado de São Paulo, tendo como partes a Central Energética Vale do Sapucaí Ltda. (autora) e a Brumazi Equipamentos Industriais Ltda. (ré).

O magistrado designou a audiência preliminar, nos moldes do artigo 331 do CPC/1973, e deixou claro no despacho que o saneamento compartilhado é a forma mais adequada de depurar o processo e torna-lo qualificado para o julgamento, cujo teor transcreve-se abaixo:

⁶²⁵ Hoffman, Paulo. *Saneamento compartilhado*. Op. cit., p. 140-141.

“Em vista da complexidade da matéria em debate por força do objeto do conflito (sistema de extração de sacarose por difusor composto por 14 equipamentos e pesando, aproximadamente, 2.000 toneladas), do valor da ação (R\$ 28.285.648,00) e do valor da reconvenção (R\$ 4.792.780,58) – que recomendariam, inclusive, a solução do conflito pela via arbitral (lei 9.307/96) –, adotarei, no caso presente, a técnica do *saneamento compartilhado*, que no Brasil pode ser sacada da adequada interpretação do art. 331, § 2º, do CPC, bem como do princípio da cooperação processual. De acordo com a doutrina sobre o tema, o *saneamento compartilhado* representa a ideia de que o saneamento do processo não deve ser proferido pelo juiz isoladamente, sem a participação das partes, mas, sim, sempre em conjunto com elas e da forma mais negociada possível.”⁶²⁶

Para não ficar extenso e não descrever integralmente o caso consigna-se que o processo é de alta complexidade, pois os valores envolvidos somam cifras consideráveis, algo acima de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), e o objeto central da ação gravita em torno do fornecimento de um equipamento defeituoso e outro não entregue no prazo convencionado, os quais seriam utilizados para extração da sacarose da cana de açúcar, com a finalidade de produzir etanol.

A audiência preliminar se realizou no dia 11.10.2013, na qual o magistrado sugeriu que as partes submetessem o conflito à arbitragem, haja vista a complexidade técnica do objeto da ação, oportunidade em que as partes se comprometeram a estudar extrajudicialmente essa possibilidade. Além disso, houve tentativa para que as partes se compusessem, o que foi rechaçado.

Como a discussão central estava afeta ao adequado funcionamento de um complexo equipamento para extração de sacarose por difusor, houve apresentação audiovisual de toda a dinâmica do funcionamento do equipamento, que em tese, não cumpria com os seus desígnios na cadeia produtiva. Após a apresentação, tanto as partes como o juiz puderam ter um contrato mais próximo com o real conflito ali estabelecido, o que propiciou ao magistrado uma avaliação real e pessoal do ponto nevralgico da demanda, inclusive, ouvindo as partes, que obviamente, puderam participar efetivamente do embate, com o apoio dos seus respectivos assistentes técnicos.

⁶²⁶Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?localPesquisa.cdLocal=426>> Acesso em 24.08.2012.

Diante do cenário, na própria audiência ficou definido que a ré arcaria com o custo da prova pericial, o que não foi discutido em recurso, porque as partes concordaram, e com isso contribuíram para a celeridade do processo, ou seja, um trabalho em conjunto.

Não obstante a isso, ficou definido como seria realizada a perícia, contando com oitiva de testemunhas em complemento ao laudo pericial. Por fim, fixou diversos pontos controvertidos, de forma precisa, e com ampla participação das partes.

Ainda, em relação ao perito, as partes puderam escolher em conjunto quem trabalharia no caso, assim como, descartaram uma prova pericial prévia realizada, exatamente para não alegarem divergências entre os laudos. E ainda, os quesitos foram decididos em conjunto com as partes e com o próprio magistrado. Daí, a pergunta que se faz é: alguém recorreu? Obviamente não, e mesmo que houvesse recurso dificilmente se demonstraria o interesse recursal.

As vantagens foram as seguintes: a) Efetivamente houve tentativa de conciliação, inclusive indicação de que o conflito fosse resolvido por uma câmara arbitral, diante da especificidade técnica envolvida; b) Todos os sujeitos do processo puderam assistir a própria máquina em funcionamento, onde se questionou sua capacidade de produção que não atendia às expectativas da parte autora; c) abriram mão das provas inúteis, como a prova pericial preliminar, que só poderia trazer mais transtornos no deslinde do caso; d) fixaram, conjuntamente, todos os pontos controvertidos; e) definiram quem arcaria com os custos da prova pericial; f) das decisões proferidas nenhuma desafiou qualquer tipo de recurso.

5.3 A fundamentação da decisão decorrente do processo cooperativo (o último ato da fase de conhecimento, a prolação da sentença)

Até o momento foram expostas as condições essenciais para a estruturação de um processo cooperativo, sendo que o contraditório é fundamental para a construção de uma decisão justa e efetiva, inclusive o diálogo na fase de saneamento e organização do processo é elementar, e o fruto dessa comunidade de trabalho acarreta a produção de uma decisão adequadamente fundamentada.

O código de processo civil de 1973, em seu artigo 458, intitulava a seção I do Capítulo VII, como requisitos da sentença, nomenclatura criticada por Teresa Arruda Alvim Wambier, pois “requisitos são condições necessárias para que se chegue a determinado objetivo, transmitindo então, o sentido de anterioridade, sem integração ao próprio objetivo”, por isso já lecionava que relatório, fundamentação e decisório são elementos da sentença e não requisitos, incongruência que foi sanada no novo código de processo civil, na seção II do capítulo XIII (Seção II – Dos elementos e dos Efeitos da Sentença).⁶²⁷

O CPC/15 em seu artigo 489⁶²⁸ e respectivos incisos descrevem os elementos da sentença, e inovou no § 1º⁶²⁹ ao atender a um reclamo antigo da doutrina e do jurisdicionado, para que as decisões dos órgãos jurisdicionais fossem adequadamente fundamentadas, o que é fruto de um processo cooperativo, pois de nada adianta oportunizar o contraditório às partes se elas não tiverem influenciado, genuinamente, na decisão do magistrado.

O inciso I do § 1º, prevê que não se considera fundamentada a decisão que simplesmente reproduzir ou fazer uma paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, e isso é válido para toda e qualquer decisão judicial, porque somente replicar texto legislativo sem mencionar a relação existente com o caso concreto é uma decisão não fundamentada, o mesmo acontece no inciso II do § 1º, que é empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto da sua incidência no caso.

⁶²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed., vol. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 110.

⁶²⁸ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”.

⁶²⁹ “Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Em relação ao inciso II do § 1º, há maior incidência nos princípios, pois possuem conceitos vagos e indeterminados, pois trazem cláusulas gerais, que geralmente possuem grande carga de conteúdo axiológico e são trabalhadas pouco a pouco pela doutrina, assim como pela jurisprudência, por exemplo, o artigo 5º, inciso XXIII da CF, o qual preconiza que a propriedade deve exercer a sua função social.⁶³⁰

Conceitos vagos ou indeterminados são aqueles que não possuem seus objetos muito bem definidos por eles mesmos, cuja interpretação pode variar de pessoa para pessoa, como por exemplo, conceituar Interesse público, hipossuficiente, notório, etc. Todavia, em relação aos conceitos determinados não há discussão, são enunciados fechados, como por exemplo, salário, aposentadoria, marido, comodato, etc. Por essa razão, a fundamentação quando envolvem esses conceitos indeterminados deve ser mais profunda.⁶³¹

A função endoprocessual da motivação das decisões judiciais possui duplo escopo: a) o aperfeiçoamento da administração da justiça, pois permite ao órgão superior conhecer os motivos que o levaram a tomar determinada decisão; b) permite que as partes tomem conhecimento desses mesmos motivos, vinculados à ideia da impugnação, assim como do controle interno da decisão.⁶³²

A garantia do contraditório é fundamental na estruturação de um processo cooperativo, com todo esplendor da dialética, certamente o conhecimento das partes da motivação é imprescindível, não somente pela questão da delimitação recursal, mas porque as partes precisam ter ciência dos motivos que levaram o juiz a aceitar ou rejeitar os argumentos levantados que o ajudaram na construção da sua decisão.

Na verdade, o conteúdo da decisão também envolve a colaboração das partes e será importante na formação da decisão. Porém, é através de uma decisão bem fundamentada que se obtém o resultado da cooperação, no sentido de que as

⁶³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 794.

⁶³¹ Idem, *ibidem*.

