

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**PODERES E DEVERES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS À LUZ DO
MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO**

André Freitas Luengo

Presidente Prudente/SP

2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**PODERES E DEVERES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS À LUZ DO
MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO**

André Freitas Luengo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues.

Presidente Prudente/SP

2013

PODERES E DEVERES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS À LUZ DO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Orientador

Rodrigo Lemos Arteiro
Examinador

Sérgio Tibiriçá do Amaral
Examinador

Presidente Prudente/SP, 10 de junho de 2013.

“Medo, venalidade, paixão partidária, respeito pessoal, subserviência, espírito conservador, interpretação restritiva, razão de Estado, interesse supremo, como quer que te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de Pilatos. O bom ladrão salvou-se, mas não há salvação para o juiz covarde!”

RUI BARBOSA

“Creio – com reservas, mas empenhadamente – na justiça dos homens. Sei que ela tarda, às vezes falha e tem uma queda pelos mais ricos. Mas eu conheço uma legião de pessoas decentes, juízes, promotores, defensores, advogados que se dedicam ao seu ofício com tal integridade, que não posso deixar de acreditar no que eles fazem. Gente que cumpre bem o seu papel, grande ou pequeno. Considero que este é outro segredo da vida: fazer bem feita a parte que lhe toca. Tudo o que merece ser feito merece ser bem feito.”

LUÍS ROBERTO BARROSO

Aos meus pais, André e Lucilene, por todo apoio que me prestaram durante esses anos de caminhada, pelos exemplos de honestidade, amor, dignidade e dedicação à profissão. Saibam que levo comigo tudo o que me ensinaram e ensinam desde muito cedo e que nada equivale ao que vocês significam em minha vida. Deus os retribua todo o bem que me fazem. Eu amo vocês.

Ao meu querido irmão, Guilherme, pela parceria diária e pelos momentos furtados de sua companhia para o término deste trabalho. Você é a alegria dos meus dias. A felicidade que traz em seu sorriso encanta a todos. Amar-te é automático.

Aos meus amigos, verdadeiros irmãos, que sempre me apoiam, acreditam e partilham de meus sonhos. Vocês fazem parte da minha história e eu os levo comigo aonde for.

AGRADECIMENTOS

Nas palavras do insigne Saint-Exupéry, cada um que passa por nossas vidas o faz solitariamente, mas sempre deixa um pouco de si e leva consigo um pouco de nós. Para ele essa é a mais bela responsabilidade da vida e a prova de que as pessoas não se encontram por acaso. Dessa forma:

Agradeço infinitamente a *Deus*, por tudo o que representa em minha vida e pelas lições que me ensina dia a dia. Por todos os momentos em que estive fraco e propenso a desistir e que Ele se fez presente através de coisas simples, mas extremamente significativas. Sem *Deus* não sou nada.

Agradeço aos meus familiares, pela confiança em mim depositada.

Agradeço à *Gabriela Merotti*, fiel companheira para todas as horas. Juntos dividimos as dificuldades deste trabalho e a felicidade de sua conclusão.

Agradeço aos meus amigos que, mesmo de forma indireta, ajudaram-me no desempenho deste trabalho. Em especial agradeço a meu amigo *Murilo Agútolí Pereira*, pela cumplicidade e fiel amizade. Estou certo de que esta irmandade será eterna. Obrigado por acreditar em meu potencial.

Agradeço à Faculdade de Direito Toledo de Presidente Prudente/SP, pela formação diferenciada que me proporcionou e pelos excelentes professores que colocou à minha disposição.

Agradeço, também, a todos os professores do curso de Direito, que emprestaram seus ombros de gigantes para que todos nós pudéssemos nos escorar e enxergar mais adiante.

Agradeço aos bedéis que sempre de bom grado compartilharam dos meus dias. Um sorriso alegre de vocês sempre foi o suficiente para me fazer lembrar da importância das coisas simples da vida.

Agradeço aos meus companheiros do Ministério Público do Estado de São Paulo, em especial à *Maria Isabel Bonfim* e *Clóvis Mendes*, aos amigos do Fórum da Comarca de Junqueirópolis, bem como do Ministério Público Federal em

Presidente Prudente, com quem dividi algumas horas do meu dia. Vocês fazem parte da minha história e sou grato por isso. Reconheci em vocês grandes amigos, pessoas de bem e que me inspiram a cada dia.

Agradeço ao coordenador do Curso e professor *Sérgio Tibiriçá*, pessoa de coração sincero e sempre disposto a ajudar. A confiança em mim depositada em muito me ajudou e ajuda. Muito me honra por fazer parte de minha banca.

Agradeço ao Dr. *Rodrigo Lemos Arteiro*, excelente professor e exímio profissional, por prontamente aceitar fazer parte de minha banca examinadora. É uma honra tê-lo como examinador.

Agradeço ao meu orientador, Dr. *Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues*, que, com coragem, me aceitou como seu orientando e sempre me auxiliou quando o procurei. Seu conhecimento, paciência e entusiasmo sempre me deram forças nos momentos de dúvida. Um brilhante professor e grande processualista.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o estudo da cooperação entre os sujeitos processuais problematizando as posições jurídicas subjetivas decorrentes do modelo cooperativo de processo. Trata-se de uma análise minuciosa quanto ao modelo processual contemporâneo e seus efeitos no processo. Em um primeiro momento cuida-se de desenvolver um panorama geral de diferenciações entre as espécies normativas e suas relevâncias dentro do ordenamento constitucional. Posteriormente traça-se, ainda que de forma efêmera, um desenvolvimento histórico-evolutivo da participação do juiz no deslinde da causa. Os pressupostos do modelo cooperativo são desenvolvidos de acordo com o entendimento da doutrina autorizada no assunto e em compasso com os ditames constitucionais. Reafirma-se que uma participação efetiva dos sujeitos processuais conduz ao cumprimento constitucional do contraditório que, por sua vez, serve de sustento ao devido processo legal e ao tão almejado processo justo. Enquadrada, a cooperação, como posição jurídica subjetiva, caberá ao Estado-juiz, detentor do poder-dever de cooperação, assegurá-la e implementá-la dando a proteção devida a esse direito fundamental das partes.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação processual. Direito Fundamental. Contraditório. Devido Processo Legal. Posição jurídica subjetiva.

ABSTRACT

The present work aims to study the cooperation between the procedural subjects questioning subjective legal positions under the cooperative model process. At first care was to develop an overview of regulatory differences between species and their relevance within the constitutional framework. Subsequently we draw, albeit ephemeral, historical and evolutionary development of the participation of the judge in disentangling cause. The assumptions of the cooperative model are developed in accordance with the understanding of the doctrine on the subject and authorized in step with the constitutional principles. Reaffirms that effective participation of procedural subjects leads to the fulfillment of the constitutional contradictory that, in turn, serves to keep to due process and fair trial so desired. Framed, cooperation, and subjective legal position, it is up to the State court, which has the power and duty of cooperation, secure it and implement it by giving protection due to this fundamental right of the parties.

KEYWORDS: Cooperation procedure. Fundamental Right. Contradictory. Due Process of Law. Legal position subjective.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: PREMISSAS METODOLÓGICAS	14
2.1 O modelo positivista na atualidade.....	14
2.2 Texto e norma: diferenciação	16
2.3 Critério de distinção entre regras e princípios	18
2.3.1 Críticas aos critérios de diferenciação entre regras e princípios	22
2.3.1.1 Crítica ao critério hipotético-condicional.....	22
2.3.1.2 Crítica ao critério do modo final de aplicação.....	23
2.3.1.3 Crítica ao critério do conflito normativo	25
2.3.2 Método de dissociação proposto por Humberto Ávila	27
3 A COOPERAÇÃO PROCESSUAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	31
3.1 O conteúdo jurídico do devido processo legal.....	31
3.1.1 O princípio do contraditório como direito fundamental de participação no procedimento.....	33
3.2 Modelos processuais.....	35
3.3 A relação jurídica processual e seus efeitos	38
3.4 O contraditório à luz da cooperação processual (contraditório influência)	40
3.5 Pressupostos teóricos da cooperação processual	42
3.5.1 Pressuposto social	43
3.5.2 Pressuposto lógico	45
3.5.3 Pressuposto ético.....	45
4 PODERES DO JUIZ E CONDUÇÃO DO PROCESSO: VISÃO RETROSPECTIVA E PROSPECTIVA	47
4.1 Formalismo simbólico-religioso	47
4.2 Informalismo primitivo.....	48
4.3 Do processo formulário ou formular	49
4.4 Do formalismo excessivo.....	50

4.4.1 Um formalismo de novo corte.....	53
4.4.1.1 <i>Clementina saepe</i>	54
4.4.1.2 A reforma prussiana	55
4.4.1.3 O processo liberal	56
4.4.2 O formalismo moderno.....	58
4.5 O estado-juiz e a cooperação processual: o papel do juiz cooperante	59
4.5.1 Do dever de diálogo e esclarecimento	67
4.5.2 Do dever de alerta ou prevenção	70
4.5.3 Do dever de consulta.....	71
4.5.4 Do dever de auxílio	72
4.5.5 Do dever de proteção.....	73
4.6 A cooperação e a celeridade processual	73
5 A COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	76
5.1 Situações legais em conformidade com o modelo cooperativo.....	76
5.2 Situações legais que contraíam o modelo cooperativo	80
5.3 O projeto do novo Código de Processo Civil e a cooperação	83
6 CONCLUSÃO	85
BIBLIOGRAFIA	87

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem o escopo de demonstrar a relevância que o tema da cooperação processual vem galgando no Direito Processual Civil brasileiro. A cooperação mostra-se como verdadeiro direito fundamental das partes ao mesmo tempo em que se apresenta como norte para a atuação dos litigantes que buscam uma prestação jurisdicional justa e embasada nos ditames constitucionais. No primeiro capítulo procura-se apresentar um desenvolvimento lógico das espécies normativas estabelecendo-se suas principais diferenças.

O segundo capítulo foca-se na cooperação entre os sujeitos processuais e a sua intrínseca relação com o devido processo legal. Não se pretende, até mesmo pela complexidade do tema, exaurir todas as discussões atinentes ao assunto. Seria empobrecê-lo demasiadamente tratá-lo em apertadas linhas. No entanto, quer-se, ao menos, trazer à baila todos os pontos relevantes para que o leitor tenha uma boa e correta perspectiva sobre tão recente discussão doutrinária.

No capítulo três desenvolve-se a evolução histórica da participação do juiz no deslinde processual em uma visão retrospectiva e prospectiva das atividades e deveres a serem realizados pelo Estado-juiz na defesa dos direitos das partes e na reafirmação do devido processo legal.

Por fim, no derradeiro capítulo, apresentam-se os reflexos da cooperação processual no ordenamento jurídico brasileiro, construindo um panorama geral de modelo cooperativo de processo a auxiliar o exegeta no estudo da cooperação no caso concreto. Importante esclarecer, desde já, que optamos pela designação *direitos fundamentais* em detrimento da expressão *direitos humanos* por se tratarem de direitos chantados em diferentes escalas de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, seguindo os ensinamentos desenvolvidos por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, pp. 27/35) em sua obra.

2 PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: PREMISSAS METODOLÓGICAS

Um tema recorrente na doutrina atual é o debate travado na tentativa de se diferenciar regras e princípios. Renomados autores já se debruçaram sobre o tema, entre eles Ronald Dworkin, Robert Alexy e, entre nós, Ingo Wolfgang Sarlet, Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva. A dimensão deste debate não nos permite tratá-lo de modo simplificado e é essencial a realização de um estudo mais detido para que se possa prosseguir sem deixar o leitor desamparado em meio a definições errantes. Inspirado nos ensinamentos dos maiores pensadores sobre o assunto, bem como no Direito alienígena, o presente trabalho cuidará de traçar quais são e qual a importância prática das diferenciações entre regras e princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro a fim de demonstrar qual a importância prática de tal diferenciação.

2.1 O modelo positivista na atualidade

De início é prudente que se alerte o leitor acerca do modelo dogmático adotado a fim de se estabelecer uma correta e atual definição do que se considera como norma. Dessa forma algumas linhas se fazem necessárias para o esclarecimento, ao menos inicial, do tema a ser tratado. Durante longos anos se confundiu Direito e lei. A lei dizia e continha o Direito, definia seus limites e seu conteúdo jurídico. Essa era a visão trazida a nós por meio dos positivistas, para quem o Direito era um fato social que deveria ser estudado sem qualquer viés valorativo. A validade única do Direito era, portanto, condicionada apenas a meras formalidades, ou seja, à disposição legal sem qualquer análise de seu conteúdo.¹

¹ “O positivismo parte da premissa metodológica de que o direito deve ser estudado enquanto fato social, independentemente das considerações valorativas que se possa fazer a seu respeito. O objeto da Dogmática Jurídica para os positivistas são as normas vigentes em determinado Estado, em uma

Atualmente, há uma vertente da doutrina que acredita ter o positivismo jurídico ficado no passado, de modo que o Direito não mais se prenderia às disposições da lei, sendo desta independente. Nem tanto ao céu, nem tanto ao inferno. Qualquer teoria radical neste sentido deve ser analisada com cuidado. É certo que o caminho não é pelo da estrita legalidade que condiciona e escraviza o Direito. No entanto, deve-se reconhecer que a total desvinculação deste para com a lei, não é caminho mais seguro e certo a se seguir. O positivismo não está superado como afirma parte da doutrina e nem poderia estar para o bem da própria segurança jurídica.

Caso se descarte o positivismo não se estaria fazendo ciência, mas sim filosofia do Direito.² Muito dos que criticam desmedidamente o modelo positivista, estribam-se na visão antiquada deste modelo e se deixam levar por entendimentos descompromissados com a cientificidade que o caso comporta, carente de uma análise mais detida dos aspectos e fundamentos deste modelo.

Há que se observar que o modelo positivista, pelo menos a partir de uma visão mais atualizada e compatível com os sistemas atuais, não visa empregar o império soberano das leis sobre as demais fontes do Direito. O que se impõe, no entanto, é a prevalência da fonte geradora do Direito que advém de atividade estatal, até mesmo como uma forma de organização e hierarquização do sistema. Não se repugna, no entanto, as demais fontes do Direito que, é bem verdade, vêm ganhando força e reconhecimento a cada dia.

Outro ponto em favor do positivismo é o fato de que se apresenta como sendo um conjunto de normas integradas entre si, formando um único sistema jurídico, que é, ao mesmo tempo, coerente e completo.³ Por fim, o ponto fulcral é a

determinada época, pouco importando se essas normas correspondem ou não ao ideal de justiça de quem as examina.” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 36).

² É o que afirma Norberto Bobbio em sua obra (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Comp. Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini & Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Editora Ícone, 1995, pág. 37).

³ Não se descarta que o novo ideal do modelo positivista admite certa relativização do caráter da completude e coerência do sistema jurídico, abrindo caminho para meios interpretativos que melhor atendam os ideais da Justiça e os princípios do ordenamento jurídico como um todo. Neste sentido é a conclusão de Elival da Silva Ramos: “(...) mesmo partindo da realidade do direito vigente pode-se postular que, observados certos limites e condicionamentos, os espaços deixados em aberto pelo legislador sejam completados ou supridos por meio de processos interpretativos que considerem os valores fundamentais da pessoa humana aceitos por determinada sociedade, aceitação para a qual

certeza jurídica, a qual somente pode ser encontrada se adotarmos o modelo positivista.⁴ Sem segurança jurídica não há Estado de Democrático de Direito. A lei, apesar dos pesares, é que nos indica e nos concede a maioria de nossos direitos e expectativas, de forma que sem ela seria impossível se estabelecer qualquer ideia de segurança, o que abriria espaço para subjetivismos excessivos e incontroláveis.

Bem por isso é que se defende a permanência do positivismo jurídico e se repugna a tese que prega por sua superação. Deve ser reconhecida a nova roupagem do modelo positivista, o que somente será feito por meio de um estudo reflexivo e completo acerca do tema, o que, a despeito da relevância e preciosidade, não é objeto deste trabalho. Passemos, então, ao estudo das normas jurídicas.

2.2 Texto e norma: diferenciação

Feito este breve introito, é essencial que passemos à análise das normas jurídicas traçando, desde já, a diferenciação que estas têm para com os textos jurídicos. Com escólio nos ensinamentos do Humberto Ávila (2012, p. 33)⁵, norma não se confunde com texto. Para o autor, texto é o dispositivo legal sobre o qual o exegeta se debruça e realiza o exercício de interpretação, alcançando, assim, a norma jurídica. Dessa forma, texto é o objeto sobre o qual recai a atividade interpretativa do cientista do Direito e norma afigura-se como o produto obtido da interpretação que se realizou no texto. Simplifiquemos assim: imaginemos que o texto é uma peça de mármore virgem, o intérprete é o escultor e a interpretação as ferramentas por ele utilizadas. Nesta situação, teríamos a obra prima como sendo a própria norma jurídica, obtida como resultado final do trabalho do escultor-intérprete.

também contribuem os operadores do sistema jurídico e os seus construtores teóricos.” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*, pág. 64).

⁴ “(...) o princípio da completude do direito se apresenta necessário para conciliar entre si dois outros temas jus positivistas fundamentais: aquele segundo o qual o juiz não pode criar o direito e aquele segundo o qual o juiz não pode jamais recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Comp. Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini & Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Editora Ícone, 1995, pág. 207)

⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 13ª ed., 2012, pág. 33.

Mas é preciso, ainda, deixar claro que somente a existência de um texto não condiciona a de uma norma correspondente. É possível que haja texto sem norma⁶, uma só norma extraída de vários textos⁷ e, por fim, que várias normas sejam obtidas a partir de um único dispositivo legal.⁸ Sendo assim, onde houver um, não necessariamente haverá o outro. Se é verdade que a norma é obtida por meio do exercício de interpretação, não menos verdade é o fato de que o intérprete desempenha verdadeiro papel de constituir o significado dos textos normativos e não apenas o de descrever o significado previamente existente nestes dispositivos legais.

O intérprete verdadeiramente contribui para a construção de significado da norma, uma vez que por meio de seu exercício intelectual, interagindo com o objeto cognoscível, atribui-lhe sentido jurídico.⁹ O erro em que não se pode incorrer é em acreditar que pelo fato de o intérprete contribuir para a construção do significado da norma não tenha ela um significado prévio a esse processo de interpretação. Para Ávila (2012, pp. 35), existem traços de significados mínimos que já estão previamente estabelecidos sem que careçam de um uso específico e individual do dispositivo pelo intérprete.¹⁰ Na mesma esteira, Heidegger (1998, p. 54) ainda menciona a existência de um *enquanto hermenêutico*, exemplificando ser este uma compreensão prévia sobre um dispositivo ou texto normativo, a qual viabiliza um entendimento mínimo acerca de um ponto que já se encontra disseminado no uso da linguagem comum.

⁶ O Supremo Tribunal Federal já entendeu pela falta de normatividade do preâmbulo da Constituição Federal no julgamento da ADI n. 2076: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”

⁷ Através do exame dos dispositivos que preveem a legalidade, irretroatividade e anterioridade se chega ao princípio da segurança jurídica.

⁸ Humberto Ávila cita como exemplo o caso o dispositivo legal que exige a ocorrência de lei para a instituição ou majoração de tributos o que, de uma só vez, implica na exigência do respeito ao princípio da anterioridade, legalidade, tipicidade, proibição de delegação normativa e proibição de regulamentos independentes (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, pág. 33).

⁹ Neste sentido Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*, pág. 35), Eros Roberto Grau (*Ensaio e Discurso sobre a interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo: Editora Malheiros, 5ª ed., 2009, págs. 26, 60, 78, 80 e 82) e Paulo de Barros Carvalho (*Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Editora Saraiva, 13ª ed., 2010, pág. 08).

¹⁰ “Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem.”

Como exemplos de termos que, no mais das vezes, viabilizam um entendimento prévio, prescindível, portanto, de uso específico da interpretação, temos: “vida”, “morte”, “mãe”, “antes”, “depois”, todos eles citados por Aarnio (1979, p. 159) em sua obra. Diante disso, podemos afirmar com clareza que ao intérprete não cabe apenas construir o significado da norma, mas também reconstruí-lo, dada a existência de significados já incorporados ao uso comum da língua. Daí a conclusão de Ávila (2012, pp. 36/37) que afirma ser a atividade interpretativa uma efetiva construção tendo por base algo já preexistente, ou seja, a reconstrução.¹¹

Seja por via da construção, quando inexistem os conceitos predeterminados, seja pela via da reconstrução (dar nova feição aos conceitos existentes dentro de seus padrões), a atividade a ser desenvolvida pelo cientista do Direito é sempre imprescindível ao real atendimento da *mens legis* e, conseqüentemente, do ideal de Justiça.

À vista disso, a atividade a ser desempenhada pelo juiz, quando da análise dos casos levados à sua apreciação, deve ter em conta esses parâmetros de construção e reconstrução de significados de modo a melhor atender os ditames constitucionais¹² e ideais de Justiça, já que cabe ao juiz distribuir o Direito: *narra mihi factum, dabo tibi ius*.

2.3 Critério de distinção entre regras e princípios

Dentro de uma concepção atualizada do estudo da norma e do atual modelo positivista, é notável o patamar de relevo que ganharam os princípios jurídicos passando de meras *cartas de conselho* para tão relevante espécie normativa.¹³ Os

¹¹ “(...) interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.”

¹² “(...) o intérprete deve interpretar os dispositivos de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, pág. 38).

¹³ Dentre os defensores dos princípios como espécie normativa podemos destacar Ronald Dworkin: “Denomino ‘política’ que será ‘aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação

princípios, atualmente, dividem o palco ao lado das regras e impõem condutas que se mostram necessárias ao atingimento de bens caros ao constituinte e à Justiça como um todo. Muito embora afigurem como normas, regra e princípio não se confundem, sendo necessário estabelecer as distinções.

