

**LORENA MIRANDA SANTOS BARREIROS**

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO MODELO  
PROCESSUAL COOPERATIVO NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior

Salvador  
2011

À Luíza, a quem espero ansiosamente, com todo o meu amor de mãe.

## **AGRADECIMENTOS**

Muitos são os agradecimentos a realizar. A conclusão deste trabalho seria impossível sem o apoio, o carinho e o incentivo que recebi de tantas pessoas a quem, agora, desejo render uma especial homenagem.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, pela constante presença em minha vida e por nunca me deixar duvidar de seu amor. Aos meus pais, Silvia e Gerino, a quem devo simplesmente tudo o que sou, pelo amor incondicional que me devotam e pelo imenso apoio que recebi. Aos meus irmãos, Cintia e Felipe, pela paciência e pelo carinho. A Jaime, por permitir, com amor, que nossa casa se transformasse em um verdadeiro quartel literário nesse biênio. Às minhas famílias, Miranda e Barreiros, por compreenderem minha ausência e pelo carinho que sempre me devotaram, especialmente nesse período. A vocês, dedico meu amor.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Fredie Didier Junior, pelos ensinamentos primorosos recebidos desde a minha época de graduação e pelo acompanhamento e orientação efetivos à minha dissertação de mestrado, meu profundo agradecimento.

Aos amigos do escritório Menezes, Miranda e Oliveira, Advogados Associados, pela tolerância e pelo apoio, e, especialmente, ao Dr. Hélio Menezes Junior, a quem jamais cansarei de agradecer tudo o que aprendi na prática jurídica e na vida. Aos colegas da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, em especial às Dras. Beatriz Passos e Márcia Sales, pela compreensão e pelo apoio. Aos colegas da Faculdade Baiana de Direito, especialmente à Prof<sup>a</sup>. Carolina Mascarenhas, pelas dicas metodológicas. À amiga Lorena Nunes, pela ajuda na coleta bibliográfica e pelo inestimável auxílio durante este último ano.

Aos colegas, professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação da UFBA, pela oportunidade que me concederam de seus convívios. Agradeço, em particular, aos colegas Cynthia Lopes, Marcos Sampaio, Táris Cerqueira e Gilson Alves, pelos incentivos, apoios e demonstrações de amizade. A todas as pessoas que, por qualquer modo, contribuíram para a realização desse projeto, ainda que aqui expressamente não citadas, meu verdadeiro muito obrigada.

Lembre-se: com grande poder vem grande responsabilidade<sup>1</sup>.

Benjamim Parker/ Stan Lee

---

<sup>1</sup> “Remember: with great power comes great responsibility”.

## RESUMO

O objetivo central do presente trabalho reside na demonstração dos fundamentos constitucionais que sustentam a adoção do modelo processual civil cooperativo no sistema jurídico brasileiro. Para a consecução dessa finalidade, desenvolve-se a pesquisa partindo-se do estudo das principais tradições jurídicas do mundo ocidental (*common law e civil law*), cujas características primordiais e traços distintivos são ressaltados, assim como sua importância para a compreensão dos modelos processuais, especialmente os tradicionalmente a elas vinculados: o adversarial e o inquisitivo. Analisa-se, então, a tradição jurídica brasileira. Em seguida, passa-se ao exame individualizado de cada um desses modelos processuais, apresentando-se suas peculiaridades, a forma como neles se estrutura a divisão de tarefas entre juiz e partes na condução formal e material do processo, bem assim as ideologias políticas que com eles mais bem se ajustam. O modelo processual cooperativo, lastreado no princípio da cooperação, é, então, apresentado como um novo modelo, distinto dos dois anteriormente analisados. Sua marca diferenciadora, consistente na organização do processo à forma de uma verdadeira comunidade de trabalho, é realçada, ao tempo em que se demonstra a existência de manifestações típicas de aplicação desse modelo no direito brasileiro, encontráveis tanto na legislação infraconstitucional como na jurisprudência pátria. O sistema processual civil português, em que o princípio da cooperação é previsto expressamente, também é examinado, tanto sob o ponto de vista doutrinário quanto no que diz respeito às manifestações jurisprudenciais ali encontradas. Com base em tais premissas, torna-se possível, então, a confrontação dos três modelos processuais com a Constituição Federal de 1988. Essa análise é realizada à luz dos fundamentos constitucionais da democracia participativa, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, do devido processo legal, do contraditório e da boa-fé objetiva, de modo a se aferir qual dentre os modelos processuais mais bem se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro.

**Palavras-chave:.** Modelo cooperativo – Fundamentos constitucionais –  
Processo civil brasileiro.

## **ABSTRACT**

The main objective of this work lies in the statement of the constitutional fundamentals that support the adoption of the cooperative model of civil procedure in the Brazilian legal system. To achieve this purpose, the research is developed starting from the study of the major legal traditions of the western world (common law and civil law), whose prime characteristics and distinctive features are highlighted, as well as its importance for the understanding of process models, especially those traditionally related to them: the adversarial and inquisitorial. Brazilian legal tradition is, then, analyzed. It then passes the scrutiny of each individual process models, presenting its unique characteristics, how they structure the division of tasks between judge and parties in conducting formal and material process, as well as political ideologies that with them better fit. The collaborative process model, based on principle of cooperation, is then presented as a new model, distinct of the two previously analyzed. His distinguishing mark, the organization of the process as a real working community, is enhanced at the time that it demonstrates the existence of manifestations of topical application of this model in Brazilian law, both in infra-constitutional legislation as in the homeland jurisprudence. The Portuguese civil procedure system, where the principle of cooperation is explicitly provided, is also examined, both from the doctrinal point of view as with regard to jurisprudence found therein. Based on these premises, it becomes possible, then, a comparison of the three process models with the Brazilian Constitution of 1988. This analysis is conducted in the light of the constitutional foundations of participatory democracy, of human dignity, solidarity, due process, of adversarial principle and of objective good faith in order to assess which of the procedural models better fit with Brazil legal system.

**Keywords:**. Cooperative model – Constitutional fundamentals – Brazilian  
civil procedure.

# SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	AS TRADIÇÕES JURÍDICAS	14
1.1	<b>PREMISSAS INTRODUTÓRIAS</b>	14
1.1.1	O direito como fenômeno cultural	14
1.1.2	Esclarecimento terminológico: tradição, família ou sistema jurídico?	18
1.2	<b>PERSPECTIVA HISTÓRICA</b>	21
1.2.1	Breve relato histórico da formação da <i>civil law</i>	21
1.2.2	Síntese histórica do nascimento da tradição da <i>common law</i>	26
1.2.3	<b>O paradoxo da <i>common law</i> (a origem continental do direito inglês) e a sobrevivência dessa tradição à expansão da família romano-germânica</b>	31
1.3	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E DIFERENÇAS QUE MARCAM AS TRADIÇÕES	34
1.4	A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS PARA A COMPREENSÃO DOS MODELOS PROCESSUAIS	42
1.5	A TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA	45
2	<b>O MODELO PROCESSUAL ADVERSARIAL</b>	48
2.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	48
2.2	AS CARACTERÍSTICAS DO MODELO PROCESSUAL ADVERSARIAL	51
2.2.1	<b>Posição das partes no modelo adversarial</b>	51
2.2.1.1	<i>Igualdade formal entre as partes</i>	51
2.2.1.2	<i>A predominância das partes na condução do procedimento</i>	55
2.2.1.3	<i>Processo adversarial e princípio dispositivo</i>	57
2.2.2	<b>Posição do juiz no modelo adversarial</b>	61
2.3	IDEOLOGIA LIBERAL E MODELO ADVERSARIAL	67
2.3.1	<b>O liberalismo na França</b>	68
2.3.1.1	<i>A neutralização do magistrado: o juiz “boca da lei”</i>	69
2.3.1.2	<i>O sistema processual adversarial francês</i>	72

2.3.2	<b>O liberalismo e o modelo adversarial nos Estados Unidos da América</b>	<b>75</b>
3	<b>O MODELO PROCESSUAL INQUISITIVO</b>	<b>80</b>
3.1	AS BASES IDEOLÓGICAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UM NOVO MODELO DE PROCESSO CIVIL: O SURGIMENTO DO ESTADO SOCIAL	<b>80</b>
3.2	CLÁUSULAS GERAIS: ABERTURA SISTEMÁTICA E BUSCA DA EFETIVIDADE NO MARCO DO ESTADO SOCIAL NEOPOSITIVISTA	<b>86</b>
3.2.1	<b>Do sistema jurídico fechado ao sistema jurídico aberto: a revolução paradigmática</b>	<b>86</b>
3.2.2	<b>A cláusula geral como técnica legislativa contraposta à casuística</b>	<b>88</b>
3.2.3	<b>Diferenciação entre cláusulas gerais e institutos similares</b>	<b>91</b>
3.3	AS CARACTERÍSTICAS DO MODELO PROCESSUAL INQUISITIVO	<b>93</b>
3.3.1	<b>A iniciativa judicial</b>	<b>96</b>
3.3.1.1	<i>O incremento dos poderes do juiz, especialmente os instrutórios</i>	<b>96</b>
3.3.1.2	<i>O papel do juiz no contexto do Estado social: a abertura do direito à criatividade judicial e a fluidez entre as funções legislativa e jurisdicional</i>	<b>100</b>
3.3.2	<b>O papel subsidiário das partes</b>	<b>110</b>
3.4	GARANTISMO PROCESSUAL: CRÍTICA AO MODELO INQUISITIVO E VALORIZAÇÃO DO MODELO PROCESSUAL ADVERSARIAL	<b>111</b>
4	<b>O MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO</b>	<b>121</b>
4.1	A DISCUSSÃO DA PREMISSE: EXISTE, DE FATO, UM MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO? O CASO DO DIREITO PORTUGUÊS	<b>121</b>
4.2	AS CARACTERÍSTICAS DO MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO	<b>129</b>
4.2.1	<b>Princípio da cooperação: o processo como uma comunidade de trabalho</b>	<b>129</b>
4.2.2	<b>Conteúdo eficaz do princípio da cooperação</b>	<b>136</b>
4.2.3	<b>Deveres de cooperação</b>	<b>140</b>
4.2.3.1	<i>Análise da jurisprudência portuguesa</i>	<b>146</b>
4.2.3.2	<i>Deveres de cooperação na ZPO alemã</i>	<b>151</b>
4.2.3.3	<i>Exame da jurisprudência brasileira</i>	<b>153</b>



4.3	MANIFESTAÇÕES NORMATIVAS DO MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO NO DIREITO BRASILEIRO	158
5	<b>FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO NO DIREITO BRASILEIRO</b>	<b>163</b>
5.1	A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO	163
5.2	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COOPERAÇÃO	168
5.3	SOLIDARIEDADE SOCIAL E MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO	170
5.4	DEVIDO PROCESSO LEGAL E MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO	174
5.4.1	<b>A cláusula geral do devido processo legal</b>	<b>174</b>
5.4.1.1	<i>Considerações gerais</i>	174
5.4.1.2	<i>Devido processo legal e suas acepções formal e substancial</i>	178
5.4.2	<b>Devido processo constitucional de produção do direito, democracia e princípio da cooperação: a cláusula do <i>due process of law</i> como fundamento constitucional do modelo processual cooperativo</b>	<b>185</b>
5.5	CONTRADITÓRIO E MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO	189
5.5.1	<b>Considerações iniciais</b>	<b>189</b>
5.5.2	<b>Conteúdo da cláusula geral do contraditório</b>	<b>191</b>
5.5.3	<b>O juiz como sujeito do contraditório</b>	<b>198</b>
5.6	BOA-FÉ OBJETIVA E MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO	203
5.6.1	<b>Boa-fé como fundamento constitucional do princípio da cooperação?</b>	<b>203</b>
5.6.2	<b>Boa-fé e exercício inadmissível de posições jurídicas processuais</b>	<b>206</b>
5.6.3	<b>Princípio da cooperação e a concretização do princípio da boa-fé</b>	<b>215</b>
	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>218</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>224</b>

## INTRODUÇÃO

---

O estudo do princípio da cooperação é assunto assaz atual, por diversas razões. Em primeiro lugar, referido princípio reflete, em grande monta, o pensamento processual civil contemporâneo, voltado à busca de uma efetiva participação dos sujeitos processuais no procedimento (nos moldes do chamado neoprocessualismo) como fundamento para a legitimação do exercício do poder jurisdicional, hoje enxergado mais claramente como uma das manifestações do poder político.

Em segundo lugar, o estudo de princípios jurídicos, de uma forma geral, ganha nova perspectiva diante da consagração, no direito brasileiro, da teoria que defende possuírem eles conteúdo jurídico-normativo (em contraposição à teoria precedente, que atribuía aos princípios apenas caráter ideológico ou programático). Ou seja, a teoria normativa dos princípios é fator que, igualmente, confere atualidade ao exame dos princípios de uma forma geral, cujo conteúdo haverá de ser repensado e reformatado.

Em terceiro lugar, por preconizar a efetiva participação de todos os sujeitos processuais no procedimento que desencadeará, ao final, o surgimento do ato jurisdicional decisório, o princípio da cooperação converge para a sempre atual e incessante busca do aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Ele insere a ideia de democracia participativa no âmbito do exercício do poder jurisdicional – faceta que é, repita-se, do poder político, na exata medida em que confere aos cidadãos a real possibilidade de influir e de contribuir na formação de um ato de poder.

Além disso, o princípio da cooperação extrai a sua importância do fato de refletir um novo pensar processual, consentâneo com o Estado Constitucional, preocupado com a realidade e com a concretização dos direitos fundamentais.

Objetiva a presente pesquisa demonstrar não apenas a viabilidade da adoção, pelo sistema processual civil brasileiro, do modelo cooperativo, calcado no princípio da cooperação, como, ainda, que esse modelo é o que mais bem se compatibiliza com o ordenamento constitucional pátrio, encontrando na Constituição Federal de 1988 seus fundamentos.

O trabalho desenvolve-se em cinco capítulos. No primeiro deles, as duas principais tradições jurídicas do mundo ocidental (*civil law* e *common law*) são analisadas em suas perspectivas históricas, destacando-se as principais características de ambas, bem assim os seus traços distintivos marcantes. Após, explicita-se a relevância do estudo dessas tradições para a compreensão dos modelos processuais, circunstância diretamente associada à natureza cultural do fenômeno jurídico, uma vez que as variações culturais ensejam o surgimento de diferentes modelos de direito, estes que, por sua vez, contemplam distintos modelos processuais. Ao final do capítulo, é examinada a tradição jurídica brasileira.

O segundo capítulo destina-se à análise do modelo processual adversarial. Sua especial conformação é revelada, investigando-se o modo como se estrutura a divisão de trabalho entre juiz e partes nesse modelo, fortemente influenciado pelo princípio dispositivo, em suas duas acepções (material e formal). Em seguida, evidencia-se o profundo elo existente entre o modelo adversarial e a ideologia liberal, afastando-se, inclusive, a premissa de que o processo adversarial somente seria típico de sistemas jurídicos atrelados à família da *common law*. Para tanto, após a investigação do liberalismo na França (país integrante da tradição da *civil law*), o modelo adversarial francês é apresentado. Encerra-se o capítulo com o exame do modelo adversarial nos Estados Unidos da América.

O modelo processual inquisitivo é o tema tratado no capítulo terceiro. Seu exame inicia-se pelo esclarecimento das bases ideológicas que possibilitaram o seu desenvolvimento, as quais decorrem do surgimento do Estado social. Partindo-se dessa premissa, são delineadas as características do modelo inquisitivo, com destaque à iniciativa judicial e ao reconhecimento da atividade criativa do magistrado, testificada, especialmente, pela necessidade de concretização de textos normativos abertos (cláusulas gerais). Verifica-se, nesse modelo, o aumento dos poderes do juiz no processo e uma correspondente subsidiariedade do papel das partes na condução do feito, em posição diametralmente oposta àquela por elas ocupada no modelo anterior, que lhes conferia a primazia nessa atividade. Ao final do capítulo, analisa-se o movimento do garantismo processual, que se contrapõe ao modelo inquisitivo e defende a adoção, pelos sistemas processuais democráticos, do processo adversarial.

O quarto capítulo cuida de descortinar o modelo processual cooperativo. É inaugurado com a discussão acerca da existência ou não desse modelo de processo como algo distinto dos modelos adversarial e inquisitivo. Firmada a premissa positiva, segue-se a análise de suas características, destacando-se a estruturação do processo como uma comunidade de trabalho, com a definição dos papéis reservados às partes e ao juiz nesse contexto. O conteúdo eficaz do princípio da cooperação, base do modelo cooperativo, é, então, explicitado, examinando-se, após, os deveres de cooperação, com análise das jurisprudências portuguesa e brasileira e breve alusão à legislação alemã. O encerramento do capítulo é feito com a demonstração de manifestações normativas do modelo processual cooperativo no direito brasileiro.

Por fim, o último capítulo, dedicado ao exame dos fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro, busca perquirir, com base nas premissas erigidas nos capítulos anteriores, que modelo processual, dentre os examinados, melhor se coaduna com o ordenamento constitucional do país. Para tanto, os modelos processuais adversarial, inquisitivo e cooperativo são contrastados com alguns princípios basilares previstos na Constituição Federal de 1988, quais sejam: a democracia participativa, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, o devido processo legal, o contraditório e a boa-fé objetiva. Busca-se, com essa confrontação, definir qual o modelo processual que melhor se harmoniza com o Estado Democrático de Direito pátrio, escolha política fundamental do povo brasileiro.

A metodologia utilizada no desenvolvimento da pesquisa é a exploratória, com a exposição dos pensamentos de autores que guardem pertinência temática com o problema proposto e com os objetivos a serem alcançados. Ao mesmo tempo, procura-se enriquecer a investigação do tema com o exame de textos legislativos e jurisprudências, nacionais e estrangeiros, de modo a que, ao final, possam ser atingidas não apenas conclusões puramente teóricas, mas, sim, reflexões capazes de influir verdadeiramente no seio social, estimulando, no âmbito processual, o exercício mais profícuo da cidadania e uma maior realização do Estado Democrático de Direito.