⁶³² GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013, p. 127.

partes realmente influenciaram o órgão julgador, de forma efetiva, e não apenas formal, caso contrário, a fundamentação tornar-se-á eivada.⁶³³

O papel do contraditório assume a postura de *cardine della ricerca dialettica*, é a pedra angular para a formação de uma decisão, que decorre de um Estado Democrático, pois toda decisão deve ser amplamente debatida entre os participantes do processo. Dessa forma, as partes devem se pronunciar acerca de todo elemento que sirva de suporte para a decisão do juiz, inclusive as questões de ofício, o que implica respeito ao dever de consulta.⁶³⁴

Além disso, a fundamentação é uma prestação de contas, o que é ínsito ao Estado Democrático de Direito, no entanto, essa decisão deve ser fruto de um amplo diálogo entre os sujeitos do processo, pois a decisão adequadamente fundamentada, não é direcionada somente para as partes, ela também é voltada para a sociedade (*accountability*⁶³⁵) “O Estado Democrático de Direito, é o Estado que se justifica, e, portanto é na fundamentação que encontramos não somente a legitimidade da decisão perante as partes, mas sua legitimidade como ato do Poder Judiciário”.⁶³⁶

Dessa forma, a decisão judicial deve ter apoio somente em elementos sobre os quais as partes, no mínimo, tiveram oportunidade de se manifestar, caso isso não ocorra haverá afronta ao contraditório, consequentemente ao dever de consulta.⁶³⁷

A motivação completa e constitucionalmente adequada requer alguns requisitos: a) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial; b) individualização das normas aplicáveis; c) acerto das alegações de fato; d)

⁶³³ GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Op. cit., p.128.

⁶³⁴ Sobre o dever de consulta, vide seção 3.4.3.

⁶³⁵ Tradução livre: prestação de contas.

⁶³⁶ “O prestar de contas não significa necessariamente que alguém, alheio a uma lide individual, vá exercer alguma espécie de correção da decisão; a ideia de controle externo é uma construção decorrente das exigências constitucionais feitas ao judiciário. Em outras palavras, o controle da fundamentação pela sociedade, embora seja uma ficção, é uma ficção da qual depende a legitimidade das decisões jurisdicionais. SCHMITZ, Ziesemer Leonard, *Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. Op. cit., p. 212-213.

⁶³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 150-152.

qualificação jurídica do suporte fático; e) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; f) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; g) a justificação de tais enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente correta; h) devem constar, necessariamente, os fundamentos arguidos pelas partes, para que se tenha conhecimento, sem qualquer dúvida, que as razões levantadas pelas partes, em suas manifestações, foram apreciadas para formação da decisão.⁶³⁸

Destaca-se o posicionamento de Michele Taruffo:

“A consideração da motivação divide-se, portanto, em duas perspectivas independentes a uma da outra: a primeira, que faz referência aos componentes estruturais do discurso, consente em estabelecer se ele constitui uma justificação racional, objetivada e controlável sob o perfil da validade e da correção; a segunda, que faz referência aos conteúdos específicos do discurso, está voltada a valorar as escolhas realizadas pelo juiz sob o perfil da correspondência às expectativas, às finalidades e às ideologias do observador”.⁶³⁹

Teresa Arruda Alvim Wambier define que a decisão do juiz “é como se fosse o último ato de uma peça teatral, deve demonstrar que as alegações das partes, somadas às provas produzidas, efetivamente interferiram no seu convencimento”⁶⁴⁰, e isso será identificado, seja na sentença ou no acórdão, que as partes realmente influenciaram na decisão do órgão jurisdicional.

A fundamentação evita arbitrariedades e também possibilita ao perdedor a melhor adequação, caso haja interposição de recurso, porque se explica ponto a ponto o real motivo da decisão, a qual fica sujeita ao controle, não somente do Poder Judiciário, mas da própria sociedade.⁶⁴¹

⁶³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo, vol 206. DTR\2012\2768, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.

⁶³⁹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: Cedam, 1975, p. 288.

⁶⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação da sentença e de acórdão*. Revista de Processo. vol. 168, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2009, p. 55.

⁶⁴¹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 211.

Sobre a questão da arbitrariedade é relevante abrir um espaço para tratar do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, no qual o magistrado aprecie livremente a prova, de acordo com o conjunto constante dos autos, ainda que não alegado pelas partes, é mister que se aponte os fundamentos que o levaram a tomar determinada decisão. Entretanto, quando se fala de livre convencimento, não significa que o juiz está livre para exercer um exacerbado subjetivismo, o que implicaria ausência de autocontrole.⁶⁴²

Na conformação do processo como uma comunidade de trabalho, é necessário que seja mitigado o brocardo *iura novit curia*, lembrando que mesmo com amplo diálogo, o juiz está autorizado a aplicar dentro da controvérsia “normas de direito diferentes ou, ainda, melhores do que aquelas invocadas pelas partes, bem como fundar-se em argumentação jurídica até mesmo nem cogitada nos autos: “*mihi factum, dabo tibi ius*””, sem que isso implique julgamento *extra petita* ou *ultra petita*. Vale dizer, que a causa de pedir (fatos deduzidos pela parte), jamais poderá ser modificada pelo órgão julgador.⁶⁴³

Conforme pontuado ao longo do trabalho, a cooperação é pressuposto para o alcance de uma decisão: a) com enfrentamento do mérito (primazia do julgamento do mérito); b) em tempo razoável; c) justa; d) efetiva. Porém, para que sejam concretizados esses desideratos, é de suma importância que haja escoreita e completa fundamentação, o que não significa fundamentação extensa sem qualquer propósito, pois fundamentação completa pode ser objetiva, o que afastam as críticas ao artigo 489, § 1º e respectivos incisos do CPC/15.⁶⁴⁴

Conforme já analisado na abordagem ao dever de esclarecimento (Cf. seção 3.4.1), Marcelo Pacheco Machado entende, que de acordo com a nova dinâmica do CPC/15, o dever de fundamentar não está adstrito somente ao magistrado, pois na sistemática cooperativa do processo civil as partes ao invocarem quaisquer “precedentes” deverão realizar o cotejo analítico no plano argumentativo, sob pena

⁶⁴² TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 103.

⁶⁴³ Idem, p. 104-105.

⁶⁴⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. Op. cit., p. 227.

de o juiz não estar obrigado a decidir com base nos precedentes, como é o caso de a parte redigir sua petição, apenas com citações de ementas. Em razão disso, o que não se aceita do Poder Judiciário, também não se aceita das partes, especialmente em um processo cooperativo. Em relação à parte autora, caso o cotejo não seja realizado, o juiz deverá intimar para que a deficiência seja suprida. (art. 321 do CPC/15).⁶⁴⁵

A opinião supracitada é inconstitucional, e viola frontalmente o próprio artigo 489 do CPC/15, haja vista que por mais que a parte cometa alguma falha na argumentação da sua causa de pedir, a verdade é que isso não desobriga o juiz a fundamentar escorreitamente, pelos seguintes motivos: a) não se pode condicionar a prestação jurisdicional à realização de um cotejo analítico em primeira instância, pois essa situação é reservada a uma das hipóteses de cabimento de recurso especial (exigência essa constitucional, art. 105, III, “c” da CF.⁶⁴⁶, e constante do artigo 1.029, § 1º⁶⁴⁷ do CPC/15); b) embora as partes tenham o dever de cooperar, dentro de alguns limites, fica a cargo do juiz a maior parte dos deveres na estruturação dessa concepção processual, dentre eles, esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio; c) a fundamentação é uma garantia constitucional (art. 93, IX da CF), e melhor detalhada no artigo 489 do CPC/15).

Por fim, como citado outrora, não se pode admitir, nessa quadra da história, que exista um juiz *Pilatos*, que em uma instrução mal feita pelas partes decide de

⁶⁴⁵ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC: precedentes e contraditório*. Op. cit., passim.

⁶⁴⁶ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: no País; III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

⁶⁴⁷ Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: I - a exposição do fato e do direito; II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida. § 1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

forma injusta reputando a falha às partes, assim o princípio dispositivo vai sendo mitigado.⁶⁴⁸

A parte tem de expor os seus argumentos de forma que posicione o magistrado a ser influenciado no momento de sua decisão, pois é assim que se constrói um processo democrático, no entanto, caso a parte assim não proceda, a maior prejudicada será ela própria, que poderá suportar uma decisão menos qualificada. Todavia, no processo civil contemporâneo, não é possível vislumbrar que o magistrado deixe de fundamentar corretamente sua decisão em razão da desídia de uma das partes.

É fundamental o diálogo entre os sujeitos processuais, razão pela qual as partes e o juiz devem falar acerca “das questões suscitadas em juízo, do contrário, há monólogo no lugar do diálogo, com claro prejuízo à feição democrática do processo.”⁶⁴⁹

5.4 O posicionamento incipiente dos tribunais brasileiros

Recentemente, alguns julgados sobre o processo cooperativo vêm sendo produzidos pelos tribunais e pelo Superior Tribunal de Justiça, e ao que parece, há uma adesão significativa do Poder Judiciário, que de acordo com o que a maioria da doutrina compreende acerca da cooperação como um princípio, e por essa razão será importante analisar caso a caso com os comentários pertinentes.