Em uma visão um pouco mais tradicional, os princípios seriam como fundamentos, ordens diretivas, proposições jurídicas sem aplicação direta ao caso concreto, atuando apenas na delimitação dos caminhos a serem trilhados pelas regras.¹⁴ Para Claus-Wilhelm Canaris (1983, pp. 50, 53 e 55), os princípios ainda se diferenciam das regras na medida em que possuem conteúdo axiológico explícito, carecendo destas para que possam se concretizar e pelo fato de necessitarem de um procedimento dialético para aferição de seus sentidos, é dizer, para a limitação ou complementação de seu significado, o que, segundo o autor, não aconteceria com as regras.¹⁵

Com escólio nos ensinamentos de Ronald Dworkin (2010, pp. 113/125), o principal diferencial entre regras e princípios residiria no modo de aplicação de cada um deles. Dworkin defendia que as regras possuem a aplicação ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), enquanto que os princípios seriam mais ou menos aplicados segundo um critério de dimensionamento de pesos (*dimension of weight*). Para ele, quando a hipótese de incidência da regra é preenchida, ela deve ser aplicada ou, então, não é mais considerada válida. Sendo assim, uma vez considerada inválida, a regra deixaria o ordenamento, pois segue a regra do *tudo ou nada*. Na hipótese de um conflito de regras, uma teria o condão de retirar a outra do ordenamento, pois que não se admite que uma norma admita o que outra proíba.

Solução diversa se dá com os princípios. Diante de um caso concreto de colisão entre princípios, eles precisarão ser sopesados a fim de que se obtenha qual o *peso* de cada um diante da situação em concreto e, portanto, qual deve prevalecer

desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução Néelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010, pág. 36). Em que pese certa divergência dogmática, Virgílio Afonso da Silva, Humberto Bergmann Ávila e Ingo Wolfgang Sarlet também reconhecem a natureza normativa dos princípios jurídicos.

¹⁴ Esta concepção é facilmente percebida nas obras de Josef Esser (ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4ª tiragem, pág. 51), Karl Larenz (LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*, München, Beck, 1979 pág. 26).

¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1983, pág. 50, 53 e 55).

na ocasião.¹⁶ Partindo das considerações de Dworkin foi que Robert Alexy traçou de forma mais precisa qual seria o conceito de princípios e a posição dos princípios no ordenamento jurídico. Em sua definição, Alexy (2011, pp. 80/97) definiu princípio como sendo a espécie normativa que define deveres de otimização aplicáveis em diversos níveis, de acordo com as possibilidades fáticas e normativas. Ao contrário das regras, como já salientado por Dworkin, os princípios não determinariam consequências diretas, diversamente do que ocorre com as regras.

O que diferenciaria princípios de regras, então, seria a sua forma de aplicação, de modo que as regras, para serem aplicadas devem encontrar-se dentro da ordem jurídica (serem válidas perante o ordenamento), ao passo que no caso dos princípios, já inseridos no sistema, deve-se analisar qual é o que prevalecerá diante de um caso concreto. Diante desta visão, é possível constatar que, para a definição do conteúdo jurídico de cada princípio é necessário que se tenha um caso concreto, pois que este conteúdo é variável e carece sempre da análise casuística (teorema da colisão).¹⁷ No caso das regras não se pode afirmar o mesmo. É que estas já possuem previamente as hipóteses de incidência as quais já delimitam por si quais são seus conteúdos sendo ou não aplicadas.

Robert Alexy apresenta os critérios que entende como necessários para a diferenciação entre regras e princípios: 1) *diferença quanto à colisão*: para o autor os princípios, em hipótese de colisão, apenas tem sua realização limitada de modo que um será mais aplicado que o outro, a depender do caso concreto. No caso das regras, em havendo colisão, esta será realizada pela invalidação de uma delas, ressalvada a hipótese de o próprio ordenamento criar regra de exceção a fim de excluir a antinomia¹⁸; 2) *diferença quanto à obrigação que instituem*: as regras estabelecem obrigações absolutas, não sendo superadas por normas contrapostas (que serão tidas como inválidas), e os princípios estabelecem obrigações que

¹⁶ Note que, no caso dos princípios, não há que se falar em invalidade de um princípio pelo fato de não ter sido ele o considerado de maior peso diante do caso. Por isso é que se costuma afirmar que, em caso de colisão entre princípios, após a atividade de sopesamento, se define qual será o mais e o menos aplicado ao caso, de modo que ambos permanecem no ordenamento jurídico após o entrave.

¹⁷ Neste sentido já conclui Humberto Bergmann Ávila: "(...) o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos." (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, pág. 41).

¹⁸ Seria o caso, por exemplo, daquele que mata em legítima defesa e não tem a incidência da norma prevista no artigo 121 do Código Penal.

aditem sua mitigação diante de conflito com outro princípio, sem que isso implique em sua invalidação.

Diante disso é possível se concluir que existem critérios que são usualmente utilizados para aferir se estamos diante de um princípio ou de uma regra. São eles: 1) critério hipotético-condicional; 2) critério do modo final de aplicação; 3) critério do relacionamento normativo; 4) critério do fundamento axiológico.¹⁹

O critério hipotético-*condicional* estabelece que as regras já possuem previamente seu conteúdo normativo (expresso em seu dispositivo) de modo que, ocorrendo a circunstância de sua incidência (*se*), (*então*) elas serão fatalmente aplicadas e os princípios careceriam de um caso concreto onde se analisaria seu exato conteúdo.²⁰

Para o critério do modo *final de aplicação*, regras são espécies normativas aplicadas segundo o modo do *tudo ou nada*, e os princípios segundo o modo de graduação *mais ou menos*. Ainda neste critério, é possível observar uma definição de que as regras trariam em si obrigações exigíveis de forma absoluta, *definitiva*, e os princípios, por sua vez, seriam compostos de obrigações *prima facie* que seriam passíveis de modificação e limitação.

Segundo o critério do *relacionamento normativo*, fundamenta-se na ideia de que a antinomia de regras afigura-se em verdadeiro conflito solucionável pela invalidação de uma das regras em conflito. Já os princípios, na verdade não entram em conflito (denomina-se colisão), mas são ponderados segundo uma dimensão de peso que cada um terá no caso concreto.

O quarto critério, critério do *fundamento axiológico*, expressa a ideia de que princípios detém carga axiológica a qual é levada em consideração quando da tomada de decisões, dirigindo este seu conteúdo às atividades a serem desempenhadas tanto pelo legislador como pelo operador do Direito.

¹⁹ Todos estes critérios encontram-se muito bem descritos e definidos na obra de Humberto Bergmann Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, pág. 42/43).

²⁰ Esclarece Dworkin que: "Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo se a considerações que estão além das próprias regras." (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*: tradução Nelson Boeira, - 3ª Ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pág. 43).

2.3.1 Críticas aos critérios de diferenciação entre regras e princípios

É necessário que se tenha em mente a existência e importância desses critérios para que, a partir deles, se desenvolvam outros que se mostrem consentâneos à realidade da Ciência Jurídica. Relevante estudo é o desempenhado por Humberto Ávila (2012, pp. 43/69) que, de forma sábia, traça críticas aos mencionados sistemas e traz outros parâmetros de distinção entre as espécies normativas com vistas a aclarar e aquilatar as características das regras e dos princípios.

Passemos, então, ao estudo desses critérios.

2.3.1.1 Crítica ao critério hipotético-condicional

A primeira crítica que Ávila faz ao modelo *hipotético-condicional* recai sobre a imprecisão deste critério. Segundo ele, tanto as regras como os princípios carecem de interpretação, de modo que não é possível se estabelecer de imediato a *vontade* do dispositivo legal, carecendo, ambas as espécies, da atividade interpretativa. Já se afirmou alhures que norma não se confunde com texto, de modo que este apenas é o objeto sobre o qual recai a atividade interpretativa do cientista do Direito. Eis, pois o motivo da falência deste critério.

A segunda crítica relaciona-se com a formulação linguística adotada por este critério para a diferenciação de regras e princípios. De acordo com o autor, até mesmo os princípios podem ser reformulados de modo hipotético dentro do critério do *se, então*.²¹ Por fim, o autor afirma que é através da atividade interpretativa que o cientista do Direito analisará se o dispositivo trata de uma regra ou de um princípio,

²¹ “Em segundo lugar porque a existência de uma hipótese de incidência e questão de formulação linguística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa. De fato, algumas normas que são qualificáveis, segundo esse critério, como princípios podem ser reformulados de modo hipotético, como demonstram os seguintes exemplos: ‘Se o poder estatal for exercido, então deve ser garantida a participação democrática (princípio democrático)’ (ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios, pág. 44).

pois, isto não está previamente definido pelo Legislativo. Disso decorre que um mesmo dispositivo ora possa ser tido como princípio e ora como regra, tudo a depender da valoração que é realizada por meio da interpretação.²²

2.3.1.2 Crítica ao critério do modo final de aplicação

Como já visto, aqueles que se utilizam deste critério afirmam que a distinção entre regras e princípios está no fato de que aquelas seriam aplicadas de acordo com o modo do *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), ao passo que estes seguiriam o modo de aplicação definido como *mais ou menos*, para o qual é imprescindível um sopesamento valores em um determinada situação fática. Para os defensores deste critério, as regras apresentam em si obrigações absolutas, definitivas, que impedem sejam ponderadas suas disposições, de modo que ou elas são totalmente aplicadas ou mostram-se inválidas perante o ordenamento jurídico.

A crítica que se faz a este critério de distinção entre regras e princípios reside na conclusão de que o conteúdo, ou seja, o elemento essencial de uma norma jurídica, seja ela um princípio ou uma regra, não está inteiramente predeterminado pelo texto²³. Como já demonstrado anteriormente, este é apenas o objeto da interpretação que servirá como base a uma interpretação realizada pelo operador do Direito a fim de que se alcance o significado da norma jurídica, evidentemente após se considerar todas as circunstâncias do caso.

Destarte que, embora o conteúdo normativo preliminar de uma regra possa estabelecer certos limites ao trabalho de interpretação do operador do Direito, existem casos em que o caráter até então dito como absoluto das obrigações

²² Ainda nos ensinamentos de Ávila: “Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencialmente, subjacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio.” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, pág. 45).

²³ Humberto Ávila desta que: “há normas cujo conteúdo normativo preliminar estabelece limites objetivos, cujo descumprimento aparenta impor, de modo absoluto, a implementação da consequência. Essa obrigação, dita absoluta, não impede, todavia, que outras razões contrárias venham a se sobrepor em determinados casos.” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, pág. 49).

definidas por meio de regras jurídicas são sobrepostos diante das circunstâncias do caso e de suas peculiaridades.²⁴

Logo, caberá ao intérprete examinar a *ratio* que sustenta a própria regra (*rule's purpose*) a fim de que possa realmente compreendê-la, restringindo ou ampliando o sentido da norma jurídica, ou, então, recorrer a outras razões que justifiquem o descumprimento daquela regra em questão (*overruling*).²⁵ O que é essencial é que se entenda que, embora estejamos tratando de regras, estas não apresentam uma obrigação *definitiva*, perceptível sem o exercício de construção ou reconstrução feito pelo intérprete para o alcance de seu sentido normativo. Ainda que esta regra se mostre clara aos olhos do cientista do Direito, ela será carente de uma interpretação para a extração de sua norma jurídica.

Consequentemente, ambas as espécies normativas, e não apenas os princípios, carecem de aspectos a serem observados nos casos concretos e de modo individual, não podendo, as espécies normativas, serem diferenciadas com base neste critério²⁶. É bem verdade que a consideração das circunstâncias casuais

²⁴ Basta analisar o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal e a decisão da 2ª Turma do STF, no julgamento do HC 77.003-4-PE, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o Pretório Excelso superou a disposição do mencionado dispositivo ao entender que a contratação de um cidadão sem concurso público para o cargo de gari por um prazo de nove meses não atentou contra o disposto no mencionado dispositivo. A corte concluiu pela inexistência de qualquer prejuízo à Municipalidade (STF, 2ª Turma, HC 77.003-4-PE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.6.1998, DJU 11.9.1998, pág. 05). Ressalte-se, contudo, que a regra estabelecida no dispositivo mencionado continua a ser válida muito embora não tenha sido aplicada em um caso determinado. O que se exige do intérprete é que este, diante de uma situação concreta, e valendo-se das circunstâncias que revolvem o caso, reconstrua o significado do texto normativo e dali extraia a norma jurídica. Vejamos outro exemplo citado por Ávila (ÁVILA, *Teoria dos princípios*, pág. 50/51): “A legislação tributária estabelecia que o ingresso no programa de pagamento simplificado de tributos federais implicava a proibição de importação de produtos estrangeiros. Se fosse feita importação, então a empresa seria excluída do programa de pagamento simplificado. Uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte para efeito de pagar conjuntamente os tributos federais, foi excluída desse mecanismo por ter infringido a condição legal de não efetuar a importação de produtos estrangeiros. De fato, a empresa efetuou uma importação. A importação, porém, foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez.” Após recorrer da decisão, a empresa conseguiu a anulação de sua exclusão no regime tributário especial, devido a violação à razoabilidade. Entendimento diverso do proposto por Humberto Ávila é o desenvolvido por Virgílio Afonso da Silva, que defende que, nos casos mencionados, haveria de fato um conflito entre um princípio e uma regra, e não que seria caso de sopesamento de regras (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., 2ª tiragem, 2011, pág. 56/60).

²⁵ “A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados (pelo Legislador)” (ÁVILA, *Teoria dos princípios*, pág. 51).

²⁶ Posicionamento diametralmente oposto é o adotado por Virgílio Afonso da Silva, para quem as regras independem das circunstâncias do caso concreto para serem completas em seu conteúdo (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., 2ª tiragem, 2011, pág. 46).

e individuais se dará de forma diversa nos princípios e nas regras de modo que estas exigem um exercício de argumentação deveras mais árduo por parte do intérprete para superar a eficácia de *trincheira* que esta espécie normativa detém.²⁷ Contudo, isto é discussão para um momento posterior.

2.3.1.3 Crítica ao critério do conflito normativo

Por este critério, a diferenciação entre regras e princípios está no modo como cada um reage em uma situação de conflito. Havendo conflito entre regras, estaríamos diante de um verdadeiro conflito em que a prevalência de uma implicaria fatalmente na declaração de invalidade da outra. Já no caso dos princípios, dado o caráter de convivência simultânea deles, há um imbricamento que, no caso de colisão, carece de ponderação a fim de que se dimensione o peso de cada um dos princípios conflitantes. Definido o peso a ser atribuído a cada um dos princípios em colisão é possível se concluir qual será o que prevalecerá (será mais aplicado). A diferença, portanto, residiria no modo como cada uma das espécies normativas interage com o ordenamento jurídico.²⁸

O primeiro ponto que se deve esclarecer é que a ponderação não é método restrito apenas aos princípios. É possível que as regras convivam em perfeita harmonia abstratamente e que, diante de um caso concreto, venham a se conflitar e, diante deste conflito e analisando as condições do caso, uma venha a prevalecer

²⁷ Segundo Ávila, “no caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido. O interessante é que o fim, independentemente da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários à sua promoção. Adota-se um comportamento porque seus efeitos contribuem para promover o fim. (...) Já no caso das regras a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a trincheira decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas.” (ÁVILA, *Teoria dos princípios*, pág. 53).

²⁸ Para Canaris, somente se poderia concluir pelo conteúdo dos princípios diante de um caso concreto, após um processo de complementação e limitação (CANARIS, *Systemdenken...*, pág. 50, 53 e 55). No entender de Dworkin, os princípios possuiriam uma dimensão de peso que apenas se exteriorizaria diante de uma situação de colisão, no caso em que um se sobreporia ao outro (DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, pág. 26).

sobre a outra sem que isso implique que qualquer delas deixe o ordenamento jurídico.²⁹

É possível também que as regras tenham suas previsões afastadas ainda que de forma preliminar, ou seja, sem uma situação de conflito, como se observa no caso das exceções expressas. Nesses casos, duas normas contrapostas fazem parte do mesmo ordenamento simultaneamente de forma que a fundamentação para a sobreposição de uma regra pela outra (*overruling*) será encontrada no próprio ordenamento e não se exigirá maior esforço do aplicador da norma. Há casos porém que a exceção não está expressamente prevista pelo ordenamento jurídico e deverá ser obtida por meio de sopesamento de argumentos e contra-argumentos, ou seja, por meio de ponderação das regras.³⁰

Decerto que as situações de criação de exceções das regras por meio de interpretação são bem mais restritas e exigem fundamentação ímpar e convincente por parte do aplicador do Direito. Não se pode deferir a criação desmedida de exceções às regras já que estas possuem eficácia de *trincheira*, e demandam fundamentação consistente para que possam ser sobrepostas.

O que diferencia, então, a regra dos princípios é o grau de contribuição do aplicador para a criação da norma que prevalecerá no caso concreto e o modo de ponderação que se operará.³¹

Portanto, como se vê, não são apenas os princípios que possuem uma dimensão de peso, mas também as regras.

²⁹ Os exemplos nos são fornecidos por Ávila (ÁVILA, *Teoria...*, pág. 58): “uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. (...) uma regra proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei 9.494/1997). Essa regra proíbe ao juiz determinar, por medida liminar o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Outra regra, porém, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos (art. 1º da Lei 9.908/1993), do Estado do Rio Grande do Sul.” Nos exemplos fornecidos é possível perceber que as regras estatuídas exigem que se faça uso de um sopesamento de razões para aplicação de uma ou de outra regra.

³⁰ O caso da importação dos pés de sofá mencionado anteriormente é um exemplo disso.

³¹ Ávila esclarece que: “Embora tanto as regras quanto os princípios exijam esse processo discursivo de sopesamento de razões, o tipo de argumentação e de justificação exigidos para a sua aplicação não é o mesmo. Isso é decisivo, especialmente para afastar a concepção de que essas espécies normativas se igualam totalmente apenas porque requerem semelhante processo argumentativo para sua aplicação. (...) no caso das regras (o intérprete) deve avaliar a correspondência conceitual da norma com a construção conceitual dos fatos, com base na finalidade da regra e dentro de um âmbito de normalidade aplicativa, e, no caso dos princípios, avaliar a correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os comportamentos necessários à sua promoção” (ÁVILA, *Teoria dos princípios*, pág. 64).

2.3.2 Método de dissociação entre princípios e regras proposto por Humberto Ávila

Após reproduzir as críticas tecidas a respeito das formas clássicas de dissociação entre princípios e regras, é oportuno trazer à discussão o modelo de distinção trazido por Humberto Ávila (2012, pp. 70/85)³² em sua obra. O intento não é tratar de forma exaustiva do tema, mas tão somente trazer elementos mínimos que norteiem o presente trabalho auxiliando o aplicador do Direito na correta aplicação dos princípios e das regras.

Como bem adianta Humberto Ávila, a finalidade de se diferenciar as espécies normativas é a de antecipar suas características a fim de facilitar o processo de interpretação e aplicação do Direito. É esta diferenciação que facilitará o trabalho argumentativo do operador do Direito no processo de interpretação e integração do ordenamento jurídico, a fim de se chegar a uma solução no caso concreto. Depois de concluir pela impossibilidade de, previamente, se definir por completo a significação das regras e dos princípios, o autor propõe uma distinção que privilegia o valor heurístico das espécies normativas, batizando este critério de *modelo heurístico*³³.

O critério adotado admite que um mesmo dispositivo seja nascedouro de regras, princípios e postulados normativos, propondo alternativas inclusivas entre as espécies normativas em detrimento de toda a classificação clássica que previa

³² O autor traça detalhadamente sua proposta exemplificando com precisão e clareza o modelo por ele proposto para uma correta e útil diferenciação entre regras e princípios, obra a que remetemos o leitor para maior aprofundamento científico.

³³ “A proposta aqui defendida pode ser qualificada como heurística. Como já foi examinado, as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertence, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Por isso a distinção entre princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer com valor empírico, sustentado pelo próprio objeto da interpretação, quer com valor conclusivo, não permitindo antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Em vez disso, ela se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como modelo ou hipótese de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos.” (ÁVILA, *Teoria dos princípios*, pág. 74/75).

apenas alternativas exclusivas entre as espécies. Como já ventilado, o autor propõe a criação de uma nova espécie normativa, qual seja, os postulados normativos.³⁴

Para ele, segundo um *critério de natureza comportamental*, as regras trazem em seu bojo uma conduta imediatamente descritiva de obrigações e proibições, as quais devem ser observadas, ao passo que os princípios são normas que definem um estado ideal de coisas que deve ser alcançado, ou seja, são normas imediatamente finalísticas.³⁵ Como estado ideal pode se entender um fim a ser alcançado, v.g., a responsabilidade do estado, a segurança jurídica, o equilíbrio entre os Poderes, dentre outros. Portanto, os princípios somente se realizarão se determinado comportamento for adotado, sem, no entanto, definir de forma descritiva quais condutas se enquadrariam neste comportamento necessário. Nesta toada poderíamos qualificar as regras como normas *mediatamente* finalísticas, pois ao descrever condutas, as regras visam também a alcançar determinado estado ideal de coisas.

Por outro lado, enquanto as regras são normas *imediatamente descritivas*, pois descrevem quais as condutas devem ser realizadas, os princípios mostram-se como normas *mediatamente descritivas*, pois apenas indicam qual comportamento necessário, sem especificá-lo em condutas definidas.

Consoante um *critério do modo de justificação*, o que justifica a aplicação das regras é a correspondência entre a situação fática e a situação descrita na norma, desde que presente a finalidade que lhe dá suporte. Nada mais é que a exata adequação entre a *construção conceitual dos fatos* e a *construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte*. Em outro giro, o que justifica a aplicação de um princípio é a adequação entre o estado de coisas que ele visa alcançar e os efeitos derivados da conduta tida como necessária à realização deste fim.³⁶

³⁴ Ao definir postulados normativos, Humberto Ávila afirma que são “como instrumentos normativos metódicos, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo.” (Idem, pág. 77).