Essas são as linhas gerais sobre as quais se conduz o presente trabalho.

# 1 AS TRADIÇÕES JURÍDICAS

---

## 1.1 PREMISSAS INTRODUTÓRIAS

### 1.1.1 O direito como fenômeno cultural

Em 05 de agosto de 2010, um deslizamento na mina de ouro e cobre de San José, no Chile, que cerrou a única entrada existente no local, pôs em confinamento forçado, a setecentos metros de profundidade, trinta e três mineiros. Somente cerca de três semanas depois foi constatada a sobrevivência desses trabalhadores, iniciando-se, assim, uma longa operação de resgate, com prazo estimado de cem dias, a princípio. Em 13 de outubro de 2010, sessenta e nove dias após o acidente, todos os mineiros foram retirados com vida da mina chilena, durando o salvamento vinte e três horas, aproximadamente.

Dito evento, que originou uma experiência sem precedentes em razão da grande duração do confinamento enfrentado, desperta a atenção de inúmeras áreas do saber, interessadas em descobrir os efeitos desse acontecimento na mente, no corpo e no comportamento humanos (psicologia, medicina, estudos espaciais etc.)<sup>2</sup>. De fato, o acidente ocorrido e seus desdobramentos são um exemplo claro de que a vivência do homem se descortina na complementação de duas realidades: a do mundo natural ou do ser e a do mundo cultural ou do dever ser.

O conhecimento humano voltado ao mundo natural objetiva, antes de tudo, apreender o objeto em sua essência, naquilo, pois, que ele é. Existindo independentemente de qualquer atividade humana, tais objetos regem-se por leis próprias, as leis naturais, submetendo-se a regras de causalidade. Assim, por exemplo, a força da gravidade que ensejou o desmoronamento de rochas, mantendo presos os mineiros.

---

<sup>2</sup> SALVADOR, Alexandre. A vida no fundo do poço. *Revista Veja*, São Paulo, ano 43, n. 35, set./2010, p. 134-141.

Existem conhecimentos, todavia, cujo objeto decorre de uma criação humana. Modificando a natureza, o homem cria produtos, movidos por uma razão e destinados a uma finalidade. No exemplo dado, a máquina de perfuração utilizada e a cápsula que transportou os mineiros constituem-se produtos derivados da atuação do homem sobre o meio natural. Esses objetos já são considerados como decorrência da cultura humana.

Há, ainda, conhecimentos voltados a objetos que, embora culturais, não se reificam, não assumem a condição de produtos. É o que ocorre com o direito. O mundo jurídico integra, assim, o mundo da cultura, necessitando, para existir, ser vivido, aplicado<sup>3</sup>. Sem descurar do exemplo examinado, o relato do acidente havido com os mineiros dá conta de que dentre as primeiras decisões tomadas pelo grupo recluso figurou a de eleger, no seio deles, um líder, que resolveria os conflitos de interesses ali surgidos, bem como a de estabelecer regras quanto ao racionamento de comida e à delimitação de áreas de trânsito seguro, de descanso e de realização das necessidades básicas de excreção. Ainda que rudimentares, frente às manifestações jurídicas contemporâneas, já imersas no complexo aparelho estatal detentor de um poder institucionalizado, essas decisões tomadas pelos mineiros, com o fito de tentar garantir a sobrevivência de todos, corporificam normas de direito<sup>4</sup>, expressão da cultura que lhes foi legada e que por eles se acha internalizada.

Vai longe o tempo em que as ideias de René Descartes, erigidas no Século XVI, poderiam encontrar eco no âmbito da ciência jurídica. De fato, a se entender que “os que buscam o caminho da verdade não se devem ocupar de nenhum objeto acerca do qual não possam ter uma certeza igual à das demonstrações da aritmética e da geometria”<sup>5</sup>, o direito, nos contornos que hoje lhe são reconhecidos, como fato, *valor* e norma<sup>6</sup>, sequer poderia afirmar-se ciência. O pensamento cartesiano é tido como um dos marcos do paradigma da modernidade, este que se pauta por uma estrita separação entre o homem e a natureza, buscando o primeiro o conhecimento da segunda a fim de dominá-la.

---

<sup>3</sup> A explicitação dos objetos do conhecimento humano é delineada por J. J. Calmon de Passos, para quem “o direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana”. PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando o que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 09-23.

<sup>4</sup> Abstraindo-se a discussão sobre se a fonte formal de onde emana essa norma jurídica é válida e outras tantas questões como a possibilidade de o líder ou o grupo impor sanções compatíveis com o estado precário em que se encontram, no exercício da autotutela, em regra vedada pelos ordenamentos estatais da atualidade. Por certo que, dentro dos limites jurídicos impostos pelo ordenamento chileno, é possível enquadrar-se a situação sob exame como o resultado da formação de uma sociedade de fato, fundada na autonomia da vontade dos mineiros, a quem é lícito regular reciprocamente as suas condutas.

<sup>5</sup> DESCARTES, René. *Regras para a direção do espírito*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 77.

<sup>6</sup> Trata-se da visão do direito como estrutura tridimensional, enfatizada por Miguel Reale (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 64-65).

A visão mecanicista das ciências sociais, vigente no Século XIX, conferia-lhes um caráter empírico e lhes oferecia o título científico em troca de uma submissão cega a métodos próprios das ciências naturais, com elas incompatíveis. Tal perspectiva sucumbiu juntamente com o próprio ideário moderno, sob a pressão de toneladas de complexas e diversas condicionantes sociais, econômicas, históricas e políticas, que a cada momento erodiam os sustentáculos daquele paradigma, cedendo lugar à chamada pós-modernidade. Nesta, até mesmo as certezas matemáticas são postas em discussão e as ciências sociais, inclusive o direito, são estudadas respeitando-se suas peculiaridades próprias, especialmente o conteúdo axiológico.

Nos tempos de hoje, as mudanças processam-se em uma velocidade sem precedentes e a informação é gerada e transmitida quase que instantaneamente. O mundo da globalização, da informatização e da massificação é um lugar onde a cultura, que compreende, em sentido amplo, “tôdas as atividades humanas dirigidas por fins conscientes e os produtos dessas atividades”<sup>7</sup>, produz-se e reproduz-se incessantemente, gerando reflexos nos seus objetos, inclusive no direito. Por outro lado, a cultura apenas é adequadamente compreendida quando posta em contraste com a sua evolução histórica.

Assim, as descobertas científicas, sejam decorrentes da evolução da ciência normal ou consequência de uma revolução paradigmática, partem de um ponto precedente, para dar-lhe continuidade ou para infirmar a crença nele mantida, respectivamente<sup>8</sup>. Isso ocorre no âmbito das ciências naturais – que são manifestações da cultura, vista em seu sentido amplo, supramencionado – como, igualmente, no seio das ciências sociais – a despeito da resistência de Thomas Kuhn em conferir, a estas, caráter paradigmático<sup>9</sup>.

Logo, embora o caso concreto dos mineiros, já analisado, guarde peculiaridades que muito distam das condicionantes sócio-culturais sob as quais o direito se desenvolve nas diversas sociedades contemporâneas, o fato é que, sob toneladas de pedras, presos em um ambiente insalubre ou nos grandes centros urbanos, o homem está constantemente conectado ao mundo cultural, para o qual confere novos produtos e objetos e do qual ele mesmo, pode-se afirmar, é produto.

---

<sup>7</sup> SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Prólogo à teoria do estado: ideologia e ciência política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 235.

<sup>8</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006, *passim*.

<sup>9</sup> KUHN, Thomas S. *O caminho desde a estrutura: ensaios filosóficos, 1970-1993, com uma entrevista autobiográfica*. Tradução: Cesar Mortari. São Paulo: UNESP, 2006, p. 271-273.

No que tange especificamente ao direito, o seu enquadramento como fenómeno cultural é, de resto, testificado por A. Castanheira Neves:

Os pensamentos jurídicos revelam-se deste modo entidades culturalmente históricas. São função da concepção do direito e dos objectivos práticos específicos por que ele se orienta em cada época e nos diversos sistemas jurídicos. Mais do que isso, são função inclusivamente do sentido fundamental da cultura englobante, do sistema cultural global, porquanto aí se oferecem já os últimos referentes intencionais (o próprio sistema de valores que o direito assimilará), já as estruturas noéticas que nessas épocas condicionam as possibilidades de pensar abertas a qualquer pensamento integrado nesse mesmo universo cultural [...]. Pelo que não poderá estranhar-se que os pensamentos jurídicos romano, medieval, moderno-iluminista e actual se não confundam – são diferentes na sua intencionalidade e na sua modalidade metódica, na índole da sua racionalidade e no seu tipo específico de juízo<sup>10</sup>.

Fixada a premissa de que o direito é manifestação cultural, permeável a valores e suscetível a mudanças segundo o curso da evolução social, não há como negar que a mesma ideia deve perpassar, com maior ou menor intensidade, todos os seus ramos, inclusive o do direito processual civil, que a este trabalho interessa em particular. Os reflexos da cultura geral no fenómeno jurídico são de tal ordem determinantes que, conforme a ideologia vigente em certo local e num dado momento histórico, poder-se-ão vislumbrar modelos de direito inteiramente distintos, seguindo escopos diferenciados e, pois, estruturados de formas diferentes. Esses modelos de direito, por sua vez, contemplarão modelos processuais igualmente peculiares.

Essa perspectiva lançada sobre o direito processual permite, assim, que se busque compreender as suas fases metodológicas (praxista ou sincrética, científica, instrumentalista e do neoprocessualismo) e o desenvolvimento destas dentro de um ou mais ordenamento(s) jurídico(s). De igual modo, abre o caminho para o exame crítico de modelos jurídico-processuais, de maneira a que se perquiria se os existentes na atualidade são melhores do que os que lhes precederam (desde que se presuma a comensurabilidade entre ambos os modelos<sup>11</sup>) ou, ainda, se se revela possível a importação de institutos processuais específicos adotados em outros países e em que medida.

---

<sup>10</sup> NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 13.

<sup>11</sup> A noção de incomensurabilidade é haurida na matemática, significando “ausência de medida comum”. Thomas Kuhn, utilizando este termo para tratar de tema afeto à filosofia da ciência, qualifica de incomensuráveis duas teorias quando entre elas inexiste uma “linguagem comum”. Em suas palavras: “a afirmação de que duas



Deve-se ter em mente, portanto, seguindo-se o quanto afirmado por Eduardo Kochenborger Scarparo, que “diferentes modos de organização cultural promoveram diversas formas de resolver e delinear a administração da jurisdição. O estudo histórico e sociológico do processo civil demonstra que a variação do seu conteúdo tem relação direta com movimentos de impacto social”<sup>12</sup>. O trabalho que ora se propõe desenvolver reflete, antes de tudo, os efeitos da diversidade cultural sobre o processo, forjando distintos modelos processuais, que se ajustam ou não a sistemas jurídicos conforme seus elementos culturais sejam, respectivamente, compatíveis ou dissonantes com as características do modelo examinado. Assim, a criação de um modelo processual decorre da cultura e a importação desse modelo a outro país depende, por sua vez, de uma compatibilidade com a cultura que o recebe.

Do mesmo modo, uma vez que este capítulo destina-se, precipuamente, ao descortinamento das duas principais tradições jurídicas da modernidade (que lutam por sobrevivência na pós-modernidade), é preciso deixar assente que os elementos a serem apresentados de relação a cada uma dessas tradições são emanações diretas e pulsantes das culturas que lhes deram origem, condicionando seu evoluir histórico tanto quanto o delineamento de suas características particulares e as diferenças encontráveis entre as famílias confrontadas.

Imperiosamente, porém, um esclarecimento terminológico há de ser feito a seguir, antes do exame das referidas tradições.

### **1.1.2 Esclarecimento terminológico: tradição, família ou sistema jurídico?**

Tomando-se por premissa que o direito é um fenômeno cultural, tem-se que ele é condicionado pelos usos e valores correntes em dada sociedade. Não por outra razão, cada

---

teorias são incomensuráveis é, assim, a afirmação de que não há uma linguagem, neutra ou não, em que ambas as teorias, concebidas como conjuntos de sentenças, possam ser traduzidas sem haver resíduos ou perdas”. (KUHN, Thomas S. *O caminho desde a estrutura: ensaios filosóficos, 1970-1993*, com uma entrevista autobiográfica. Tradução: Cesar Mortari. São Paulo: UNESP, 2006, p. 50). De fato, sendo diversos os contextos culturais nos quais se desenvolveram certos modelos processuais, falta-lhes, não raro, uma “medida” ou “linguagem comum” a possibilitar essa comparação. Daí que certas críticas feitas a um determinado modelo processual (ex.: de que a adoção de um sistema processual que confira maiores poderes ao juiz possa conduzir a um regime processual autoritário e arbitrário) não deva ser feita de modo acrítico, tendo por base delineamentos culturais presentes outrora e que já não mais se coadunam com a realidade circundante (o contexto sócio-político atual não se confunde com aquele, por exemplo, vivenciado na época do absolutismo monárquico do Antigo Regime).

<sup>12</sup> SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Contribuição ao estudo das relações entre processo civil e cultura. *Revista da Ajuris*, Rio Grande do Sul, v. 34, n. 107, set./2007, p. 113-114.

grupo social tem o seu próprio “conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes”<sup>13</sup>, a que se convencionou chamar de sistema jurídico. Um Estado pode contemplar diversos sistemas jurídicos locais, além do sistema jurídico nacional, bem como pode estar atrelado a sistemas jurídicos supranacionais. Tais sistemas terão, como dito, características condicionadas pelas peculiaridades do grupo social a que se referem.

Todavia, quando se fala em tradição jurídica, é preciso levar em consideração que ela pode ser identificada a partir de sistemas jurídicos distintos, com características próprias, mas que guardam entre si alguns elementos de unidade que demonstram o pertencimento ao mesmo tronco. Nas palavras de Merryman e Pérez-Perdomo,

uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão<sup>14</sup>.

Do quanto se pode extrair a partir do conceito supracitado, constata-se que a tradição jurídica não se relaciona a uma específica regulamentação comum a mais de um país, ou seja, à identidade normativa entre sistemas neste ou naquele ponto, senão que o conjunto de atitudes que a conforma diz respeito a questões que tocam mais a fundo o fenômeno jurídico, a começar pela própria natureza do direito e pelo papel que este desempenha no contexto sócio-político, influenciando, ainda, a estruturação do sistema como um todo e condicionando a forma de produção do direito e de sua transmissão às novas gerações.

É imperioso destacar que a palavra sistema pode, a despeito da conceituação supramencionada que lhe foi atribuída por Merryman e Pérez-Perdomo, ser também empregada como sinônimo de tradição jurídica. Nesse sentido mais amplo o termo é utilizado por René David, em obra intitulada “Os grandes sistemas do direito contemporâneo”, conferindo, ainda, às diferentes tradições jurídicas a nomenclatura de “famílias”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 21.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 22-23.

<sup>15</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 21-23.

De outro lado, há quem faça uso do termo tradição sem pretender conferir-lhe, necessariamente, a amplitude traçada por Merryman e Pérez-Perdomo. Na medida em que se possa reconhecer uma tradição como a permanência, no tempo, em dada sociedade, de “certas formas históricas das instituições, de certos caracteres dessas formas ou de certas crenças e concepções que as fundamentam, resistindo à ação das transformações sociais”<sup>16</sup>, por certo que a palavra sob exame muito se aproxima do conceito mais restrito de sistema desenhado pelos referidos juristas.

Grassa, pois, na doutrina, uma divergência terminológica que, se não chega a comprometer a compreensão do tema por quem se dedique a estudá-lo, pode levar a equívocos indesejados, especialmente porque as noções de tradição e de sistema não são unívocas sequer em direito, galgando, ainda, outras significações fora do âmbito jurídico<sup>17</sup>.

Buscando minorar esse problema, o presente trabalho adotará o sentido de tradição tal como o descrevem Merryman e Pérez-Perdomo, reputando sinônima de tal termo a palavra família. Para o vocábulo sistema reservar-se-á o uso quando referente a um ordenamento jurídico nacional (ex.: sistema brasileiro, sistema inglês, sistema francês etc.) ou quando o estudo voltar-se ao exame de determinado conjunto de características que revelem, por exemplo, a existência de um modelo de ramo do direito (ex.: sistemas processuais adversariais).

Feita a devida ressalva terminológica, passar-se-á, então, inicialmente, ao estudo das tradições ou famílias jurídicas. O direito comparado centra-se, precipuamente, no estudo de duas grandes tradições do direito: a *civil law* (família romano-germânica) e a *common law*<sup>18</sup>. No auge da vigência do regime socialista em países como a Rússia, falava-se, ainda, na tradição socialista, a qual, entretanto, perdeu muito de sua importância (salvo a histórica) com

---

<sup>16</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de filosofia do direito e do estado*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2004, v. 1, p. 72.

<sup>17</sup> Sem ultrapassar os limites da ciência jurídica, é imperioso destacar que a palavra sistema pode ser aplicada em uma conotação ainda mais restrita, quando se toma em conta um conjunto específico de regras jurídicas de um determinado ramo do direito, a exemplo do sistema processual de um dado país. Já por tradição pode-se referir, também, a um modo de transmissão da propriedade (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 242-243 e 397-398).

<sup>18</sup> Não é pacífica a utilização das expressões *civil law* e *common law* no gênero feminino. John Gilissen, por exemplo, utiliza-as no gênero masculino, sob o argumento de que o artigo “a”, antecedendo esses vocábulos, remeteria à lei, enquanto que o artigo masculino relaciona tais termos ao direito, o que seria mais apropriado (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 208, em nota de rodapé). Neste trabalho, a opção pela utilização das expressões em tela no gênero feminino afasta-se da lógica apresentada pelo citado autor; *common law* e *civil law* são vocábulos que designam tradições jurídicas, motivo pelo qual, sem descuidar do fato de que a escolha aqui formulada não encerra questão pacífica na doutrina, serão as expressões em comento antecedidas do artigo feminino, como referência às tradições jurídicas que representam e, não, à lei.

o regresso, à *civil law*, de diversos países que adotaram aquela tradição. Fala-se, ainda, em concepções apartadas de direito, a exemplo do direito muçulmano. Todavia, dadas as suas amplitude e relevância, despertaram o especial interesse dos comparatistas as duas primeiras tradições antes mencionadas, às quais serão dedicados os próximos itens deste capítulo.