Ao fazer a leitura, a abordagem levará em conta o melhor enquadramento da decisão em relação aos deveres do órgão jurisdicional bem como das partes, no processo colaborativo.

⁶⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. Op. cit., p. 231.

⁶⁴⁹ “É fundamental, na organização do processo inspirado na colaboração, que se leve em consideração os pontos de vistas externados pelas partes ao longo do procedimento no quando da decisão da causa. Trata-se da exigência calcada na necessidade de participação de todos que tomam parte no processo para o alcance da justa solução do caso concreto, tendo o diálogo papel de evidente destaque nessa estruturação. Fora dessas coordenadas não há que se falar em cooperação no processo.” MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

No primeiro exemplo, oriundo do Tribunal de Justiça do Ceará, julgado em março de 2015, destaca-se um caso típico de deserção, no qual a parte pleiteava gratuidade, e por isso deixou de recolher o devido preparo. No entanto, o pedido de gratuidade não foi analisado pelo juízo “a quo”, e quando da interposição do recurso de apelação houve decretação da pena de deserção, mas o tribunal reformou sob o fundamento de que devido ao princípio da cooperação, haveria o dever de diálogo, e a parte recorrente deveria ter sido intimada para manifestar acerca do não recolhimento. E exatamente pela ausência do contraditório, o magistrado de primeiro grau não poderia decidir sem consultar a parte recorrente.⁶⁵⁰

Indubitavelmente trata-se de uma omissão do juízo e o acórdão insere outros motivos para a revisão da decisão, mas já há uma tentativa de tornar o processo mais democrático, convidando as partes a oferecer um contributo para a decisão do Órgão Jurisdicional, e isso de forma efetiva. Vale dizer, não se pode decidir sem ouvir as partes, a não ser nas exceções legalmente previstas.

Fazendo mais um comentário sobre o julgado, o que foi compreendido como dever de diálogo também poderia ser analisado sob o prisma do dever de prevenção, assim evitar-se-ia que o processo pudesse atingir um resultado não almejado.

O STJ também tratou da cooperação e da impossibilidade de frustração do jurisdicionado, pois na realização de um prova pericial nos restos mortais de um suposto pai, o exame foi inconclusivo, mas ainda havia uma solução, que seria

⁶⁵⁰ “No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção, a teor do artigo 511, caput, do CPC. Entretanto, no bojo das razões da apelação declarada deserta, repousa um pedido de gratuidade da justiça, que não foi apreciado pelo d. Juízo a quo. O pleito de justiça gratuita pode ser apresentado e concedido no curso da ação, inclusive no momento da apresentação das razões do apelo. Inteligência do artigo 6º da Lei 1.060/50. O artigo 4º, § 1º, da Lei 1.060/50 consagra uma presunção relativa de hipossuficiência econômica, a qual pode ser elidida com a comprovação efetiva da ausência do estado de necessidade da parte interessada, o que pode ser feito a partir de determinação do Juiz que examina o caso, o qual pode exigir a apresentação de elementos de prova para a formação de seu convencimento quanto à impossibilidade de o interessado arcar com as despesas processuais. Outrossim, de acordo com o princípio da cooperação, a decretação de deserção do recurso sem a prévia intimação da parte para efetivar o preparo viola o dever de diálogo entre as partes, cujo fundamento está no direito fundamental ao contraditório. Por fim, a denegação da gratuidade judiciária ao agravante configura autêntica negação de acesso à justiça, afetando um pequeno sindicato do interior do Estado do Ceará, que conta com meios muito limitados para garantir os direitos de seus associados. Agravo conhecido e provido. (TJCE – AI 0131672-75.2012.8.06.0000 – Rel. Washington Luis Bezerra de Araujo – DJe 04.03.2015 – p. 32)”.

realizar esse exame através de pessoas com grau de parentesco colaterais. Contudo, a nova realização dessa prova pericial foi refutada pelo juiz de origem, frustrando as expectativas do jurisdicionado para a obtenção de um processo pautado pelo diálogo e pela possibilidade de influenciar eficazmente no convencimento do magistrado. Na decisão, o relator deixou claro que os deveres de boa-fé, confiança e cooperação não ficam restritos somente às partes, mas também ao juiz.⁶⁵¹

Vale ressaltar, o magistrado é imprescindível na conformação desse processo cooperativo, pois ele possui a maior parte dos deveres atinentes, lembrando mais uma vez, que o objetivo da cooperação é a obtenção de uma decisão de mérito, justa, efetiva e em tempo razoável, o que só pode ser conquistado através de um processo democrático.

Ao longo da dissertação foi explanado sobre o contraditório ter dupla acepção, ou seja, ele não é somente para as partes, mas invoca a participação do juiz ativamente nessa dialética. Sobre esse ponto, abaixo trecho do acórdão do STJ, REsp 1307407/SC, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques: “Aliás, é o que

⁶⁵¹ Uma vez deferida a produção de prova pericial pelo magistrado - exame de DNA sobre os restos mortais daquele apontado como o suposto pai do autor da ação -, caso o laudo tenha sido inconclusivo, ante a inaptidão dos elementos materiais periciados, não pode o juiz indeferir o refazimento da perícia requerida por ambas as partes, quando posteriormente houver sido disponibilizado os requisitos necessários à realização da prova técnica - materiais biológicos dos descendentes ou colaterais do suposto pai -, em conformidade ao consignado pelo perito por ocasião da lavratura do primeiro laudo pericial. De fato, o resultado inconclusivo do laudo, ante a extensa degradação do material biológico em exame, com a ressalva de que o exame poderia ser *realizável a partir de materiais coletados junto a descendentes ou colaterais do falecido*, cria expectativa e confiança no jurisdicionado de que outro exame de DNA será realizado, em razão da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional. Isso porque o processo civil moderno vem reconhecendo, dentro da cláusula geral do devido processo legal, diversos outros princípios que o regem, como a boa-fé processual, efetividade, o contraditório, cooperação e a confiança, normativos que devem alcançar não só as partes, mas também a atuação do magistrado que deverá fazer parte do diálogo processual. Desse modo, deve o magistrado se manter coerente com sua conduta processual até o momento do requerimento, por ambas as partes, de nova perícia, pois, ao deferir a produção do primeiro exame de DNA, o magistrado acaba por reconhecer a pertinência da prova técnica, principalmente pela sua aptidão na formação do seu convencimento e na obtenção da solução mais justa. Ademais, pode-se falar na ocorrência de preclusão para o julgador que deferiu a realização do exame de DNA, porque conferiu aos demandantes, em razão de sua conduta, um direito à produção daquela prova em específico, garantido constitucionalmente (art. 5º, LV, da CF) e que não pode simplesmente ser desconsiderado. Portanto, uma vez deferida a produção da prova genética e sendo viável a obtenção de seu resultado por diversas formas, mais razoável seria que o magistrado deferisse a sua feitura sobre alguma outra vertente de reconstrução do DNA, e não simplesmente suprimi-la das partes pelo resultado inconclusivo da primeira tentativa, até porque “na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica desprezar a produção da prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz” “ STJ - REsp 192.681-PR, Quarta Turma, DJ 24/03/2003). REsp 1.229.905-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 5/8/2014.”

se consagra no princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma decisão de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de mero fiscal de regras" ⁶⁵²

No acórdão prolatado no agravo regimental no REsp 1191653/MG, o relator Ministro Humberto Martins conduziu o voto com propriedade na cooperação entabulada pelo dever de auxílio, reconhecendo que a intimação do devedor para indicar bens à penhora, nos termos do artigo 652, § 3º do CPC/1973 exige a aplicação do princípio da cooperação, haja vista que o magistrado tem de “provocar as partes a noticiarem complementos indispensáveis à solução da lide, na busca de uma efetiva prestação jurisdicional.”⁶⁵³

E sobre a impossibilidade de haver decisão surpresa, sobretudo pela manifestação do dever de diálogo, no TJ/AC, Apelação nº 0004158-40.2013.8.01.0002, mesmo considerando a preclusão para o pedido de produção de provas pela parte, não poderia ter ocorrido o julgamento antecipado da lide por que o magistrado realizou a fase de saneamento indicando o prosseguimento para a fase de instrução probatória, não podendo frustrar as partes e julgar o mérito, o que foi reconhecido como uma típica decisão surpresa que afronta o modelo de processo cooperativo. ⁶⁵⁴

Em Goiás, o tribunal de justiça aplicou a cooperação em razão do dever de auxílio, para contribuir com a parte na localização do endereço de um devedor, quando foram esgotados todos os meios de que a parte poderia dispor.⁶⁵⁵

⁶⁵² “STJ - REsp 1307407/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012.”

⁶⁵³ “STJ - AgRg no REsp 1191653/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010.”