³⁵ Nas palavras de Humberto Ávila: “Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.” (ÁVILA, *Teoria dos princípios*, pág. 78).

³⁶ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, pág. 80.

Como já se aventou em outro momento, como as regras possuem um caráter imediatamente descritivo, a atividade do aplicador do Direito mostra-se deveras mais simplificada quando de sua aplicação, pois que, em ocorrendo a correta adequação entre os fatos e o conteúdo da regra, está justificada sua aplicação, cabendo apenas ao aplicador a demonstração de que a finalidade da regra, no caso, está sendo respeitada e, assim, a regra deve ser aplicada.³⁷ Por outro lado, se o caso é o da não aplicação da regra, o esforço despendido pelo operador do Direito será infinitamente maior, já que este deverá fundamentar de forma extrema de dúvidas quais as razões que o levaram à desconsideração de uma regra jurídica que, em outra situação, se aplicaria ao caso.

No que tange aos princípios, o aplicador deverá analisar se os efeitos das condutas perpetradas são assaz suficientes e adequadas para que haja ao menos o fomento do estado ideal que o princípio visa adimplir. Em sendo negativa a resposta, o princípio não estará sendo efetivamente realizado e, conseqüentemente, haverá um desrespeito à norma jurídica.³⁸

Por fim, o último critério trazido pelo autor é o *critério da contribuição para a decisão*. Para este critério, os princípios seriam *normas preliminarmente complementares e preliminarmente parciais* de forma que contemplam apenas parte dos aspectos relevantes na tomada de decisões e não têm o anseio de prover uma solução específica para o caso, mas tão somente, ao lado de outras circunstâncias, um auxílio na tomada de decisões. As regras, todavia, são *normas preliminarmente decisivas e abarcantes* já que o, ao contrário dos princípios, tem o anseio de, por meio de aspectos relevantes, prover soluções específicas na tomada de decisões.³⁹ Gize-se, uma vez mais, que, embora as regras sejam preliminarmente decisivas, elas podem, e em certas circunstâncias elas devem, ter sua aplicação suprimida por não estarem presentes as finalidades que ensejaram a sua criação.

Levando-se em consideração todos os aspectos até aqui delineados pode-se chegar ao correto conceito de regras e princípios, o qual deve considerar as

³⁷ Os chamados *casos difíceis* ocorrem justamente quando a situação fática não se adequa à descrição da norma, porque não aquela não está compreendida pela finalidade desta.

³⁸ Sendo assim, muito embora Lênio Streck já tenha tecido críticas a respeito da suposta inutilidade prática do princípio da cooperação processual, o desrespeito a esse princípio afigura-se como flagrante violação normativa à própria Constituição Federal, atentado direto contra a segurança jurídica, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, para falar pouco.

³⁹ ÁVILA, *Teoria dos princípios*, pág. 83.

peculiaridades de cada espécie normativa e auxiliar o intérprete aplicador do Direito a aquilatar o estudo da Teoria da Norma Jurídica.⁴⁰

⁴⁰ Fiquemos com a definição dada por Humberto Ávila: “As Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” (ÁVILA, *Teoria dos princípios*, pág. 85).

3 A COOPERAÇÃO PROCESSUAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

3.1 O conteúdo jurídico do devido processo legal

Nossa *Lex Fundamentalis* de 1988 traz em seu art. 5º, inciso LIV o sobreprincípio do devido processo legal (*Due process of law*) correspondendo às expectativas do Estado Democrático de Direito ao delimitar e disciplinar a invasão estatal na gama de direitos do indivíduo. Esta é uma das funções dos direitos fundamentais. Outra faceta desses direitos é a exigibilidade, para com o Estado, de adoção de medidas no sentido de concretizar direitos, implicando em uma ordem ao destinatário.⁴¹

Em sua obra *Direito Constitucional e a teoria da constituição*, J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 544), aderindo ao entendimento da doutrina alemã, reconhece a dúlice dimensão dos direitos fundamentais.

A dimensão subjetiva é a primeira que nos vem à mente e logo nos remete ao positivismo e ao liberalismo do século XVIII. Revela-se como uma verdadeira proteção contra invasões desmedidas do Estado na esfera de direitos do indivíduo, uma garantia negativa.⁴²

⁴¹ Sob a ótica constitucional, nos ensina Nelson Juliano Schaefer Martins (*Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 169.) que “o Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prescreve que o Estado Democrático de Direito está comprometido com valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Logo, a relevância constitucional do tema exige o exame e a definição dos poderes conciliatórios do juiz, como um dos aspectos dos poderes de direção e de desenvolvimento do processo.”

⁴² Aderindo, em partes, à posição apresentada por José Carlos Viera de Andrade em sua obra, Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11 ed., 2012, p. 296) esclarece: “O que importa frisar, é que seja compreendida em sentido mais amplo (como aqui se admite) seja visualizada em sentido mais estrito, a noção de uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais engloba a possibilidade do titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão, ainda que tal exigibilidade seja muito variável e careça de uma apreciação à luz de cada direito fundamental em causa, dos seus limites, entre outros aspectos a serem considerados.”

O zelo que se deve ter ao invocar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é de não se incorrer no erro de sempre atribuir ao Estado a alcunha de diuturno violador de direitos fundamentais. O Estado, que no liberalismo era visto como uma ameaça aos direitos individuais, hoje não mais existe visto que se transmudou em Estado Democrático de Direito. Por óbvio que, vez ou outra, ocorrem violações, no entanto, não se deve olvidar que o Estado também desempenha a função de grande guardião de direitos.

Objetivamente considerados, os direitos fundamentais irradiam seus efeitos auxiliando na aplicação e interpretação do ordenamento jurídico, delineando a atuação dos poderes públicos.

Segundo entendimento da doutrina alemã trazido a nós por Sarlet (2012, p. 296)⁴³, os direitos fundamentais detêm uma eficácia irradiante, impondo uma condição de direito objetivo, direcionando, assim, as atividades do Estado na aplicação e interpretação do direito constitucional. Contextualizando, cabe ao magistrado, como representante estatal no processo, desempenhar tais atividades direcionadas pelo direito constitucional.

Como não poderia deixar de ser, o princípio do contraditório goza dessa característica dúplice apresentando-se como direito fundamental subjetivo quando confere direito à influência em todos os pronunciamentos judiciais bem como a ciência de todos os termos e atos do processo, e como direito fundamental objetivo, dirige ao Estado-juiz o dever de assegurar essa efetiva participação, imprimindo-lhe um modo de agir conforme o direito fundamental em pauta.

Mais especificamente sobre o devido processo legal, a doutrina atualmente tem adotado sua dupla conotação. Utilizam-se da expressão *devido processo legal substancial* quando estão se referindo à exigência de atendimento aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, e à expressão *devido processo legal procedimental* quando tratam da garantia de um processo que seja adequado e

⁴³ “Como um dos mais importantes desdobramentos da força jurídica objetiva dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que boa parte da doutrina e da jurisprudência constitucional na Alemanha denominou de uma eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme aos direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico.”

justo.⁴⁴ A imprescindibilidade deste direito fundamental é ofuscante e entra pelos olhos.⁴⁵ Importante, para o tema em questão, é o entendimento desenvolvido no caso *Grannis vs. Ordean* no qual o Tribunal americano entendeu como requisito fundamental do devido processo legal o direito de ser ouvido, o que, contextualizando, fundamenta o poder-dever do juiz de ouvir e aconselhar-se com as partes, assunto que será detalhado mais adiante.⁴⁶

Para Sérgio Luiz Wetzel Mattos (2009, p. 194), devido processo legal não é aquele que apenas se submete ao mandamento da lei, mas sim aquele que, em primeiro plano, garante o resguardo dos princípios fundamentais, para o que o juiz e demais aplicadores do Direito devem sempre se atentar. Devido processo legal, portanto, é sobreprincípio que encampa os princípios do contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, duração razoável do processo e fundamentação das decisões, sendo que estes delimitam o campo de abrangência daquele.

3.1.1 O princípio do contraditório como direito fundamental de participação no procedimento

⁴⁴ Na doutrina existem defensores da inconsistência da afirmação de que exista um devido processo legal substancial e um devido processo legal procedimental: “Enfim, o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’, como variante de significado supostamente decorrente da previsão do ‘devido processo legal’ é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é dispositivo relativo ao ‘devido processo legal’, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’ para representá-los; em terceiro lugar, porque o ‘devido processo legal substancial’, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no ‘devido processo legal procedimental’, quando, como será visto, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo. O uso da expressão ‘devido processo legal substancial’ parece ser, desse modo, apenas uma ‘bengala’ para o intérprete positivista que só enxerga normas onde encontram dispositivos que lhes servem de suporte físico.” (Ávila, Humberto Bergmann. *O que é devido processo legal?*, Revista de Processo 2008 – RePro 163, pág. 51/59).

⁴⁵ Para o STJ o devido processo legal é “um dos mais caros institutos do Estado de Direito” (STJ, REsp 35198/SP 1ª Turma, j. 24/08/1994, rel. Min. Humberto Gomes de Barros). Para Canotilho, “do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado ao direito e de realização do direito (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6º ed., Coimbra: Almedina, 2002, pág. 274).

⁴⁶ No original se lê: “A fundamental requirement of due process is ‘the opportunity to be heard’” (234 U.S. 385, 394 – 1914).

Como nos é proposto por Pereira de Farias (1996, p. 84)⁴⁷, os direitos fundamentais dividem em grupos: 1) direitos a prestações jurídicas; 2) direitos a prestações materiais; 3) e direitos de participação, os quais, em sua visão, corresponderiam ao *status activus* de Jellinek. Endossando, em parte, o entendimento de Pereira de Farias, Wolfgang Sarlet (2012, pp. 155/208) propõe a existência de dois grandes grupos de direitos fundamentais, quais sejam, 1) direitos fundamentais como direitos de defesa; 2) e direitos fundamentais como direitos a prestações. No grupo dos direitos a prestações, encontramos os direitos a prestações em sentido amplo e os direitos a prestações em sentido estrito. Dentro do direito a prestações em sentido amplo, encontramos os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento. Filiamo-nos ao posicionamento de Wolfgang Sarlet, pois que melhor esmiúça os grupos de direitos fundamentais. Diante do tema tratado neste trabalho, somente nos ocuparemos do direito à prestação na modalidade participação no procedimento, pelo que remetemos o leitor à obra de Sarlet para melhor compreensão acerca das outras modalidades de direitos fundamentais.

Assim, como já afirmado, dentre os direitos fundamentais, está o direito à participação no procedimento. Isso o é devido ao modelo de Estado por nós adotado, pois é fulcral que em um Estado Democrático de Direito todos os cidadãos tenham a capacidade de participação nos procedimentos adotados, eis que o Estado age em nome do interesse coletivo. Com os atos judiciais não poderia ser diferente. O Judiciário, imiscuído no poder jurisdicional, não está apartado do caráter democrático do Estado e deve submeter-se à cooperação das partes que, em âmbito processual, representam os ideais dessa coletividade. Nesta toada, as partes podem e devem influir no ato de Estado que é a decisão judicial, cabendo ao juiz ou tribunal viabilizar este direito-influência.

Afinal, é na participação que há a legitimação de todo o procedimento, em respeito e homenagem ao devido processo legal.⁴⁸ Como direito fundamental que é,

⁴⁷ O autor se filia ao modelo de Jellinek. O mesmo posicionamento foi adotado, embora com algumas alterações, por Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, pág. 167).

⁴⁸ Para Dinamarco “o que caracteriza fundamentalmente o processo é a celebração contraditória do procedimento, assegurada a participação dos interessados mediante exercício das faculdades e poderes integrantes da relação jurídica processual. A observância do procedimento em si próprio e dos níveis constitucionalmente satisfatórios de participação efetiva e equilibrada, segundo a generosa cláusula do *due process of law*, é que legitima o ato final do processo, vinculativo dos participantes.” (*A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 14. Ed., 2009, p. 77).

gera efeitos relevantíssimos em todos os ramos do direito, tanto no material como no direito adjetivo.

3.2 Modelos processuais

A doutrina clássica costuma concluir pela existência de dois modelos processuais, quais sejam, os modelos *adversarial* e o *inquisitorial*, ou *não-adversarial*, como preferem alguns. Modelo adversarial seria aquele em que as partes assumem verdadeira competição em busca de seus direitos arguidos em juízo, desempenhando um conflito o qual é apenas assistido pelo órgão jurisdicional de forma passiva, pois a sua função é apenas a de decidir a causa.⁴⁹ As partes, neste modelo, são os protagonistas de suas histórias no processo e impera o princípio dispositivo.

De outra banda no modelo inquisitorial (não adversarial) é o juiz o senhor do processo, a ele são atribuídos poderes de modo que passa a desempenhar maior número de atividades no deslinde processual.⁵⁰ Há, pois, a preponderância do princípio inquisitorial no modelo não adversarial.

Todas as vezes em que forem atribuídos poderes ao órgão jurisdicional de forma que a vontade das partes seja deixada para o segundo plano, estaremos diante do modelo inquisitorial pela manifestação da inquisitividade que se operará. Por outro lado, sempre que o legislador conferir o destino do procedimento ao alvedrio das partes, estar-se-á diante do modelo adversarial, onde prevalecerá o princípio dispositivo, dada a disponibilidade que se operará no processo.

⁴⁹ Como bem lembra Fredie Didier Junior (DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português, Lisboa: Editora Coimbra, 2010, pág. 42/43): “o modelo adversarial assume a 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”. JOLOWICZ, J. A. *Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation*. On civil procedure. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 177.

⁵⁰ DAMASKA, Mirjan R. The faces of justice and State Authority, p. 03: “The nonadversarial mode is structured as an official inquiry(...) under the second, officials perform most activities”.

Entende-se, no entanto, que a distinção entre modelo adversarial e inquisitório não mais se sustenta.⁵¹ Como salienta Fredie Didier Jr. (2010, p. 44) em sua obra, a *disponibilidade* e a *inquisitividade* podem se manifestar de diversas formas e em variados temas como na instauração do processo, na produção de provas, delimitação do objeto litigioso, análise de questões de fato e de direito, nos recursos, dentre outros.⁵² A exemplo disso, no sistema processual brasileiro, encontramos o juiz determinando a realização de provas *ex officio* (art. 130 do CPC), as partes delimitando o objeto litigioso, o próprio princípio da inércia da jurisdição, o efeito devolutivo dos recursos, dentre outros.

Dessa forma, fica clara a impossibilidade de se identificar nosso sistema como sendo adversarial ou inquisitorial, já que há momentos em que haverá a prevalência da disponibilidade e em outros a da inquisitividade.⁵³ É hábito doutrinário relacionar o modelo adversarial a regimes não autoritários e o modelo inquisitivo a regimes autoritários e intervencionistas. T tamanha simplicidade não deve ser acolhida nem tampouco disseminada entre nós. Não mais.

O aumento ou diminuição dos poderes do juiz *intra autos* não deve ser qualificativo para o regime político adotado pelo Estado. Afinal, a disponibilidade não é sinônimo de democracia nem a inquisitividade de autoritarismo. A conferência de maiores poderes ao juiz pode advir de uma preocupação do Estado para com o bem estar e a asseguaração de direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão. Neste diapasão é que surge a doutrina do *garantismo processual*, que tem como escopo a proteção do cidadão frente a possíveis abusos do Estado.⁵⁴

⁵¹ Este, inclusive, é o posicionamento adotado por José Carlos Barbosa Moreira (*Processo civil e processo penal: mão e contramão?*. Temas de direito processual – sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 201/2015) e Fredie Didier Jr. (*Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Lisboa: Editora Coimbra, 2010, pág. 44/45) em suas obras.

⁵² DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Lisboa: Editora Coimbra, 2010, pág. 44.

⁵³ DIDIER JR., Fredie *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Lisboa: Editora Coimbra, 2010, pág. 44): “O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso do processo etc.”

⁵⁴ Como defensores desta concepção destacam-se Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. Fauzi Choukr (trad.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 683/766) e Juan Monteiro Aroca (AROCA, Juan M. (org.). *Proceso e ideologia*. Valencia: Tirantlo Blanch, 2006).

Iluminado pela Constituição Federal, o modelo processual vigente encontra respaldo em uma terceira modelagem: a cooperação.⁵⁵ O modelo cooperativo de processo propõe uma reestruturação do contraditório, com a cooperação do juiz para com as partes e desta para com ele, a prevalência do diálogo, da publicidade, lealdade, um verdadeiro e efetivo processo democrático.⁵⁶ Não há o protagonismo de nenhum dos sujeitos processuais, mas sim uma *divisão do trabalho*⁵⁷ entre os sujeitos processuais. A colaboração entre todos os integrantes do processo tenciona para o alcance de uma decisão mais justa e democrática.

Desse modo, não há que se sustentar a existência de um modelo inquisitório ou adversarial, mas sim a criação de um novo modelo processual: o modelo cooperativo.⁵⁸ O exercício do poder é uma função que é atribuída a alguém para o atingimento de um interesse alheio. Logo, a função jurisdicional se mostra como um poder a serviço do interesse das partes⁵⁹. Ao tornar proibida a justiça privada, o Estado avoca para si a resolução dos conflitos de interesse sendo que a função jurisdicional passa a ser o meio legítimo na proteção dos direitos ameaçados e na satisfação dos que já foram violados. O processo é, ao fim e ao cabo, instrumento

⁵⁵ Segundo posicionamento endossado por Fredie Didier Jr. “Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação (...) Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais. O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia.” (DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo 2011 – RePro 198, pág. 218/219).

⁵⁶ “Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não pode se afirmar que já uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem protagonismos.” (DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Lisboa: Editora Coimbra, 2010, pág. 46/47). Neste sentido também OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório. Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 139/140.

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1989, 4ª série, pág. 35/44.

⁵⁸ O Código de Processo Civil Português consagrou expressamente em seu art. 266.º, 1, o modelo de processo civil cooperativo: “Art. 266.º, 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.”

⁵⁹ PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes Executórios do Juiz*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

de poder e deve ser utilizado sempre com vistas a objetivos superiores, os quais devem ser buscados pelas partes e prestados pelo Estado-juiz.⁶⁰

Assim como na realização de qualquer objetivo se exige a adoção de um método, o processo mostra-se como instrumento e delimitação desta função jurisdicional no alcance da satisfação do direito subjetivo (*facultas agendi*). Processo é método de exercício da jurisdição, ou seja, instrumento a serviço do direito material que fora ameaçado de lesão ou já se apresenta violado, exercendo, neste último caso, papel inexorável na recomposição do direito, reafirmando seu caráter instrumental.

Mas não é só. Limitar-se a uma visão metodológica do processo seria perder, em muito, a preciosidade que o tema tem a nos oferecer. Processo é, acima de tudo, a participação dos sujeitos processuais de forma equilibrada, sendo que, para tanto, imperiosa é uma redefinição de poderes no processo, reavaliando a parcela de participação que é atribuída a cada um dos litigantes.⁶¹

Uma participação equânime viabiliza o contraditório efetivo e sustenta, estreme de abalos, o processo justo em cada caso concreto. Sem essa participação desbanca-se o que se tem por processo justo. Urge frisar que o processo deve servir aos direitos fundamentais já que a sua marcha implica restrições a direitos das partes. Seguindo-se as lições de Pinheiro⁶², concluímos que o Estado-juiz, no exercício de sua função imparcial, mas nunca neutra, e cooperativa, deve utilizar-se dos meios dos quais dispõe para assegurar os direitos fundamentais das partes, tal como o direito à cooperação (poder-dever de cooperação).

3.3 A relação jurídica processual e seus efeitos

⁶⁰ “A força do pensamento doutrinário que se expande por todos os continentes, como uma verdadeira multinacional do processo, tende a eliminar as diferenças regionais e as resistências ao pleno conhecimento teórico e prático de que o processo é um instrumento para o exercício do poder e que este deve ser exercido, ainda quando sob o estímulo de interesses individuais, sempre com vistas a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 14. Ed., 2009, p. 59).

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 626.

⁶² PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes Executórios do Juiz*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

Literalmente, *relação* se mostra como uma ligação, um vínculo, entre dois elementos enfocando-se o caráter de interdependência entre eles. No entanto, uma definição literal, ao menos para o cientista do Direito, não se mostra das mais agradáveis, devendo o exegeta lançar-se a mares mais abertos⁶³.

Em um estudo mais profundo percebemos a *relação* como sendo uma percepção do “ser” em uma perspectiva fora de si mesmo. Sim, pois o “ser” pode ser analisado *em si mesmo* e *fora de si mesmo*, como salientado por Alfredo Becker (1963, p. 151) em seu magistério. Segundo o autor, a separação entre o ‘eu’ e o ‘tu’ seria a própria *relação*, que se expressa pelo IR e VIR que percorre o intervalo entre eles com o desiderato de união. A *relação* seria, pois, a própria união entre esses dois polos⁶⁴.

Em sendo, a *relação*, esse IR e VIR, portanto, essa ligação entre o intervalo formado pelo ‘eu’ e pelo ‘tu’, o que significaria afirmar que uma relação é *jurídica*?

Explica-se. De fato a *relação jurídica* também se apresenta como uma interligação entre dois polos, mas com um *plus*. O adjetivo *jurídica* qualifica essa interligação justamente pelos efeitos advindos dela. Tais consequências se apresentam como *posições jurídicas subjetivas*. Quando as relações entre pessoas atuam como amparo fático para a incidência da norma, esta se juridiciza de modo que a relação passa a ser qualificada como *jurídica*. Como consequências dessa qualidade jurídica surgem os desdobramentos, ou seja, os efeitos produzidos por esta relação, quais sejam, os direitos e deveres dessa relação. Destarte que os direitos e deveres não integram a relação jurídica, mas apenas apresentam-se como efeitos consequentes dela⁶⁵.