## 1.2 PERSPECTIVA HISTÓRICA

### 1.2.1 Breve relato histórico da formação da *civil law*

É comum atribuir-se a origem histórica da tradição da *civil law*<sup>19</sup> ao renascimento do direito romano ocorrido nos Séculos XII e XIII, na Europa continental. A partir da queda do Império Romano do Ocidente, no Século V, em decorrência das invasões bárbaras, há uma regressão do direito romano na Europa ocidental, o qual, se não chega a desaparecer por completo (mormente em razão do princípio da personalidade das leis, aplicado pela maioria das tribos germânicas e segundo o qual cada pessoa é julgada consoante as suas leis, independentemente de onde se encontre<sup>20</sup>), perde considerável espaço para o direito bárbaro à medida em que os povos assumem modos de vida mais primitivos.

Assim, o direito na Alta Idade Média (Séculos V a X) apresenta-se de forma predominantemente oral, sem validade universal (possui âmbito regional), fundando-se em decisões de autoridades monárquicas ou religiosas, que se limitam a reproduzir regras costumeiras antigas, passíveis, embora, de evolução<sup>21</sup>. Naturalmente, pouco a pouco os direitos romano e germânico vão sofrendo influências recíprocas. Todavia, as compilações resultantes da fusão desses direitos não alcançaram a importância cultural comparável à grande obra de Justiniano, produzida no Século VI no Império Bizantino: a compilação do direito romano em três obras, quais sejam, o Digesto (ou *Pandectas*), o Código e as Instituições, obras cujo conjunto, ao qual se somam as Novelas (estas uma atualização das

---

<sup>19</sup> Interessante registrar que os integrantes desta tradição estudada costumam denominá-la de tradição romano-germânica, por referência a direitos que influenciaram a formação dessa família. A designação *civil law* é conferida àquela tradição pelos partidários da família da *common law*, justamente para realizar a contraposição com esta segunda nomenclatura. Neste trabalho, as duas expressões serão utilizadas como sinônimas, especialmente porque a terminologia *civil law* já se encontra arraigada em países de tradição romano-germânica.

<sup>20</sup> CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 129.

<sup>21</sup> NAY, Oliver. *História das idéias políticas*. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 111-112.

anteriores), mais tarde será apelidado de *Corpus Juris Civilis*<sup>22</sup>.

De se notar que, com o desaparecimento do supracitado princípio da personalidade do direito, ocorrido, sobretudo, nos Séculos VIII e IX, o costume ganha ainda maior espaço, seguindo cada comunidade as suas regras costumeiras próprias<sup>23</sup>. A partir do Século XI, uma progressiva associação entre os direitos romano e canônico favorece a redescoberta do primeiro, culminando com a sua inserção, no Século XII, como cadeira autônoma, nas universidades, o que, por sua vez, dá ensejo ao surgimento de uma disciplina erudita, formadora de profissionais detentores de prestígio e penetração social, a quem competirá, ademais, a administração da justiça<sup>24</sup>. Esse quadro favorável ao ressurgimento do direito romano tem suas bases no renascimento das cidades europeias e do comércio, o que impulsionou o desenvolvimento de um pensamento racional extensível, inclusive, ao fenômeno jurídico, sendo o direito romano aquele que melhor atende à “exigência de um direito à luz da razão”<sup>25</sup>.

A Universidade de Bolonha, na Itália, tem, nesse particular, importância curial, sendo a sede na qual a autonomia disciplinar do direito romano primeiro se estabeleceu, com o estudo, pelos intitulados “Glosadores”, do Digesto de Justiniano. Essa investigação, inicialmente dirigida apenas para a análise literal dos textos romanos, aos poucos vai ganhando maiores importância e independência, verificáveis pelo surgimento, no Século XIV, dos “Comentadores”, vinculados à Universidade de Órleans (França) e mais preocupados em adaptar os textos romanos à realidade circundante. Sua maior expressão é Bartolo de Saxoferrato, cujas obras influenciaram enormemente os direitos espanhol, português<sup>26</sup> e, mesmo, o brasileiro, em movimento denominado de “bartolismo”, consoante o qual a opinião daquele comentador era tida por obrigatória para os magistrados, prevalecendo diante de

---

<sup>22</sup> LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35-38.

<sup>23</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 190.

<sup>24</sup> NAY, Oliver. *História das idéias políticas*. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 112-114.

<sup>25</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40. Explica o autor, inclusive, que o direito erudito ensinado nas universidades, por melhor se adequar a uma sociedade em expansão, aberta, ganha espaço para os costumes locais, mais consentâneos com um modelo social fechado (*Ibidem*, p. 53-54).

<sup>26</sup> A Carta Régia de 18 de abril de 1426, dirigida por D. João I ao Conselho de Lisboa, atribuiu valor normativo em Portugal às opiniões de Bartolo, utilizadas como verdadeiro direito subsidiário até o advento da Lei da Boa Razão, de 1769 (SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 77, v. 628, fev./1988, p. 09).

conflitos hermenêuticos<sup>27-28</sup>.

A visão do direito romano como um direito racional e fonte de justiça favoreceu, ademais, a sua expansão pela Europa ocidental, formando, juntamente com o direito canônico, as bases do *ius commune* europeu. Essa concepção do direito romano é formada e reforçada pelo fato de se tratar de um direito escrito (e, portanto, menos incerto e inseguro que o direito costumeiro), comum a vários mestres, mais completo (comportando instituições então desconhecidas ou esquecidas pelos povos feudais) e mais evoluído (uma vez que sociedade romana era, de fato, mais evoluída que as sociedades feudais) que os direitos locais, atendendo, assim, aos anseios de uma sociedade que se expandia social e comercialmente. O direito romano foi utilizado por uns como um direito supletivo (ex.: Itália, Alemanha, Espanha e Portugal) e, por outros, como razão escrita (ex.: França)<sup>29</sup>. O fato é que, em maior ou menor grau, o renascimento dos estudos de direito romano conferiu uma base jurídica comum aos países da Europa continental, possibilitando, assim, o surgimento da tradição da *civil law*.

Esse breve esboço histórico, que revela o ressurgimento do direito romano no período medieval, para o qual os costumes locais cedem considerável espaço, marca, pois, o nascimento da tradição jurídica romano-germânica<sup>30</sup>, sendo este o principal traço de sua eclosão. Entretanto, é forçoso afirmar que a família em questão não deriva única e exclusivamente do tronco romano. Malgrado a codificação justinianeia represente a subtradição mais antiga da *civil law*, sua conformação integral depende, ainda, de outros

---

<sup>27</sup> LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.51-54.

<sup>28</sup> O bartolismo contou, para o seu desenvolvimento, com um fator que lhe foi sobremodo positivo: os defeitos encontráveis nas Ordenações Filipinas. Esta legislação, além de lacunosa, era em muitos pontos prolixa e antiquada, obrigando à utilização do direito romano como fonte supletiva, o qual se fazia acompanhar das glosas de Acursio e das opiniões de Bartolo. Na prática, os tribunais portugueses chegaram a aplicar diretamente os comentários de Bartolo, desprezando a legislação de Portugal. Essas as raízes que explicam a importância conferida, até os presentes dias, à opinião da doutrina na aplicação judicial do direito em Portugal e no Brasil, este por influência daquele (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 241-246).

<sup>29</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 203-204.

<sup>30</sup> Cumpre salientar que Merryman e Pérez-Perdomo associam o nascimento da tradição da *civil law* ao ano de 450 a.C., quando se deu o surgimento da Lei das XII Tábuas em Roma (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 23). Todavia, outros autores preferem estabelecer tal marco com a retomada dos estudos de direito romano pelas universidades medievais. Nesse sentido: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4 ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39. Neste trabalho, adota-se o marco histórico referido por René David, seja por se tratar do termo inicial adotado por outros comparativistas no trato do tema, seja, ainda, porque, na Europa continental, o direito romano foi paulatinamente desprezado por ocasião das invasões bárbaras e ao longo da Alta Idade Média, pelo que não se reputa adequado deixar de fazer esse corte histórico.

fatores, indicados como outras subtradições daquela família, estas que, aparecendo no decorrer de séculos de histórica, marcaram, cada uma por seu modo, profundamente, a tradição romano-germânica, conformando-a para que assumisse o aspecto que tem atualmente.

Merryman e Pérez-Perdomo destacam, além do direito romano, o direito canônico, o direito comercial, a Revolução intelectual (personificada, sobretudo, pela Revolução Francesa) e a ciência jurídica como subtradições da *civil law*. O direito canônico, por influenciar o direito romano, na medida em que juntamente com este era ensinado antes de o direito romano galgar autonomia como disciplina universitária. O direito comercial lega à tradição o seu lado mais pragmático, tendo se desenvolvido no período das Cruzadas<sup>31</sup>. A Revolução cria as bases consentâneas com o surgimento das codificações, marcas quase sempre indissociáveis da tradição romano-germânica em sua acepção clássica<sup>32</sup>. Por fim, a ciência jurídica, obra dos pandectistas alemães, inspirados por Savigny, no Século XIX, conferiu caráter científico ao direito e contribuiu para a formatação de diversos conceitos e para a criação de uma metodologia jurídico-científica própria<sup>33</sup>.

Sem sombra de dúvidas, tendo a tradição da *civil law* perpassado séculos de evolução, sendo identificada em povos e países diversos, culturalmente diferentes, longe está de representar um todo homogêneo e harmônico. Ao revés, a família sob exame reúne, em seu corpo, países com histórias jurídicas por vezes discrepantes (tal a diferença entre os movimentos de codificação e positivismo legalista, na França, e o cientificismo jurídico de Savigny, na Alemanha, que repugnou a criação de um direito novo e propugnou pelo desenvolvimento histórico e gradual do direito, sem cortes paradigmáticos), havendo mesmo quem negue a existência dessa tradição, tanto na atualidade, quanto em seu aspecto histórico<sup>34</sup>.

É fato que essa tradição, ao longo dos cerca de nove séculos em que se vem desenvolvendo, encampou e encampa ordenamentos jurídicos com acentuadas diversidades históricas, tanto dentro de um mesmo país como em sede comparativa. Assim, pertence à *civil*

---

<sup>31</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 34-36.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 45-49.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 98-101.

<sup>34</sup> TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. Tradução: Hermes Zaneti Junior. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 181, mar./ 2010, p. 168. O autor distingue três modelos diferenciados que são enquadrados genericamente nessa denominação *civil law*: o austro-alemão, o franco-italiano e o espanhol.

*law* o ordenamento jurídico liberal francês pós-revolucionário, na mesma medida em que também o integra o ordenamento social português da atualidade. Inserem-se nessa família, além da França, Alemanha e Portugal, acima citados, países como a Itália, a Espanha, a Grécia, a Áustria, a Suíça, a Bélgica, a Holanda, a Dinamarca, a Suécia, a Finlândia, a Noruega e a Escócia, no continente europeu<sup>35</sup>. Fora dele, a tradição da *civil law* expandiu-se pela colonização de uns povos (ex.: México, Argentina, Chile etc.) ou por recepção espontânea por outros (ex.: Irã, Etiópia etc.)<sup>36</sup>.

A tradição romano germânica assistiu à ascensão do Estado liberal, ao seu declínio e à ascensão do Estado social; comportou o movimento de codificação tanto quanto vem assistindo à progressiva descodificação de seus países-membros, com a criação de microssistemas e a proliferação de legislação extravagante; a *civil law*, surgida no seio de uma estrutura social que se libertava dos campos para recompor cidades e estruturar a atividade comercial, assistiu à Revolução Industrial e hoje convive com uma sociedade de consumo massificada. Essa família, outrora conformada em Estados-Nação que buscavam a cada dia a sua própria identidade normativa e cultural, hoje se depara com um mundo globalizado e movido pela velocidade inalcançável com que se processam as informações.

É difícil definir, assim, o que de fato seja a *civil law*. Mais difícil, ainda, vislumbrá-la como um *iceberg*, se a tal comparação feita se remete a uma unidade orgânico-estrutural<sup>37</sup>. Mas o fato é que, passados nove séculos desde o seu marco histórico inicial, ainda hoje os historiadores do direito e os estudiosos de direito comparado, convencidos, embora, em sua maioria, de que essa tradição e a da *common law* têm sofrido interferências mútuas, como decorrência de uma aproximação entre ambas, enxergam diferenças ainda vívidas entre as famílias.

De qualquer modo, sendo a história um conhecimento retrospectivo, não se faz possível definir, na atualidade, se essa recíproca interferência entre a *civil law* e a *common law* implicará o surgimento de uma terceira tradição, na fusão de ambas ou, ainda, na manutenção das peculiaridades próprias de cada família, reduzindo-se certas disparidades entre elas<sup>38</sup>. O

---

<sup>35</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 20.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 206-207.

<sup>37</sup> A alusão ao *iceberg* da *civil law*, para criticá-la, é feita por Michele Taruffo (TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. Tradução: Hermes Zaneti Junior. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 181, mar./ 2010).

<sup>38</sup> Merryman e Pérez-Perdomo, embora afirmem que fenômenos como a descodificação, a constitucionalização e o federalismo têm provocado uma erosão na tradição da *civil law*, sustentam que ditas mudanças não se revelam capazes de afetar a sua existência e vitalidade. Trata-se, segundo pensam, de uma possível sexta subtradição que,



fato é que, revelando-se ainda hoje importante e debatida a bipolarização dessas tradições, cumpre verificar quais as características que conferem peculiaridade à família romano-germânica e em que medida elas se diferenciam daquelas atribuídas à família da *common law*, tema de que se ocuparão os tópicos subsequentes deste capítulo.

Antes do encerramento do presente item, uma última observação se faz imperiosa. Pode causar estranheza a quem quer se proponha a ler uma síntese histórica da *civil law* que se tenha limitado a presente exposição, basicamente, a expor a sua origem, sem adentrar o seu desenvolvimento histórico, sobretudo no que tange a aspectos como o perfil da tradição em comento sob a égide do Estado liberal ou do Estado social, ou, ainda, a sua visão contemporânea.

Os limites impostos a esta perspectiva histórica são propositais e decorrem da circunstância de que o estudo de tais organizações estatais e das contingências sócio-culturais que marcaram os seus surgimento e desenvolvimento é tema que guarda estreita relação com os modelos processuais a serem estudados nos capítulos subsequentes deste trabalho, de modo que se optou, portanto, por fazer os recortes históricos apropriados nos capítulos pertinentes, assumindo-se o risco de uma certa assistematização histórica em prol de uma sistematização substancial: convergir em cada capítulo os elementos teóricos, técnicos e históricos necessários ao seu adequado desenvolvimento.

A mesma observação é válida para o tópico em que se expõem as raízes da tradição jurídica da *common law*.

### **1.2.2 Síntese histórica do nascimento da tradição da *common law***

O exame das raízes da *common law* confunde-se, inexoravelmente, com a história do direito inglês. Por certo que ela compreende outros países, dominados ou colonizados pela Inglaterra, ou, ainda, que recepcionaram o seu direito, sendo os Estados Unidos da América o principal exemplo<sup>39</sup>. Mas, ao contrário do que ocorre com a *civil law*, em que o renascimento

---

uma vez conformada, será agregada às cinco antecedentes na composição de uma nova etapa da tradição sob exame. (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 201-210).

<sup>39</sup> De se notar que, ao contrário do que ocorreu com o renascimento do direito romano, cuja expansão, ensejando o surgimento da tradição da *civil law*, foi resultado de uma escolha de diversos países (e, posteriormente, o crescimento da família romano-germânica decorreu dos fenômenos da colonização e da recepção), a *common*

do direito romano foi fenômeno que não se conteve nos limites de um único país, sofrendo, antes, uma expansão pela Europa continental, a ponto de se poder falar em um *ius commune* europeu, o nascimento da *common law* é obra solitária, criação inglesa que depois se vai difundir, abarcando outros países que, então, são reunidos em uma tradição que leva aquele nome.

Costuma-se dividir a história do direito inglês em quatro fases distintas: na primeira, denominada período anglo-saxônico, que se inicia com a cessação do domínio romano na Inglaterra e vai até o ano de 1066, tem-se um direito estritamente local, consuetudinário e pouco conhecido na atualidade. A segunda fase tem início no referido ano, com a chamada conquista normanda (Guilherme I, o Conquistador), perdurando até o ano de 1485, interstício no qual ocorre a formação da *common law* ou da *comune ley*, entendida como o direito comum a toda a Inglaterra, em oposição aos costumes locais antes dominantes. Este direito comum é elaborado pelos Tribunais Reais de Justiça, também conhecidos como Tribunais de Westminster, por referência ao local em que se estabeleceram<sup>40</sup>.

Segundo relato de R. C. Van Caenegem, “durante toda a Idade Média inicial e até meados do século XII, era possível reconhecer o Direito inglês e o Direito continental como pertencentes a uma família jurídica, germânica e feudal na substância e no processo”<sup>41</sup>. Foi mais precisamente no reinado de Henrique II, no Século XII, que se processou uma modernização do direito inglês propulsor da criação da *common law*. De origem francesa e já habituado a atividades de governo naquele país, Henrique II criou um sistema de tribunais reais que seriam responsáveis pela aplicação de um direito comum em toda a Inglaterra, em lugar dos tribunais feudais, “onde os magnatas locais ministravam uma justiça cuja qualidade e caráter variavam de acordo com os costumes e o temperamento da área”<sup>42</sup>.