⁶⁵⁴ “TJAC – Ap. 0004158-40.2013.8.01.0002 – (15.303) – 1ª Câm.Cív. – Rel. Des. Adair Longuini – DJe 13.11.2014 – p. 3.”

⁶⁵⁵ “Cabe ao judiciário facilitar a tarefa daqueles que o procuram, evitando a via mais longa e sofrida, como corolário do princípio da cooperação processual, o que impõe o abrandamento do formalismo exacerbado e a interpretação das leis com sabedoria e razoabilidade, contribuindo, de forma decisiva, para o aperfeiçoamento da Justiça e a pacificação social, prestando uma jurisdição tempestiva e adequada, com vistas ao bem comum. Neste contexto, demonstrando que apesar das diligências realizadas pela agravante não foi possível obter o endereço correto do agravado, o princípio da cooperação recomenda que o Judiciário requirite junto a órgãos do Poder Público informações necessárias ao aperfeiçoamento da relação processual, mesmo porque, no presente

Antes mesmo da entrada em vigor do CPC/15, já há posicionamento dos tribunais favoráveis à aplicação da colaboração, no entanto, dentre os deveres explanados ao longo do trabalho, merece destaque os deveres de consulta (diálogo), e também o dever de auxílio. Isso implica dizer, que já há uma incipiente posição do Poder Judiciário em contribuir para que o processo vise ao que se propõe, ou seja, a efetiva pacificação de conflitos, e não apenas uma armadilha, na qual um simples erro pode provocar a frustração das partes, pelo contrário, o processo não tem o condão apenas de satisfazer às partes, mas também a toda a sociedade.

5.5 A aplicação da cooperação nos tribunais portugueses

No direito português, em plena vigência do novo código de processo civil, a interpretação da maior corte do país parece condizente com o propósito cooperativo, o que também vem ganhado espaço perante os tribunais brasileiros, no entanto, somente no cotidiano é que poderemos vislumbrar se sua prática se efetivará.

Todavia, é importante ressaltar que em um caso, no qual a parte sucumbente pleiteia a anulação de um julgado, que a condenou a pagar juros, seja revisto, porque não houve pedido da parte contrária nesse sentido (julgamento *ultra petita*). Mas, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (STJ) reconheceu o princípio da cooperação insculpido no artigo 266º, nº 1 do Código de Processo Civil Português, o qual prevê a obtenção de uma decisão com eficácia e brevidade a justa composição do litígio, mas seria difícil de aplicar ao caso concreto, haja vista que não é passível de imediata aplicação, pois careceria de norma que permita ou imponha essa conduta ao Poder Judiciário.

Prosseguindo, o tribunal reconheceu que, em tese, caberia o dever de prevenção, mas não pode ser concebido como “cláusula geral”, sendo necessário o “seu uso para a remoção de obstáculos formais, e utilizável para o suprimento da insuficiência ou imprecisão na exposição ou concretização da matéria de facto, conforme artigo 590º, nºs. 3 e 4 do CPC”. Razão pela qual fica vedado ao tribunal,

caso, a citação por edital será ineficaz para o recebimento do crédito pretendido”. Agravo de instrumento nº 64176-0/180, Rel. Des. Gilberto Marques, 2ª Câmara Cível, julgado em 22.07.2008.

nessa quadra da história, sugerir a correção ou o suprimento de deficiências ou omissões que afetem o conteúdo do pedido formulado.

Por fim, como não houve pedido expresso, a parte lesada poderia se valer de uma nova ação judicial para que seja reparada pelos supostos danos causados. Contudo, o mais surpreendente foi que o tribunal reconheceu que se o autor não formulou esse pedido na petição inicial, nem em ulterior ampliação do pedido de juros de mora, o tribunal não poderia ter condenado o réu ao pagamento desses juros, e por esse motivo o tribunal revogou a parte do acórdão acerca dessa questão.⁶⁵⁶

Em um recurso de *uniformização de jurisprudência*, em razão da negativa de cabimento do recurso de revista, o STJ, citando o jurista português, Miguel Teixeira de Sousa, invocou o princípio da cooperação, por maioria de votos, em um caso no qual o recorrente não cumpriu um dos requisitos para que o recurso pudesse ser conhecido, o qual foi rejeitado de plano, sem que o tribunal concedesse prazo para que o vício pudesse ser sanado.⁶⁵⁷

O recurso de uniformização de jurisprudência possui algumas características do nosso recurso especial, quando interposto com supedâneo na alínea “c” do artigo 105, inciso III da Constituição da República, cujo requisito de admissibilidade é que seja feito o cotejo analítico e que seja juntado o acórdão paradigma, para que se uniformize o entendimento jurisprudencial.

Nos termos do artigo 688⁶⁵⁸, nºs 1 e 2 do código de processo civil português, cabe recurso para o pleno das secções cíveis quando o Supremo Tribunal de Justiça proferir acórdão que esteja em contradição com outro anteriormente proferido pelo

⁶⁵⁶ Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), processo nº 1520/04.3 TBPBLC. C1.S1-A. Relator F. Pinto de Almeida. 14.05.2015. Uniformização de Jurisprudência. DR, I, série, 121, 24 de junho de 2015. p. 4420-4427. Disponível em: < www.gde.mj.pt/jstj.nsf > Acesso em 07.11.2015.

⁶⁵⁷ STJ (Supremo Tribunal de Justiça), nº 314/2000, 6ª Secção, oposição de acórdãos, relatora: Ana Paula Boularot, 21/10/2014. Disponível em: < <http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf> > Acesso em: 10.12.2015.

⁶⁵⁸ “Artigo 688.º 1 - As partes podem interpor recurso para o pleno das secções cíveis quando o Supremo Tribunal de Justiça proferir acórdão que esteja em contradição com outro anteriormente proferido pelo mesmo tribunal, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito. 2 - Como fundamento do recurso só pode invocar-se acórdão anterior com trânsito em julgado, presumindo-se o trânsito.

mesmo tribunal, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito.

Inicialmente o Tribunal rejeitou o recurso, porque o recorrente não juntou a cópia do acórdão que demonstrasse a divergência, o que ocasionou reclamação da parte, a qual deveria ter sido intimada para sanar o vício e juntar a cópia do acórdão paradigma.

O Tribunal por maioria de votos entendeu que o princípio da cooperação não foi observado, especialmente no que tange ao dever de diálogo (contraditório), pois era necessário convidar a parte para que fizesse o aperfeiçoamento que o órgão julgador entendesse necessário, sob pena de proferir decisão-surpresa.⁶⁵⁹

Há também posicionamento de afastamento do princípio da cooperação, quando o magistrado, nesse caso o relator do recurso do tribunal inferior, intimou a parte acerca de uma providência prevista no ordenamento processual e esta não se atentou, motivo pelo qual, nesse caso o dever de prevenção foi concretizado, e como não houve atendimento por parte do recorrente o recurso não foi conhecido.

A demanda envolve uma ação de reparação de danos morais, em face de dois jornalistas, os quais veicularam uma matéria acerca de abandono familiar, no qual o autor da ação seria o responsável por maus tratos às crianças, dentre outras crueldades, sendo, inclusive convidado a se manifestar pela imprensa daquele país para prestar esclarecimentos, o que não foi atendido.

A ação foi julgada improcedente e confirmada pelo Tribunal da Relação do Porto, insatisfeito interpôs recurso ao Supremo Tribunal de Justiça, cujo relator do

⁶⁵⁹ O normativo inserto no artigo 690º, nº 2 do NCPCivil impõe que a parte junte com o seu requerimento inicial a cópia do acórdão fundamento, no caso de interposição de recurso para uniformização de jurisprudência por oposição de acórdãos. Se a parte não cumprir tal ônus, mas não se limite a interpor recurso invocando uma qualquer oposição de acórdãos, fazendo consignar naquele seu requerimento inicial, aquando da sua motivação, que o acórdão recorrido se encontrava em oposição com um outro deste Supremo Tribunal, o qual identifique, pela data e número, acrescentando ainda que o mesmo se encontrava publicado na base de dados do ITIJ, não deverá ser rejeitada *in limine* a mencionada impugnação, sem que antes se convide a recorrente a juntar a cópia em falta. Esta actuação prévia impõe-se por força do princípio da cooperação a que alude o artigo 7º do NCPCivil, o qual se destina a transformar o processo civil numa “comunidade de trabalho” o que implica interacção das partes com o Tribunal e deste com aquelas. STJ (Supremo Tribunal de Justiça), nº 314/2000, 6ª Secção, oposição de acórdãos, relatora: Ana Paula Boularot, 21/10/2014. Disponível em: < <http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf> > Acesso em: 10.12.2015.

recurso o convidou (intimou) para sintetizar suas conclusões, sob pena de indeferimento, nos termos do artigo 690, nº 4⁶⁶⁰ do CPC (na redacção do DL 329-A/95 de 12/12), e mesmo assim o recorrente não o fez, o que culminou em reclamação, mas a decisão foi mantida, porque o relator atendeu ao princípio da cooperação ao requerer que o recorrente apresentasse a síntese de suas conclusões, requisito de admissibilidade do recurso perante o Tribunal português.