⁶³ “Relação. s.f Interdependência, conexão entre duas grandezas, dois fenômenos; relação entra a causa e o efeito; correspondência entre duas pessoas, fatores ou coisas; ligação de atividades, de interesses, de amizade; (...)” (Ministério da Educação e Cultura, Dicionário Escolar da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Bloch Editores S.A., 1984, p. 973.)

⁶⁴ Arrematando o assunto, Alfredo Becker (idem, mesma página) esclarece que “a separação ou intervalo entre o ‘tu’, de um lado, e o ‘eu’, de outro lado (quando examinada sob o ângulo da união) é a relação. Pela palavra relação se expressa a ideia de um IR e um VIR do ‘eu’ ao ‘tu’. Este IR e VIR percorre o intervalo entre as duas pessoas, com a finalidade da união entre essas pessoas. Portanto, a relação é um IR e um VIR entre duas pessoas (ou Seres), ou melhor, entre dois polos.”

⁶⁵ Posicionamento adotado por Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro (PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes Executórios do Juiz*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54) pautado nas lições de Pontes de Miranda, *in verbis*: “Na realidade, existem as relações interpessoais que atuam como suporte fático, para a incidência da norma. Quando a norma reflete sobre o suporte fático, aquela relação interpessoal se juridiciza, de maneira que a relação intersubjetiva passa a ser qualificada como ‘jurídica’. E essa reputação ‘jurídica’ se apoia na incidência da norma e nas consequências, nos desdobramentos da relação, que agora são jurídicos, traduzindo-se em direitos, deveres etc.

Logo, as posições jurídicas subjetivas marcam-se pelos efeitos consequentes da juridicização das relações interpessoais. Urge frisar o traço publicista desta relação jurídica que demarca a inevitabilidade da jurisdição, ante a proibição da justiça privada, e define o processo como sendo uma relação jurídica de direito público entre juiz, autor e réu.⁶⁶ Tudo isso, é claro, iluminado pela devido processo legal que encampa todo o ordenamento jurídico e impõe, dentre outros posicionamentos, a cooperação processual entre os sujeitos.

Nesse toar, o processo deixa de representar tão somente uma relação simplista entre os sujeitos, e passa a apontar para uma relação complexa em que o comportamento de um, afeta efetivamente o outro. Tratando-se, pois, de um *sistema interacional*⁶⁷ uma vez que se desenvolve a partir da influência mútua entre partes e órgão jurisdicional.⁶⁸

Como se pode deduzir, as posições jurídicas subjetivas são desempenhadas dentro processo, mas especificamente, no transcorrer do procedimento. Logo, todos os direitos, deveres, obrigações e ônus são exercidos no procedimento. O processo como conjunto de atos concatenados e organizados para o atingimento de um fim (prestação jurisdicional) é, então, animado pela relação jurídica processual. Cabe a ela dar dinamicidade ao procedimento e inspirar a cooperação entre os sujeitos do processo, em uma verdadeira relação jurídica cooperativa. A título de exemplo podemos citar alguns dos direitos que serão exercidos no transcorrer procedimental: o contraditório, a ampla defesa, a igualdade de armas e a participação.

3.4 O contraditório à luz da cooperação processual (contraditório influência)

Destarte, os direitos e deveres não são o conteúdo da relação, mas são efeitos da incidência da norma no suporte fático composto pela relação intersubjetiva.”

⁶⁶ Cf. Cândido Rangel Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 14. Ed., 2009, p. 50).

⁶⁷ Sobre este *sistema*: Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson (*Pragmática da comunicação humana*. São Paulo: Cultrix, 14. Ed., 2003, p. 109).

⁶⁸ Magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (*Processo Civil Moderno: Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 44-45).

O contraditório mostra-se, sem sombra de dúvidas, como o mais evidente pressuposto de um processo efetivamente justo, sendo, portanto, um legítimo meio a ser tomado para a busca da Justiça. Previsto na Constituição da República em seu art. 5º, inciso LV, apresenta-se juntamente com o princípio da ampla defesa.

Inicialmente tal princípio fora compreendido como a mera ciência bilateral dos atos e termos processuais⁶⁹, sendo, desta feita, dirigido apenas às partes integrantes da relação processual. Bastava o conhecimento de que um ato/termo processual havia sido praticado e a possibilidade de reação para que se atendesse o contraditório. Entra pelos olhos a falência desse entendimento desenvolvido sob a luz do liberalismo. Facilmente se constata que o Estado Democrático de Direito expurga um entendimento demasiadamente antiquado. Exige-se mais do exegeta. Necessária é a imersão no ordenamento constitucional na busca de um contraditório que viabilize a sadia cooperação das partes no deslinde da causa e nas decisões tomadas pelo juiz durante a sua fluência. É o que Antônio do Passo Cabral (2005, p. 449) convencionou chamar de *direito de influência*.⁷⁰

O processualista moderno deve vislumbrar a instrumentalidade, que é ínsita ao processo, e irradiadora dos ditames constitucionais, refletindo, segundo Dinamarco (2009, p. 27), o *microcosmos democrático* do Estado de Direito⁷¹, tendo na participação (contraditório) sua relevante expressão. Em geral, o contraditório instala-se anteriormente ao pronunciamento judicial, respeitando o brocardo latino *Audiatur et altera pars*. Não raras vezes, no entanto, pode acontecer de as circunstâncias do caso exigirem que este contraditório, que em regra acontece antes do pronunciamento judicial, venha a ocorrer em momento posterior, o que se chama de contraditório diferido ou postergado.

Note, porém, que não ocorre a supressão do direito ao contraditório, mas tão somente uma restrição. Resta saber se tal restrição é constitucional ou não por estarmos diante de um direito fundamental que nos é deveras muito caro. Pois bem.

⁶⁹ ALMEIDA, Canuto Mendes de. *A Contrariedade na instrução criminal*, São Paulo: Saraiva, 1937, n. 80, p. 110.

⁷⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. Rivista di Diritto Processuale, 2005.

⁷¹ Raciocínio desenvolvido por Cândido Rangel Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 14. Ed., 2009, p. 27): "O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações de liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade."

O legislador constituinte, ao elencar o catálogo de direitos fundamentais (art. 5º CF) deu um grande passo em termos de evolução constitucional. Tal reconhecimento não implica em dizer, no entanto, que esses direitos fundamentais tenham caráter absoluto.

Dessa forma, devemos recorrer aos postulados normativos, em especial ao da proporcionalidade, para, após uma análise minuciosa, atestarmos a viabilidade ou não da restrição ao contraditório. Essa análise deve ser realizada *in casu* passando-se pelo estudo da *adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito*, as submáximas do postulado da proporcionalidade. Não se almeja, porém, aprofundar o assunto neste momento mesmo porque ocupar-se dele em poucas linhas seria desmerecê-lo. Motivo pelo qual, pedindo vênia, remetemos o leitor à obra de Virgílio Afonso da Silva.⁷²

É indulgente que o magistrado submeta-se ao debatido em contraditório quando da prolação de seu pronunciamento. Dessa forma, além de sua função primordial, o contraditório se presta a oferecer limites às decisões do Estado-juiz que deve curvar-se a ele, às leis e à fundamentação (art. 93, IX CF). Ademais, a segurança jurídica repousa na previsibilidade dos atos do Estado⁷³ que, no processo, faz-se presente pelo magistrado, cabendo a este implementar a cooperação entre os sujeitos o que, sem sombra de dúvidas, faz imperar uma maior previsibilidade e um maior respeito à segurança jurídica.

3.5 Pressupostos teóricos da cooperação processual

Salutar, no estudo da cooperação processual, é compreender quais os pressupostos que sustentam o ideal colaborativo que assola a ciência processual contemporânea. Antes de se passar ao estudo mais detido das consequências do contraditório influência, passemos, pois, aos pressupostos.

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Editores Malheiros, 2.ed, 2010.

⁷³ Cf. Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes Executórios do Juiz*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102).

3.5.1 Pressuposto social

Conforme a própria disposição constitucional (art. 1º, caput), vivemos em um Estado Democrático de Direito, que se fundamenta na dignidade da pessoa humana e que, portanto, permite considerar a própria sociedade como sendo uma organização cooperativa entre os sujeitos em prol do proveito mútuo.⁷⁴

Nossa *Lex Maxima* já não é mais uma carta-conselho que se limita a dar sugestões aos Poderes. Não, ela indica o caminho e impõe que ele seja seguido, sob pena de invalidações e constatações de inconstitucionalidades. É a Constituição que delimita os valores e estados ideais que devem ser perseguidos e realizados. É ela, a obra prima legislativa do Estado, que faz nascer e consolidar o Estado Democrático de Direito. A constitucionalização dos direitos é um exemplo disso.

A Constituição, hoje, irradia seus efeitos e impõe a adoção de condutas necessárias e respeito aos direitos fundamentais pelos Poderes e, inclusive, pelos particulares, na chamada horizontalização dos direitos fundamentais.⁷⁵ Se o Devido

⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ªed., pág. 80.

⁷⁵ Quanto ao tema, ementa de julgamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 201819 RJ, de relatoria da ex-ministra Ellen Gracie: "SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COM LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em

Processo Legal, inegável direito fundamental⁷⁶, é exigido dos particulares, com muito mais razão e fervor o deve ser do Estado.

Há aqueles que acreditam na existência de um verdadeiro *Estado Constitucional Cooperativo*, a exemplo de Peter Häberle (2007, pp. 06/07), que, embora trabalhe em sua obra com a cooperação no âmbito internacional, acredita que esta possui suas bases no direito interno.⁷⁷ Como já antes ressaltado, as premissas constitucionais, porque são providas de eficácia, acabam por irradiar efeitos e determinar o caminho a ser seguido pelo magistrado quando da condução processual. O juiz, então, passa a desempenhar duplo papel: é *isonômico* na condução do processo e *assimétrico* apenas quando é chamado a decidir questões processuais e materiais da causa.

Busca-se, com isso, o equilíbrio da relação processual quando se concede maiores poderes ao magistrado e, por outro lado, possibilita maior participação dos integrantes da relação processual. Tudo isso torna o processo uma verdadeira *comunidade de trabalho*, sendo que a cooperação passa a ser uma das prioridades do processo.⁷⁸ A condução do processo dança no tom do contraditório-influência e se dá pelo diálogo entre os sujeitos processuais, levando em conta as manifestações das partes na tomada de toda e qualquer decisão efetivando, assim, de forma clara e evidente, o princípio democrático no seio da atividade processual.⁷⁹ Este é o pressuposto social: a democracia inserida no processo.

determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores -UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa” (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV.(201819 RJ , Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 10/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577, undefined).

⁷⁶ A jurisprudência é uníssona quanto ao tema: STJ HC 128591 DF 2009/0026984-0; TRT-16: 535200601316003 MA 00535-2006-013-16-00-3; STF - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 228 MT.

⁷⁷ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 06/07.

⁷⁸ FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil, pág. 153.

⁷⁹ Ensina Daniel Mitidiero que: “nessa quadra, coloca-se o órgão jurisdicional como um dos participantes do processo, igualmente gravado pela necessidade de observar o contraditório ao longo

3.5.2 Pressuposto lógico

A solução da lide atende senão ao interesse das partes de modo que a própria lógica pressupõe a participação destas na decisão judicial. O objetivo aqui é evitar as decisões surpresa prolatadas sem a consulta prévia dos integrantes do processo. Acertada é a posição de Dinamarco quando exige do juiz consultar as partes inclusive nas hipóteses em que lhe era permitido decidir *ex officio*.⁸⁰ Propõe-se, com isso, uma revisão dos brocardos latinos *Da mihi factum, dabo tibi ius* e *Iura novit curia*, pois que, quando as partes auxiliam o juiz na solução da causa, além narrar fatos, contribuem para a atribuição do Direito ao caso concreto. O juiz é humano e, portanto, passível de equívocos. Não há porque acreditarmos em sua onisciência jurídica, do mesmo modo em que não se há razão para impedir que as partes auxiliem o juiz na descoberta da solução que melhor se amolde ao caso concreto.

3.5.3 Pressuposto ético

Digna de nota é a posição adotada por Arruda Alvim e Medina (2009, p. 47), que colocam o Poder Judiciário na posição de protetor da *legítima confiança* entre as partes. Afigurando-se como conseqüente desdobramento do princípio da segurança jurídica,⁸¹ refletindo na, já mencionada, previsibilidade do comportamento estatal.⁸² A cooperação proporciona, e isso é inquestionável, uma maior confiança,

de todo o procedimento. O juiz converte-se em um de seus sujeitos. Por força do contraditório vê-se obrigado ao debate, ao diálogo judiciário. Vê-se na contingência, pois de dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, estando gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes” (Colaboração no processo civil. Pág. 84).

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições, vol. 3, pág. 388-390. No mesmo sentido Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do formalismo no processo civil, pág. 238.

⁸¹ Cf. STJ, REsp 799.965/RN, 3ªT.,j.07.10.2008, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 28.10.2008, no qual se decidiu que o “direito processual deve trazer segurança às partes”.

⁸² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo Civil Moderno: Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

tanto das partes para com o julgador, como deste para com a decisão que deve proferir, proporcionando-o maior certeza e tranquilidade ao emitir a *decisum*.

A solidariedade, ato de bondade com nossos pares, constitui fundamento da República Federativa do Brasil e deve ser respeitada tanto fora como dentro do processo. Não poderia ser diferente. Ser solidário é ser leal, e, portanto, proceder de boa-fé. A ética, ao contrário da moral, fundamenta-se na razão e leva em conta valores e princípios ideais a serem adotados pelo homem. É dizer, a ética relaciona-se, de certa forma, com a boa-fé. O ânimo de agir pautado em princípios éticos deve estar presente no seio processual, ainda que os interesses sejam divergentes. Por mais difícil e divergente que isso possa parecer, é inegável que certas condutas adotadas pelas partes, e não raras vezes pelo magistrado, são inadmissíveis e contrárias a boa-fé. Um Estado dito Democrático não pode chancelar comportamentos desleais.

Não é porque as partes ocupam polos distintos na relação processual que devem agir de forma contrária aos ditames éticos, morais e constitucionais. Ao Estado-juiz devem ser concedidos meios para se frear os ânimos das partes que ultrapassam os limites do aceitável.⁸³ Agir com boa-fé, eis o pressuposto ético.

⁸³ É o caso do previsto no parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil.

4 PODERES DO JUIZ E CONDUÇÃO DO PROCESSO: VISÃO RETROSPECTIVA E PROSPECTIVA

Na medida em que a civilização evolui na história toma pela mão a ciência processual e a leva consigo. O aprimoramento dos conceitos, princípios e finalidades processuais é facilmente perceptível e nos demonstra que os fins maiores estabelecidos na Constituição e nos Tratados Internacionais se fazem cada vez mais presentes na ciência processual moderna. Apesar de não aspirar exaurir o tema da evolução processual, principalmente pela profundidade do tema e por não corresponder ao enfoque dado ao presente trabalho, mostra-se construtivo visitar alguns momentos da história processual para que seja possível vislumbrar a evolução do papel do juiz na condução e resolução dos litígios.

4.1 Formalismo simbólico-religioso

Em um primeiro momento tudo se concentrava nas mãos do rei o que somente veio a ser alterado em 387 quando foi instituída a figura do pretor urbano (*praetor urbanus*), para resolução dos litígios entre os cidadãos romanos, e, em um segundo momento, com a grande afluência de estrangeiros em Roma, a figura do pretor peregrino (*praetor peregrinus*), incumbido de dirimir litígios entre estrangeiros e romanos e entre estrangeiros. Ambos detinham o *imperium* (poder de mando) e a *jurisdictio* (poder de dizer o direito), sendo eleitos para os cargos e, muitas vezes, exercendo a função política ao lado da judiciária.

É sabido e consabido que nem sempre o juiz detivera a importância que detém hoje na condução processual. Estudos que remontam o início das atividades que hoje entendemos por processo demonstram que, em um primeiro momento, o julgador cingia-se a um formalismo simbólico-religioso exacerbado que estava presente no transcorrer de todo o procedimento e delineava o futuro da lide. Os ritos

e sacrifícios no decorrer do procedimento guardavam estreita ligação com a matéria da causa debatida e o desrespeito à mínima formalidade, como por exemplo, o uso incorreto de um termo prescrito em lei, era o suficiente para ultimar o procedimento.

Sendo assim, a sorte do direito material escapava ao alvitre do julgador já que o processo poderia ser extinto pelo simples apego excessivo a uma formalidade fundada em fanatismos místico-religiosos da época⁸⁴. Ainda que o julgador vislumbrasse a razão de uma das partes, caso esta não cumprisse os ditames rigidamente previstos pela lei, ele haveria de extinguir o processo e suplantar o direito da parte⁸⁵. A capacidade interventiva do julgador, neste período, era praticamente nula e, ainda que existisse, não se ligava à preocupação do julgador com a resolução adequada da lide, mas sim às suas próprias convicções imersa na mais absoluta parcialidade.

O formalismo excessivo tornou odiosas as *ações da lei* (*legis actiones*) sendo, por este motivo, o que levou ao definhamento desse antigo sistema, sendo substituído por um informalismo em um primeiro momento e, após, pelo processo formular, como se verá adiante.

4.2 Informalismo primitivo

⁸⁴ Cf. Cretella Júnior, J, *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª Ed., 1980, pág. 413/414, *in verbis*: “Os litigantes in jure não podem expor suas pretensões, empregando palavras próprias. Devem empregar verba certa, pronunciando fórmulas orais prescritas. Assim, quando um proprietário reivindica uma coisa que lhe pertence, deve dizer, precisamente, que a coisa é sua ex jure Quiritium. Uma troca de palavras pode significar a perda do processo e, sob este aspecto, o jurisconsulto Gaio conta a história dum processo em que um dos litigantes foi prejudicado porque empregou a palavra vites, videiras, ao invés da palavra arbores, como ordenava a lei, muito embora se tratasse de videiras, especificamente”. Na mesma esteira são os ensinamentos de Antonio do Passo Cabral, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, pág. 13.

⁸⁵ Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, *Op. cit.*, pág. 19/20: “Cumprе ressaltar, contudo, que mesmo o abandono das solenes formas arcaicas e a simplificação do processo, com mais enérgica e maior liberdade de ação do magistrado, não afastam a influência da litis contestatio, pois continua sendo entrevisto como pura relação privada” (...) “Em contrapartida, a instauração, o desenvolvimento e a eficácia jurídica do processo encontram a sua verdadeira fonte na vontade e atividade das partes.”

Encerrada a fase do formalismo simbólico-religioso em virtude da premente necessidade romana de expandir seu mercado e seu comércio com outras civilizações, eis que emerge a fase do processo conhecida como Informalismo primitivo⁸⁶. Esta fase registra seus primórdios nos arredores do ano 200 a.C. de onde parte gradualmente em um desenvolvimento das matérias processuais apresentando-nos princípios processuais que hoje são tidos como inafastáveis do ideal de justiça: oralidade, imediatidade da aceitação da prova, publicidade e audição das partes⁸⁷. Tamanho avanço conduziu os contemporâneos da época a um processo deveras mais flexível. Neste período, assim como no processo formulário (o qual será analisado adiante) as partes eram os verdadeiros protagonistas da história processual de modo que o destino da demanda era subjugado aos seus caprichos.

Esse informalismo primitivo, acompanhado, posteriormente, do processo formulário, contribuiu de forma considerável para as bases da instrumentalidade processual que hoje repousa no ideal do processualista civil atento aos ditames mais modernos e democráticos do processo.

4.3 Do processo formulário ou formular

Um passo adiante, encontramos o Processo Formulário (*per formulas*), no qual o Pretor romano era quem primeiro tinha o conhecimento da causa debatida e se incumbia de elaborar a *formula*, que nada mais era que a imposição de limites cognitivos e decisórios ao *ludex*, o juiz privado, ou seja, a delimitação dos elementos essenciais que poderiam ser levados em conta quando da avaliação e decisão da causa pelo *ludex*⁸⁸. A *formula*, portanto, delineava o julgamento e os poderes

⁸⁶ Oportuno destacar que alguns autores não reconhecem o informalismo primitivo como uma fase propriamente dita da evolução do processo, como é o caso de Cretella Júnior em sua obra *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*.

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 17: “No processo das legis actiones, e posteriormente no formulário, já se constatava a vidência de princípios processuais hoje considerados inafastáveis para a justiça do processo: publicidade, oralidade, imediatidade da recepção da prova e audição de ambas as partes.”

⁸⁸ Cf. Passo Cabral, *Nulidades no processo moderno*, pág. 14/15: “Desloca-se o foco do formalismo da lei ao formalismo do julgador, este igualmente perigoso porque pode conduzir a um processo ‘planificado’, inquisitório e autoritário.”

atribuídos ao *Iudex* que, embora cingido a ela, detinha mais poder decisório que em tempos passados⁸⁹.

A *formula* era composta de duas partes: a parte principal, aquela fixa para todos os casos, e a parte acessória, que era móvel e adaptável segundo o caso concreto. Qualquer que fosse a alteração operada na parte principal da *formula* gerava uma conseqüente anulação da mesma. A parte principal da *formula* compreendia a *institutio judicis*, a *demonstrativo*, a *intentio*, a *adjudicatio*, e a *condemnatio*, ao passo que a parte acessória era composta pela *exceptio*, *praescriptio*, *replicatio*, e pela *triplicatio*⁹⁰.

É bem verdade que a maior possibilidade de intervenção do magistrado (*Iudex*) no manejo da causa em nada, ou muito pouco, abalou o poder das partes na condução do processo, que, como já mencionado, era basicamente uma relação privada e quase que em todo momento era conduzido pelas próprias partes. Todos esses períodos representam o que Daniel Mitidiero (2011, p. 32) chama de *pré-história do direito processual*, ou seja, a fase sincrética ou, para alguns, praxista do processo, tendo em vista que o direito processual carecia de qualquer forma de autonomia e ligava-se de forma umbilical ao direito material em jogo⁹¹.