Essa criação foi realizada de modo paulatino, sem desrespeitar os costumes existentes nem obrigar as pessoas a se submeterem à novel estrutura judiciária. A solução encontrada foi

---

*law* teve sua difusão vinculada a um movimento de força, sendo decorrência, sobretudo, do domínio exercido pela Inglaterra sobre outros países, antes do que de uma adoção espontânea desse direito. Tal aspecto é, inclusive, salientado por S. F. C. Milsom, em cujas palavras “the common law has proved immensely strong. It crossed the Atlantic and reached the antipodes, and it has flourished in all its homes. But it came to those homes among the cultural baggage of emigrants. No society has reached out to choose it, as Roman law has been chosen”. (MILSOM, S.F.C. *A natural history of the common law*. New York/USA: Columbia University Press, 2003, p. 19-20).

<sup>40</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 355-359.

<sup>41</sup> CAENEGEM, R. C. Van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica européia*. Tradução: Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 80.

<sup>42</sup> CHURCHILL, Wiston S. *História dos povos de língua inglesa*. Tradução: Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, 2005, v. 1, p. 209.

atrair as demandas para os tribunais reais criando uma justiça diferenciada, marcada por um processo novo, em que os julgamentos são levados a cabo por um júri popular (ficando a prerrogativa da convocação de tal júri a cargo exclusivo do rei, motivo pelo qual quem dele quisesse se valer teria, necessariamente, de acorrer aos tribunais reais). Assim, lançava as bases de uma justiça melhor do que aquela estruturada nos tribunais feudais, em que ainda prevaleciam métodos probatórios místicos e/ou cruéis, sem carga racional, como os juramentos (em que um grupo de homens deveria jurar que a causa levada a juízo era justa, submetendo-se a castigos divinos acaso mentissem), as provas (em que a parte, por exemplo, era submetida a segurar um ferro em brasa e teria razão se ele não a queimasse) e os duelos (em que se acreditava que Deus auxiliaria quem tinha razão)<sup>43</sup>.

Muito embora os tribunais reais fossem tribunais de exceção (ou seja, um caso concreto somente seria submetido ao seu exame se aceito o requerimento de justiça formulado pela parte, não possuindo esta qualquer direito à prestação da atividade jurisdicional em comento), pouco a pouco eles vão se sobrepondo às jurisdições locais antes existentes, até eliminá-las por completo.

Em sua forma originária, a *common law* inglesa era, antes de tudo, um aglomerado de questões processuais e de formas de processo (*forms of action*). A preocupação primordial era com o formalismo, em detrimento da substância, de modo que se tornou conhecida, quanto ao direito inglês, a expressão *remedies precede rights* (em primeiro lugar o processo). A decisão, quanto ao conteúdo da demanda, era absolutamente incerta<sup>44-45</sup>.

A terceira fase evolutiva do direito inglês, que se descortina entre os anos de 1485 e 1832, é marcada pelo surgimento da *Equity*, em contraposição à *common law*. Os casos recusados pelos tribunais reais ou, ainda, aqueles com cujo julgamento não concordava a parte sucumbente eram objeto de um recurso dirigido ao rei, instituto que, existente há bastante

---

<sup>43</sup> CHURCHILL, Wiston S. *História dos povos de língua inglesa*. Tradução: Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, 2005, v. 1, p. 209-211.

<sup>44</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4 ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 361-364.

<sup>45</sup> Essa característica do direito da *common law* decorre da circunstância de que os tribunais reais somente eram acessíveis se as causas a ele direcionadas se submissem a *writs* específicos, cujo rol sofreu expansão até meados do Século XIII, quando a criação de novos *writs* foi proibida, permanecendo tal lista até o Século XIX. Sobre o tema, explica John Gilissen: “O direito desenvolveu-se em Inglaterra desde o séc. XIII, com base nesta lista de *writs*, isto é, as ações judiciais sob a forma de ordens do rei. Em caso de litígio, era (e continua a ser) essencial encontrar o *writ* aplicável ao caso concreto; o processo é assim aqui mais importante que as regras do direito positivo: *remedies precede rights*. O *common law* elaborou-se com base num número limitado de formas processuais e não sobre regras relativas ao fundo de direito. É por isso que a estrutura do *common law* é fundamentalmente diferente da dos direitos dos países do continente europeu”. (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 210-211).

tempo, não era considerado violador da esfera de atuação dos tribunais reais. Passando pelo Chanceler, este, se entendesse pertinente, transmitia o recurso ao soberano, sendo a solução para o caso conferida pela Corte Real da Chancelaria.

Uma vez que os juizes dos tribunais da *common law* haviam galgado certa independência do poder real no Século XV e tendo em vista que aquele direito, para muitos, era visto como obsoleto (além do que não favorecia o desenvolvimento do poder absoluto dos reis ingleses, como por estes pretendido), novamente se criou uma forma de acesso judicial ao rei, desta feita pela via dos processos de equidade.<sup>46</sup> De se notar, todavia, que esse processo, conduzido pelo Chanceler (que, na maioria das vezes, era um bispo, valendo salientar que os tribunais eclesiásticos ingleses na era medieval aplicavam o direito da Igreja de Roma, o direito romano-canônico), não raro continha aspectos do direito romano, o que, aliado à circunstância de que o direito romano era ensinado em universidades inglesas, foi considerado como parte de uma etapa em que a *common law* viu-se ameaçada pelo crescente aumento da influência da tradição romano-germânica em seu território<sup>47</sup>.

Assim, essa nova via judicial – a *Equity* – foi, pouco a pouco, institucionalizando-se e contrapondo-se à *common law*, baseadas as suas decisões na equidade do caso concreto. Esse desenvolvimento das *rules of Equity* gerou intenso conflito com os Tribunais de Westminster – que se sentiam usurpados em suas atividades –, sendo, por conseguinte, contido no século XVII, quando, a despeito da persistência de ambos os direitos, *common law* e *equity*, o segundo teve seus espaços delimitados, aplicando menos a equidade e mais as regras de direito<sup>48-49</sup>. Logo, a ameaça representada pela influência e aplicação do direito romano na Inglaterra não chegou a abalar, ao final, as sólidas estruturas em que se firmara a *common law* naquele país.

A quarta fase do direito inglês, inaugurada em 1832, por seu turno, caracteriza-se pelo desenvolvimento expressivo da legislação (*statute law*), com o aniquilamento de inúmeros ritos processuais, sendo outros simplificados e modernizados, tornando possível aos ingleses voltar as suas atenções para o direito material, tão desprestigiado outrora. Também a distinção formal entre *common law* e *Equity* é suprimida. O papel do legislador cresce em importância,

---

<sup>46</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 213.

<sup>47</sup> CAENEGEM, R. C. Van. *Juizes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica européia*. Tradução: Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 84.

<sup>48</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4 ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 370-372.

<sup>49</sup> DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 09-10.

mas não se pode afirmar que na Inglaterra tenha a lei alcançado o grau de relevo que lhe foi conferido nos países de tradição romano-germânica. O direito inglês construiu-se sobre uma base eminentemente jurisprudencial e, pois, suas peculiares características impediram a disseminação desse modelo romano-germânico em sua estrutura jurídica<sup>50-51</sup>, calcada em precedentes judiciais e em suas especiais regras de interpretação e aplicação.

Não é demais salientar que, antes mesmo do advento dessa quarta fase do direito inglês, era já reconhecida a supremacia do Parlamento daquele país, fruto da Revolução Gloriosa de 1688, consistindo na submissão do executivo e do judiciário às leis elaboradas pelo legislativo, como forma de contenção do absolutismo monárquico e de disciplina de uma separação de poderes. Dita supremacia parlamentar, inclusive, impedia o controle judicial de constitucionalidade das leis promulgadas pelo Parlamento.

A *common law*, portanto, nascida na Inglaterra, expandiu-se para outros países por ela dominados ou colonizados. Como exemplos, têm-se o País de Gales, a Irlanda, os Estados Unidos da América (à exceção da Louisiana, atrelada à *civil law*), Canadá (menos Quebec, vinculado à tradição romano-germânica), Austrália, Nova Zelândia, Jamaica, África do Sul (que detém influências de ambas as tradições, *civil law* e *common law*), Nigéria, Quênia, Uganda, Tanzânia, Zâmbia, Índia, Birmânia e Malásia<sup>52</sup>.

Do mesmo modo como se sucede com a tradição romano-germânica, a família da *common law* tampouco guarda uma unidade orgânico-estrutural firme. De fato, não são raros os pontos em que, confrontados os sistemas jurídicos inglês e norte-americano, tidos como os principais representantes dessa tradição, constatar-se-ão diferenças notáveis. Naquele país, o controle de constitucionalidade de leis pelos juízes foi repudiado, enquanto que, em sua ex-colônia, ele não só foi aceito como aí reside o berço da criação do sistema difuso de controle de constitucionalidade, que remonta ao famoso caso *Marbury x Madison*, no ano de 1803. Por outro lado, rompendo em parte com a própria tradição que criou e distanciando-se do sistema norte-americano, o sistema inglês, a partir de 1999, conta com um verdadeiro Código de Processo Civil (as RPC – *Rules of Civil Procedure*).

Também essa família perpassou por distintos períodos históricos, orientados por ideologias diversas e, mesmo, contrapostas (ideologias liberal e social, p. ex.). Mas, da mesma

---

<sup>50</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4 ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 377-378.

<sup>51</sup> DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 10-11.

<sup>52</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 216-217.

forma com que se pode afirmar que a tradição da *civil law* contém uma certa essência capaz de mantê-la viva, idêntica conclusão pode ser direcionada à *common law*. Por maiores que sejam as mudanças empreendidas e a despeito dessa inequívoca aproximação entre as famílias, com trocas importantes de experiências e institutos jurídicos, a polaridade remanesce visível em alguma medida, o que permite, pois, que se busque demonstrá-la, tarefa cuja consecução será empreendida no item 1.3 deste capítulo.

### **1.2.3 O paradoxo da *common law* (a origem continental do direito inglês) e a sobrevivência dessa tradição à expansão da família romano-germânica**

Uma questão que desperta o interesse dos estudiosos da *common law* consiste em identificar o porquê de essa tradição, nascida de modo solitário e convivendo tão proximamente com outra que se expandia pela Europa continental – a *civil law*, haver-se não apenas quedado intacta, mas se expandido por outros países do mundo.

Em verdade, a tradição da *common law* é paradoxal em seu nascimento, uma vez que o que se convencionou chamar de *common law*, em seus primórdios, é consequência da atuação de um direito continental feudal desenvolvido em terreno inglês por reis e juristas continentais, especialmente franceses, a exemplo de Henrique II. Trata-se de um paradoxo porque esse sistema, criado por influência de franceses, baseando-se em uma estruturação feudal particularmente desenhada por monarcas continentais, não vingou em seu país de origem<sup>53</sup>.

Mais do que a particularidade de se transformar em um modelo de direito diferenciado, porém, o mais interessante a se vislumbrar na *common law* é a sua permanência através dos séculos, não sendo a Inglaterra sugada pela tradição romano-germânica, que arrebatou, de forma avassaladora, a Europa continental. Qual a razão, pois, para essa persistência em um modelo diferente? Por que o direito romano não penetrou também a senda do direito inglês, desestruturando a *common law*?

---

<sup>53</sup> CAENEGEM, R. C. Van. *The birth of the english common law*. 2. ed. New York/USA: Cambridge University Press, 1988, p. 109-110. Nas palavras do autor: “This seems to be feudalism at its Best and it is one of the paradoxes of history that kings and lords of French extraction built in England a better feudal system than at home: this feudal law, the stone which the continental builders disallowed, when they turned to Roman law, became the cornerstone of the Common Law” (p. 109). E prossegue: “I [...] will only submit the paradox that the Common Law, which became a real hallmark of English life, was originally not English at all. It was a species of continental feudal law developed into an English system by kings and justices of continental extraction.” (p. 110)

Concluir que o direito inglês é tão fundamentalmente diferente do direito continental apenas porque o povo daquele país também é diferente dos povos que habitam os países continentais é, para R. C. Van. Caenegem, uma solução por demais simplista e óbvia, não devendo afastar a perquirição, em profundidade, do cerne da questão posta. Salienta o autor que uma resposta como a acima formulada talvez se revelasse satisfatória a estudiosos alemães do Século XI, sequiosos de identificar, em toda e em cada uma das manifestações culturais, o “espírito do povo” (*Volksgeist*). Não o é, porém, nos tempos atuais, em que tal explanação facilmente seria vista como mero joguete de palavras (o que é, afinal, o espírito do povo?)<sup>54</sup>.

Tampouco residiria essa justificativa no clima inglês ou, mesmo, no fator econômico, já que, nas origens do *common law*, a economia inglesa não diferia substancialmente daquela existente na Europa continental. Na verdade, a Inglaterra experimentou avanços importantes mais cedo do que qualquer outro país da Europa: no Século XII, era o único país que tinha, por exemplo, uma corte central à disposição de qualquer homem livre. Foi em território inglês onde primeiro se estruturou, ademais, um sistema legal capaz de banir os métodos arcaicos de prova então vigentes<sup>55</sup>. Essa a razão de a *common law* ter sobrevivido ao avanço da tradição romano-germânica: a precedência no tempo. Houvesse a *civil law* se desenvolvido antes do direito inglês e provavelmente a *common law* não teria existido. O fato é que, quando se deu a expansão da tradição romano-germânica, não havia mais espaço para que esta afetasse o direito inglês<sup>56</sup>.

O fato é que, a despeito dos percalços vivenciados pela *common law* no decorrer dos séculos, bem como dos variados períodos de crise pelos quais o direito inglês passou, sua continuidade é marcante e única na história dos sistemas legais europeus<sup>57</sup>. A tradição em comento superou períodos como a Guerra das Rosas, no Século XV, que desestruturou o poder central e nocauteou a justiça com golpes diversos (a exemplo da atemorização de juízes por homens ricos, do controle dos xerifes, dentre outras atrocidades), a recepção do direito

---

<sup>54</sup> CAENEGEM, R. C. Van. *The birth of the english common law*. 2. ed. New York/USA: Cambridge University Press, 1988, p. 86-87.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 87-90.

<sup>56</sup> “In other words, when at the turn of the twelfth century Romano-canonical learning began to conquer the practice of Europe’s ecclesiastical courts and, in the course of the thirteenth century, to influence its lay courts and writers on customary law, it was too late for the Common Law to be affected in any substantial way”. *Ibidem*, p. 92.

<sup>57</sup> Como destaca Arthur R. Hogue: “The history of English law and politics is much more than a slow broadening down from precedent to precedent. England has known periods of terrible violence and disorder. More than once the common-law system has been in peril of its life. Its continuity through almost eight centuries is unique in the history of European legal systems” (HOGUE, Arthur R. *Origins of the common law*. Indianapolis/USA: Indiana University Press, 1966, p. 241-242).

romano apoiada por Henrique VIII, no Século XVI, a tentativa de imposição, no Século XVII, da teoria da origem divina do poder real (que estaria, pois, acima da *common law*), frustrada pela Revolução de 1688, o risco de se operar uma drástica mudança no sistema inglês em decorrência do advento da supremacia do parlamento, sobretudo no Século XVIII e, mesmo, as reformas implementadas no Século XIX<sup>58</sup>.

Para Arthur R. Hogue, os fatores que atuaram em prol da manutenção da *common law* foram variados, destacando-se, em especial, dois: a precoce maturidade da *common law*, que criou um modelo perpetuado pela comunidade profissional que o aprendeu e o praticou e o fato de a *common law* ser um direito da terra, da propriedade<sup>59</sup>.

Acercando-se mais da ideia de *common law* não propriamente como aquele direito desenvolvido na Inglaterra, mas, sim, como uma tradição jurídica, composta de diversos países, a coesão dessa família de direito é potencializada, na atualidade, não apenas pela identidade linguística (geral – o inglês – e jurídica), mas, também e sobretudo, pela natureza jurisprudencial dos sistemas que a integram, o que possibilita que o juiz de um dado país, valendo-se de sua discricionariedade na busca da solução de um caso novo ou duvidoso, possa levar em consideração, como precedente com força persuasiva, decisões proferidas sobre o mesmo assunto por cortes superiores de outros países integrantes da *common law*<sup>60-61</sup>.

Em suma, por distintas razões, a *common law*, nascida em berço inglês, não apenas se desenvolveu antes da expansão da *civil law* na Europa continental como, também, difundiu-se e conservou peculiaridades no decorrer de mais de oito séculos de história. As características subjacentes à *common law* devem, assim, ser pontuadas, fazendo-se a devida distinção entre dita família e a romano-germânica.

---

<sup>58</sup> HOGUE, Arthur R. *Origins of the common law*. Indianápolis/USA: Indiana University Press, 1966, p. 242-244.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 245-247.

<sup>60</sup> Este é o ensinamento ministrado por Luigi Moccia: “Ma la maggiore coesione tra i sistema giuridici di *common law*, oltre ad essere favorita – naturalmente – dalla comunanza di lingua (e di linguaggio giuridico), si spiega pure sul piano della natura giurisprudenziale di questi sistemi, con specifico riguardo alla ‘discrezionalità’ concessa al giudice di *common law* nella ricerca del diritto (*regula juris*) concretamente applicabile in presenza di casi nuovi o dubbi; là dove – cioè – il giudice può tener conto, come ‘autorità persuasiva’, di precedenti decisioni *in pari materia* pronunciate dalle corti (di grado superiore) di altri Stati facenti parte del *Commonwealth* e, in genere, dell’orbe di *common law*” (MOCCIA, Luigi. *Glossario per uno studio della “common law”*. Milano/Italia: Edizioni Unicopli, 1983, p.39).

<sup>61</sup> Deve-se enfatizar, no entanto, que essa realidade de intercâmbio de precedentes, que permite, nos dias atuais, uma maior coesão dos sistemas de *common law*, nem sempre existiu. A doutrina dos precedentes é elemento recente daquela tradição, datando do século XIX. No final do mesmo século, surge a ideia de vinculação dos precedentes (*stare decisis*). Logo, não se pode confundir a tradição da *common law* com a teoria dos precedentes ou com sua eficácia vinculante, tendo em vista que esses não são da natureza daquela, sendo um traço da moderna concepção da *common law* (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista brasileira de direito processual*, Belo Horizonte, n. 68, out./dez.2009, p. 17-18).