Note que o texto normativo provoca a concretização do dever de prevenção, ou seja, antes de rejeitar o recurso de plano, haverá convite do relator para que a parte aperfeiçoe seus fundamentos e sintetize suas razões recursais, e somente não cumprida essa diligência é que o recurso deixa de ser conhecido.⁶⁶¹

⁶⁶⁰ “Art. 690. O recorrente deve apresentar a sua alegação na qual concluirá, de forma sintética, pela indicação dos fundamentos por que pede a alteração ou anulação da decisão. Nº 4 - quando as conclusões faltem, sejam deficientes, obscuras, complexas ou nelas não se tenha procedido às especificações a que alude o nº 2 , o relator deve convidar o recorrente a apresenta-las, completá-las , esclarecê-las ou sintetizá-las . sob pena de não se conhecer do recurso , na parte afectada.”

⁶⁶¹ “(...) “Nas conclusões deve, assim o recorrente intrometer as questões ou assuntos que quer ver apreciados e decididos pelo tribunal superior e citando o Prof. Alberto Reis in CPC Anotado vol. V ed. 1981 na parte em que este ilustre Processualista refere que” as conclusões são as proposições sintéticas que emanam naturalmente do que se expôs e considerou ao longo da alegação”.

O citado Acórdão a este propósito conclui que “as conclusões devem ser idóneas para delimitar de forma clara e, inteligível e concludente o objecto do recurso, permitindo apreender as questões de facto ou de direito que o recorrente pretende suscitar na impugnação que deduz e que o tribunal superior cumpre solucionar. Não devem valer “como conclusões arrazoadas longas e confusas em que se não discriminam com facilidade as questões invocadas”.

Ainda também como refere o Acórdão que, seguimos de perto, aí citando também o Acórdão de 29.04.2008 “por detrás do dispositivo em causa, art. 690 nº 4 estão razões de clareza e perceptibilidade do objecto da impugnação, proporcionado a concretização do contraditório e balizando a decisão : e seguindo o mesmo aresto o Acórdão refere “ o disposto no art. 690 nº4 conducente ao não conhecimento do recurso deve ser usado com parcimónia e moderação, devendo ser utilizado, tão só quanto , quando não for de todo possível ou for muito difícil , determinar as questões submetidas á apreciação do tribunal superior ou ainda quando a síntese ordenada se não faça de todo (...)”.

“(…) Em conclusão: Não se conheceu do objecto do recurso, porque não obstante o recorrente ter sido convidado por despacho a apresentar conclusões sintetizadas com a cominação expressa de que não o fazendo não se conhecia do objecto do recurso, o recorrente não observou esse ónus de concisão, que sobre ele impendia. E não tendo o recorrente cumprido esse despacho, ainda que em nome do princípio da cooperação consagrado no art. 266 do CPC, não pode agora invocar a inconstitucionalidade da norma do nº 4 do art. 690 do CPC, por violação dos princípios consagrados nos art. 18 e 20 da Constituição da República Portuguesa, porque todo o circunstancialismo processual ocorrido e acima descrito, não configura qualquer violação ou limitação dos direitos do recorrente nomeadamente daqueles preceitos constitucionais. Nesta conformidade e atento o disposto no nº 4 do art. 690 do CPC os Juízes deste Supremo acordam em manter o despacho do Relator, não conhecendo do objecto do presente recurso.” STJ. Recurso de Revista 684/2002.L2.S1, 2ª secção, Rel. Tavares de Paiva, vu. 22.05.2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em 10.12.2015.

Por fim, vale ressaltar que no direito processual civil português já existe a observância à cooperação, mas naquele país esse dever ainda é incipiente e demandará muito da comunidade jurídica, para que seja consolidada como uma norma fundamental do sistema processual, isso se efetivamente o for.

CONCLUSÃO

A primeira conclusão extraída do desenvolvimento do presente trabalho é que não é possível sustentar um processo liberal, em que as partes decidem os rumos, com ampla liberdade, nem que o processo seja conduzido pelo autoritarismo do magistrado, decidindo tudo de forma isolada, deixando a participação das partes apenas como uma mera formalidade de fundo.

É necessário que o modelo atual seja modificado, para que o processo se torne policêntrico, voltado para o bem-estar da sociedade, repleto de garantias constitucionais, privilegiando a participação efetiva de todos os sujeitos, sem exceção, em que a formação de uma decisão judicial tenha supedâneo em um processo democrático e equilibrado, cuja isonomia seja substancial. Para que o mais competente não possa subjugar o mais fraco, é necessário coloca-las em uma posição equitativa. Além disso, essa participação igualitária promove o alcance de uma decisão justa, célere e efetiva, o que são objetivos de um Estado Constitucional.

Para que isso seja possível, também é necessário concretizar um contraditório dinâmico, de dupla acepção, no qual tanto as partes como o juiz estejam em simetria, pois não se trata de as partes apenas manifestarem acerca de todo o conjunto constante dos autos, mas elas devem influenciar efetivamente na decisão do Órgão Jurisdicional. Dessa forma, esse processo com sólidos fundamentos democráticos e constitucionais estão alicerçados na cooperação entre os sujeitos processuais, que devem trabalhar como uma comunidade de trabalho.

Como dito ao longo do trabalho, a cooperação não é uma novidade, pois o tema foi tangenciado por Barbosa Moreira em 1985 e também por Ada Pellegrini Grinover em 1989, e efetivamente esmiuçada na tese de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no ano de 1996, mas somente a partir dos anos 2000 é que a doutrina deu maior destaque à cooperação no processo civil.

Já havia previsão no artigo 339 do CPC/1973, prescrevendo que as partes deveriam colaborar com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade, mas a

diferença crucial é que o artigo 6º do CPC/15 coloca a cooperação como norma fundamental do processo civil, estabelecendo objetivos, como o enfrentamento do mérito, denominados por alguns como o *princípio da primazia do julgamento do mérito*, incluindo não só a fase de conhecimento, mas a integral satisfação do bem da vida perseguido, desde que ocorra em tempo razoável, de forma justa e efetiva. Aliás, os objetivos traçados pelo legislador são constitucionais.

A cooperação não implica produzir prova contra si próprio (artigo 379⁶⁶² CPC/15). O processo concebido como um bem-estar social é uma fonte de deveres, alguns para as partes, e a grande maioria para o Poder Judiciário, dentre eles: a) o processo não pode ficar a critério do juiz, seus atos são vinculados e não discricionários; b) deve se empenhar na descoberta da verdade e assimilar o processo como uma rede de interações; c) tornar o processo acessível a todos; d) o juiz deve ajudar as partes, sem que isso viole a sua imparcialidade; e) o processo não pode ficar adstrito a um juiz autoritário e nem ao controle exclusivo das partes; f) todos os participantes devem trabalhar em conjunto, com uma comunidade de trabalho; g) o diálogo é fundamental na construção desse processo, somente assim se garante a participação efetiva de todos na formação da decisão judicial.⁶⁶³

A propósito, parte da doutrina defende que a cooperação se trata de um novo modelo processual, no entanto essa definição é facilmente absorvida quando se compara com os dois modelos existentes, o adversarial (liberal) e o inquisitorial (não liberal). Aí então, vem o *terceiro modelo (cooperativo)*, em que todos os participantes do processo trabalham em conjunto com vistas a uma busca de uma decisão qualificada, em que as partes, democraticamente, influenciam na decisão do Poder Judiciário.⁶⁶⁴

Contudo, a verdade é que o processo com feição democrática é um processo constitucionalizado por natureza, pois para que ele possa existir é necessário que se concretize princípios constitucionais consagrados, como por exemplo, igualar as

⁶⁶² “Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte...”

⁶⁶³ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 56-75.

⁶⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil...* Op. cit., passim. DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos...* Op. cit., passim.

partes de forma substancial, oferecer um contraditório de dupla acepção, pois esse princípio serve tanto ao juiz como às partes do processo, as quais influenciam e participam do resultado. Além disso, esse processo possibilita uma fundamentação escoreita, assim como envolve um processo sem dilações indevidas, cujos comportamentos contraditórios (litigância de má-fé) são severamente punidos.