4.4 Do formalismo excessivo

Com o crescente aumento populacional e aumento das riquezas, tornam-se mais complexos os negócios e as relações sociais. Desse modo, a necessidade de ordenamentos mais garantistas faz com que o processo assumira uma postura mais lenta, pesada e com odiosas formalidades por se acreditar que assim em assim se

⁸⁹ Nas lições de Cretella Júnior, pág. 427/428, “O juiz romano está preso à fórmula, do mesmo modo que o juiz atual está preso à lei. Os termos da fórmula orientam o juiz, em Roma, podendo-se, nesse sentido dizer que o processo formular é ainda um processo formalista”.

⁹⁰ Não se pretende, até mesmo pela finalidade do presente trabalho, tratar do conteúdo jurídico da *formula* presente no processo formular romano, pelo que remetemos o leitor às obras de José Carlos Moreira Alves (*Direito Romano*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2 vols.; 3ª Ed., 1971) e de Pietro Bonfante (*Storia del Diritto Romano*, Milano: Giuffrè-Editore, 3ª Ed., 1958).

⁹¹ Nas palavras de Daniel Mitidiero: “Época, com efeito, em que não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material. Direito adjetivo, pois, que só ostentava existência útil se ligado ao direito substantivo.”

procedendo fosse possível assegurar uma melhor cognição das matérias levadas à apreciação do magistrado.

Nesse período surgem movimentos liderados por juristas italianos e eclesiásticos do século XX tendentes a reduzir o poder do juiz na busca do direito pleiteado pelas partes inspirados pela grande desconfiança no órgão julgador. O processo, nesse período, denominado de *romano-canônico*, inclina-se às vontades das partes, devendo o magistrado respeitar a natureza privada do litígio ligada à capacidade dispositiva das partes envolvidas⁹².

Não se despreza o relevante papel desenvolvido por este período na estipulação de limites ao juiz quando da prolação da sentença a qual deve ater-se ao debatido no deslinde do procedimento e ao distanciamento entre o magistrado e as partes para que sua imparcialidade não reste ameaçada. Do mesmo modo, não se negligencia que a formalidade possui importante papel na defesa dos direitos das partes impedindo que o procedimento se curve ao livre alvedrio destas se fazendo freio aos impulsos humanos e proporcionando maior ordem e previsibilidade ao deslinde da causa, o que desemboca na garantia da segurança jurídica.⁹³

No entanto, as demasiadas formalidades que ganharam espaço neste lapso formalista cuidaram de criar a imagem de um magistrado que se mostra como verdadeira ameaça ao interesse das partes.⁹⁴ Cabia ao magistrado quedar-se

⁹² Exemplificando a situação da época, ensina Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, pág. 228, que: “o juiz romano mostrava-se incapaz de promover o julgamento de quem voluntariamente se recusasse a comparecer em juízo, se a força física do autor não era suficiente para tanto. Assim ocorria também no antigo direito germânico, que não dispunha de outro meio contra o demandado rebelde senão o de lhe obrigar, empregando medidas de proscricção, a fazer as pazes com o Estado ofendido, ou embargando seus bens como garantia de comparecimento. (...) Antes o contraditório só ocorria com a submissão voluntária da parte passiva da demanda”.

⁹³ Neste sentido é o entendimento de Antonio do Passo Cabral, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, *Op. cit.*, pág. 09: “De outro lado, se o procedimento fosse livremente construído pelos sujeitos processuais, orquestrado diferentemente a cada apresentação e com harmonia diversa a cada compasso, seria duvidosa e inconstante sua capacidade de efetivamente proteger os direitos, o que por vezes ocorreria e em outras não. Assim, a liberdade tem que ceder espaço a uma certa disciplina forma, garantindo-se eficiência”. No mesmo sentido Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, Buenos Aires: Editora Astrea, 2ª Ed., 2001, pág. 04, e Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 19.

⁹⁴ Como salienta Daniel Mitidiero (*Colaboração no processo civil...*, pág. 33/34), “o processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quanto o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório)”.

distante do debatido e aproximar-se tão somente quando do momento de sentenciar a causa.⁹⁵

Chegou-se ao extremo de se estabelecerem regras para a valoração da prova, o que embora representasse uma evolução quanto aos meios primitivos de valoração pelo juiz, se apresentou como periclitacão à própria ideia de justiça, limitando o julgador ao definido por estas regras, o que caracterizou a surgimento da Teoria da prova legal. Não se descarta, no entanto, a eminente evolução processual desde as épocas mais remotas em que a liberdade judicial estava relacionada com o estágio menos avançado da civilização. Ocorre, é verdade, que o juiz estava destituído de qualquer poder de intervenção processual em benefício de um direito material ameaçado de extinção ou lesão e encontrava-se, como dito, submetido à vontade dos contendores.

Os formalismos exacerbados e ininteligíveis roubavam a cena processual e transformavam o procedimento, segundo Alvaro de Oliveira (2003, p. 27), em um verdadeiro *labirinto*. Há um evidente distanciamento do juiz para com as partes e para com a colheita da prova, inclusive testemunhal, o que deságua na necessidade de o mesmo ter de apalpar, às cegas, a verdade em meio a todo material escrito levado à sua apreciação.

Destarte, também, a ausência de fundamentação da decisão do julgador, o que acarretava em uma impossibilidade de se conhecer as razões da decisão e, assim, inviabilizava os recursos das partes, prejudicando a efetiva rediscussão da causa e o controle das decisões. A influência do modelo romano-canônico assomou os terrenos franceses, alemães, portugueses e, por via de consequência, o solo tupiniquim. Os alemães, por exemplo, conhecidos por sua desconfiança em atribuir a sorte dos direitos materiais a pessoa alheia ao conflito, cuidaram de acentuar os

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 25: “O mesmo desiderato de evitar o arbítrio judicial era buscado com o estabelecimento de regras rígidas e abstratas para a valoração das provas. (...) Por outro lado, tais regras, impostas de forma absoluta, porquanto subtraídas a todo controle de validade no caso concreto, em cristalizando os preconceitos da época, refletem a seu turno a estrutura clássica e hierárquica da sociedade feudal e comunal, e ainda um método de pensamento tipicamente escolástico, em clara oposição ao método empírico, indutivo, ‘científico’, que caracterizará a chamada ‘época moderna’”.

defeitos do sistema romano-canônico excluindo a oralidade, o contato direto entre as partes e o juiz e dando ênfase ao estritamente prescrito em lei.⁹⁶

Já no processo luso-brasileiro, tais influências puderam ser verificadas nas leis de Afonso II e III, na difusão do *Corpus Iuris Civilis* nos centros acadêmicos de Portugal e, em *terra brasilis*, nas Ordenações do Reino nas quais o procedimento era basicamente escrito e havia o total distanciamento do juiz na apuração da prova. A título de exemplo, a inquirição das testemunhas se dava por meio de um *inquiridor*, de forma secreta, vindo a ser revelada às partes apenas em momento posterior⁹⁷, momento em que podiam ser contraditadas. Sobressaiam as provas documentais sobre as orais e o juiz era obrigado a julgar conforme o que exsurgia dos autos, independentemente de sua convicção sobre a verdade dos fatos.⁹⁸ Cabe lembrar que a independência do Brasil em nada alterou o sistema processual civil então vigente, pois que as Ordenações Filipinas preservaram-se em vigência até o Decreto 763 de 19 de setembro de 1890.⁹⁹

4.4.1 Um formalismo de novo corte

A premente necessidade por mudanças no modelo processual era evidente, haja vista o excesso de formalismos ininteligíveis que não possuíam qualquer fundamento na proteção de direitos e princípios maiores. Neste período dois acontecimentos importantes ajudaram na modificação da essência processual conduzindo o processo a um destino mais promissor e gerando inquietudes acerca das peculiaridades do direito material, embora o processo ainda não fosse visto

⁹⁶ Em estudo às alterações trazidas pelos alemães ao modelo romano-canônico, assevera Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, pág. 30, que: “Como se constata, nesse período o juiz encontra-se inteiramente manietado, reduzida a sua atividade ao mínimo”.

⁹⁷ Cf. disposição expressa contida nas Ordenações Filipinas (liv. I, título 86 e liv. III, título 62).

⁹⁸ Sendo assim, o juiz encontrava-se manietado para decidir, pois devia julgar “segundo o que achar alegado e provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado, porque somente ao Príncipe, que não reconhece Superior, é outorgado por direito que julgue segundo a sua consciência” (Ordenações Filipinas, liv. III, título 66).

⁹⁹ Referido decreto determinou que se aplicassem às causas civis em geral o disposto no regulamento n.º 737 de 25 de novembro de 1850, que delineava as regras de processo *comercial* e já apresentava consideráveis rupturas com o sistema antigo, o que representou uma evolução no processo da época.

como ciência autônoma. Tais movimentos foram o decretal *Clementina Saepe*, emitido pelo Papa Clemente V, em 1306, e a reforma Prussiana operada por Frederico, o Grande. Veremos cada uma delas.

4.4.1.1 *Clementina saepe*

Representou o surgimento do procedimento sumário para algumas causas da então vigente *solennis ordo judiciorum*, procedimento comum e extremamente formalista¹⁰⁰. Atuava-se “*simpliciter, de plano, sine strepitu et figura iudicii*”, proporcionando uma simplificação no procedimento a qual o elevou ao *status* de processo *extra ordinem judiciarum*, isto é, um processo extraordinário, fora das bases do antigo procedimento formalista e mais efetivo na proteção dos direitos em jogo.

O sucesso do novo procedimento, além de ocasionar, em 1311, novo decretal (*Clementina Dispendiosam*) que ampliou as hipóteses de incidência do rito sumário, inspirou outros ordenamentos jurídicos, tais como a Constituição *Ad reprimendum*, de 1313, do Imperador Henrique VIII, para os casos de punição aos crimes de lesa-majestade, e o processo francês de 1667 (Ordenança Civil de Luis XIV), o *Code Louis*.¹⁰¹

Com o decretal de 1306, houve a outorga ao juiz de uma maior gama de poderes no sentido de capacitar o julgador na busca da verdade material para que este pudesse participar efetivamente da produção probatória e, conseqüentemente, adotar uma posição mais ativa na condução do processo. O juiz passa a ter firme controle sobre a causa, permitindo-se, inclusive, o julgamento antecipado nos casos em que a causa já estava adequadamente instruída e apta para julgamento. As decisões interlocutórias tornaram-se irrecorríveis, o que concede maior agilidade ao provimento judicial (*appellationes dilatorias et frustatorias repellendo*).

¹⁰⁰ Briegleb, *Enleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, Tauchnitz, 1859, Nachdruck des Verlages Ferdinand Keip, Frankfurt a. M., 1969, pág. 67, ensina que o processo sumário, trazido pelo decretal de 1306, encontrava-se em flagrante contradição com os fundamentos e ideais do antigo e rigoroso procedimento, colocando-se como um verdadeiro *processus extraordinarius*.

¹⁰¹ Cf. M. Cappeletti, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano, Giuffrè, 1971, pág. 41.

Desobrigou-se, da mesma forma, o autor de formular seu inconformismo por meio da escrita, facultando, assim, a oralidade, e foi posto fim ao exercício irrestrito do poder discricionário das partes, dando maior destaque ao ativismo do juiz na condução do processo. O procedimento sumário, embora representasse um meio simplificado, desnudo de formalidades desnecessárias, mostrava-se como um procedimento materialmente completo.¹⁰²

Não obstante, não se perde de vista o regresso da *ordo solennis* aos procedimentos italianos, suplantando o procedimento sumário com tal intensidade de modo que apenas o nome é que se mantivera deste procedimento. A volta da distinção entre rito sumário e ordinário só veio se dar posteriormente, por volta do século XVI.¹⁰³

4.4.1.2. A reforma prussiana

As mudanças processuais também chegaram ao principal Estado alemão, a Prússia. Inspirada pela necessidade premente de mudanças na seara judicial da época, a Ordenança Judicial Geral (Allgemeine Gerichtsordnung) de Frederico, o Grande, (1793 e 1795) concedeu ao juiz o dever e, por via reflexa de consequência, o poder, de propiciar condições de fato às causas levadas à sua apreciação. Contemporâneo a essas mudanças é o poder concedido aos magistrados de investigar os fatos para a correta aplicação da lei.¹⁰⁴

Embora a finalidade desse período, era a de posicionar o magistrado como perseguidor da verdade, sendo que o principal lema desse período, segundo Alvaro de Oliveira (2003, p. 38), era “a procura da verdade pelo caminho mais próximo e

¹⁰² Cf. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Editora Jovene, 3ª Ed., 1947, pág. 127, já era adepto desse entender quando, na esteira de Briegleb, definiu processo sumário como “*un processo in cui i termini sono abbreviati, le formalità ridotte e l'oralità há parte maggiore (processo 'oretenus' 'senza figura di giudizio')*”.

¹⁰³ Salvioli, Giuseppe. *A history of continental civil procedure*. Trad.e.org. Robert Wyness Millar. New York, Kelley, 1969, pág. 793.

¹⁰⁴ Nessa época deviam as partes “indicar ao tribunal os meios pelos quais poder-se-ia estabelecer a verdade do ponto disputado; o juiz contudo não se encontrava limitado por esses meios, podendo agir de ofício” (*Do formalismo...*, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pág. 37).

seguro”, o juiz não era livre na condução instrutória, mas severamente atrelado as rígidas previsões legais.

A preocupação com a possibilidade de erro judicial levou o legislador da Prússia a prever o mais ínfimo detalhe do transcurso processual, o que fez com que o juiz prussiano quedasse preso ao procedimento de forma flagrantemente prejudicial. A desgraça da reforma prussiana foi o excesso de atividade conferida ao juiz, o que afetou em cheio a imparcialidade, status basilar do poder judiciário.

4.4.1.3 O processo liberal

A Revolução Francesa, com sua ideologia iluminista, provocou inúmeras alterações no cenário processual rompendo com o “*príncipe du secret de l’enquête*.” Os ideais da época visavam também propiciar maior publicidade ao processo e atribuir mais oralidade e igualdade entre os litigantes (*égalité*). O predomínio das partes era claro, tendo o princípio dispositivo alcançado seu auge com nesse período.

Outra característica primordial desta data foi a aversão ao formalismo a qual chega ao extremo em 24 de outubro de 1793, no ano II da Revolução, com o decreto 3 de “Brumário” que apresentou uma temerária simplificação do rito processual resumindo-o a dezessete artigos. Além disso, a figura do advogado foi abolida, isto mesmo, chegou-se a tal heresia processual, que perdurou até 18 de março de 1800, quando a lei de 27 de “ventoso” do ano VIII voltou a permiti-los nos tribunais, embora tenha restringido, é bem verdade, seus números nas cortes.

O processo, a despeito de todas as modificações, continuava demasiadamente lento e a ideologia liberal voltava-se a sufocar os poderes dos juízes concedendo demasiados privilégios às partes o que transformou o processo em um perigoso espetáculo das partes.¹⁰⁵

¹⁰⁵ “A consideração do processo civil no século XIX como coisa privada das partes refletiu de maneira adequada a concepção claramente individualista e exclusivamente privatística dos direitos patrimoniais, então dominantes” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil...* p. 42).

As luzes da Revolução espantaram a escuridão em que os cidadãos da época viviam e proporcionaram uma igualdade formal entre todos. O Estado, uma ameaça aos cidadãos, precisava ser contido, o *ancient regimen* precisava ficar no passado. Nesta toada, do juiz, agente político do Estado, não era esperado mais que a neutralidade, o que culminou, como já dito, em uma overdose de abusos e lentidão no transcurso do procedimento.¹⁰⁶ É certo que, posteriormente, percebeu-se o equívoco em se abster o juiz do procedimento, no entanto, não se pode negar que as mudanças proporcionadas pelo movimento iluminista foram cruciais para a evolução e abertura do processo aos novos ideais.

No Brasil, à época da Revolução Francesa, vigiam as Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, consistentes na compilação jurídica, surgida a partir da reforma das Ordenações Manuelinas, determinada por Filipe II da Espanha, em virtude da União Ibérica ocorrida entre os anos de 1580 e 1640.¹⁰⁷ Conquanto a União Ibérica tenha perdurado apenas até o ano de 1640, Dom João IV, primeiro rei de Portugal após o período do domínio castelhano, determinou que as Ordenações Filipinas continuassem a vigor em Portugal e, conseqüentemente, em sua colônia: o Brasil.

As mudanças liberais apenas começaram a surtir efeitos no Brasil após a Independência, no ano de 1832, com a promulgação do Código de Processo Criminal que estabeleceu as regras do processo criminal em primeira instância e trouxe disposições provisórias acerca da justiça civil.

A Lei de 1832, embora tenha mantido o juiz de direito longe da produção probatória¹⁰⁸, facultava a ele fazer reperguntas às testemunhas em sua presença e determinar outras diligências que julgasse necessárias. O Código Criminal também proibia a réplica, tréplica e os embargos das partes a fim de tornar o processo mais maleável e menos formalista.

¹⁰⁶ Ainda nas palavras de Alvaro de Oliveira: “Na ausência de uma intervenção direta e portanto de controle do juiz sobre o desenvolvimento do processo, as partes e seus defensores tornam-se árbitros praticamente absolutos” (...) “Toda espécie de poder judicial era ignorada ou pelo menos muito atenuada: o juiz deveria permanecer de todo estranho ao processo” (Do formalismo... p. 41/42).

¹⁰⁷ Trecho da Exposição de motivos das Ordenações Filipinas: “D. Philippe, **per graça de Deos**, Rey de Portugal e dos Algarves, d'aquém e d'além mar, em Africa Senhor de Guiné, e da Conquista, Navegação e Commercio de Etiopia, Arabia, Persia e da India. A todos nossos subditos e vasallos destes nossos Reinos e Senhorios de Portugal, saúde, etc.” (Versão digitalizada e disponibilizada pela Universidade de Coimbra no site: <http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>)

¹⁰⁸ A instrução era realizada por um juiz municipal e o juiz de Direito não participava da realização da prova.

Desafeto às mudanças inspiradas pelos ideais iluministas foi o Regulamento n. 143/1842 que determinou o retorno ao sistema das Ordenações e representou um considerável atraso no caminho evolutivo do processo.

4.4.2 O formalismo moderno

Com a modernidade, evoluíram também as técnicas processuais e os ideais que inspiram a ciência do processo. A Constituição passa a irradiar valores e a lançar luz sobre os diplomas processuais de modo a indicar diretrizes e estados ideais a serem buscados pelo cientista do Direito, surgindo um verdadeiro *direito processual constitucional*.¹⁰⁹

O processo passa a se importar cada vez mais com o direito material sem deixar de prestar deferências ao valor das formas.¹¹⁰ Surgem, pois, duas vias a serem percorridas pelo cientista do Direito: de um lado a via Constituição-Processo, que traça valores a serem perseguidos por este, e de outro a via Processo-Constituição, representada pela jurisdição constitucional, tão recorrente quando o tema é controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, bem como pela tutela das garantias trazidas pela Constituição.¹¹¹

O papel a ser desempenhado pelo juiz no processo moderno é deveras mais árduo e exige, sem sombra de dúvida, maior dedicação e compromisso com os ideais constitucionais e de justiça.¹¹² O juiz, é bem verdade, não está mais acorrentado às formas como o era em tempos outros, mas encontra-se comprometido e deve obediência estrita à Constituição Federal e a seus valores.

Não se deve olvidar, e isso é o que ocorre com frequência, que o desaparego às formas não implica em um anti-formalismo desmedido, pois que as formas detêm

¹⁰⁹ Expressão utilizada por Cândido Rangel Dinamarco (*A instrumentalidade do Processo*, pág. 24).

¹¹⁰ Quanto ao tema, invoca-se Montesquieu: “Sim, as formas são necessárias: mesmo numa sociedade em que as partes litigantes estivessem animadas pelo mesmo espírito de verdade e de justiça que deve inspirar o juiz, não se poderia delas prescindir.”

¹¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. Ed., 2011, pág. 39.

¹¹² Para Mitidiero, “Ao juiz não é dado conformar-se com eventuais soluções injustas ditadas pela legislação infraconstitucional, a pretexto de estar simplesmente a cumprir a lei, circunstância que diz respeito tanto ao direito material como ao direito processual” (Idem, pág. 44).

importância ímpar na busca e defesa do direito material.¹¹³ São as formas que desenham o rito procedimental e reafirmam, para dizer pouco, um valor indissociável ao Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica.¹¹⁴

As formas apenas devem ser repugnadas quando contrárias aos interesses maiores traçados pelo constituinte e, por conseguinte, em flagrante violação ao direito material que visam proteger. Para Passo Cabral (2009, p. 19) só se justificam formalidades quando estas se comprometem com os fins processuais e a distribuição da Justiça. Proceder diferente seria agir em descompasso com a própria Lei Fundamental. Sendo assim, espera-se do juiz contemporâneo um olhar atento ao deslinde processual e ao procedimento criado pelo Poder Legiferante com vistas a assegurar da melhor forma possível o que a Constituição trata como fundamental.

4.5 O estado-juiz e a cooperação processual: o papel do juiz cooperante

Em consonância com as sempre oportunas lições de Pontes de Miranda (1997, p. 365) é possível vislumbrar o importante papel a ser desempenhado pelo órgão judiciário na tentativa de se reforçar o *intuito clarificador* da vontade das partes e empregar ao processo seu caráter cooperativo.¹¹⁵

Ainda nos ensinamentos de Pontes de Miranda (1997, p. 367), é relevante trazer à discussão a obrigação de *direção material* do processo que é imposta ao órgão judicante sob a ideia de que na direção da marcha processual, o juiz ou tribunal, devem se esforçar para colher a verdade e se esclarecer junto das

¹¹³ Como bem nos ensina Passo Cabral: “a supressão das formalidades pode ofender os direitos fundamentais individuais e especialmente o devido processo legal, podendo levar à desordem ou ao arbítrio.” (*Nulidades...*, pág. 19).