### 1.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E DIFERENÇAS QUE MARCAM AS TRADIÇÕES

Explicitadas as origens históricas das tradições da *civil law* e da *common law*, cumpre sejam apresentadas as peculiaridades que as identificam e diferenciam. O desenvolvimento de um tópico que tenha por escopo especificar as diferenças entre as famílias em comento é deveras desafiador. Primeiro, porque as características distintivas apontadas pelos comparatistas nem sempre são equivalentes; segundo, porque as peculiaridades de cada tradição costumam ser relacionadas tomando-se em consideração a visão clássica haurida de cada uma delas, descurando-se, por vezes, de notas evolutivas encontradas nas famílias confrontadas, sobretudo como decorrência da influência recíproca verificada entre elas na contemporaneidade.

As divergências existentes entre os comparativistas tornar-se-ão explícitas à medida que sejam expostos seus pontos de vista, em especial as características por eles enumeradas para cada tradição e distinções por eles apresentadas para as famílias de *common law* e de *civil law*. Apesar das dissonâncias que fatalmente aparecerão (mormente na extensão do rol dessas características e, pois, no reconhecimento, ou não, desta ou daquela peculiaridade como nota distintiva entre as famílias), crê-se que elas não inviabilizam a tentativa de sistematização do tema. Quanto ao segundo aspecto mencionado, deve-se esclarecer que a evolução das tradições examinadas, especialmente em decorrência de influências recíprocas sofridas pelas famílias da *common law* e da *civil law*, se tornou mais frágeis algumas diferenças, antes extremadas, não logrou exterminá-las, de modo que a distinção a ser traçada ainda guarda utilidade, conforme se pretende demonstrar, igualmente, no desenvolvimento deste tópico.

As advertências, porém, não cessam por aí. Há de se ter em mente, ainda, ao se perquirir sobre o estudo e a confrontação de modelos no âmbito do direito comparado, que eles não se encontram, na realidade, em seu formato puro. Consoante o enfoque de Hermes Zaneti Junior, “não há o modelo puro, mas, simplificando na comparação, apresentam-se os modelos como na arquitetura, na qual se define o estilo de uma construção pelas suas características mais marcantes e pela ênfase em determinados elementos no desenho do prédio”<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 52. A observação formulada pelo autor é pertinente. Ao valer-se do método

E mais: o contraste entre as tradições da *civil law* e da *common law* não tem por objeto os conteúdos dos direitos atinentes aos sistemas que as compõem, mas, sim, o aspecto formal dessas famílias, ou seja, aquele relacionado aos enfoques, à metodologia, às fontes do direito, à estrutura e ao procedimento<sup>63</sup>. Postas tais premissas, passa-se, pois, ao exame de algumas posições doutrinárias que explicitam as características das tradições em apreço, bem como os seus principais traços diferenciais.

Seguindo-se a linha de raciocínio esposada por René David, identifica-se a tradição romano-germânica ou de *civil law* como sendo aquela que tem como uma de suas bases o direito romano, muito embora, obviamente, evoluído e submetido a outras influências. Os sistemas legais vinculados a tal tradição organizam-se segundo a edição de regras de direito, tidas como regras de conduta gerais e abstratas que objetivam regular a vida em sociedade, prevendo determinados comportamentos passíveis de concretização no seio social e atrelando-lhes consequências pré-definidas ou, mesmo, conferindo ao juiz poderes para definir tais efeitos (como ocorre na técnica de legislar por cláusulas gerais).

O direito é estudado e aperfeiçoado pela ciência jurídica na busca pela determinação dessas regras gerais e abstratas, ou seja, os juristas têm a missão, dentre outras, de identificar que condutas devem ser regradas pelo direito, que comportamentos devem ser objeto de futuras regras jurídicas. A aplicação do direito é assunto deixado, via de regra, aos práticos, ocupando um lugar de menor destaque em relação à descoberta de futuras regras.

Nos países que adotam a tradição da *civil law*, a lei é vista, pois, como fonte primordial do direito, sendo comuns as codificações. O direito surge, nesse tronco, visando regular as relações entre os cidadãos, pelo que o ramo a primeiro se desenvolver foi o direito civil. Dita tradição encontra o elemento de coesão entre os países que a adotam não tanto no que diz respeito ao conteúdo das regras de direito (cuja variação não permite que se tome tal critério como determinante do pertencimento à família em questão), mas, sim, na estrutura do direito, a exemplo da adoção da grande divisão direito público – direito privado<sup>64</sup>.

---

comparativo, especialmente em se tratando de tradições jurídicas – cada uma delas abarcando diversos países, com suas peculiaridades culturais e, mesmo, jurídicas –, há de se ter em mente que as características soerguidas para definir um dado modelo são o resultado de uma “busca dos elementos determinantes” dele, sendo cediço que cada sistema integrante da família será o reflexo daquelas características, de forma mais ou menos intensa; jamais, porém, correspondendo à moldura ideal criada pelo estudioso.

<sup>63</sup> MACHADO FILHO, Sebastião. O sistema da *common law*. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, Faculdade de Direito, n. 04, ago./dez. 1997, p. 21.

<sup>64</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, p. 23-24.

Por outro lado, a tradição da *common law* tem origem diversa daquela atinente à *civil law*. O direito, na *common law*, é formado, sobretudo, pelos juizes. Nesta família, as regras de direito não possuem caráter geral e abstrato; ao revés, visam, antes de tudo, dar solução a um caso concreto e não regular condutas. Justamente por tal especificidade, as regras que primeiro se desenvolveram na tradição da *common law* foram as processuais ou de forma, para depois surgir a preocupação com as de fundo. Enquanto a *civil law* principia a sua estruturação jurídica desenvolvendo preceitos de direito privado – direito civil –, a *common law* nasce produzindo regras de direito público<sup>65</sup>. Ademais, a fonte primordial do direito nessa tradição é a jurisprudência.

John Gilissen atribui aos países integrantes da tradição romano-germânica algumas características próprias, quais sejam: o uso de uma terminologia comum, o reconhecimento de um papel especial à regra de direito geral e abstrata, a estruturação do raciocínio jurídico que parte de preceitos gerais para a solução do caso concreto e o acolhimento dos princípios de justiça e de razoabilidade do direito<sup>66</sup>.

Ao confrontar a tradição da *civil law* com a da *common law*, Gilissen destaca seis diferenças básicas entre as famílias. A primeira delas consiste no papel primordial da jurisprudência na formação e evolução da *common law* (que é, eminentemente, um direito jurisprudencial, um *judge-make-law*) em comparação com o papel secundário dessa fonte do direito na gênese e no desenvolvimento da *civil law*. Em segundo lugar, o autor aponta para o fato de ser a *common law* um direito judiciário (predomínio de normas processuais), em contraste com a acessoriedade do processo na concepção romano-germânica. A influência importante do direito romano na tradição da *civil law*, que embasou o direito erudito surgido no final da Idade Média, em contraposição à pouca romanização da *common law* é o terceiro traço distintivo entre as famílias.

O quarto traço diferenciador consiste no fato de que os costumes locais não tiveram papel na evolução da *common law*, cuja fonte costumeira residia nos costumes do reino, enquanto que, na Europa continental, a influência dos costumes locais é sentida de modo considerável até o Século XVIII. Em quinto lugar, Gilissen salienta que a legislação torna-se a principal fonte do direito no âmbito da *civil law*, galgando importância progressiva entre os Séculos XIII e XIX, enquanto que, na *common law*, seu papel é secundário. Por fim, o autor

---

<sup>65</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, p. 24-26.

<sup>66</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 204.

contrapõe a adoção das codificações na *civil law* e seu quase desconhecimento no direito inglês como a sexta principal diferença entre as tradições<sup>67</sup>.

R. C. Van Caenegem, a seu turno, aponta as seguintes características distintivas entre as tradições: a) a *common law* era vista como um conjunto de ações ou remédios legais (ao menos até os *Judicature Acts* de 1873 e 1875), enquanto que a *civil law*, em matéria processual, consistia em um conjunto de regras gerais e abstratas que abarcava muitas classes de demandas; b) a *common law* toma como base de seus julgamentos os precedentes, produzindo um raciocínio decisório de tipo empírico e indutivo (caso a caso), ao passo que a tradição continental é mais teórica, privilegiando raciocínios decisórios dedutivos, baseados em princípios abstratos, sendo, ainda, desenvolvidos diversos conceitos e distinções; c) a *common law* não se baseia precipuamente em livros e no estudo teórico, dando primazia à prática dos tribunais (daí a enorme utilização dos *Year books*, que contemplam coletâneas de jurisprudências), enquanto que a *civil law* preocupa-se com a formação universitária dos profissionais do direito, à luz de livros teóricos; d) a *common law* é formada segundo elementos encontráveis no próprio quadro medieval, ao contrário da *civil law*, moldada com o uso de elementos exteriores àquela realidade, como os de origem romana; e) ausência de codificação na Inglaterra, berço da *common law*, sendo os códigos marca registrada da tradição oitocentista da *civil law*; f) poucos estudos de direito romano na *common law* (realizados, por exemplo, por Glansvill e Brancton) não conferiram representatividade àquele nessa tradição, ao revés do ocorrido com a *civil law*, cujo sistema assenta-se, dentre outras influências, nos estudos romanísticos<sup>68</sup>.

Pietro D'Amico assevera que as tradições da *common law* e da *civil law* são antitéticas, haja vista achar-se a primeira calcada no empirismo e a segunda, no racionalismo<sup>69</sup>. Esta contraposição confere a cada uma das tradições pilares igualmente díspares. À *civil law*, ligam-se, além do racionalismo, o dogma, o apriorismo, o pensamento teórico e o método dedutivo; já a *common law*, de cunho empirista, é antidogmática, valoriza a experiência histórica, o pensamento prático e o método indutivo<sup>70-71</sup>.

---

<sup>67</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 208-209.

<sup>68</sup> CAENEGEM, R. C. Van. *The birth of the english common law*. 2. ed. New York/USA: Cambridge University Press, 1988, p. 88-91.

<sup>69</sup> “*Common law e civil law costituiscono il binomio antitetico e parallelo di giuridicità che governano tutto il diritto sul nostro pianeta, riflesso dell’antitesi empirismo/razionalismo*”. (D’AMICO, Pietro. *Common law*. Torino/Italia: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 222).

<sup>70</sup> “Gli stessi passaggi da una fase all’altra, da un sistema all’altro, sono segnati da conflitti immani, sciagurati, che ne riscontrano l’inconciliabilità oppositiva rilevata nella storia tra dogma e antidogma, razionalismo ed

No Brasil, Andréia Costa Vieira tratou de apresentar as características distintivas entre as famílias. A autora aponta a influência da tradição do *Corpus Juris Civilis* na *civil law* – o que não ocorreu na *common law* – como o principal ponto de diferenciação. De relação às fontes primárias do direito, destaca ser a lei a única para a *civil law*, enquanto que a *common law* abarca, além da lei, a jurisprudência, com certa primazia para esta. A codificação como marca peculiar da *civil law* em contraposição à *common law* é vista pela autora com reservas, uma vez que, na tradição romano-germânica, os códigos propriamente ditos, no sentido moderno da palavra, surgem somente em 1804 (Código Civil napoleônico), sem olvidar a circunstância de que em países da *common law* também são encontradas codificações (ex.: Estados Unidos da América e Índia). A diferença reside em que as codificações em países da *common law* são mais raras e, ademais, os códigos ali existentes não pretendem ser genéricos e abarcantes de todo o conhecimento pertinente a uma área, como ocorreu com as codificações clássicas da *civil law*, tampouco galgando a mesma importância que os precedentes<sup>72</sup>.

Além dessas distinções, Andréia Costa Vieira apresenta outras, dentre as quais cabem destacar as seguintes: a) diferenças de nomenclatura (sendo a da tradição romano-germânica mais precisa, enquanto que a da *common law* é, por vezes, plurívoca); b) desenvolvimento do direito conduzido precipuamente por acadêmicos na *civil law* e pelos práticos, na *common law*; c) predomínio do raciocínio indutivo na *common law* e do raciocínio dedutivo na *civil law*; d) certeza e previsibilidade do direito, na *common law*, estão calcadas na doutrina do *stare decisis* (precedentes vinculantes)<sup>73</sup>, enquanto que, na *civil law*, essas características do direito são garantidas pela lei escrita<sup>74</sup>.

---

empirismo, apriorismo ed esperienza storica, teoria e passi, deduzione e induzione, ecc” (D’AMICO, Pietro. *Common law*. Torino/Italia: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 222).

<sup>71</sup> Realçando positivamente a experiência histórica como característica da *common law*, em detrimento do raciocínio lógico vigorante na tradição romano-germânica, afirmou Oliver Holmes Junior, em livro publicado originariamente em 1881: “It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed” (HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The common law*. New York/USA: Dover Publications, Inc., 1991, p. 01).

<sup>72</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 217-224.

<sup>73</sup> Ressalvando que o *stare decisis* é elemento surgido no século XIX e que integra a moderna concepção da *common law*, não sendo contemporâneo ao surgimento dessa tradição (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista brasileira de direito processual*, Belo Horizonte, n. 68, out./dez.2009, p. 17-18).

<sup>74</sup> Para conferir essas e outras diferenças apontadas pela autora, ver: VIEIRA, *op. cit.*, p. 229-252.

Lançado o olhar sobre as estruturas jurídico-normativas normalmente encontradas nos sistemas que integram cada uma dessas tradições, por certo que a visão kelseniana clássica de ordenamento jurídico como estrutura piramidal lógica<sup>75</sup> melhor se amolda aos países da família romano-germânica, em que a lei, como visto, é a fonte primária principal do direito. Uma vez que, “na *common law*, a idéia que permeia o sistema é a de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas”, Guido Soares conclui que a figura que melhor representaria o ordenamento jurídico nessa tradição seria uma “colcha de retalhos”<sup>76</sup>.

Partindo-se do quadro doutrinário acima apresentado, é possível extrair-se uma síntese esquemática das principais características que extremam as tradições da *civil law* e da *common law*:

<i>Common law</i>	<i>Civil law</i>
Surgimento e desenvolvimento marcados pela pouca influência do direito romano.	Surgimento e desenvolvimento marcados por uma forte influência do direito romano.
Desenvolvimento, em primeiro lugar, de regras de processo (ramo do direito público, na bipartição adotada pela <i>civil law</i> ).	Desenvolvimento, em primeiro lugar, de regras de direito civil (ramo do direito privado).
Jurisprudência surge como fonte primordial do direito. Posteriormente, com o aparecimento do <i>stare decisis</i> , os precedentes passam a ser a fonte de certeza e previsibilidade do direito.	Lei surge como fonte primordial do direito, estando nela pautados os ideais de certeza e de previsibilidade do direito.
Predomínio do raciocínio jurídico empírico-indutivo e antidogmático.	Predomínio do raciocínio jurídico teórico-dedutivo e dogmático.

<sup>75</sup> “A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 246-247).

<sup>76</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direitos dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 53-54.

Surgimento de regras voltadas a conferir solução a casos concretos.	Edição de regras gerais e abstratas, destinadas à regulação de condutas.
Codificações exercem papel de menor relevância nesta tradição.	As codificações foram marca da tradição romano-germânica, especialmente no Século XVIII.
Profissionais recebem uma formação prática, notando-se o predomínio desta no desenvolvimento do direito.	Profissionais recebem uma formação teórico-universitária, com predomínio da ciência jurídica sobre a prática no desenvolvimento do direito.
Ordenamentos jurídicos integrantes desta família são representados pela imagem de uma colcha de retalhos, não possuindo o rigor lógico-formal da tradição da <i>civil law</i> .	Ordenamentos jurídicos integrantes desta família são graficamente representados sob a forma de uma estrutura piramidal, segundo visão kelseniana.

Excluídas as características relacionadas ao surgimento histórico dessas tradições (a exemplo da maior ou menor influência do direito romano ou, ainda, do ramo do direito que primeiro se desenvolveu), é especialmente sob o ponto de vista do raciocínio jurídico, do enfoque conferido ao direito por cada uma dessas famílias que se pode traçar a principal linha distintiva entre elas, útil até os presentes dias para divisá-las, a despeito das constantes influências recíprocas que são sentidas nessa seara pelos comparativistas.

Assim, em termos comparativos, ainda é possível reconhecer à tradição da *common law* o predomínio de um raciocínio jurídico empírico-indutivo, apesar da crescente influência do direito legislado (e, mesmo, da codificação, de que é exemplo o surgimento de um Código de Processo Civil na Inglaterra, as *RCP – Rules of Civil Procedure*, de 1999), sobretudo quando posto em comparação com o enfoque jurídico conferido pela tradição da *civil law*, na qual, malgrado o avanço, temporário ou não, da importância dos precedentes em alguns países (citando-se, como exemplos, a figura dos assentos portugueses<sup>77</sup> e o efeito vinculante da

<sup>77</sup> Tais assentos têm origem nas Ordenações Manuelinas (1521), sendo mantidos nas Ordenações Filipinas e afastados com a Constituição portuguesa de 1822. Novamente retomados em 1926, com o Decreto nº 12.353, foram previstos no art. 2º Código Civil de 1966. Na década de 1990, o Tribunal Constitucional português declarou a inconstitucionalidade parcial do dispositivo em comento, ao afastar a obrigatoriedade geral de tais assentos, limitando-a, apenas, aos membros do Poder Judiciário vinculados a tribunal emissor dos assentos. Por fim, na reforma processual portuguesa havida nos anos de 1995/1996, o referido art. 2º do Código Civil foi revogado, extinguindo-se a figura dos assentos vinculantes (SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 178-184).

jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Federal alemão<sup>78</sup>), ainda se adota um raciocínio predominantemente teórico–dedutivo.