O mesmo é defendido por Barbosa Moreira, porque um processo social deve ter a igualdade substancial como um dos seus pilares, sua duração deve ser razoável, não pode haver domínio das partes e nem do juiz, razão pela qual o processo deve ser “colaborativo” com uma divisão de tarefas entre todos os seus sujeitos. Não obstante, o órgão jurisdicional deve informar às partes acerca dos seus deveres e ônus, reprimir chicanas combatendo a má-fé, convidar as partes acerca dos seus deveres de informação e esclarecimentos e o juiz deve ter iniciativas instrutórias.⁶⁶⁵

Portanto, o que a doutrina defende é a existência de um modelo de processo constitucional, cuja cooperação é uma das normas fundamentais para sua existência. A palavra cooperação, isoladamente, não passa de um trabalho realizado em conjunto, ficando a critério da doutrina e da jurisprudência a sua densidade normativa, mas analisando todos os argumentos dos autores que trabalham a cooperação como um modelo, a verdade é que se trata de um elemento imprescindível que potencializa o processo constitucional, sobretudo na sua vertente democrática.

Exemplo disso é a definição de Fredie Didier Jr., que fomenta a ideia de a cooperação ser um modelo, porque além de superar os modelos existentes, analogia de perfeito encaixe, para quem realmente considere a existência desses modelos, ele explana que há um redimensionamento do princípio do contraditório, para que haja participação na qual as partes definam, em conjunto com o juiz, o

⁶⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. RePro, vol. 37/1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1985, p.140-149.

direcionamento e o resultado do processo, posição da qual Daniel Mitidiero também é caudatário.⁶⁶⁶

E nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco a colaboração faz parte dessa mudança de modelo de processo, isso porque a Constituição da República deve ser a matriz desse novo cenário, conforme constante de seu capítulo I, nas normas fundamentais do processo civil, e a cooperação entre as partes fomenta a constitucionalização através de respeito às garantias constitucionais que visam imprimir maior celeridade, simplicidade dos procedimentos, o diálogo ativo com as partes e a otimização de resultados e seu maior rendimento.⁶⁶⁷

O processo cooperativo é um processo democrático, que deve seguir fielmente as diretrizes constitucionais consagradas, como o contraditório, ampla defesa, o devido processo legal (constitucional), a celeridade (duração razoável do processo), o direito ao recurso (duplo grau de jurisdição), a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional.⁶⁶⁸

Quando se fala em processo efetivo e célere, o valor justiça deve ser ressaltado, como dito alhures, pois uma decisão justa é recoberta pelo princípio do devido processo legal, em sua dimensão *intrínseca*, com respeito à dignidade da pessoa humana.

A conquista de uma decisão justa compreende um órgão julgador condicionado ao ordenamento jurídico, sem levar em consideração o merecimento ou a necessidade das partes, pois o juiz não é justiceiro, mas busca a justiça com base no direito.

Desvelado os objetivos do processo cooperativo, a segunda conclusão é sobre o papel das partes na estruturação desse processo, para tanto, a primeira parte do texto do artigo 6º do CPC/15 define que todos os sujeitos do processo

⁶⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação...* Op. cit., p. 46-47. Vide também: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como um prêt-à-porter?* Op. cit., p. 52-53.

⁶⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*. Revista de Processo, vol. 247/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2015, p. 66.

⁶⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 250.

devem cooperar entre si, isso implica dizer, não somente as partes e o magistrado, mas também todos aqueles que de alguma forma participam do processo, como serventuários, auxiliares da justiça, oficiais de justiça, dentre outros.

Ninguém se exime de colaborar com o Poder Judiciário, como no artigo 438, I, que permite ao juiz requisitar certidões e informações às repartições públicas para que sejam comprovadas as alegações das partes, assim como, o perito, em nome do juiz, pode obter informações nos órgãos públicos, ouvir testemunhas, requerer documentos em poder das partes, para que possam auxiliá-lo na confecção do laudo, (art.473, § 3º). O oficial de justiça pode colher informações sobre o paradeiro do citando (art. 228, § 1º). Por fim, os serventuários e auxiliares da justiça não podem eximir-se de depor como testemunhas a respeito de atos que tenham praticado ou assistido (art. 715, § 4º).

A redação dada ao artigo 6º revolve algumas críticas e questionamentos por parte da doutrina, o primeiro deles é se as partes devem cooperar entre si, e o segundo desnuda a problemática sobre a cooperação ser ou não um princípio. Em relação à primeira, a resposta é afirmativa para o dever de as partes cooperarem entre si, mas esse dever impõe limitações, as quais, inclusive estão dispostas no próprio ordenamento jurídico.

As partes estão em posições antípodas no processo, elas defendem seus próprios interesses, por essa razão elas não podem e não devem cooperar entre si “a qualquer custo”, como perseguidores de uma verdade ilusória.

Mesmo que as partes tenham interesses diversos, e buscarão a vitória, cada qual com a sua *própria verdade*, o dever de cooperação é mais abrangente que isso, principalmente, porque está diretamente conectado ao contraditório efetivo através de amplo diálogo, e também porque o próprio ordenamento estabelece deveres de conduta para todos os participantes, sem exceção. Portanto, é na conduta das partes que a cooperação deve ser compreendida, e não na busca pelo mito da *verdade* ou no trabalho em prol da parte contrária, isso seria inconcebível e iria de encontro à natureza do litígio.

Um ponto de partida para essa análise reflete o melhor entendimento sobre o significado da cooperação, (trabalhar em conjunto para um fim comum, agir conjuntamente, contribuir). Note-se que em nenhum momento a cooperação exige das partes voluntariedade ou espontaneidade, como por exemplo, o juiz pode utilizar os meios legalmente cabíveis, e moralmente legítimos para que se cumpra uma decisão, o que ocorre nas aplicações de sanções pecuniárias, como determinar a busca e apreensão de determinado documento que uma das partes se recusou a exhibir, obrigações de fazer e não fazer, dentre outros.

No direito alemão o § 141, 3⁶⁶⁹ do código de processo civil (ZPO), como dever de colaboração também prevê que a parte compareça em audiência, para realização de procedimento oral, sob pena de multa, pois há interesse em que a demanda seja melhor esclarecida pelas partes.

O dever de cooperação já tinha previsão no CPC/1973, especificamente no artigo 339, com o seguinte texto: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, texto que foi replicado no artigo 378 do CPC/15. Contudo, o que é verdade? Existe algum limite para que as partes contribuam para a descoberta da verdade?

A verdade é algo absoluto, que não pode ser contestado, mas ela é afetada por diversos campos, como culturais, religiosos, históricos e científicos, inclusive, em uma sociedade pluralista, cada qual também tem a sua própria verdade, ela é um conceito quase impossível de ser atingido. Por esse motivo, o órgão jurisdicional, no máximo, poderá julgar baseado em um alto grau de probabilidade.⁶⁷⁰

A crença de que no processo civil se busca a verdade formal, e no penal se busca a verdade real, também não passa de um paradigma, pois em ambos, o que se busca é a re (construção) histórica dos fatos, o mais próximo possível da dita verdade, no entanto, o que muda é o resultado, pois no processo penal, se houver dúvida o réu deverá ser absolvido *in dubio pro reo*, e no processo civil o juiz deverá

⁶⁶⁹ Vide citação na seção 4.1

⁶⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 318.

optar pela versão de uma das partes de acordo com o conjunto probatório e o direito aplicável.⁶⁷¹

Enfrentado o estigma da verdade, o artigo 378 é complementado pelo artigo 379 do CPC/15, destacando, que embora as partes tenham o dever de colaborar para a “busca da verdade”, elas têm o direito de não produzir prova contra si mesmas, e como o código trata dessa questão de forma expressa, consagra um direito constitucional interpretado no mesmo sentido, cujo texto apenas menciona o direito de permanecer em silêncio (art. 5º LXIII da CF).

Nos incisos do artigo 379, há um rol exemplificativo dos comportamentos devidos pelas partes na construção de um processo cooperativo: a) colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; c) praticar o ato que lhe for determinado. Portanto, as partes devem cooperar, mas através de comportamentos conectados à probidade, lealdade, boa-fé e obediência. Em nenhum momento o legislador almeja um processo cooperativo, em que as partes contribuam com a parte contrária como se fosse um *conto de fadas de um mundo ideal*.

A terceira conclusão é relacionada à segunda problemática em torno da cooperação, a qual reside em sua dimensão normativa, sobre ser ou não um princípio. Princípios são *guides*, diretrizes, possuem caráter normativo, e são normas fundamentais do sistema, mas há quem diga que princípios podem ser considerados como orientação preponderante. Podem ser escritos ou não, e na segunda hipótese pode ser utilizado para construir a norma ao caso concreto.

Humberto Ávila denomina de *estado principiológico*, a criação desenfreada de princípios pelos tribunais e pelos doutrinadores, o que culminou em exageros e problemas teóricos, um verdadeiro sincretismo balizado por interpretações realizadas com alta carga de subjetividade, sem clareza conceitual, confundindo-se princípios, regras, axiomas, postulados normativos e critérios.⁶⁷²

⁶⁷¹ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. Op. cit., p. 40.

⁶⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 44.