¹¹⁴ Ainda com Passo Cabral, “as formas processuais possuem também enorme utilidade em operar a igualdade entre os sujeitos do processo. Ao reduzir a discricionariedade do julgador e balizar os atos processuais com requisitos previamente estabelecidos, as formalidades garantem que todos os litigantes e terceiros envolvidos na lide sejam isonomicamente tratados, vez que deverão enfrentar as mesmas curvas no traçado programado da rodovia judicial.” (*Nulidades no processo moderno*, pág. 11)

¹¹⁵ *In verbis*: “Desde o início o Estado quer que as partes pratiquem certos atos de clarificação dos seus intuítos para que os órgãos judiciários entrem em atividade” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, 3ªed., p. 365).

partes.¹¹⁶ Sendo assim, o órgão julgante não se deve estribar apenas na condução formal do processo (sua marcha interna), mas também na condução externa, na dimensão material. O próprio modelo cooperativo de processo impõe ao juiz adotar determinadas condutas para que aja conforme os ditames do contraditório, devido processo legal e boa-fé processual.

Sempre bom lembrar que o compromisso do magistrado é com a Justiça e todo e qualquer ato que atente contra a cooperação processual se mostra como verdadeiro gravame ao devido processo legal e ao contraditório, verdadeiras faces do ideal de Justiça, cabendo ao magistrado velar pela sua dignidade.¹¹⁷ É certo que devem estar à disposição do magistrado mecanismos que viabilizem a efetiva proteção das partes e dos ditames constitucionais, sob pena de direitos fundamentais como o do contraditório, ampla defesa e a segurança jurídica serem feridos de morte. De outra banda, também é inconteste que um aumento desgovernado dos poderes judiciais aboliria a autonomia privada do processo e o poder de disposição das partes (princípio dispositivo), fazendo imperar o princípio inquisitivo. Esta também não é a solução.

A imparcialidade judicial representa um dos cânones do judiciário, não devendo o juiz dela se afastar em hipótese alguma. O conflito de interesses é, e deve ser, resolvido por um terceiro desinteressado à causa. Imparcialidade não se confunde com neutralidade. Um juiz que determina a realização de uma prova que julga necessária à resolução da causa não é parcial, mas comprometido com a toga que carrega. Não se afasta de sua imparcialidade, mas age com zelo e acerto.

A proposta que se apresenta como mais satisfatória é a divisão de tarefas em sede processual, o equilíbrio de atribuições entre os sujeitos processuais. É necessário que se proceda uma repartição dos poderes processuais entre os sujeitos para que não se incorra no mesmo erro em que incorreram os antigos de ora tolher quase que completamente o poder dos juízes e ora transformar o

¹¹⁶ Desenvolvimento lançado por Pontes de Miranda: “que o material do processo se articule de modo que melhor se colha a verdade, se esclareçam as argumentações das partes, se tenha visão do conjunto” (Idem, p. 367).

¹¹⁷ É o que dispõe o art. 125 do CPC: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade de justiça.”

processo em verdadeiro procedimento privado, conferindo perigosa arbitrariedade às partes (fortalecimento do princípio dispositivo).¹¹⁸

O juiz deve ocupar uma posição que seja paritária na discussão com os demais sujeitos processuais apenas tornando-se assimétricos quando do evento da decisão. Somente assim pode-se atestar uma efetiva participação democrática de todos os sujeitos no ato de poder que é a decisão judicial. Só assim é que se pode concluir pela implementação dos valores trazidos na Constituição do Brasil.¹¹⁹

Como já salientado, são as formas que freiam os ânimos tanto do órgão judicial, que é limitado pelo dever de fundamentação e, portanto, deve atenção às leis e à Constituição, como das próprias partes, garantindo isonomia entre elas. Sabe-se que, quanto mais se exalta as formas, maiores poderes de disposição são atribuídos às partes, fazendo-se ascender o princípio dispositivo. De outra banda, quanto menores as formalidades, maiores os poderes que são conferidos ao juiz, sufocando a possibilidade de participação/cooperação das partes, libertando de modo temerário as amarras que prendem o julgador.¹²⁰

Vencidas as fases sincrética e autonomista do processo, encontramos-nos em seara de transição. A fase da instrumentalidade começa a ceder passo à nova etapa processual, o formalismo-valorativo. É nesta fase que as formas ganham a conotação que merecem, que recebem seu devido valor. Ao contrário do que pode parecer, o formalismo-valorativo não advoga o império das formas, mas sim, a repugnância da forma pela forma, do formalismo exacerbado pautado em valor nenhum. São as formas que determinam o procedimento, o caminhar do processo,

¹¹⁸ Lembra-nos Antonio do Passo Cabral que “quanto mais rígida é a forma, maiores as prerrogativas das partes e menor o espaço de conformação para o juiz, reduzidos que ficam seus juízos políticos ou de conveniência; ao revés, a flexibilização formal vem acompanhada da crescente amplitude de poderes do juiz, diminuindo a esfera de liberdade das partes.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades...*, pág. 10).

¹¹⁹ Como bem afirma Fredie Didier Jr. “assimetria, aqui, não significa que o órgão jurisdicional está em uma posição processual composta apenas por poderes processuais, distinta da posição processual das partes, recheadas de ônus e deveres. Os princípios do devido processo legal e do Estado de Direito imputam ao juiz uma série de deveres (ou deveres-poderes, como se queira), que o fazem também sujeito do contraditório, como já se disse. O exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo. Assimetria significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo.” (DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo 2011 – RePro 198, pág. 220).

¹²⁰ Com escólio em Passo Cabral: “quando as formas são rígidas, o efeito de limitação de poderes é muito mais sensível para os sujeitos estatais, notadamente o julgador; quando, de outro lado, há um vácuo de formalidades, pende-se a balança para as prerrogativas do juiz, diminuindo as garantias das partes.” (*Nulidades...*, pág. 12).

e, portanto, são elas que reafirmam o direito fundamental da segurança jurídica, pois que proporcional a previsibilidade do procedimento.

Todavia, por mais que sejam necessárias, as formas só devem ser mantidas se pautadas em um valor, se relacionadas a um bem que visam proteger, ou melhor dizendo, se visam tornar efetivo um direito fundamental.¹²¹ Segundo Alvaro de Oliveira (2003, p. 66), são valores indissociáveis ao processo: a justiça, a paz social, a segurança e a efetividade, cabendo, pois, ao juiz a garantia e implantação dos mesmos.

Resta ao magistrado e até mesmo ao operador do Direito empreender um estudo acerca das formalidades e suas utilidades dentro do processo para que aquelas não sejam criadas na inexistência de razões justificantes, em flagrante dissintonia com os problemas que lhes cabe solucionar. É o equilíbrio que se busca. O aumento dos poderes judiciais só não poderá ser visto de forma autoritária na medida em que os juízes confirmem às partes maiores oportunidades de participação na decisão da causa. É o que Dinamarco chama de *compensar as desigualdades*.¹²² Não pode ser diferente. Deve haver um contrapeso reafirmando as vontades das partes e permitindo que se empreenda um controle da vontade estatal, é necessária, pois, a cooperação das partes no processo.¹²³

A evolução processual inclina-se a isso e os diplomas processuais mais recentes adotam esse posicionamento que aumenta os poderes judiciais e, por outro lado, impõe a participação efetiva das partes como verdadeiro controle judicial.¹²⁴

¹²¹ Nessa toada salienta Alvaro de Oliveira: “servindo o processo para a realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material.” (*Do formalismo no processo civil*, pág. 66).

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, pág. 235.

¹²³ Já de há muito advertia Chiovenda: “Quindi, e prima di tutto, la necessita che le forme giudiziali siano disposte in modo che il popolo senta il più possibile la loro opportunità e il meno possibile le limitazioni ch’esse portano alla libertà d’agire per la difesa del diritto. Tale è il compito singolarmente grave del legislatore. Vuolsi da un lato che le forme siano poche, semplici, rapide; vuolsi dall’altro che nulla esse tolgano all’ampia discussione delle ragioni delle parti: l’ideal e nel giusto equilibrio di queste due esigenze” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme nella difesa giudiziali del diritto*, 1901). No mesmo sentido Passo Cabral: “Impende, portanto, haver um contrapeso dos poderes do julgador com o reforço de prerrogativas das partes, permitindo um controle das potestades estatais pelos demais sujeitos do processo” (*Nulidades...*, pág. 99).

¹²⁴ Nesse sentido são os ordenamentos da França, Alemanha e de Portugal: “Artigo 266.º Código de Processo Civil Português- (Poderes do juiz para tornar pronta a justiça): Cumpre ao juiz remover os obstáculos que se oponham ao andamento regular da causa, quer recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório, quer ordenando o que, sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 264.º, se mostre necessário para o seguimento do processo.” (Início de Vigência: 24-04-1962); O parágrafo 139 da ZPO Alemã, alterado pela lei de 27.07.2001, dispõe que: “(1) O órgão judicial deve discutir

Não fosse assim estaríamos incorrendo no mesmo erro dos antepassados que conferiam verdadeira discricionariedade aos magistrados. Ademais, deferir demasiados poderes ao juiz, sem que haja um contrapeso para conter seus ânimos, insufla o decisionismo, o autoritarismo e, por via reflexa, abala a harmonia entre os Poderes, fazendo ruir o Estado Democrático de Direito.

O juiz não é *oráculo sobrenatural e infalível* nem mesmo *senhor de seu feudo processual*¹²⁵, logo, é passível de erros os quais podem ser evitados por meio de uma cooperação entre os sujeitos processuais e pelos deveres dela decorrentes. A cooperação proporciona uma decisão mais madura e com maiores chances de acerto. Por outro lado a cooperação também obriga/possibilita ao juiz auxiliar as partes na melhor busca por seus direitos.¹²⁶

A cooperação constrói-se por regras que direcionam o caminho a ser trilhado pelo magistrado na direção da marcha processual.¹²⁷ Nesse sentido Mitidiero e Marinoni (2012, p. 627) esclarecem que o juiz, dentre outros deveres, detém o dever

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 fático 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. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a um das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito." O artigo 16, do Código de Processo Civil Francês traz em seu texto: "O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e dos documentos e invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações."

¹²⁵ Expressões utilizadas por Passo Cabral (*Nulidades...*, pág. 99).

¹²⁶ Como se verá adiante, uma das posições jurídicas subjetivas derivadas da cooperação processual é o próprio dever de alerta do juiz.

¹²⁷ Interessante é a visão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira para quem "a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Revista de Processo 2008 – RePro 155, pág. 17).

de esclarecimento, diálogo, prevenção e de auxílio aos litigantes para que assim possamos pensar em cooperação processual.¹²⁸

Correlatos ao direito da parte à colaboração no procedimento decisório estão os deveres do Estado-juíz em assegurar tal colaboração como uma verdadeira expressão do Estado Constitucional. São dois lados de uma mesma medalha.¹²⁹ Em uma faceta está o direito da parte de influenciar no pronunciamento judicial (posição jurídica subjetiva passiva), e de outro estão os deveres do Estado-juíz de assegurar tal participação (posição jurídica subjetiva ativa). Tal dever imposto ao Estado-juíz de efetivar a cooperação processual, pautado nos ensinamentos de Pinheiro, convencionou-se denominar de *poder-dever de cooperação*.¹³⁰

Para Dinamarco, o contraditório impõe ao magistrado atos de *direção*, de *prova* e de *diálogo*. Já para Miguel Teixeira de Sousa (1997, pp. 65/67), os deveres seriam de *diálogo*, de *esclarecimento*, de *prevenção*, de *consulta* e o dever de *auxílio*, os quais serão analisados posteriormente.¹³¹ Não tem sido outro o

¹²⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 627) esclarecem que “o juiz tem deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo.”

¹²⁹ De acordo com Nelson Juliano Schaefer Martins (*Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 169) “o juiz deve atentar-se para a perspectiva instrumentalista do processo que visa a realização dos valores estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que busca corresponder às exigências da sociedade.” Portanto, caberia ao juiz, reafirmar os valores constitucionais no caso concreto, adimplindo suas disposições imperativas e viabilizando um processo conforme à Constituição.

¹³⁰ PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes Executórios do Juiz*, São Paulo: Saraiva, 2012, p.63-70.

¹³¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ed., 1997, pág. 65-67. O autor apresenta em sua obra, de maneira detalhada quais são os deveres impostos ao Estado-juíz para a ocorrência de uma efetiva cooperação entre os sujeitos processuais. No mesmo sentido Marinoni e Mitidiero: “Por força da regra de cooperação, cuja base constitucional está no direito fundamental à participação no processo (art. 5.º, LIV, CF), o juiz tem outros deveres na condução do processo além daqueles enunciados no art. 125, CPC. Haja vista o seu dever de conduzir o processo de maneira isonômica, observando e fazendo observar o contraditório, tem os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*, São Paulo: Editora RT, 2012, pág. 174). Não é outro o entender de Walter Rosati Vegas Junior: “Este poder-dever de cooperação ou colaboração recíproca entre as partes e o magistrado, consoante a doutrina, é desdobrado em quatro elementos essenciais: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de auxiliar as partes e dever de consultar as partes. Os dois primeiros elementos do princípio da cooperação (esclarecimento e prevenção) consistem, em síntese, na necessidade de o magistrado esclarecer-se perante os litigantes quanto às possíveis dúvidas que ele possua a respeito das alegações e/ou dos pedidos formulados, bem como, sobre o segundo aspecto, na necessidade de o magistrado alertar as partes sobre as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. (VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. *O princípio da cooperação e as questões de ordem pública. Uma visão da garantia do contraditório*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1499, 9 ago.

posicionamento dos tribunais, que já tendem a reconhecer os deveres do magistrado para com as partes.¹³²

Independente do posicionamento adotado, é de se reconhecer que, como já gizado anteriormente, um direito fundamental possui dimensões subjetivas e objetivas. Investido no exercício da judicatura, o órgão jurisdicional detém o poder-dever de viabilizar a cooperação/participação das partes e, assim, proporcionar o pleno exercício do contraditório que é elemento indissociável de um processo justo. Ora, a essência de um Estado Democrático é justamente a possibilidade de participação.

Destarte as situações de atuação *ex officio* pelo Estado-juiz. Segundo a visão da cooperação processual, mesmo nas situações em que ao juiz é autorizado agir de ofício é exigida uma postura participativa do magistrado, até mesmo pela fundamentalidade do direito em jogo e de sua dimensão objetiva, cabendo a ele oportunizar a manifestação das partes, auxiliá-las quando necessário e preveni-las do uso inadequado do processo.

Vislumbram-se apenas vantagens na adoção dessa participação e influência das partes na decisão judicial. Tomemos como exemplo a inexistência de decisões surpresas neste procedimento participativo, visto que todos os pronunciamentos decisórios serão precedidos de uma consulta às partes¹³³, o que, por si só, já merece aplausos tendo a previsibilidade da ação estatal (segurança jurídica).

E não é tudo.

Não devemos nos olvidar do interesse público para que o contraditório seja amplamente assegurado: a um porque representa a consolidação e efetivação de direitos constitucionalmente assegurados; a dois porque o pronunciamento judicial será embasado em critérios firmes e devidamente debatidos, proporcionando uma

2007, Disponível em: www.jus.com.br/revista/texto/10261/o-principio-da-cooperacao-e-as-questoes-de-ordem-publica; Acesso em: 10 mar. 2013).

¹³² Voto de relatoria do desembargador Fermino Magnani Filho - EMENTA: "PETIÇÃO INICIAL Indeferimento Natureza da ação: execução fiscal. Instrumentalidade Ilegitimidade passiva ad causam. Possibilidade de correção do vício que macula o processo. Dever de alerta Princípio da cooperação processual, que abarca o magistrado Exegese do artigo 295 do Código de Processo Civil Apelação provida. 295 Código de Processo Civil" (133997020118260565 TJSP 0013399-70.2011.8.26.0565, Relator: Fermino Magnani Filho, Data de Julgamento: 14/05/2012, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/05/2012) – Grifei. Nesse sentido: TJRJ - APELACAO: APL 229270520118190087 RJ 0022927-05.2011.8.19.0087.

¹³³ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se inclinado nesse sentido: STF, Pleno, MS 25.787/DF, j.08.11.2006, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.09.2007, p. 32.

solução bem amadurecida que será capaz de refutar possíveis opiniões prévias que possam acometer o magistrado.¹³⁴ Apresentando-se, pois, como medida que respeita e enaltece os ideais do Estado Democrático de Direito.

Saliente-se que não se está tolhendo o poder decisório do Estado-juíz, mas tão somente impondo a ele um dever, estabelecendo um *modus operandi* que deverá ser pautado nos ditames constitucionais assim como a atividade de todos os demais ramos do poder estatal.

Em outro giro, importante é a posição jurídica subjetiva ocupada pelo Estado-juíz em impor um comportamento participativo das partes utilizando-se de seu poder-dever (*imperium*) até mesmo para sancionar as condutas que se mostrarem contrárias ao interesse do processo e atentatórias ao exercício da jurisdição (art. 14, parágrafo único, CPC).¹³⁵ Ademais, o Estado-juíz do liberalismo não mais existe, desvestindo-se o órgão jurisdicional da mera função de "*bouche de la loi*" (boca da lei). É dado ao magistrado intervir em socorro da aplicação da Constituição posto que a mesma possui uma normatividade a ser eficazmente realizada.

Não é outro o posicionamento jurisprudencial desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reafirma a ideia de cooperação entre os sujeitos processuais.¹³⁶

O juiz, na sentença, deve buscar atender ao fim *próximo* e *remoto* do processo. Finalidade próxima do processo é o próprio julgamento da causa. Já a finalidade remota seria assegurar os direitos constitucionais.¹³⁷ Para tanto é inafastável que o juiz convirja às partes a fim de com elas travar um efetivo e

¹³⁴ Nas lições de: TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*, p. 645.

¹³⁵ Cf. Cândido Rangel Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 14. Ed., 2009, p. 50) as partes ficam jungidas "ao processo e aos seus resultados, não porque o houvesse aceito contratualmente, mas porque o Estado, no exercício do poder pelas formas regulares, tem autoridade suficiente para impor-lhe essa sujeição (*imperium*)."

¹³⁶ Ementa de julgamento do Agravo de Instrumento Nº 70005955661: "PROCESSUAL CIVIL. DEVER DE COLABORAÇÃO PARA O DESCOBRIMENTO DA VERDADE SUBSTANCIAL. ART. 339, CPC.339CPCNinguém se exime do dever de colaborar com o poder judiciário para o descobrimento da verdade. É dever do juiz envidar esforços para buscar informações quando a parte não logrou fazê-lo pessoalmente, até mesmo em face do interesse da Justiça para uma prestação jurisdicional célere e eficaz. Recurso provido." (Agravo de Instrumento Nº 70005955661, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Clarindo Favretto, Julgado em 10/03/2003, Data de Julgamento: 10/03/2003, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia).

¹³⁷ Conforme ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco em sua obra (*A instrumentalidade...*, pág. 29/30).

produtivo diálogo processual que posso sanar eventuais deficiências no processo, sejam elas em matéria formal, material e probatória, tudo para o melhor desenvolvimento da lide e asseguaração dos direitos em jogo. Na medida em que o juiz abandona um comportamento desinteressado e alheio às deficiências processuais, torna-se um canal entre constituição e sociedade, representadas pela sociedade.¹³⁸

O intento destas linhas é o de lançar luz à discussão de um processo que seja, cada dia mais, lido com as lentes constitucionais, pois apenas deste modo pode-se afirmar o cumprimento pleno do disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal e, por via reflexa, o implemento do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV CF).

O que não se pode perder de vista é que o ideal de cooperação não implica em uma atividade jurisdicional que se porta de forma inocente e endossa todo e qualquer ato praticado pela parte sob o argumento de se respeitar o modelo cooperativo. Não é isso que se prega. O órgão jurisdicional, deve, por outro lado, mostrar-se atento ao real ideal das partes e zelar pelo bom andamento da lide processual, participando e impondo a participação em seus limites úteis ao devido processo legal.

4.5.1 Do dever de diálogo e esclarecimento

Diálogo, do latim *diagolus*, significa entendimento, troca de ideias, opiniões e conceitos no sentido de fornecer a solução de uma causa de modo harmônico.¹³⁹ Da mesma forma que se volta às partes, o contraditório volta-se à figura do juiz e lhe impõe comportamentos caracterizados por sua fundamentalidade, impõe ao juiz os

¹³⁸ Arremata Dinamarco afirmando que: “Assim, inserido nas estruturas estatais do exercício do poder, o juiz é legítima canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais.” (*A instrumentalidade...*, pág. 47).

¹³⁹ “*Diálogo*, s.m. *Comunicação; discussão; exposição de ideias por perguntas e respostas.*” (Dicionário Escolar da Língua Portuguesa; Ministério da Educação e Cultura, 11.ª Ed., 8ª tiragem, Rio de Janeiro, 1984).

chamados poderes-deveres de cooperação.¹⁴⁰ Não mais se justifica a antiga visão de que a participação do juiz durante o processo significaria prejuízos de causas ou até mesmo a quebra de sua imparcialidade.¹⁴¹ O diálogo não é nada menos que a efetiva tutela das partes contra eventuais surpresas no deslinde da causa.¹⁴²

Nesta toada, o *dever de esclarecimento* seria aquele que obriga o Tribunal a se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo. Poderíamos, sem prejuízo, estender a aplicação às primeiras instâncias. Não é outro o entendimento jurisprudencial.¹⁴³ No entendimento de Fredie Didier Jr. O próprio artigo 295, inciso I, parágrafo único, do Código de Processo Civil seria um exemplo de dever de esclarecimento do juiz para com a parte (*RePro* 198, p. 222).