De todo modo, essas distinções sublinhadas sofrem intensas mitigações na contemporaneidade: assim, as codificações oitocentistas da tradição romano-germânica cedem relevante espaço, no Século XX, às leis extravagantes e aos microssistemas jurídicos, sem olvidar que as constituições assumem papel central nos sistemas jurídicos. Por outro lado, a técnica de legislar por meio de cláusulas gerais amplia o papel do juiz, inicialmente circunscrito à mera aplicação da lei (no rigor exegético, supostamente sem sequer interpretá-la). Essas tendências conduzem a uma maior aproximação da *civil law* com a realidade histórica e com o empirismo, características mais afetas, originariamente, à *common law*.

A *common law*, por sua vez, viu florescer a crescente influência do direito legislado, chegando ao ponto de a Inglaterra, posta no centro dessa tradição – até mesmo por se tratar do país no qual ela se originou – ter adotado, no final do Século XX, um Código de Processo Civil, embora com estrutura bastante diferente daquela usualmente encontrada nos códigos romano-germânicos. Sob esse viés processual, reconhece-se que a Inglaterra, com o advento das *RCP*, distanciou-se do modelo processual adversarial<sup>79</sup>, tipicamente relacionado à tradição da *common law*, aproximando-se de um viés mais inquisitorial, termo forjado pelos *common lawyers* para definir o modelo processual típico da família da *civil law*.

As diferenças classicamente apontadas entre as tradições da *common law* e da *civil law* têm cedido terreno para a crescente miscigenação entre as famílias. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “a radical contraposição entre *common law* e *civil law*, própria ao antigo direito comparado, vem sendo deixada de lado em favor da ideia de que estes sistemas constituem dois aspectos de uma mesma e grande tradição jurídica ocidental”<sup>80-81</sup>.

---

<sup>78</sup> Sobre a vinculatividade dos precedentes oriundos do Tribunal Constitucional Federal alemão, ver DEL CLARO, Roberto. Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 175-182.

<sup>79</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179-189.

<sup>80</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Apresentação. In: \_\_\_\_\_. (coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 07.

<sup>81</sup> No mesmo sentido, Hermes Zaneti Júnior: “Os ordenamentos jurídicos, em ambas tradições, evoluíram muito, no sentido de diminuir a tensão original, de tal sorte que já não é mais legítimo ou realista falar em incompatibilidades paradigmáticas entre os dois grandes ramos do direito ocidental. Afastada essa incompatibilidade, cresce a olhos vistos o movimento de harmonização entre o *common law* e a tradição romano-germânica” (ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 247).



Diante desse quadro, o painel de contraposições entre as famílias é pintado com cores cada vez mais brandas. Conhecer as diferenças classicamente atribuídas às tradições é essencial para a melhor percepção de suas evoluções históricas e de suas diferenças atuais, ainda existentes, sobretudo nos aspectos estrutural (modo de organização dos ordenamentos) e metodológico (predomínio de raciocínios indutivos ou dedutivos, práticos ou teóricos). Por outro lado, atentar para as conformações atuais dessas tradições, que se têm imbricado progressivamente, permite, à luz dessas referências clássicas estudadas, compreender o porquê de alguns institutos pertencentes a outras tradições serem recepcionados com peculiaridades distintas ou não galgarem aceitação em certos países.

Um maior aprofundamento acerca da importação, pelos diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, de institutos jurídicos oriundos de países de distinta tradição refoge aos limites deste trabalho, cujo enfoque volve-se, no particular, ao exame dos modelos processuais extraíveis dessas famílias, base a partir da qual será estudado o princípio da cooperação e seus fundamentos constitucionais no direito brasileiro. Assim, feito o corte epistemológico necessário a conferir suporte ao escopo perseguido, impende clarificar a importância do estudo ora empreendido para a compreensão dos modelos processuais, que serão objeto de análise dos capítulos subsequentes deste estudo.

#### 1.4 A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS PARA A COMPREENSÃO DOS MODELOS PROCESSUAIS

Uma vez caracterizado o direito como fenômeno cultural e estando assente que, a despeito da diversidade de culturas existentes, o mundo ocidental pode, em linhas gerais, ser dividido juridicamente em duas tradições basilares, cada uma delas com suas características próprias, pode-se concluir que, sendo o processo um ramo do direito, também ele se mostra suscetível a tais influências, o que ensejará, por conseguinte, a identificação de modelos de processo diferentes em países atrelados à família da *civil law* ou da *common law*.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “o confronto entre *civil law* e *common law* tem sido feito por diversos prismas. No campo do processo, é critério recorrente o que se tira da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes (*rectius*: entre juiz e advogados das partes) na

instrução probatória”<sup>82</sup>. Tradicionalmente, afirma-se que a *common law* adotaria um processo adversarial, em que o juiz seria um fiscal de regras, deixando, em especial, a condução da atividade instrutória a cargo das partes, enquanto que a *civil law* calcar-se-ia em um processo inquisitivo ou inquisitorial<sup>83</sup>, que confere ao seu juiz maiores poderes na condução do processo que o modelo antes referido, especialmente os poderes instrutórios.

Merryman e Pérez-Perdomo destacam, dentre outras características, que o processo civil da *common law*, em razão de, em suas origens, ter sido estruturado sob o formato de júri (hoje remanescente apenas nos Estados Unidos da América, embora de fora minoritária), guarda, ainda hoje, as características da concentração de atos, da imediatidade no julgamento e da oralidade, em medidas maiores que aquelas existentes no processo civil dos países de *civil law*, cujos atos são, em relação aos do processo da *common law*, menos concentrados, com predomínio maior de forma escrita e com menor imediatidade no julgamento (já que o juiz que colheu as provas pode não ser aquele que irá julgar, uma vez que a decisão nem sempre é proferida no curso de uma audiência de instrução e julgamento)<sup>84</sup>.

Todavia, segundo afirma Michele Taruffo, as diferenças antes referidas acham-se superadas. Argumenta o autor, por exemplo, que os processos da *common law* contemplam diversos atos escritos, enquanto que não são desconhecidos os procedimentos forjados no seio da *civil law* e que se acham calcados na oralidade. Quanto à diferenciação entre processo adversarial e inquisitivo, Taruffo acusa a distinção em tela de puramente ideológica, chegando a duvidar de sua validade para o fim a que se destina (diferenciar modelos processuais). De todo modo, sustenta que dita contraposição, ainda que pudesse ter sido válida no passado, não o é mais atualmente, já que há processos de cunho inquisitivo na *common law* (a exemplo do

---

<sup>82</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, n. 25, 2004, p. 68.

<sup>83</sup> Barbosa Moreira critica o uso da expressão “modelo inquisitório”, sob o fundamento de que não existe um modelo processual único comum aos países da família romano-germânica (*Ibidem*, p. 75-76). A despeito da crítica pertinente, trata-se de expressão já arraigada no âmbito do direito comparado, motivo pelo qual será utilizada neste trabalho, destacando-se que, tal como já salientado quando apresentada a distinção entre as tradições de *civil law* e de *common law*, a pretensão perseguida não é a de apresentar modelos de processo que correspondam exatamente aos sistemas processuais vigentes nos distintos países, já que nenhum deles adota um modelo puro. Ao revés, o intuito da investigação a ser realizada é o delineamento de características básicas compositivas de cada um desses modelos, passíveis de serem encontradas, em maior ou em menor grau, nos sistemas reais.

<sup>84</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 155-159. Saliente-se que o Código de Processo Civil brasileiro prevê, no art.132, o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide...”. Todavia, uma vez que essa sentença não é, de regra, no procedimento comum ordinário, proferida em audiência, diversas situações podem impedir que esse princípio se efetive, como as hipóteses previstas no próprio artigo comentado, de convocação, licenciamento, afastamento, promoção ou aposentadoria do juiz.

processo *in equity* na Inglaterra) e de cunho adversarial na *civil law* (exemplificando o autor com o processo liberal clássico)<sup>85</sup>.

José Carlos Barbosa Moreira, por sua vez, apresenta, ainda, alguns aspectos que diferenciam os modelos processuais civis das tradições de *civil law* e de *common law*. Nos ordenamentos anglo-saxônicos, ou de *common law*, há uma primazia reconhecida às partes, não apenas no que pertine à iniciativa do processo e à definição do objeto (o que também se verifica em países da *civil law*), mas, igualmente, na condução da marcha do feito, em especial no que concerne às atividades instrutórias. Já nos países que integram a família romano-germânica, a primazia na condução do feito é reconhecida ao juiz. Daí se caracterizar o primeiro como um sistema adversarial e o segundo como um sistema inquisitorial.

Ainda Barbosa Moreira registra que a oralidade, na *common law*, foi resultado de necessidades práticas (julgamento pelo júri, pessoas leigas, a exigir o predomínio da forma oral sobre a escrita), enquanto que, na *civil law*, a oralidade é resultado antes de especulações acadêmicas do que da praxe. O autor, no entanto, destaca que tais distinções devem ser temperadas e vistas com parcimônia, uma vez que colocá-las de forma radical e sem esses devidos temperamentos – decorrentes de evoluções dos sistemas e de influências recíprocas por eles sofridas – levaria à apresentação de formas mais caricaturais que reais<sup>86</sup>.

É dizer: as tradições jurídicas da *civil law* e da *common law* guardam especificidades também no âmbito do processo, sendo, pois, o estudo de tais famílias relevante para uma adequada compreensão dos modelos processuais delas extraíveis. De se notar, no entanto, que, da mesma forma que se critica, atualmente, a separação rígida entre as duas tradições, também são relativizadas as distinções básicas entre os seus modelos processuais, não se podendo olvidar da existência de doutrinadores, a exemplo de Michele Taruffo, que propugnam a ideia de superação da diferenciação em comento, defendendo a chamada “circulação dos modelos” como decorrência lógica da globalização, fenômeno que potencializa a tendência a uma certa uniformidade cultural<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, abr./jun.2003, p. 143-145.

<sup>86</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 157-165.

<sup>87</sup> TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, abr./jun.2003, p. 152-155. O autor em debate sugere a definição de novos modelos processuais, quais sejam: a) os modelos estruturais, que, como o próprio nome indica, definiriam a estrutura de um processo, segundo aspectos basilares como a atuação das garantias fundamentais, a simplificação processual, as funções e responsabilidades do juiz na condução do processo e a definição das fases procedimentais; b) os modelos funcionais, que analisariam o processo sob o viés da

## 1.5 A TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

Em sua formação acadêmica, a maioria dos estudiosos do direito no Brasil certamente será instruída no sentido de que tal país integra a tradição da *civil law*. Quando tal afirmação não se revele explícita em livros de doutrina<sup>88</sup>, chegar-se-á a essa conclusão examinando-se as características basilares do sistema jurídico brasileiro em comparação com aquelas que norteiam a família jurídica em comento. A influência do direito romano, a lei vista, classicamente, como fonte primordial do direito, em que estão pautados os ideais de certeza e previsibilidade, a existência de codificações (hoje mitigadas pelo crescimento dos microsistemas jurídicos e das leis extravagantes, movimento assente em diversos países da tradição de *civil law*), o predomínio do raciocínio teórico-dedutivo, dentre outras, são marcas que evidenciam uma estreita relação do Brasil com a tradição romano-germânica.

É cediço, aliás, que uma das principais causas de expansão das tradições jurídicas foi a colonização. De fato, existe uma tendência natural de as colônias seguirem a família jurídica adotada por suas metrópoles, das quais recebem as influências culturais de um modo geral, aí não escapando o direito, também fenômeno da cultura. Com o Brasil não se passou de forma diferente.

Não há, pois, como negar que o direito português exerceu decisiva influência na formação do direito brasileiro, mesmo após a sua independência (ainda o influenciando, inclusive, nos tempos hodiernos). José Fábio Rodrigues Maciel e Renan Aguiar testificam que o sistema jurídico português (país que se vincula à tradição da *civil law*) foi imposto ao povo nativo, desprezando-se os antigos costumes indígenas<sup>89</sup>.

A inserção do Brasil na família da *civil law*, porém, é tema que merece reflexão. É que o direito brasileiro, embora, em suas origens, inegavelmente encartado na família romano-germânica, apresenta hoje significativa influência também da tradição anglo-saxônica, o que

---

instrumentalidade, tomando por base aspectos como a efetividade da tutela jurisdicional, a celeridade e a adequação procedimental às finalidades perquiridas; c) os modelos supranacionais, que extravasam os limites dos ordenamentos nacionais, podendo ser estruturais ou funcionais (*Ibidem*, p. 155-157).

<sup>88</sup> “É a este sistema [referindo-se ao romano-germânico] que pertence o direito brasileiro, bem como se filiam todos os direitos que tomaram por base o Direito Romano” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 77). Também Guido Soares sustenta pertencer o Brasil à tradição da *civil law* (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direitos dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 31).

<sup>89</sup> AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.120.

se pode vislumbrar, por exemplo, pela adoção, no ordenamento jurídico pátrio, do chamado controle difuso de constitucionalidade, desenvolvido nos Estados Unidos da América, tendo como marco a decisão proferida pelo *Chief-Justice* Marshall no caso *Marbury x Madison*, em 1803. Trata-se, por conseguinte, de instituto surgido e desenvolvido no seio da *common law* e transplantado ao direito brasileiro, desde a Constituição Republicana de 1891.

Também a preocupação com a tutela de direitos supra-individuais, a noção de devido processo legal e a ideia de supremacia da Constituição tal como talhada pelo direito norte-americano são notáveis influências da *common law* no direito brasileiro. Recentemente, vem ganhando importância, ainda, o sistema de precedentes (súmulas vinculantes, julgamento de causas repetitivas etc.), a demonstrar que, de fato, os sistemas vêm se aproximando e sofrendo recíprocas e importantes influências<sup>90</sup>.

De mais a mais, deve-se levar em consideração a advertência feita por Daniel Francisco Mitidiero, tratando especificamente do processo civil brasileiro – mas em lição que se pode estender a outros ramos do direito –, no sentido de que, malgrado a inequívoca influência lusitana no direito pátrio, este também é dotado de identidade e características próprias, que não podem ser olvidadas no estudo das instituições do país<sup>91</sup>.

Quer se afirme que o sistema brasileiro pertence à tradição da *civil law* com profunda mitigação das características específicas daquela família, quer se diga que ele não se enquadra em qualquer das tradições estudadas, sendo um ordenamento jurídico *sui generis*<sup>92</sup>, é fato que não se pode perder de vista a dimensão dessas peculiaridades que se inserem no contexto do sistema jurídico pátrio, sob pena de impossibilitar a compreensão do direito brasileiro, âmbito no qual serão perquiridos os fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo, escopo deste trabalho.

Assim, para o que interessa ao presente estudo, impende deixar assente que o sistema jurídico brasileiro convive, também do ponto de vista processual, com um verdadeiro paradoxo metodológico: a necessidade de compatibilizar uma tradição constitucional extremamente influenciada pelo direito norte-americano (*common law*) e uma tradição

---

<sup>90</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p. 38-40.

<sup>91</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 33, jul./set.2004, p. 498.

<sup>92</sup> Para Fredie Didier Junior, o pensamento jurídico brasileiro compatibiliza-se com institutos provenientes de distintas tradições (a exemplo do princípio do devido processo legal, oriundo da *common law*, e do princípio da boa-fé objetiva, de raiz romano-germânica). Defende o autor, por conseguinte, que o Brasil possui um modelo próprio de sistema jurídico, irredutível a qualquer das duas tradições examinadas. Trata-se de uma tradição jurídica peculiar (DIDIER JUNIOR, *op. cit.*, p. 39-40).

infraconstitucional sustentada em influências oriundas da Europa continental (*civil law*), a exemplo do que ocorre com o Código de Processo Civil de 1973, tal como originariamente talhado<sup>93</sup>. É dentro desse contexto e à luz dessa especificidade que o tema objeto deste trabalho será tratado.

---

<sup>93</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 17. O autor afirma que a tradição brasileira é híbrida, misturando-se aspectos das tradições romano-germânica e de *common law*.

## 2 O MODELO PROCESSUAL ADVERSARIAL

---

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por processo adversarial<sup>94</sup> costuma-se definir aquele em que prepondera a atividade das partes na condução material e formal do processo<sup>95</sup>. Trata-se de nomenclatura difundida pelos juristas integrantes da *common law* e utilizada comumente para definir o modelo processual civil existente nos sistemas que compõem aquela tradição, contrapondo-se ao modelo processual civil inquisitorial, o qual seria afeto aos países de *civil law*, tendo por característica peculiar uma maior interferência do órgão judicial na condução do processo e na atividade probatória. A contraposição entre os modelos adversarial e inquisitorial de processo civil surge, pois, no universo dos *common lawyers*, que reputam o modelo inquisitorial inadequado, uma vez que autoritário e invasivo da liberdade das partes.

Entretanto, o exame do modelo processual civil adversarial, para que seja feito de modo mais preciso, não pode prescindir do esclarecimento de algumas premissas básicas, a primeira delas consistente na natureza do próprio objeto de estudo. Quer-se com isso afirmar que os modelos jurídicos, com a pureza com que são apresentados, resultam de ficções, abstrações construídas a partir de realidades jurídicas. Não há, no mundo real, modelos puros. Em nenhum sistema jurídico será encontrado um processo civil de cunho adversarial que reúna absolutamente todas as peculiaridades que lhe são atribuídas. Qualificar-se-á um dado sistema jurídico-processual como adversarial quando suas características forem predominantemente

---

<sup>94</sup> Trata-se de um aportuguesamento usualmente utilizado do termo inglês “adversary”, sem correspondente na língua pátria.

<sup>95</sup> Apontando a posição de proeminência das partes no modelo adversarial: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 33, n. 163, set./ 2008, p. 164; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 42; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 126; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 39; GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, ago./set. 1999, p. 04.

consonantes com o modelo apresentado, não se exigindo, pois, uma identidade entre sistema e modelo para realização desse enquadramento<sup>96</sup>.

A segunda premissa que se deve deixar assente concerne à afirmação de que o processo adversarial seria típico dos sistemas integrantes da tradição da *common law*, enquanto que o processo inquisitorial corresponderia aos países que compõem a *civil law*. De plano, deve-se registrar que dita assertiva é equivocada. Não é correto sustentar que o processo adversarial estaria restrito aos países da *common law*, a cujo modelo contrapor-se-ia o inquisitorial, encontrável em países de *civil law*. No que interessa ao presente capítulo, faz-se mister destacar que o modelo adversarial não é exclusividade da tradição da *common law*.