Lenio Streck vai além, porque ele denomina de *panprincipiologismo* a criação desenfreada de princípios, tantos quantos necessários para resolver os casos difíceis (hard cases), e corrigir as incertezas da linguagem, o que não pode ser aceito, pois para ele princípios contêm normatividade e não ficam ao arbítrio do julgador, possuem caráter deontológico, “é fruto da história, um modo específico de a comunidade política se conduzir”, e a cooperação não é princípio, porque se as partes e o juiz não cooperarem nada acontecerá, por isso a cooperação não passa de um *standard*.⁶⁷³

A maioria da doutrina brasileira compreende a cooperação como um princípio, sem pormenorizar a razão desse entendimento, mas alguns autores entendem ser um princípio, porque promove um *estado de coisas*, para a organização de um processo justo, equilibrado, com participação efetiva, e que possui normatividade, cuja consequência pela sua não observância, acarretará violação ao artigo 5º, LIV, que é o direito a um processo justo (devido processo legal).⁶⁷⁴

Outrossim, Fredie Didier Jr. ratifica que se trata de princípio, porque os sujeitos processuais possuem deveres, e quaisquer condutas contrárias à obtenção desse *estado de coisas* viola o princípio, e ainda, para ele, os princípios não necessitam de regras jurídicas expressas.⁶⁷⁵

Em relação à cooperação ser um princípio, os argumentos favoráveis são os seguintes: a) serve para ilustrações futuras não expressas na lei ou que aparecem em regras esparsas e individuais; b) possui maior alcance de aceitação; c) o princípio ou regra não se extrai diretamente do dispositivo, mas sim da interpretação; e) ele é uma diretriz (*guide*) na aplicação de outros dispositivos e normas; d) promove um estado de coisas, especialmente em relação às garantias constitucionais (devido processo legal, processo justo, solidariedade, democracia,

⁶⁷³ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero ou “colaboração no processo civil” é um princípio?*. Revista de Processo, vol. 213/2012, Nov/2012, p. 13.

⁶⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo, vol. 194/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr/2011, p. 59.

⁶⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. *Os Três Modelos de Direito Processual*: Op. cit., p. 216.

boa-fé; fundamentação participada; contraditório, dentre outros; e) é dotado de sanção (multas em decorrência de atos atentatórios à dignidade da justiça, má-fé, crime de desobediência, nulidade quando não houver o diálogo (contraditório obrigatório nas matérias conhecíveis de ofício), fundamentação sem apreciar as questões suscitadas pelas partes, etc. f) é princípio por exclusão, pois não pode ser considerado como regra, porque não há uma descrição do comportamento a ser adotado, e também não é postulado normativo aplicativo, porque não estrutura a aplicação de regras e princípios; f) é norma fundamental disposta no capítulo I do CPC/15.

O princípio pode ser considerado como fruto da conquista histórica, pois somente o tempo através das decisões dos tribunais e do trabalho árduo da doutrina poderá estabelecer o alcance e a melhor interpretação acerca da cooperação.

Como derradeira conclusão, independentemente de as partes colaborarem ao adotarem os comportamentos adequados, o juiz exerce o principal papel na cooperação processual. O juiz tem os seguintes deveres: a) esclarecimento; b) prevenção; c) consulta (diálogo); d) auxílio.

Sobre o dever de esclarecimento, ele é recíproco, porque também toca às partes. Nesse dever o juiz deve esclarecer e se fazer esclarecer quanto às dúvidas relacionadas aos pedidos e todas as alegações constantes dos autos, evitando decisões precipitadas, ouvindo as partes em caso de dúvidas de seus postulados, assim como esclarecer seus pronunciamentos perante elas, como, por exemplo, caso a petição inicial não preencha os requisitos do artigo 321, o juiz deverá indicar às partes, de *modo preciso*, o que deverá ser corrigido ou complementado.

Como atributo desse dever, o magistrado poderá convocar as partes a comparecerem em juízo para prestar esclarecimentos sobre os fatos (art. 139, VIII). O objetivo é a melhor compreensão dos argumentos das partes perante o juízo e do juízo perante as partes, evitando mal-entendidos na comunicação realizada através do processo.

O dever de prevenção é para que as partes tenham suporte do Poder Judiciário, evitando assim, um resultado não almejado no processo, como extinção

do feito sem resolução de mérito. Dessa forma, sempre deverá oportunizar às partes que sanem os vícios que impeçam o prosseguimento do feito, conforme art. 932, parágrafo único do CPC/15, ocasião em que o relator, antes de inadmitir o recurso deverá conceder prazo de 5 (cinco) dias para que o vício seja sanado ou que seja complementada a documentação exigível.

O juiz deverá sempre sugerir “certa atuação da parte”, sem perder a imparcialidade, contribuindo para preencher o caráter lacunar das alegações e pedidos pouco claros, evitando que o processo seja extinto. Enfim, o uso equivocado do processo deve ser alertado para que não seja obstado o exame do mérito.

Tanto nos deveres de esclarecimento como da prevenção, os escopos são semelhantes, para evitar que o processo não chegue ao fim do seu curso normal, com resolução de mérito, mas a diferença reside no comportamento judicial, porque no esclarecimento o suporte é dado em relação aos pontos já colocados nos autos (algo que já foi realizado pelas partes), e no dever de prevenção se quer evitar que algo que deveria ter sido feito, e não foi, impeça o enfrentamento do mérito.

No dever de consulta ou diálogo, pode-se traduzir como a garantia do contraditório efetivo, o que possibilita que as partes influenciem efetivamente na construção da decisão judicial, seja ela de que natureza for. O artigo 10 do CPC/15 não permite, em qualquer grau de jurisdição, que seja proferida qualquer decisão, ainda que sejam matérias conhecíveis *ex officio*, sem que as partes sejam ouvidas. Além disso, o artigo 9º veta a possibilidade de o juiz decidir sem intimação das partes.

O artigo 489, § 1º, IV explicita que uma decisão não pode ser considerada como fundamentada “quando não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.” O artigo 191, que trata da calendarização do procedimento pelo comum acordo entre o juiz e as partes, o que promove o diálogo, amplamente. Nas causas complexas, o juiz realizará o saneamento em cooperação com as partes (art. 357, § 3º).

O dever de auxílio, também conhecido como assistência, possibilita ao juiz que apoie as partes para remoção de obstáculos e outras dificuldades, como

obtenção de documentos ou informações importantes para o deslinde do processo. A distribuição dinâmica do ônus da prova contribui com a parte que não tem condição de produzi-la. “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.” (art. 373, § 1º).

O juiz também tem o poder de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.” (art. 139, inciso IV).

A cooperação não se restringe apenas ao artigo 6º do CPC/15, há inúmeros artigos que preveem a incumbência de todos os sujeitos colaborarem para o alcance de um processo justo, com suporte de uma decisão justa. Todavia, não é possível afirmar se haverá significativas mudanças nas relações entre eles, porque a mentalidade tem que mudar, caso contrário, a cooperação não passará de um mito inalcançável, o que somente será possível responder com o cotidiano forense.

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ABIB NETO. *Curso de direito romano*, São Paulo: Letras & Letras, 1993.

ABBOUD, Georges, LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*. Diálogos entre discricionariedade e democracia. Revista de Processo, vol. 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr/2015.

____SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ABREU, Gabrielle Cristina Machado. *A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Trad. MENDES, Gercélia Batista de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

____*Manual de direito processual civil*, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. Coleção Estudos de Direito de Processo. vol. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ANDRADE, Mario de. *Aspectos da literatura brasileira* – edição comemorativa. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDREWS, Neil. *The modern civil process: judicial and alternatives forms of dispute resolution in England*, 2008, trad. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, ps. 70-80.

ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPODVM, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BÖTTCHER, Carlos Alexandre. *Iudicet Iudicariue lubeat*. Reflexões sobre as origens do processo civil romano e da bipartição. Tese de Doutorado (Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CABRAL, Antonio de Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo, vol. 126/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ago/2005

CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, vol. 6. Pádova: CEDAM – Casa Editrice Dott, 1957.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol.1. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil*. Acesso. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/#_ftnref3> Acesso em: 30.11.2015.

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. Revista de Processo. vol. 65/1992, São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan-Mar/1992.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958.

CAVANI, Renzo. *“Decisão justa”: Mero slogan?* Revista de Processo. vol. 236/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out/2014.

CHIARLONI, Sergio. *Giusto processo (diritto processuale civile)*. RePro. vol. 219/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Mai/2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Sul rapporto fra le forme del procedimento in Saggi di diritto processuale*, vol. II, Roma: Foro Italiano, 1931.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa*. Revista de Processo. vol. 116/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul-Ago/2004.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Direito processual civil europeu contemporâneo*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Lex Editora S.A., 2010.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier, et al. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio contraditório e a cooperação no processo*. 2013. Disponível em: <http://leonardcarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao>. Acesso em: 25.11.2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*, 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and Estate authority*. New Heaven, Yale University Press, 1986.