O artigo 16 do *nouveau code de procédure* civile francês, atento ao que há de mais atual na doutrina processual civil, desde 1981 dispõe que o juiz “*não pode fundamentar sua decisão sobre os pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações*”.¹⁴⁴

¹⁴⁰ De acordo com o entendimento esposado por João Batista Lopes: “A concepção mais recente do contraditório inclui, além da informação e da reação, o diálogo entre o juiz e as partes” (LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2005, vol. 01, pág. 42).

¹⁴¹ “O juiz participa em contraditório, também pelo diálogo. A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria prejudicando e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que ele não perde a equidistância entre as partes quando tenta conciliá-las, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as esclarece sobre a distribuição do ônus da prova ou quando as adverte da necessidade de provar melhor. Tais premissas estão presentes na instituição da audiência preliminar que a Reforma introduziu no procedimento ordinário brasileiro (CPC, art. 331), na qual o juiz tenta conciliar as partes e as alerta do ônus probatório a cargo de cada uma delas. Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes à manifestação sobre esse ponto. O juiz mudo tem também algo de Pilatos e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Editora Malheiros. Volume 1, 3ª Ed., 2000, pág. 135.)

¹⁴² Cassio Scarpinella Bueno entende que “contraditório é forma pela qual efetivam-se os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 01, pág. 108/109).

¹⁴³ Decisões pautadas na cooperação processual: APL 710690320078260114 SP 0071069-03.2007.8.26.0114; APL 5071515520068260161 SP 0507151-55.2006.8.26.0161; APL 391713020118170001 PE 0039171-30.2011.8.17.0001; AI 1292406220118260000 SP 0129240-62.2011.8.26.0000; EDcl no REsp 1159632 RJ 2009/0202727-2.

¹⁴⁴ No original consta: “Art. 16. (...) 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.” (disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=E8DBE15E459D90339962642FE722DD76.tpdj>)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já reconheceu o dever de diálogo ao deixar de apreciar uma apelação em que o apelante, em suas razões, deixou de apresentar argumentos que fundamentassem seu inconformismo com a sentença e se limitou a reiterar o conteúdo da exordial. No mesmo sentido foi o entendimento traçado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, também em sede de recurso de apelação, ao afirmar que o órgão jurisdicional deve dialogar com a parte a fim de sanar eventuais vícios.¹⁴⁵

Em sentido diametralmente oposto ao ora estudado, e na contramão de todo o desenvolvimento da ciência processual moderna e dos benefícios trazidos às partes, ao processo e à prestação jurisdicional eficaz pela cooperação processual, o entendimento exarado de forma majoritária pela Justiça do Trabalho é no sentido de se afirmar desnecessário o diálogo entre as partes e o Estado-juiz.¹⁴⁶

o09v.1?idSectionTA=LEGISCTA000006149639&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130304, acessado dia 04/02/2013, às 10h53min).

¹⁴⁵ "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. FALECIMENTO DO EXECUTADO ANTERIORMENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA. POSSIBILIDADE. "Incapacidade Processual e Dever de Dialogar. Verificando-se a incapacidade processual da parte, qualquer que seja (incapacidade para ser parte, incapacidade para estar em juízo ou incapacidade postulatória), tem o órgão jurisdicional de dialogar com a parte a fim de viabilizar a sanação do vício. (...) Havendo incapacidade, tem o órgão jurisdicional de assinar prazo razoável para a parte providenciar a integração da capacidade processual, suspendendo o processo (art. 267, inciso VI, CPC)." 1 Recurso de apelação provido.267VICPC" (7915562 PR 0791556-2, Relator: Jurandyr Souza Junior, Data de Julgamento: 13/07/2011, 15ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 681). No mesmo sentido: "PROCESSO CIVIL. O processo é um diálogo entre as partes e o Estado-Juiz, portanto a apelação deve impugnar a sentença e não simplesmente reiterar literalmente o que consta da exordial, ferindo o princípio da dialeticidade. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA DE ITAPLITINGA . Recurso do embargante não conhecido e da Municipalidade, improvido." (6627445100 TJSP , Relator: Paulo Roberto Fadigas Cesar, Data de Julgamento: 25/04/2008, 15ª Câmara de Direito Publico A, Data de Publicação: 06/05/2008). Nas palavras da Desembargadora Federal Cecília Marcondes: "Entendo que o diálogo no processo deve ser realizado em respeito ao contraditório, exigindo-se um dever de cooperação, segundo o qual as partes e o juiz têm de agir cooperativamente, para que o processo chegue à decisão mais justa possível." (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034496-21.2009.4.03.0000/SP, TRF3, data: 24/03/2010).

¹⁴⁶ "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - HORAS EXTRAS -CARGO DE CONFIANÇA - ARTIGO 62, II, DA CLT62IIICLTO dever de fundamentação das decisões judiciais não obriga o órgão julgador a arrolar e descrever cada prova contida nos autos, nem a rebater ponto por ponto as questões apresentadas pelos litigantes. Como é cediço, o processo não é um diálogo entre o juiz e as partes. O princípio do livre convencimento motivado exige apenas que, a partir da apreciação das provas em seu conjunto, o magistrado exponha os motivos suficientes à sua conclusão. Está incólume o artigo 832 da CLT. Embargos de Declaração acolhidos para prestar esclarecimentos.832CLT."(3254900372002503 3254900-37.2002.5.03.0900, TST Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 14/03/2007, 3ª Turma,, Data de Publicação: DJ 13/04/2007.). Este também é o entendimento do TRT-2:"A decisão regional que não reconheceu as funções exercidas pela autora como de cargo de confiança encontra-se devidamente fundamentada. Ademais, o juiz não está obrigado a analisar todos os argumentos expendidos pelas partes, sob pena do processo tornar-se um diálogo entre o magistrado e os litigantes."(863200708902006 SP 00863-2007-089-02-00-6, Relator: WILMA NOGUEIRA DE ARAUJO VAZ DA SILVA, Data de Julgamento:

Não devemos, no entanto, filiarmo-nos a esta corrente. É preciso coragem para evoluir e, além de tudo, é preciso ousadia para não se incorrer no erro de preferir o que é tradicional somente porque é mais cômodo. Os benefícios da cooperação processual saltam aos olhos, negar-lhes utilidade beira o ridículo. Não há, senão, proveitos no implemento do diálogo entre juiz e as partes de modo que não merece aplauso o posicionamento adotado, de forma reiterada, pelos Tribunais do Trabalho ao afirmarem e reafirmarem a desnecessidade do diálogo no processo.

O dever de esclarecimento se entrelaça com o de diálogo na medida em que eventuais dúvidas serão esclarecidas através do diálogo entre os sujeitos processuais. Dispensável, pois, traçar definições e conceitos desprovidos de utilidade prática. Diálogo processual é meio de exercício de democracia, é participação da sociedade no exercício do poder jurisdicional. Privá-las do diálogo com o juiz é tolher-lhes direitos fundamentais e, portanto, ferir a Constituição Federal, a qual todos estão submetidos, inclusive os juízes.

4.5.2 Do dever de alerta ou prevenção

A *prevenção*, afigura-se como o dever de o órgão jurisdicional alertar as partes do perigo de fracasso de seus pedidos, pois que se utiliza de forma inadequada do processo. Tomemos como exemplo o caso em que o juiz determina que a petição inicial seja emendada por apresentar um vício sanável em seu instrumento. Caberia ao juiz, imbuído do caráter de cooperador e em respeito à máxima efetivação do contraditório e da boa-fé, explicitar ao causídico qual o vício a ser sanado. O juiz é inerte, e o deve ser, mas não alheio ao direito material em jogo, passível de prejuízo pela eventual má atuação do advogado. Em muitos casos a parte é hipossuficiente e está sendo beneficiada pela Assistência Judiciária Gratuita, não podendo escolher o melhor dentre os profissionais. Isso não chancela o Estado-juiz a proceder com caprichos e tolher direitos por vias oblíquas, sancionando o hipossuficiente que não teve escolha e é o único inocente.

Louváveis tem sido a jurisprudência que não se mostra alheia a este dever do juiz. Recentes julgados reconhecem o dever de o magistrado alertar as partes sobre eventuais máculas no exercício de seus direitos e dos instrumentos processuais, o que demonstra a evolução e maturidade jurídica de nossos Tribunais.¹⁴⁷

4.5.3 Do dever de consulta

Talvez o mais relevante dos deveres dirigidos ao órgão julgador. O *dever de consulta* cinge-se no dever do órgão jurisdicional recorrer às partes antes de qualquer pronunciamento possibilitando a influência delas em suas decisões. É preciso que se ouça o jurisdicionado, que se atente aos seus anseios e opiniões sobre o tema, que se colha suas justificativas para que, somente após o efetivo diálogo, o magistrado possa se julgar apto a proferir seu julgamento.

A jurisprudência já entendeu pela anulação de sentença em processo que violou o princípio da cooperação processual na hipótese em que o juiz da causa não providenciou consulta das partes antes de sua decisão.¹⁴⁸

Um dos efeitos marcantes que decorre deste dever judicial é a audiência das partes inclusive nas hipóteses em que seria admitido, por lei, ao juiz decidir de ofício.

¹⁴⁷ “PETIÇÃO INICIAL Indeferimento Natureza da ação: execução fiscal. Instrumentalidade Ilegitimidade passiva ad causam Possibilidade de correção do vício que macula o processo Dever de alerta Princípio da cooperação processual, que abarca o magistrado Exegese do artigo 295 do Código de Processo Civil Apelação provida.295Código de Processo Civil.”(133997020118260565 SP 0013399-70.2011.8.26.0565, Relator: Fermino Magnani Filho, Data de Julgamento: 14/05/2012, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/05/2012). No mesmo sentido: APL 710690320078260114 SP 0071069-03.2007.8.26.0114; APL 520873820078260114 SP 0052087-38.2007.8.26.0114;

¹⁴⁸ “Adjudicação Compulsória. Promitente Comprador alega pagamento do preço - Demonstração de pagamento de apenas catorze das 180 parcelas convencionadas - Juízo entendeu caber ao Promitente Vendedor demonstração do saldo devedor que justificaria a recusa da outorga da escritura - Inversão tácita do ônus da prova não fundamentada (art. 93, inc.IX da Constituição)- Juízo surpreendeu Promitente Vendedor com inversão - Inobservância do dever de consulta, decorrente do princípio da cooperação. Instrução deficiente do processo -Relação de pagamentos efetuados pelo Promitente Comprador apresentado com a Apelação Juízo deveria ter requisitado comprovantes de pagamento em posse do Promitente Vendedor - Sentença anulada - Recurso provido. 93,I, X Constituição.”(9065848052005826 SP 9065848-05.2005.8.26.0000, Relator: Luiz Antonio Costa, Data de Julgamento: 02/03/2011, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/03/2011). Nesse sentido: APL 39189720088260562 SP 0003918-97.2008.8.26.0562; AG 37970320098070000 DF 0003797-03.2009.807.0000;

Isso é assim, pois que cabe ao magistrado proporcionar sempre a oitiva das partes, a fim de se realizar o mandamento previsto no devido processo legal.¹⁴⁹ Sendo assim, o diálogo deve sempre se fazer presente no desenvolver do processo, viabilizando as partes alertar o juiz de eventuais vícios e má aplicação do Direito, contribuindo para o exercício de uma judicatura consciente e comprometida com a lei.

4.5.4 Do dever de auxílio

O *dever de auxílio* repousa na obrigatoriedade do órgão jurisdicional, sempre que possível, prestar auxílio às partes na superação de possíveis dificuldades que possam vir a surgir no transcorrer da lide e que ameacem o próprio exercício dos direitos materiais em jogo, ou seja, auxiliar as partes no exercício das posições jurídicas subjetivas. A jurisprudência ainda mostra resistência em admitir os efeitos que este dever impõe ao órgão jurisdicional, o que, no entanto, não pode ser empecilho para o reconhecimento de sua importância. Assim como assinala Dinamarco (2013, p. 16)¹⁵⁰ em sua obra, as mudanças são sempre receadas pelos estudiosos, o que, de certo ponto, mostra-se razoável, já que demanda discussões mais detidas quanto ao tema e propicia uma melhor análise do proposto. Crê-se estar dando azo a discussões quanto ao tema para que em um futuro não muito distante haja discussões mais fervorosas por possíveis modificações quanto aos poderes-deveres atribuídos ao juiz para um melhor desenvolvimento do processo civil brasileiro.

¹⁴⁹ Como já citado alhures: “A fundamental requirement of due process is ‘the opportunity to be heard’” (234 U.S. 385, 394 – 1914). Lembre-se de que o devido processo legal é sobreprincípio e encampa o princípio do contraditório, ampla defesa, juiz natural, duração razoável do processo, segurança jurídica, dentre outros que são inerentes a um processo que atenda os ditames constitucionais.

¹⁵⁰ “É natural e sadia a resistência às propostas inovadoras, especialmente quando se pensa em inovar substancialmente na ordem jurídica e no modo-de-ser das coisas da Justiça. O direito positivado e praticado pelos tribunais, que vem sempre a reboque das mudanças sociais, políticas e econômicas, ou das diferentes exigências surgidas em consequência dessas mudanças, não deve ser submetido ao açoitamento de transformações que logo depois podem revelar-se inconvenientes.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 4ª ed., 2013, pág. 16).

4.5.5 Do dever de proteção

Um interessante dever do juiz decorrente do modelo cooperativo de processo é o apresentado por Fredie Didier Jr., qual seja, o dever de proteção. O juiz não pode ser conivente com um ato da parte que visa prejudicar a parte adversa, devendo este proteger a parte ameaçada. Os exemplos nos são dados pelo próprio autor, para quem os artigos 475-O, inciso I, 574 e 879/881, todos do Código de Processo Civil, seriam hipóteses dessa proteção conferida pelo Estado-juiz.¹⁵¹ A exemplo disso poderíamos citar como exemplo a circunstância em que o juiz, ao constatar que o réu se encontra indefeso, no caso de júri, dissolve o Conselho de Sentença e determina nova data para julgamento¹⁵² ou mesmo nos casos em que há a inversão do ônus da prova.¹⁵³

4.6 A cooperação e a celeridade processual

Indispensável é despendar algumas linhas para demonstrar a maior aplicação do direito à cooperação e, por via de consequência, o menor atendimento ao disposto no art. 5º, inciso LXXVIII da Lei Maior. Frise-se, contudo, que não se está advogando um desrespeito absoluto ao princípio da celeridade processual.

¹⁵¹ Embora não mencione expressamente o dever de proteção, Artur César de Souza entende que: “havendo vítimas do sistema dominante no âmbito da relação jurídica processual, o juiz deverá atuar de forma que ele possa reconhecer a diferença socioeconômica e cultural dos sujeitos da relação jurídica processual penal ou civil, e em razão dessa diferença objetivamente e racionalmente constatável permita-se conduzir por ela de maneira que possa efetivamente garantir a aplicação do devido processo legal constitucional, o contraditório, o direito constitucional de ação e ampla defesa, enfim, observar um processo com todas as garantias.” (SOUZA, Artur César. *A parcialidade positiva do juiz*. Revista de Processo 2010 – RePro 183, pág. 71).

¹⁵² Quanto ao tema os seguintes julgados: STJ HC 234.758 - SP (2012/0041290-0); RESENSES 3499132920108260000 TJSP 0349913-29.2010.8.26.0000; HC 537559 TJSC 2009.053755-9; ACR 18437 TJMS 2009.018437-2;

¹⁵³ Quanto à inversão do ônus da prova temos como exemplo a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, presente na doutrina e jurisprudência (AG 1566636020128260000 SP 0156663-60.2012.8.26.0000) e o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Como é cediço, está ínsita na própria essência dos princípios, aqui representados por direitos fundamentais, a convivência conflituosa¹⁵⁴. Sendo assim, cabe ao exegeta, no caso concreto, definir os limites externos de alcance dos direitos fundamentais sem que isso implique em aviltar o núcleo intangível de cada direito em jogo.

Como instrumento auxiliador possuímos as normas metodológicas, denominadas postulados normativos, que lançam luz no caminho da delimitação do alcance dos direitos. Dentre esses postulados podemos citar o da *proporcionalidade*, *proibição de excesso* e o da *concordância prática*.

Sem a intenção de imergir no assunto, cabe apenas ressaltar que, uma análise minuciosa a partir desses postulados nos conduzirá ao entendimento de que a cooperação processual ganha uma posição de destaque e merece prevalecer em maior grau. A cooperação se mostra meio *adequado* no fomento do fim que visa assegurar: o efetivo contraditório e atendimento aos preceitos do Estado Constitucional moderno. Da mesma forma, afeita-se *necessária*, vez que não se vislumbra outro meio que proporcione, com a mesma eficácia, o fim a que se busca.

Por fim, também mostra-se como proporcional em sentido estrito quando se analisa os fins legítimos que busca implementar. Sob a ótica da concordância prática e da proibição de excesso também não há grandes problemas. A concordância prática auxilia-nos no exercício de ponderação lembrando-nos os valores constitucionais, ao passo que a proibição de excesso impede que seja erradicado o núcleo intangível dos direitos fundamentais. Como é evidente, a celeridade processual não tem seu núcleo erradicado quando optamos em valorizar a cooperação processual, mas tão somente mitigado em virtude de uma finalidade nobre e deveras louvável da cooperação. Aliás, é possível se defender até uma redução no inconformismo das decisões que fundamenta os milhares de recursos dirigidos aos Tribunais. Ao se optar por um modelo cooperativo, tendo em vista que as decisões proferidas pelo órgão julgador atendem de forma mais atenciosa aos clamores das partes, haveria uma redução nos recursos, o que, por si só, já possibilitaria uma celeridade reflexa nos demais processos que realmente demandam revisão.

¹⁵⁴ Lição desenvolvida por Ávila em: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

Sendo assim, como exposto, carece de fundamento científico o entendimento que subjugua a cooperação com vistas a aplicar somente a celeridade. Ademais, se assim optarmos por entender, além de adotarmos um posicionamento desproporcional, estaríamos tolhendo o direito à cooperação, que também é fundamental, ferindo, de forma flagrante o postulado da proibição de excesso.

5 COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De início é bom repisar ser impossível tratar, em um rol exaustivo, as hipóteses de aplicação prática do princípio da cooperação processual, cabendo apenas ao intérprete e aplicador do Direito ter em mente os traços marcantes do modelo cooperativo para, diante das situações do caso concreto, identificar qual é a opção de acordo com os ideais do modelo processual.

A despeito de nosso direito adjetivo datar de 1973, é possível encontrar exemplos de cooperação na legislação processual, seja ela civil ou penal. As mudanças atuais no ordenamento processual refletem os ideais contemporâneos do processo e trazem para o Brasil mudanças que em outros países se mostraram produtivas.¹⁵⁵ O estágio dogmático processual em que nos encontramos atualmente, como já salientado, é o do formalismo-valorativo, no qual as formas existem e são bem vindas desde que contemplem um ideal maior e estejam em consonância com a Constituição Federal.

Passar-se-á a demonstrar alguns dos exemplos de cooperação processual de nosso ordenamento sem o intento de tratar de forma exaustiva de todos eles ante a imensidão de nosso ordenamento. No entanto, apesar de não exaurir as hipóteses de cooperação processual existentes, o leitor, ao se deparar com um exemplo de cooperação e valendo-se das premissas trazidas neste trabalho, poderá identificá-lo.

5.1 Situações legais em conformidade com a cooperação processual

¹⁵⁵ Embora a atualização do ordenamento seja vista com bons olhos, deve-se ter cautela na importação de legislações alienígenas haja vista que a realidade dos países são diferentes e o Direito, como se sabe, deve acompanhar a sociedade em que está inserido. No entanto, tem sido gloriosa a importação do modelo cooperativo, ainda que de forma tímida e implícita.

Como primeiro exemplo de cooperação processual temos o artigo 13 do Código de Processo¹⁵⁶ que dispõe que o juiz, ao verificar a incapacidade processual de uma das partes ou a irregularidade de representação, possibilitará a sanção do vício. Nos termos do até agora exposto, referido artigo mostra-se como exemplo marcante do poder-dever de alerta do juiz que deve, antes de dar cabo ao processo sem o julgamento de mérito (art. 267 do Código de Processo Civil), alertar a parte do mau uso de seu direito de ação.¹⁵⁷ O Superior Tribunal de Justiça já possui entendimento que, inclusive quando se constata a irregularidade processual de representação em segundo grau de jurisdição deve-se abrir para que a parte viabilize a regularização. É certo que, havendo “vício insanável o processo deverá ser extinto de plano, mas neste caso não haveria ofensa ao princípio em discussão.

Outro exemplo de cooperação pode ser encontrado no artigo 14 do mesmo diploma processual civil, o qual elenca os deveres das partes e de todos aqueles que participem do processo dispondo que estes devem expor os fatos conforme a verdade, proceder com lealdade e boa-fé, não formular pretensões nem alegar defesa desde que desprovidos de fundamento, não produzir provas e nem atos inúteis e protelatórios e, por fim, não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais. É evidente o caráter cooperativo que se liga a tal dispositivo legal. O importante é observar que o artigo 14 talvez seja o principal nascedouro do poder-dever de proteção do juiz, vez que traz em seu parágrafo único a possibilidade de o juiz fixar uma multa de até vinte por cento do valor da causa à parte descumpridora dos deveres nele estabelecidos, sem prejuízo das sanções criminais, cíveis e processuais.¹⁵⁸

Mais adiante o código prevê, em seu artigo 17, as condutas que configuram litigância de má-fé apresentando-nos hipóteses evidentes de descumprimento da cooperação processual entre as partes e para com o órgão julgador. A penalidade prevista pelo Código está no artigo 18 que prevê a possibilidade de o juiz impor uma

¹⁵⁶ “Art. 13 do Código de Processo Civil: Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.”