Sobre o tema, aliás, preconiza Mirjan Damaška que essa justaposição entre os modelos processuais adversarial e inquisitorial como forma de contrastar os sistemas processuais civis de países de *common law* e de *civil law*, embora se revele frequente, é imprecisa. A diferença em tela, pontua o autor, serve antes para representar contraposições entre modelos processuais *penais* dessas duas tradições, ou, mesmo, para divisar os modelos processuais civis ocidentais daqueles outrora vigentes na extinta URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), do que para identificar traços distintivos entre sistemas processuais civis pertencentes a essas duas tradições ocidentais<sup>97</sup>. Em suma, é possível encontrar sistemas processuais civis enquadráveis no modelo adversarial tanto em países integrantes da *common law* como em países componentes da tradição da *civil law*, sempre se tendo em mente que o sistema concreto não equivalerá, em sua integralidade, ao modelo apresentado.

---

<sup>96</sup> Impende destacar a advertência feita por José Carlos Barbosa Moreira, no particular: “Existirá, no mundo contemporâneo, sistema processual que se ajuste a esse modelo? Não seria adequado responder à pergunta sem primeiro advertir que modelos não costumam ver-se reproduzidos na realidade como substâncias ‘quimicamente puras’. A caracterização e a inclusão dos ordenamentos em categorias inspira-se em critério de *predominância* e não de *exclusividade*. Descrever um *tipo* é, forçosamente, pôr entre parênteses uma série de marcas e notas que imprimem a cada espécime sua inconfundível singularidade. Cumpre ter em mente essa importantíssima ressalva ao ouvir ou ao ler qualquer exposição sobre o assunto” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, 1º semestre de 2003, p. 45).

<sup>97</sup> “The contrast between common law and civil law systems of civil procedure is often expressed by juxtaposing adversarial and inquisitorial models of procedure. On the conventional understanding of these two models, civil litigation in common law systems then appears as controlled by litigants who present their respective cases to a passive judge, and its civil law counterpart as controlled by an active judge who conducts an inquiry into the facts and the law of a dispute. But while these two contrasting models capture many salient differences between traditional forms of *criminal* justice in the two branches of the Western legal tradition, and while they bring out some important contrasts that existed between Western and Soviet approaches to civil procedure, they could be misleading as means to identify distinctive features of Anglo-American and continental European style of *civil* litigation. The models overemphasize differences that exist in control over procedural action, and neglect disparities related to their unequal institutional contexts. This was clear in the past, but is in attenuated form visible even today” (DAMAŠKA, Mirjan. The common law/civil law divide: residual truth of a misleading distinction. In: CHASE, Oscar et al. (coord.). *Common law-civil law: the future of categories of the future*. Toronto: International Association of Procedural Law, 2009, p. 01).



Em outra obra, Damaška, ao contrapor o processo de resolução de conflitos, típico do Estado reativo (liberal), ao processo como instrumento de concretização de políticas, relacionado ao Estado ativista (social), afirma que a primeira categoria de processos identifica-se tanto com o processo adversarial da *common law* quanto com o processo contraditório ou governado pela parte na cultura continental. Ou seja, embora reserve a denominação “adversarial” para identificar o processo civil na tradição da *common law*, o autor deixa claro existir uma similitude entre este tipo processual e aquele que chama de “contraditório ou governado pela parte” na cultura ocidental continental (*civil law*), o que reúne sob o rótulo de processo de resolução de conflitos<sup>98</sup>.

Uma última observação se faz imperiosa. Ante os estreitos laços existentes entre processo civil e ideologia – consequência lógica de se reputar o fenômeno jurídico, de modo geral, e o processual, em particular, como fruto da cultura –, é possível identificar na ideologia liberal o solo mais propício ao desenvolvimento do modelo adversarial de processo civil, haja vista a sintonia entre as características do Estado liberal – privilegiador da liberdade individual e de uma menor intervenção do Estado na autonomia privada – e aquelas que estruturam o processo adversarial.

Aliás, os distintos modelos processuais estão intrinsecamente relacionados com um “problema central de política jurídica”, que consiste em estruturar a “divisão de trabalho entre o órgão judicial e as partes”<sup>99-100</sup>. Em verdade, é central no estudo desses modelos o exame da relação entre o juiz – e os poderes que lhe são conferidos para o exercício de sua função – e as partes e seus advogados. Essa distribuição de tarefas, se muitas vezes é evidenciada pela doutrina no trato do tema da instrução probatória (aferindo-se a existência de maiores ou menores poderes instrutórios do juiz, em comparação com a atividade probatória das partes), a ele, todavia, não fica restrita, incidindo sobre temas outros, a exemplo da delimitação do objeto do processo e da própria iniciativa para instauração da demanda.

Por outro lado, essa divisão de tarefas decorre, em medida bastante considerável, da maior ou menor importância dada ao Judiciário pela ideologia dominante e pelo sistema

---

<sup>98</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986, p. 80. Mais adiante, porém, Damaška complementa sustentando que o modelo adversarial não é exclusivo dos países de *common law*, existindo aspectos de procedimentos continentais mais “adversariais” que os correspondentes anglo-americanos (*Ibidem*, p. 98).

<sup>99</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45.

<sup>100</sup> Assunto este considerado por Alexandre Mário Pessoa Vaz como “um dos temas mais vastos, mais complexos e transcendentais da actual Teoria Geral do Processo Civil” (VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil*: do antigo ao novo Código. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 312-313).

político. Daí que o papel conferido ao juiz em cada sistema processual pode ser examinado não apenas na contraposição entre os seus poderes e o espaço de atuação e de influência das partes no processo, mas, também, na relação mantida entre o Judiciário e as demais funções estatais (legislativa e executiva). Aliás, sob essas duas diferentes e conexas perspectivas costuma ser estudado o fenômeno do ativismo judiciário<sup>101</sup>, muito embora o presente trabalho tome como base precipuamente a primeira dessas vertentes, mais diretamente relacionada com o exame dos modelos jurídicos, fazendo a devida referência à segunda delas, quando pertinente.

## 2.2 AS CARACTERÍSTICAS DO MODELO PROCESSUAL ADVERSARIAL

O exame dos modelos processuais civis de modo geral e, em particular, do modelo processual adversarial perpassa, necessariamente, pela investigação do modo como nele se opera a divisão de trabalho – e de poderes – entre o órgão jurisdicional e as partes. Compreender a dinâmica desse relacionamento é, pois, passo crucial no delineamento das características fundamentais do modelo analisado.

Dessa relação advirão outras particularidades do modelo, concernentes à busca da verdade e à noção de justiça por ele adotada.

### 2.2.1 Posição das partes no modelo adversarial

Sob a perspectiva da posição ocupada pelas partes no modelo adversarial, duas vertentes devem ser consideradas: a que toma como parâmetro a relação entre as partes, destacando-se a necessidade de seu tratamento isonômico (o que pressupõe a perquirição sobre em que sentido essa isonomia é considerada no âmbito do processo) e, por outro lado, a predominância da atividade das partes sobre a do juiz na condução do procedimento.

#### 2.2.1.1 Igualdade formal entre as partes

No relacionamento *inter partes*, o modelo adversarial funda-se na premissa de que se deve resguardar a igualdade entre elas. Entretanto, uma vez que dito modelo tem profunda

---

<sup>101</sup> VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo Código*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 313.

sintonia com as regras do *laissez-faire*, ou seja, da livre iniciativa e do não-intervencionismo estatal, é natural que essa igualdade propugnada não seja senão a igualdade formal – igualdade perante a lei ou igualdade de oportunidades –, sendo indiferente ao modelo que, do ponto de vista substancial ou real, as partes não ostentem o mesmo equilíbrio.

A igualdade formal é abstrata, porque consiste em uma previsão de tratamento isonômico dos seres humanos pelo ordenamento jurídico. Sendo consideradas iguais em oportunidades, porque nascidas livres e iguais em direitos, as pessoas têm desconsideradas as desigualdades que, no plano da realidade, as tornam profundamente diferentes, desequilibrando não apenas as relações sociais e econômicas de um modo geral, como, em particular, a relação jurídica processual.

Humberto Ávila esclarece que a igualdade formal ou perante a lei “garante a aplicação uniforme da lei: os cidadãos [...] devem ter o mesmo tipo de aplicação da lei, sem qualquer distinção”, independentemente do conteúdo ostentado pela norma a ser efetivada. Trata-se de um dos aspectos do princípio da isonomia, haja vista que nele também se insere a igualdade material ou igualdade na lei, esta que se refere ao teor da norma a ser aplicada, que somente deve conter discriminações fundadas, voltadas ao atingimento de um escopo constitucionalmente protegido<sup>102</sup>.

Orientada apenas pela ideia de igualdade formal, deixa a norma de conferir o necessário *discrimen* às situações que o mereçam, ou seja, não trata desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem e se abstém de seguir as regras basilares de correta aplicação do princípio da igualdade material ou real ou de fato (escolha de um adequado critério de diferenciação, aferição da existência de um fundamento lógico entre esse critério e a desigualdade a ser suprida e, por fim, verificação da conformidade desse fundamento lógico com os interesses jurídicos tutelados pela Constituição)<sup>103</sup>. A fórmula retórica e abstrata de simplesmente reputar todos iguais em oportunidades culmina por ampliar as gritantes desigualdades vivenciadas no plano real.

Com isso não se quer negar a importância que representou o reconhecimento da igualdade, ainda que formal, pelo Estado liberal, na medida em que ele forneceu as bases para o futuro desenvolvimento da igualdade material, propugnada pela grande maioria das Constituições atuais. O fato é que, no entanto, especialmente no âmbito do processo, reputar como iguais empregados e empregadores, consumidores e fornecedores, capazes e incapazes,

---

<sup>102</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 74-77.

<sup>103</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-22.

alfabetizados e analfabetos etc. é premissa que, ao contrário de favorecer o desenvolvimento de uma luta justa, termina por acentuar ainda mais essas diferenças, promovendo a ditadura do mais forte sobre o mais fraco<sup>104</sup>.

Desse modo, a igualdade entre os litigantes é de natureza formal ou jurídica, sendo decorrência das regras processuais abstratas. As questões atinentes à desigualdade real entre as partes são tratadas como assunto pré-processual ou extraprocessual, não estando inseridas nas preocupações peculiares do modelo estudado, afinado aos ideais do liberalismo. Como explica Michele Taruffo,

il modello *adversary* rimane ancorato, per ragioni che verranno meglio esaminate altrove, allo schema dello scontro individualistico tipico dell'ideologia liberale classica, modellato sui presupposti del liberismo economico, tra cui principalmente quello del non-intervento sulle situazioni di disuguaglianza reale<sup>105</sup>.

Dessa característica resulta que, de um lado, não se incluirá no papel do juiz, a quem cabe o julgamento da demanda, qualquer tarefa tendente a auxiliar a parte hipossuficiente, o que, nesse modelo, pode ser visto, inclusive, de modo negativo, como um sinal de que o magistrado rompeu com o seu dever de imparcialidade<sup>106</sup>. Eventuais soluções para o problema do desequilíbrio entre as partes no plano substancial serão encontradas, por exemplo, promovendo-se medidas assistenciais à parte menos favorecida, tendo-se como exemplo a assistência judiciária (*legal aid*). De se notar que tal providência, exterior à configuração do modelo examinado, já reflete tendências sociais vinculadas ao *Welfare State*.

Nem mesmo esse assistencialismo, todavia, galga resolver a problemática da desigualdade substancial entre as partes no plano processual, tendo em vista que, por vezes, esse auxílio limitar-se-á a possibilitar o acesso dos menos favorecidos à justiça, aqui entendendo-se o acesso à justiça em sua concepção clássica, ou seja, de simples propositura da demanda. A razão de ser dessa restrição consiste no fato de que o exercício desse direito pelos hipossuficientes enseja um elevado custo para o erário, havendo de ser feita a escolha entre maior garantia de extensão do benefício ao seu público-alvo ou aumento da qualidade da assistência prestada.

---

<sup>104</sup> MORALLES, Luciana Camponoz Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 90.

<sup>105</sup> TARUFFO, Michele. *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979, p. 73.

<sup>106</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986, p. 107.

Como se observa, a uma, a tendência prevalecente nos diversos países, de se ampliar a assistência jurídica em sua extensão, enseja, como regra, uma insuficiente qualidade do auxílio prestado; a duas, dito assistencialismo, embora não se contenha nos limites de análise do modelo adversarial, por certo que já representa uma distorção desse modelo puro, sobretudo quando se opta pelo aumento da qualidade da assistência prestada, já que revela uma disposição do Estado de influir no procedimento, na contramão das premissas tradicionais do processo civil adversarial.

Assim sendo, pode-se concluir que o modelo adversarial, firmado em premissas liberais de predomínio da livre iniciativa no processo, é incapaz, por si, de reduzir ou eliminar as discrepâncias substanciais existentes entre as partes. Essa desigualdade pode ser vislumbrada não apenas sob o ponto de vista econômico-social. De igual modo, avulta quando se contrapõem, em uma demanda, um litigante habitual e um ocasional, quando as diferenças sobressaem, principalmente, nas capacidades defensivas dos contendores<sup>107</sup>. Considerando que a maioria das demandas atuais tem em um de seus polos um litigante habitual e, no outro, um eventual, pode-se afirmar que, por sua postura ideologicamente alheia ao problema do desequilíbrio entre as partes – bastando-se que se garanta uma isonomia formal –, o modelo adversarial não apenas não promove uma redução dessa desigualdade, como, ainda, a reforça<sup>108</sup>.

As melhores estratégias, os advogados mais preparados e as melhores condições de produção da prova estarão, quase sempre, com os contendores que ostentem maior capacidade econômica. Enquanto isso, o modelo adversarial toma por pressuposto uma relativa – e não mais que formal – paridade de posições defensivas entre as partes, alheando-se às desigualdades existentes no mundo real e que, sem sombra de dúvidas, desequilibram a balança da justiça procedimental em favor do econômica e tecnicamente mais capaz<sup>109-110</sup>.

---

<sup>107</sup> “Vale anche qui, infatti, la regola per cui più ampia è l’attribuzione di potere alle parti, maggiore è il vantaggio della parte più ricca, più capace di scelte razionali e più organizzata” (TARUFFO, Michele. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979, p. 90).

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>109</sup> “Nella ‘logica’ dell’*adversary system* è dunque sufficiente l’uguaglianza formale delle parti, ma non è necessaria la loro uguaglianza sostanziale, ed infatti i tentativi di ridurre le disuguaglianze sostanziali – come il *legal aid* – si collocano al di fuori della struttura *adversary* del processo, mentre questa rimane indifferente al problema di siffatte disuguaglianze” (*Ibidem*, p. 109).

<sup>110</sup> Também defendendo que o modelo adversarial garante igualdade processual, mas não substancial: JOLOWICZ, J.A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 372, mar./abr. 2004, p. 146-147.

### 2.2.1.2 A predominância das partes na condução do procedimento

Ainda em conformidade com o ideal do liberalismo (*laissez faire*), o modelo processual civil adversarial rege-se por uma acentuada predominância da atividade das partes na instauração da demanda e na condução do procedimento. À parte compete, pois, provocar o órgão jurisdicional, dando início ao processo e definindo o seu objeto, que não pode sofrer alteração pelo juiz. As questões fáticas que dão suporte à pretensão do autor e à resistência do réu também são estabelecidas pelas partes. Quanto às questões jurídicas, o juiz não fica atrelado aos argumentos aduzidos pelas partes no processo. Não obstante, termina decidindo, na maioria das vezes, com base na adoção integral de um dos posicionamentos defendidos no processo ou, mesmo, acolhendo em parte as alegações dos litigantes.

Interessante pontuar que, nesse contexto, tampouco se confere ao juiz o poder de inserir pessoas alheias ao litígio, por sua própria iniciativa, o que poderia culminar no comprometimento do controle da demanda pelas partes originárias. Assim, por exemplo, a chamada intervenção *iussu iudicis*, prevista outrora no art. 91 do Código de Processo Civil brasileiro de 1939<sup>111</sup> e que permitia ao juiz, segundo seu senso de conveniência, determinar que se promovesse o ingresso, no feito, de um terceiro a ele estranho – mesmo não se verificando na hipótese a existência de um litisconsórcio necessário – é instituto que não se compatibiliza com o modelo adversarial, por malferir a autonomia das partes e desprezar a sua posição predominante na condução dos rumos do processo.

Como consequência desse predomínio das partes no modelo adversarial, relegando o juiz a uma postura passiva (que será discutida no item subsequente), tem-se que referido modelo costuma atribuir às partes a tarefa de instrução do feito. A elas competirá, pois, após delinearem as questões fáticas que guiarão a atividade probatória, escolher os meios de prova idôneos à comprovação de suas alegações, produzindo as provas necessárias a tanto. Também nesse ponto reputa-se inadequada a adoção, pelo magistrado, de uma postura ativa, esta que

---

<sup>111</sup> “Art. 91. O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância.” O Código de Processo Civil de 1973 não contempla previsão nesse sentido, havendo quem repute que o art. 47, parágrafo único, desse diploma processual cuidaria de tal ingresso de terceiro no feito por determinação judicial. Todavia, é de se ter em mente que a intervenção *iussu iudicis*, segundo se entendia, poderia ser ordenada pelo juiz mesmo quando não se estivesse diante de um litisconsórcio necessário. Já o art. 47, parágrafo único, do CPC/73 limita-se a conferir ao juiz um poder-dever de instar o autor a inserir na demanda um litisconsorte necessário que a ela não foi integrado. Sobre a temática, explicitando a posição dos que defendem que o art. 47, parágrafo único, do CPC seria a regulamentação da intervenção *iussu iudicis* no ordenamento pátrio e, de outro lado, sustentando essa não equivalência e sugerindo interpretação extensiva do dispositivo do CPC vigente para permitir que o juiz, p. ex., determine a inclusão no feito de um litisconsorte facultativo unitário, ver: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p. 337-341.

poderia comprometer a sua imparcialidade, tendendo o juiz, ao determinar de ofício a produção de uma dada prova, a beneficiar um dos contendores em prejuízo do outro<sup>112</sup>.