DEUTSCH, Morton. *A resolução do conflito: processos construtivos e processos destrutivos*. In: AZEVEDO, André Gomma. (coord.). *Estudos em arbitragem, negociação e mediação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

DONOSO, Denis. *Julgamento prévio do mérito*. Análise do art. 285-A do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Direito e Processo* São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *O Princípio da cooperação: uma apresentação*. vol. 127/2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2005.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

_____. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. RePro, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 198/2011, Ago/2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Instituições de direito processual*, 6ª ed., vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Instituições de direito processual*, 7ª ed., vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A Instrumentalidade do processo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*. Revista de Processo, vol. 247/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2015, p. 64-65.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard: Harvard University, 2011.

DRUMMOND, Victor. *Juiz não pode quebrar a tradição em seu voto*. Sem concessões. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-20/victor-drummond-juiz-nao-quebrar-tradicao-voto#_ednref.2015>. Acesso em 29.05.2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*. Roma: Bari, 2000.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

_____. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 7ª ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005.

GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Almedina: Ed. Coimbra, v.1, 2006.

GOMES, Diego J. Duquelsky. *Entre a lei e o Direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo*. trad. Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

GOUVEA, Lucio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus*. Revista de Direito Público. 74/217, São Paulo: USP (Universidade de São Paulo), jan-dez/1982.

GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. Pádova: Rivista di diritto processuale, v. XXI 1996.

GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação a sentença*. Revista de Processo, vol. 226/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013.

GREGGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*, tradução: Ronaldo Kochem. vol. 206/2012. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr/2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Forense 347. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court*. Revista de Processo, vol. 102/2001, São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2001.

_____. *O Julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional*. Revista de Processo, vol. 5/1977. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1977.

HEIRBAUT, Dirk. *Efficiency: the holy grail of Belgium justice? Civil procedure in Belgium (1806-2008)*. In: VAN RHEE, C.H. (Org.). *Access to Justice and the Judiciary: towards new European standards of affordability, quality and efficiency of civil adjudication*. Antwerp: Intersentia, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. *O direito dos códigos e o direito da vida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011.

JAYME, Fernando Gonzaga e FRANCO, Marcelo Vieira. *O Princípio do contraditório no projeto do novo código de processo civil*. Revista de Processo, vol. 227/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan/2014.

KUGLER, Klaus F. *“Die Kooperationsmaxime.” Richtermacht und Parteienherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis.* Linz am Rhein, Deutschland: Johannes-Kepler-Universität Linz, 2002.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, 3ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

LEWANDOWSKI, Ricardo. *Segurança jurídica é valor indissociável da concepção de Estado de Direito*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/lewandowski-seguranca-juridica-indissociavel-estado-direito>>. Acesso em 14.08.2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho saneador e o julgamento do mérito*. Revista de Processo, vol. 767/1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/1999.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LOPES, João Batista. *Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional*. Revista de Processo. vol. 35/1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul-Set/1984.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC: precedentes e contraditório*. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-precedentes-e-contraditorio>>. Acesso em: 23.11.2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções – estudo quanto à aplicação do tema à justiça desportiva no âmbito do futebol*. Revista de Processo, vol. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/1983.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Verdade formal versus verdade material*. Revista de Processo. vol. 875/2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2008.

Luiz Guilherme Bittencourt. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao material e à realidade social*. Revista dos Tribunais, vol. 824/2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jun/2004.

____ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

____*Código de processo civil comentado*. Com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

____WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno*. Parte geral e processo de conhecimento. vol 1, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de direito romano*, 4ª ed., 2º vol. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MELEND0, Santiago Sentis. *Naturaleza de la prueba la prueba es libertad*. Doutrinas Essenciais do Direito Civil. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out/2010.

MICHAELIS. *Dicionário da língua portuguesa*. 1ª edição, 10ª impressão. São Paulo: Melhoramentos, 2002.

MILLAR, Robert Wyness, *Los principios formativos del procedimiento civil*. Tradução: Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, 1945.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo, vol. 194/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr/2011.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *A Colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro*. Revista do Advogado, nº 126. São Paulo: AASP, 2015.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Entre “direitos”, “deveres” e “desejos”. Ou o Juiz é meu pastor.tudo me dará*.2015, disponível em <http://emporiododireito.com.br/entre-direitos-deveres-e-desejos-ou-o-juiz-e-meu-pastor-tudo-me-dara-por-jose-luis-bolzan-de-morais/>> Acesso em: 22.04.2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Saneamento do processo e audiência preliminar*. RePro. vol. 40/1985, São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez /1985.

_____. *A função do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. RePro, vol. 37/1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1985.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 49.

_____. *Duelo e processo*. vol. 112/2013. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez/2003.

_____. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. Revista de Processo, vol. 116/2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul – Ago/2004.

_____. *Reformas processuais e poderes do juiz: temas de direito processual*, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*. Temas de direito processual, 8.ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. RePro. vol. 77/1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1995.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal, processo civil, penal e administrativo*, 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

_____. *O Juiz e o princípio do contraditório*, vol. 71/1993, RePro. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul-Set/1993.

_____. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Rio Grande do Sul: AJURIS, nº 90, 2003.

PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 1999.

QUADROS, Alexandre Hellender de; SCHMITT, Paulo Marcos. *Justiça Desportiva vs. Poder Judiciário: um conflito constitucional aparente*. Revista Brasileira de Direito Desportivo. vol. 4/2003. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *A boa-fé no código civil*. vol. 21, São Paulo: Revista de Direito e do Mercado de Capitais, 2003.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. *Bilateralidade da ação – respeito ao contraditório visando a função social do processo*. Revista de Processo. vol. 73/1994, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar/1994.

SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2º vol, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida e ABBOUD, Georges. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Igor Raatz dos. *Processo, igualdade e colaboração os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil*. Revista de Processo. vol. 192/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, Fev/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMITT, Paulo Marcos; QUADROS, Alexandre Hellender de *Justiça Desportiva vs. Poder Judiciário: um conflito constitucional aparente*. Revista Brasileira de Direito Desportivo. vol. 4/2003. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana - esercizio e difesa dei diritti*. Roma: Anonima Romana, 1936.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, 23^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Paula Costa e. *Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar*. In: SOUSA, Miguel Teixeira de (org.). Aspectos do Novo Processo Civil. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Gerson Amaro de. *Do saneamento do processo*. Revista de Processo. vol. 679/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, Mai/1992.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2^a ed. Lisboa: Lex, 1997.

_____*Aspectos do novo processo civil português*. Revista de Processo, n. 86/1997, São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr-Jun/1997.

_____*Apontamento sobre a ciência processual civil*. Revista de Processo, vol. 235/2014, São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2014

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____*MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio?* Revista de Processo, vol. 213/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, Nov/2012.

_____*A Cooperação Processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>> Acesso em 23.12.2014.

_____*Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero ou "colaboração no processo civil" é um princípio?* Revista de Processo, vol. 213/2012, Nov/2012.

_____*Senso Incomum. Zimmermann, Schmidt, Streck e Otavio: Todos contra o panprincipalismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-05/senso-incomum-balde-agua-fria-pan-principalismo-clausulas-gerais2>> Acesso em 05.03.2015.

_____*E o juiz decretou a prisão marcando um "X"! Sentença ou quiz show?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>>. Acesso em 07.07.2015.

SUANNES, Adauto. *Assistência judiciária e devido processo legal à memória de Miguel Aldrovando Aith*. Revista de Processo, n. 595. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo*. Revista de Processo. vol. 86/1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2011.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. vol, 1, 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 408.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: Cedam, 1975.

_____. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Trad. Barbosa Moreira. Revista de Processo. vol. 151/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set/2007.

_____. *Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento*. vol. I, 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil – processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I, 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Processo civil realidade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Horizontes da nova audiência preliminar*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, 281-305, dez. 2003.

_____. *Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Talento e expertise do advogado na citação das decisões dos tribunais*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/paradoxo-corte-talento-expertise-advogado-citacao-decisoes-tribunais>>. Acesso em: 17/07/2015.

UHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

VECCHIO, Giorgio Del. *A história da filosofia do direito*. Trad. João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2010.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual*. In: DIDIER JR., Fredie. *et. al.* (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1970.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes*. Revista de Processo. vol. 118/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, Nov-Dez/2004.

_____. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. vol. 1, 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 408.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed., vol. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação da sentença e de acórdão*. Revista de Processo. vol. 168, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2009.

_____. MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo civil moderno*. vol. 1. Parte geral e processo de conhecimento. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

____CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

____*O juiz aplica a lei à verdade dos fatos?* Revista de Processo. vol. 216/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, Fev/2013.

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

WIEACKER, Franz. *El principio general de la Buena Fe*. Madrid: Civitas, 1986.