¹⁵⁷ São vários os julgados nesse sentido: AGR 37509 TJMS 2011.037509-7/0001.00; AgRg no REsp 1222475 RS 2010/0215669-0; APL 992090779907 TJSP; AI 2729841820118260000 TJSP 0272984-18.2011.8.26.0000; REsp 1269254 MG 2011/0113708-4; 9416237 TJPR 941623-7 (Acórdão); AG 70040875437 TJRS.

¹⁵⁸ Não é outro o entendimento reiterado dos Tribunais: AI 28957920118070000 TJDF 0002895-79.2011.807.0000; 8296279 TJPR 829627-9 (Acórdão); AG 846280520128260000 TJSP 0084628-05.2012.8.26.0000; AGV 32011 TJMS 2009.032011-2;

multa de até um por cento do valor da causa além da obrigação de indenizar a parte contrária pelos eventuais prejuízos que vier a sofrer.

O artigo 125 do Código de Processo Civil também se mostra como mecanismo de cooperação entre os sujeitos processuais quando determina que o juiz, ao conduzir a marcha processual, deve assegurar a igualdade entre os sujeitos e prevenir qualquer ato que atente contra a dignidade da Justiça. Ora, muitas das vezes o assegurar a igualdade entre os sujeitos processuais é contribuir para o bom andamento do processo, alertar a parte sobre o mau uso de seu direito, sobre eventuais irregularidades no deslinde processual, assegurar o diálogo equânime com os litigantes procurando saber suas opiniões em nível de igualdade, consultando-os sempre que possível. Não raras vezes as partes são assistidas por causídicos inexperientes e desatentos, cabendo ao juiz proteger o direito material da parte. A dignidade da Justiça está umbilicalmente ligada ao respeito aos ditames constitucionais e disso não poderia ser diferente. O juiz que queda inerte ao perceber uma desproporção entre as partes e não age para assegurar a igualdade processual não exerce seu papel constitucional. A aplicação do Direito vai além da mera aplicação da lei. O Direito é complexo e exige de seu aplicador uma percepção sistemática do ordenamento sempre tendo em vista os ditames constitucionais que devem nortear sua judicatura.

Se a solidariedade é objetivo fundamental da República (art. 3º da CF), ela deve ser buscada tanto fora como dentro do processo. Tanto se tem clamado pela solidariedade nos dias atuais. Por que no processo haveria de ser diferente? Não se descarta que a lide processual é um efetivo conflito de interesses que se qualifica pelas pretensões resistidas das partes, mas essa adversidade de interesses não justifica a deslealdade entre os sujeitos processuais. Seria no mínimo contraditório se assim o fosse. É inadmissível se pensar que o Direito possa autorizar condutas desleais. Gize-se, uma vez mais, que a lealdade é pressuposto ético da cooperação processual e que esta, como princípio, exige comportamentos adequados para a implementação de seu fim, qual seja, o devido processo legal.

O artigo 284 do Código de Processo Civil possibilita o juiz determinar a emenda da inicial, no prazo de 10 dias, quando esta apresentar algum vício passível de ser sanado. Cite-se também o exemplo do artigo 285-A, §2º, do CPC que determina que o juiz, caso mantenha sua decisão, intime o recorrido para que

apresente suas razões, mesmo que ainda o processo não tenha sido efetivamente instalado.

Um outro caso de poder-dever do juiz que decorre do modelo cooperativo seria o disposto nos artigos 355 e seguintes do diploma processual em que o juiz ordena que a parte adversa apresente os documentos que estão em seu poder sob pena de se presumirem verdadeiros os fatos que se desejam provar através do documentos. Afinal, a finalidade do processo é descobrir a verdade sobre os fatos a fim de que a Justiça possa ser assegurada ao caso concreto. Com todo respeito aos que ainda defendem a atuação judicial pautada na verdade formal, atualmente não pode mais ser assim. O próprio modelo atual de processo impede esta conclusão. É necessário que nos desapeguemos de conceitos fáceis e estejamos dispostos a nos deter em construir teses de maior relevo para o Direito. O fácil nem sempre é o adequado, necessário e justo. A inércia judicial deve ser observada, e isso não se quer contestar, mas não se pode confundir inércia com descaso. Um juiz que constatando abuso de uma parte para com a outra ou que a defesa é deficiente a ponto de prejudicar o direito material da parte e não intervém em prol da Justiça, não é inerte, mas age com falta de zelo e contra a Constituição da República.

Nesta toada pode-se citar também a fungibilidade, tão falada entre as cautelares, os recursos e entre a tutela antecipada e as cautelares incidentais. Fácil perceber a ligação dela com o modelo cooperativo de processo, pois que atrelada com o poder-dever de proteção.

O artigo 461-A, §2º, do Código de Processo Civil também se relaciona com a cooperação processual vez que permite a conclusão de que o ordenamento, em princípio, confia e espera que o executado primeiro coopere com a execução para somente em um momento posterior autorizar o juiz a utilizar-se de meios subrogatórios a fim de satisfazer o crédito do exequente.

Os embargos declaratórios, por sua vez, permitem que as partes provoquem a atividade judiciária a esclarecer suas omissões, contradições e obscuridades, que eventualmente possam inquinar suas decisões. As partes têm interesse e direito de verem seus pleitos serem avaliados em sua completude até mesmo para analisarem se o juiz, ao fundamentar suas decisões, levou em conta os debates suscitados em

contraditório, discussões essas que são frutos do diálogo entre todos os sujeitos processuais.

Outro exemplo interessante é aquele encontrado no artigo 20 do Código de Ética da Magistratura Nacional¹⁵⁹ o qual estabelece que o magistrado deve velar para que os processos submetidos a seu encargo sejam solucionados de modo que não atentem à boa-fé processual. Como já repisado diversas vezes neste trabalho, a boa-fé é parte integrante da cooperação processual e dela não se dissocia. Se o magistrado deve proceder com diligência e dedicação no deslinde da cauda, sempre atento à boa-fé, é porque deve respeito à cooperação processual e aos deveres que dela decorrem.

5.2 Situações legais que contrariam a cooperação

Muito embora possamos encontrar dispositivos que expressam o viés cooperativo do processo, existem outros que estão em descompasso com a ideia do modelo cooperativo. Imperioso é que o juiz, atento aos princípios constitucionais possa reconhecer a inconstitucionalidade ou não recepção destes dispositivos contrários à Constituição e deixar de aplicá-los, determinando um rito que atenda à cooperação entre os sujeitos processuais até que o Legislativo reconheça a necessidade de atualização do texto legal. O juiz que assim não age ou é negligente ou covarde, um violador do compromisso que um dia assumiu com a Justiça.

Tomemos como primeiro exemplo o disposto no artigo 296 do CPC que trata do cabimento de apelação contra a decisão que indefere liminarmente a petição inicial. Neste caso, embora o dispositivo não mencione a necessidade de se intimar o possível futuro réu, imperioso é que o juiz lance mão desta medida para que se faça cumprir o contraditório e, por consequência, a cooperação processual. É que o possível réu, então recorrido, tem o interesse exigido para oferecer suas contrarrazões recursais, haja visto que, caso seja dado provimento ao recurso, o

¹⁵⁹ “Art. 20. Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual.”

processo será instaurado e será determinada a citação do réu para integrar o polo da demanda. Não fosse essa a intenção do legislador ele não teria criado, em 2006, o já mencionado artigo 285-A, §2º, do CPC com a determinação da intimação do recorrido para oferecer suas razões. Exemplo parecido é encontrado no processo penal na hipótese do artigo 581, inciso I, do CPP. Embora não haja determinação expressa para que o recorrido, no caso de interposição de recurso em sentido estrito contra a decisão que rejeita a peça acusatória, seja intimado para oferecer suas razões, esta se faz necessária para se viabilizar o efetivo contraditório.

Interessante é o caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) já que Lei 9.868/99 se silencia quanto à necessidade de oitiva da Advocacia-Geral da União e se tem entendido pela sua desnecessidade. O que se tem negligenciado, no entanto, é o efeito ambivalente da Ação Declaratória de Constitucional o qual, no caso de improcedência da ação proposta, enseja a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal. Ora, se o artigo 8º da mencionada lei estabelece que deve ser ouvida a Advocacia-Geral da União no caso de proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), pelo mesmo motivo deve-se oportunizar a manifestação da AGU no caso de proposta ADC por força das eventuais consequências do efeito ambivalente.

A despeito de significativas decisões do Superior Tribunal de Justiça em prol da cooperação processual, existem alguns entendimentos deste Egrégio Tribunal que demonstram que a necessidade de se aquilatar conceitos¹⁶⁰. Já se decidiu pela possibilidade de o juiz indeferir a produção de provas caso se julgue convencido diante das provas já existentes. Não é difícil perceber a carência e superficialidade deste entendimento que se pauta no livre convencimento motivado da autoridade judiciária. Ora, a autoridade judiciária e a destinatária da prova, mas não a sua senhora. Não pode o juiz tolher a parte, salvo por motivos justificados¹⁶¹, de

¹⁶⁰ AgRg no AREsp 58902 RS 2011/0167423-3;

¹⁶¹ Por óbvio que as hipóteses em que o juiz constate o caráter protelatório estará autorizada a indeferir a produção da prova. Necessário, porém, é que se tenha cautela e que o magistrado não indefira a produção de provas por mera negligência. Nesse sentido foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal no voto da ex-ministra Ellen Gracie: "HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.1. É lícito ao juiz indeferir as provas consideradas desnecessárias ou inconvenientes. Todavia, uma vez adstrito ao princípio do livre convencimento motivado, o julgador deve fundamentar, de maneira objetiva, a decisão que indeferiu a produção da prova requerida. Foi o que ocorreu no caso sob exame.2. Writ denegado."

participar no procedimento apresentando as provas que julga cabível para demonstrar sua pretensão. Permitir isso é o mesmo que possibilitar ao juiz prejudicar a causa indeferindo provas que pudessem comprovar a verdade afirmada por uma das partes.

Uma outra questão é aquela trazida com a alteração do Código de Processo Civil que se operou em 2006 por meio da Lei 11.382, a qual passou para o credor a possibilidade de indicar bens à penhora. É certo que deve-se deferir ao executado a possibilidade de indicar bens à penhora para que se possibilite a cooperação deste para com o processo. Pode ser que o credor desconheça a totalidade de bens de propriedade do devedor, o que inviabilizaria a satisfação de seu direito. Vejamos a repercussão disso no caso do cumprimento de sentença. Quando o executado é citado para que, em quinze dias, pague a quantia fixada, sob pena de incidência de multa e penhora de bens, esta já sobre o valor atualizado, e não o faz, mas nomeia bens à penhora, é defensável que, em honra à cooperação processual levada a cabo pelo devedor, não se permita que haja a incidência da referida multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil.

Situação extremamente relevante é a dos casos em que o Supremo Tribunal Federal não conhece de recursos extraordinários apenas pelo fato da não demonstração, em destaque, da repercussão geral da matéria. Ora, que formalismo é esse que atravanca a chegada de discussões sérias ao Supremo Tribunal Federal? Não é possível que tamanha sandice prevaleça por mais tempo. Por óbvio que a lei exige que se demonstre a repercussão geral da matéria (artigo 543-A, §2º, do CPC), basta saber ler se reconhecer isso. A questão é que se deve ler nas entrelinhas para se descobrir a intenção e verdadeira finalidade do dispositivo, a qual não era, por certo, permitir que a Excelsa Corte derrubasse processos e limpasse as mesas dos eminentes ministros. O que se tem negligenciado demasiadamente na prática é que por detrás dos processos existem histórias, pessoas e direitos em jogo. Haverá aqueles que se insurgirão afirmando que a razão de mencionado recurso é a proteção do ordenamento. É aí que surge uma nova questão: o ordenamento se preocupa mais a reafirmação de seus dispositivos legais ou com o ideal de Justiça? Pensemos nisso.

5.3 O projeto do novo código de processo civil e a cooperação

O projeto do Novo Código de Processo Civil adota, visivelmente, o modelo cooperativo de processo. Em diversas oportunidades é possível se perceber este caráter cooperativo, o que, de fato representa inegável avanço ao sistema processual brasileiro.¹⁶² A exemplo disso temos o artigo 302 do Projeto do CPC, p qual autoriza a concessão, *ex officio*, de tutelas de urgência em casos excepcionais. Ao tratar da fase de saneamento do feito, o artigo 364, §3º, do Projeto do CPC assevera que em casos de complexidade fática ou jurídica da causa o juiz deverá designar audiência para, em colaboração com as partes do processo, sanear o feito. O dispositivo dispõe ainda que o juiz convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações¹⁶³.

Não têm faltado críticas a respeito do Projeto do Novo Código de Processo Civil que atribui ao juiz consideráveis poderes na condução do processo. É certo que a atribuição desmedida de poderes ao magistrado desequilibra a relação entre os sujeitos o que, se operado sem o devido contrapeso, acarretaria um notável regresso ao modelo inquisitivo de processo. Ocorre que as mudanças propostas no Novo Código de Processo Civil, ao menos quanto ao tema da cooperação, não detém esse viés de desproporcionalidade. Não se confere poderes ao juiz inadvertidamente. Como já salientado alhures, o aumento de poderes judiciais para assegurar uma condução material do processo não se afigura desproporcional quando, de outra banda, a cooperação possibilita que as partes cooperem na tomada das decisões.

¹⁶² Neste sentido Marinoni e Mitidiero: “O Projeto é fértil em normas sobre a colaboração. É possível afirmar sem qualquer dúvida que o modelo de processo civil proposto pelo Projeto é indubitavelmente um modelo de processo civil cooperativo. No Estado Constitucional, o direito fundamental ao processo justo implica direito à colaboração no processo civil.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 72).

¹⁶³ “Art. 364. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) § 3º Se a causa for complexa, fática ou juridicamente, deverá o juiz designar audiência, para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer as suas alegações.” (BRASIL. Projeto de Lei n. 8046/2010, Câmara dos Deputados, 2013).

Pelo exposto, o que fundamenta esse aumento de poderes judiciais na condução processual é a própria cooperação entre os sujeitos. Somente desse modo se pode falar em uma efetiva divisão de trabalhos e na realização dos direitos materiais em jogo. Contrabalanceando os poderes-deveres concedidos ao magistrado com o direito fundamental das partes de colaborarem com a decisão (e disso decorrem todas as posições jurídicas subjetivas) legitima-se a decisão proferida e cumprem-se os mandamentos constitucionais do devido processo legal, do princípio do contraditório, da boa-fé e do princípio democrático.

6 CONCLUSÃO

Em vista de todo o demonstrado, crê-se tenha ficado clara a importância que o assunto ocupa na visão do moderno contraditório e atual modelo processual que contempla não somente a ciência bilateral dos atos e termos processuais, mas acima de tudo, assegura o exercício de democracia inserto no contexto processual. Além do que, impõe o respeito ao devido processo legal, boa-fé, contraditório e segurança jurídica. A efetiva cooperação mostra-se como verdadeiro direito das partes à participação efetiva no procedimento e, como direito fundamental que é, dela decorrem posições jurídicas subjetivas, tanto para o juiz, como para as partes do processo. No presente trabalho despenderam-se maiores forças ao estudo mais detido dos poderes-deveres concedidos ao juiz na efetivação dos anseios constitucionais por Justiça no caso concreto, o que se convencionou chamar de *poderes-deveres de cooperação*.

O órgão jurisdicional vê-se vinculado à efetivação dos direitos trazidos pela Constituição da República diante do caráter fundamental à efetiva participação dos litigantes no objeto da decisão. A fundamentalidade é aparente e salta aos olhos, sendo que possui sua dimensão subjetiva (direito da parte à cooperação) e objetiva (direcionando ao Estado, no caso ao órgão jurisdicional, um *modus operandi* na satisfação do direito fundamental em jogo). Ao juiz cabe a direção material do processo, visando sempre o resguardo e satisfação do direito material posto em debate ou ameaçado de lesão.

Como consequências lógicas do modelo cooperativo de processo, surgem, então os poderes-deveres de cooperação que podem ser classificados como: 1) *dever de diálogo*; 2) *dever de esclarecimento*; *dever de prevenção*; 3) *dever de consulta*; 4) *dever de auxílio*; 5) e *dever de proteção*. Os Tribunais já vêm reconhecendo o modelo cooperativo de processo e impondo reformas e anulações de decisões que contrariam o princípio da cooperação processual. Ao proporcionar uma efetiva cooperação no deslinde processual, repise-se, o Estado-juiz assegura direitos fundamentais, fomenta o caráter democrático do Estado Constitucional e viabiliza um processo justo através do efetivo contraditório podendo ser possível se

falar em um verdadeiro respeito ao devido processo legal que fora inculpido com suor na Constituição Federal e nos é tão caro.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. **Denkweisen der Rechtswissenschaft**. Wien, Springer, 1979.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2ªed., 2011.

ALMEIDA, Canuto Mendes de. **A Contrariedade na instrução criminal**, São Paulo: Saraiva, 1937, n. 80.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**.

AROCA, Juan M. **Processo e ideologia**, Valência: Tirantlo Blanch, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 12ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011.

BECKER, Alfredo. **Teoria Geral do Direito Tributário**, São Paulo: Saraiva, 1963.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Comp. Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini & Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Editora Ícone, 1995

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **O processo civil participativo – A efetividade constitucional e o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo 2012 – RePro 205.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília: Senado, 1973.

BRIEGLEB, Hans Karl. **Enleitung in die Theorie der summarischen Prozesse**, Leipzig, Tauchnitz, 1859, Nachdruck des Verlages Ferdinand Keip, Frankfurt a. M., 1969

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, 2007, vol. 1.

_____. **O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações.** Revista de Processo 2008 – RePro 161.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno.** São Paulo: Editora Forense, 2009.

_____. **Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito,** Rivista di Diritto Processuale.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz** : entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. Frontcover. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição,** Coimbra: Almedina, 6 ed., 2002.

CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. **Poderes do juiz e princípio do contraditório.** Revista de Processo 2011 – RePro 195.

CAPPELETTI, Mauro. **Procédure orale et procédure écrite,** Milano, Giuffrè, 1971.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário,** São Paulo: Editora Saraiva, 13ª ed., 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile.** Napoli: Editora Jovene, 3ª Ed., 1947.

_____. **Le forme nella difesa giudiziali del diritto,** 1901.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and State Authority,** Yale University Press, 1986.

DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.** Revista de Processo 2011 – RePro 198.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1, 7ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**, Lisboa: Editora Coimbra, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Editora Malheiros, 3ª Ed., Volumes I e II, 2000.

_____. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 14ª Ed., 2009.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 4ª ed., 2013.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 6ª ed., 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESSER, Josef. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**. 4ª tiragem.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria geral do garantismo penal**. Tradução: Fauzi Choukr, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil**, Lisboa: Editora Coimbra, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/Aplicação do Direito**, São Paulo: Editora Malheiros, 5ª ed., 2009.

GREGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. Revista de Processo 2012 – RePro 206.

GROSS, Marco Eugênio. **Devido processo legal procedimental e ofensa reflexa à Constituição: soluções para superação de um dogma**. Revista de Processo 2011 – RePro 193.

HABÈRLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª Ed., 1980.

JOLOWICZ, J. A. **Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation**. On civil procedure. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

LARENZ, Karl. **Richtiges Recht**. München, Beck, 1979. Tradução por Luiz Diéz-Picazo, Madrid: Civitas, 1985.

LOPES, João Batista. **Curso de direito processuale civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005, vol. 01.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Código de Processo Civil comentado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª Ed., 2012.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2004.

MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**, 11ª Ed., 8ª tiragem, Rio de Janeiro, 1984.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª ed., 1997.

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

_____. **Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck**. Revista de Processo 2011 – RePro 194.

_____. **Por uma reforma da Justiça civil no Brasil**. Revista de Processo 2011 – RePro 199.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

_____. **Processo civil e processo penal: mão e contramão**. Temas de direito processual – sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **O problema da ‘divisão de trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos**. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 4ª série, 1989.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª Ed., 2003.

_____. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, in Revista Ajuris, v. 30, Porto Alegre: Ajuris.

_____. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**. Revista de Processo 2008 – RePro 155.

_____. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista de Processo 137.

_____. **Escopo jurídico do processo.** Revista de Processo 2012 – RePro 203.

_____. **Garantia do contraditório. Garantias Constitucionais do Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. **Poderes executórios do juiz.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Editora Saraiva, 1ª Ed., 2ª tiragem, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Nova tradução, baseada na edição americana revista do autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

REICHELTE, Luis Alberto. **O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil.** Revista de Processo 2008 – RePro 162.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Combater vícios e aprimorar virtudes: o processo brasileiro frente à intensificação do chamado à jurisdição.** Revista de Processo 2009 – RePro 172.

SALVIOLI, Giuseppe. Italy – from the 1400s to the opening of the 1800s: the common law procedure of the Italian states. In: Engelmann *et al.* **A history of continental civil procedure.** Trad. e. org. Robert Wyness Millar. New York, Kelley, 1969.

SANTOS, Igor Raatz dos. **Processo, igualdade e colaboração: deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil.** Revista de Processo 2011 – RePro 192.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11 ed., 2012.

_____. **Curso de direito constitucional** – Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 2012.

_____. **Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações.** Revista de Processo 2009 – RePro 175.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Editores Malheiros, 2ª ed., 2010.

_____. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais 2002 – RT 798.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil,** Lisboa, 2ª ed., 1997.

SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz.** Revista de Processo 2010 – RePro 183.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2ª tiragem, 2011.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione – Poblemi di diritto tedesco e italiano.**

VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. **O princípio da cooperação e as questões de ordem pública. Uma visão da garantia do contraditório.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1499, 9 ago. 2007, Disponível em: www.jus.com.br/revista/texto/10261/o-principio-da-cooperacao-e-as-questoes-de-ordem-publica; Acesso em: 10/03/2013).

ZARADER, Marlene. **Heidegger et lês Paroles de l'Origine,** Paris: Librairie Philosophique J.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **Processo Civil Moderno: Parte geral e processo de conhecimento.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.