De se notar que a autonomia da parte no modelo adversarial é de tal modo consagrada que deve ser respeitada mesmo quando o seu exercício se faça em prejuízo do funcionamento ótimo do processo. Assim ocorre, por exemplo, quando uma parte, a despeito de não possuir conhecimentos técnicos suficientes, decide demandar sem advogado contra um adversário bem assessorado juridicamente e com boas condições financeiras. Mais uma vez, a questão foge aos limites de atuação do juiz, que seria considerado parcial se decidisse, *sponte propria*, determinar que se suprisse tal desequilíbrio<sup>113</sup>.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, países filiados à tradição da *common law*, a descoberta dos fatos é tarefa das próprias partes, que dispõem de amplos poderes de *discovery*, ou seja, de investigação dos fatos sem necessidade de intervenção judicial, realizando os litigantes as suas próprias diligências instrutórias (exame de documentos, ouvida de testemunhas etc.), em fase comumente conhecida por *pre-trial*, preparatória do julgamento propriamente dito, o *trial*, este sim conduzido pelo juiz<sup>114</sup>.

Constata-se, pois, que o modelo processual civil adversarial tem por um dos seus pilares o predomínio da atuação das partes no processo, o que implica estarem a elas afetos atos que vão desde a instauração da demanda (com a delimitação do objeto do processo), passando pela especificação das questões de fato e (em grande medida) das questões de direito que serão enfrentadas pelo magistrado, sem olvidar a concentração, em suas mãos, da atividade instrutória, consistente na definição dos meios de prova e, mesmo, em sua produção. Nesse espaço de veneração da autonomia privada, em que o processo é visto como pertencente aos litigantes (a parte é tida como *dominus litis*, a dona da lide; o processo era visto como “coisa

---

<sup>112</sup> Barbosa Moreira critica esse argumento, salientando que a concessão, pelas legislações contemporâneas, de poderes instrutórios destinados ao juiz não se incompatibiliza com a sua imparcialidade, mormente porque, adotando ou não essa iniciativa, uma parte sempre acabará sendo beneficiada. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48). A posição externada pelo autor em comentário é de todo pertinente, na medida em que o modelo adversarial, quando preconiza a passividade judicial como premissa, permitindo que a parte hipossuficiente figure em juízo em situação de absoluta desvantagem de relação ao litigante rico e habitual, por exemplo, acaba por beneficiar este em detrimento daquela.

<sup>113</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986, p. 105.

<sup>114</sup> Na prática, porém, pesquisas estatísticas dão conta de que a fase *pre-trial*, que deveria ser, como afirmado no texto, uma etapa preparatória para o *trial*, acaba se tornando uma verdadeira fase de solução do conflito, já que, por exemplo, na Inglaterra, apenas 2% a 3% dos casos alcançam esse segundo momento, sendo igualmente pequenas as hipóteses em que tal ocorre nos Estados Unidos da América (TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 110, abr./jun.2003, p. 148-149).

das partes”, *Sache der Parteien*), sobre ao juiz papel de pouca expressão no desenrolar da dialética dos contendores em juízo.

### 2.2.1.3 Processo adversarial e princípio dispositivo

É costumeiro afirmar que, na tradição da *common law*, os sistemas processuais civis submetem-se ao predomínio da atuação das partes, sendo, por essa razão, regidos pelo princípio dispositivo<sup>115</sup>, enquanto que o princípio inquisitivo estaria mais vinculado aos sistemas processuais integrantes da tradição da *civil law*.

Ainda que se abstraia a observação quanto à impropriedade de limitar-se determinado modelo processual aos países componentes dessa ou daquela tradição – o que será objeto de mais aprofundado exame no item 2.3 deste capítulo –, o fato é que a identificação feita entre um dado modelo processual e o princípio dispositivo ou o inquisitivo é, igualmente, inadequada, haja vista que em todos os modelos serão encontradas manifestações de ambos os princípios, variando, apenas, a dosagem em que cada um deles se apresentará<sup>116</sup>.

Os princípios dispositivo e inquisitivo podem ser examinados sob dupla perspectiva: a) em seu aspecto substancial, relacionado à fixação do objeto litigioso do processo; b) em seu aspecto processual, pertinente à estruturação procedimental (produção de provas, impulso oficial etc.)<sup>117</sup>. José Roberto dos Santos Bedaque registra, todavia, que o princípio dispositivo por vezes é relacionado apenas ao aspecto processual antes salientado, enquanto que ao aspecto substancial é atribuída a denominação de “princípio da demanda”<sup>118-119</sup>.

Mauro Cappelletti esquematiza as perspectivas em que pode ser visualizado o princípio inquisitivo do seguinte modo: a) princípio inquisitivo em sentido material ou substancial ou próprio, correspondente ao fenômeno de desvinculação do juiz das alegações feitas pelas

---

<sup>115</sup> Entendido o termo “princípio”, aqui, não como norma, mas, sim, como “fundamento”, “orientação preponderante”, conforme enfatizado por DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p. 74.

<sup>116</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, n. 27, 2005, p. 05-06.

<sup>117</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 87; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p. 76.

<sup>118</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 88.

<sup>119</sup> A identificação do princípio dispositivo ao seu viés processual é a posição adotada, por exemplo, por Ovídio A. Baptista da Silva, para quem, segundo o princípio dispositivo, “o Juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes”. O autor defende que o fundamento primordial do princípio dispositivo é a manutenção da imparcialidade do julgador. O poder da parte quanto à fixação do objeto litigioso do processo é por ele denominado de princípio da demanda. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Princípios fundamentais do processo civil*. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 46-49).



partes sobre os fatos constitutivos (ou seja, o magistrado poderia, por iniciativa própria, aportar novas causas de pedir ao processo); b) princípio inquisitivo em sendo processual ou formal ou impróprio, que se caracteriza pela abolição do monopólio das partes no que tange à iniciativa probatória<sup>120</sup>.

Do mesmo modo, Cappelletti também vislumbra o princípio dispositivo sob as óticas material e processual. No primeiro sentido (material ou substancial ou próprio), o princípio dispositivo associa-se ao poder exclusivo das partes para pleitear a tutela jurisdicional e para fixar o objeto litigioso do processo (referindo-se o autor ao *Dispositionsprinzip* alemão). Já no sentido processual ou formal ou impróprio, o princípio dispositivo vincula o juiz à iniciativa das partes no que diz respeito ao desenvolvimento processual, especialmente quanto à iniciativa probatória (a *Verhandlungsmaxime*)<sup>121</sup>.

Com base nessa diferenciação, Cappelletti estabelece que a imparcialidade do juiz deve se ater à demanda, mas não ao processo ou à decisão: “Imparcial debe ser el juez respecto a la acción, y por ende respecto al derecho hecho valer y al acto (demanda, excepción) de hacerlo valer; pero no respecto al proceso no, menos aun, respecto al juicio, o sea respecto a la justicia de la decisión”. Em outras palavras, somente um ordenamento que não respeitasse o princípio dispositivo em sentido material teria abolido o direito subjetivo e, portanto, o direito de ação. Mas o princípio dispositivo em sentido formal não se liga aos poderes substanciais das partes ou à vinculação do juiz a esses poderes<sup>122</sup>.

Durante a predominância da ideologia liberal, mormente no final do Século XIX, era comum reputar-se o processo como coisa das partes, motivo pelo qual se lhes reservava não apenas o poder de instaurar a demanda, deduzindo sua pretensão em juízo, como, ainda, poderes atinentes à condução do procedimento, sobretudo no que pertine à apresentação das questões fáticas e à instrução probatória. Essa visão coadunava-se com a ideia privatista do processo civil então reinante e correspondia, pois, à concepção do princípio dispositivo em sua dupla acepção.

De mais a mais, a confusão entre os âmbitos substancial e processual era própria da fase metodológica em que se encontrava o direito processual à época, qual seja, a imanentista ou sincrética (pré-científica), em que o processo era visto como mero apêndice do direito

---

<sup>120</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*: contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Tradução: Tomás A. Banzhaf. La Plata: Platense, 2002, v. 1, p. 344-345.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 345.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 347.

material, sem qualquer autonomia<sup>123</sup>. Uma vez que o processo era uma mera sucessão de atos e formalidades tendentes à proteção do direito substancial, nada mais natural que, no contexto de uma ideologia política marcada pela liberdade e pela autonomia privada do indivíduo, com limitação da interferência estatal na esfera privada, o princípio dispositivo predominasse nas duas vertentes em debate.

A fase científica ou autonomista do direito processual, desenvolvida a partir das ideias preconizadas por Oscar Büllow ainda no Século XIX (1868), confere uma nova perspectiva para a análise do processo, nele podendo ser divisadas duas relações jurídicas distintas: a de direito material e a de direito processual. Logicamente, essa mudança de enfoque ensejará uma alteração, também, na forma como se passou a enxergar o conteúdo do princípio dispositivo, na medida em que, a despeito do caráter privado da relação jurídica material, a relação processual ostenta natureza pública, motivo pelo qual não pode o seu desenrolar ficar ao sabor das conveniências das partes litigantes<sup>124</sup>.

Por esse motivo, pertinente a posição manifestada por José Roberto dos Santos Bedaque, para quem o princípio dispositivo restringir-se-ia à relação material (ou seja, ao aspecto substancial antes mencionado) e não à relação jurídica processual<sup>125-126</sup>. Desse posicionamento se extrai a conclusão de que o princípio dispositivo não é incompatível com a atribuição de poderes instrutórios ao julgador, de vez que essa matéria é estranha aos meandros do princípio estudado<sup>127-128</sup>.

Mauro Cappelletti, após apresentar algumas das principais manifestações do princípio dispositivo em sentido próprio (também por ele denominado de princípio ou máxima da

---

<sup>123</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 42. Referida fase metodológica perdurou até meados do Século XX.

<sup>124</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 145-146.

<sup>125</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 90.

<sup>126</sup> A adstrição do princípio dispositivo à relação jurídica de direito material não implica afirmar que sobre a relação jurídica de direito processual as partes não possuam qualquer margem de disponibilidade. A desistência do processo, que não guarda qualquer relação com a disposição do direito material objeto da demanda, é exemplo claro dessa possibilidade de a parte, em certa medida, dispor da relação jurídica processual. Trata-se, entretanto, de poder que não se insere nos limites do princípio estudado.

<sup>127</sup> “O chamado princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual não tem razão de ser, pois entre os deveres do juiz está o de tomar iniciativa quanto à determinação dos meios probatórios, atendido o âmbito de investigação estabelecido pelas partes na determinação dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir)” (BEDAQUE, *op. cit.*, p. 93-94).

<sup>128</sup> Seguindo a mesma linha enfatizada por Bedaque, tem-se a posição adotada por Rafael Caselli Pereira, *verbis*: “Assim, quanto à iniciativa probatória nada impede o juiz de promovê-la, visto que lhe compete descobrir a verdade a respeito dos fatos trazidos pelas partes. Violação ao princípio dispositivo clássico ocorreria se o magistrado determinasse a iniciativa da demanda e limitasse o objeto dessa” (PEREIRA, Rafael Caselli. A compatibilidade do princípio dispositivo e o da imparcialidade com a iniciativa probatória do juiz. *Gênese - revista de direito processual*, Curitiba, n. 40, jul./dez. 2006, p. 382).

disposição da parte), a exemplo da impossibilidade de instauração do processo de ofício (regra da demanda), da adstrição da decisão do juiz, comumente, ao que foi pedido pelas partes (princípio da congruência) e da possibilidade, na maioria dos casos, de as partes encerrarem a demanda pela autocomposição, salienta que os sistemas processuais civis de países da Europa Continental também revelam tais características, o que os aproximaria muito mais de uma natureza não inquisitorial<sup>129</sup>. Com base em tais observações, conclui o autor italiano:

A presença de tais regras e características fundamentais faz com que o processo civil dos países da Europa Ocidental assumam aquela mesma natureza não inquisitória, que é própria também do processo civil dos países de *common law*. De maneira errônea, portanto, alguns juristas destes países afirmam que o processo civil europeu-continental é um *inquisitory system of litigation* (sistema inquisitório de litigância) e o contrapõem ao seu sistema, definido por eles como um *contentious* ou *adversary system of litigation* (sistema contencioso de litigância). A verdade é que não se pode definir corretamente como inquisitório um sistema no qual estão vigentes as regras e normas que tomamos em exame nesta primeira parte de nossa investigação; ou seja, um sistema inspirado no *princípio dispositivo*, porque é precisamente a exata [o]posição do *princípio inquisitório*<sup>130</sup>.

As ideias desenvolvidas neste tópico permitem, por conseguinte, que se sumulem as seguintes conclusões: a) o conteúdo jurídico do princípio dispositivo é variável no tempo e, mesmo atualmente, não se logrou êxito em pacificar a doutrina quanto aos seus exatos contornos; b) o modelo adversarial mais se compatibiliza com a ideia de princípio dispositivo típica do Estado liberal, ou seja, em sua dupla acepção substancial e processual<sup>131</sup>; c) face à tendência doutrinária de se resumir o princípio dispositivo, atualmente, ao seu aspecto substancial, não revelando incompatibilidade a adoção desse e a concessão de poderes instrutórios e de condução do procedimento ao juiz, não é adequado, pois, afirmar-se que o

---

<sup>129</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 24-32.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>131</sup> J. A. Jolowicz qualifica o *adversary system* (referindo-se, especificamente, aos sistemas processuais de países integrantes da *common law*) como uma aplicação exagerada do princípio dispositivo: “As a general rule, continental civil procedure – civil procedure as distinct, for instance, from administrative procedure – is not considered to be ‘inquisitorial’. Though it has been described as ‘accusatorial’, this does not mean that it is adversarial in the common law sense. Both subscribe to the dispositive principle, and though the common law does so implicitly rather than explicitly, the adversary system can be explained as an exaggerated application of the principle: because the parties choose to litigate in the first place, they must be free to decide not only what will be the subject matter of the litigation but also the basis on which it will be conducted and, in particular, on what evidence the issues of fact will be resolved” (JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 219).

modelo processual civil dos países da Europa Continental, ainda quando confira tais poderes ao juiz, seja, necessariamente, regido de modo dominante pelo princípio inquisitivo.

Por fim, na medida em que se utilize a expressão “princípio dispositivo” também em seu viés processual ou impróprio, é preciso deixar assente que um determinado ordenamento jurídico não adotará, integralmente, o princípio dispositivo ou o inquisitivo, senão que cada um deles irá influenciar preponderantemente determinados temas processuais (ex.: análise das questões fáticas, recursos, provas etc.)<sup>132</sup>, de modo que o sistema será qualificado de dispositivo ou inquisitivo segundo a preponderância de um desses princípios.

### **2.2.2 Posição do juiz no modelo adversarial**

Em contraposição ao papel ativo reservado às partes, do juiz, no modelo adversarial, espera-se, tão-somente, que adote uma postura de neutralidade e passividade diante do litígio que lhe é posto a julgamento. Acredita-se que a postura passiva do magistrado é a garantia de sua imparcialidade, que restaria comprometida acaso o julgador, por exemplo, assumisse uma conduta ativa na instrução do feito, promovendo iniciativas em busca da descoberta da verdade dos fatos, que deve ser apresentada pelas partes.

Essa premissa que norteia o modelo adversarial – a da passividade e neutralidade do juiz – objetiva reduzir o magistrado à condição de um verdadeiro “convidado de pedra”<sup>133</sup>, sendo função sua apenas a de garantir uma disputa justa, esta, que, por sua vez, estaria configurada desde que respeitadas as regras do jogo adversarial, calcadas, sobretudo, na garantia de igualdade formal entre os litigantes. Ao final do procedimento, a vitória pertenceria àquele que melhor combatesse.

A passividade judicial implica, assim, que o juiz se torne dependente das partes para colher os dados de que necessita para tomada de sua decisão, especialmente no que tange às questões fáticas. A instauração do processo, a delimitação do seu objeto, a seleção e produção das provas tendentes à demonstração dos fatos subjacentes à demanda e, mesmo, em grande medida, a definição do material jurídico que embasará a decisão ficam a critério das partes, sendo o juiz um receptáculo de tais informações, das quais se valerá para produzir o seu

---

<sup>132</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p. 75-76.

<sup>133</sup> TARUFFO, Michele. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979, p. 130-131.

veredicto. Essa visão tradicional, tributária da ideologia liberal, funda-se na noção de processo como “coisa das partes”, que resulta na restrição dos poderes do juiz no processo<sup>134</sup>.

Uma vez que o modelo adversarial busca garantir a igualdade formal entre as partes e que o juiz, devendo abster-se de interferir na livre disputa dialética processual, não pode promover medidas tendentes à redução da desigualdade real, que, na maioria das vezes, se constata existir entre os litigantes, não faltam críticas de que essa postura passiva do magistrado, longe de garantir a sua imparcialidade, implica evidente parcialidade, tendente a garantir, como regra, a vitória do mais forte sobre o mais fraco.

Em suma, assim como o liberalismo econômico, ao propugnar pela igualdade formal entre as pessoas, contribuiu para acirrar diferenças sociais e perpetuar o *status quo* de dominação do economicamente mais forte (burguesia) sobre o mais fraco (proletariado), o modelo adversarial (que corporifica um verdadeiro liberalismo processual<sup>135</sup>) estrutura-se de modo a garantir um “livre” jogo de interesses, no qual o lado mais fraco tende a sucumbir ante a parte econômica e tecnicamente mais forte, mais bem aparelhada para fazer valer seus direitos em juízo.

Segundo Michele Taruffo, o juiz do modelo adversarial não é neutro, porque haverá de escolher, como regra, uma dentre as duas posições contrapostas, tampouco se podendo defender a sua independência, já que depende, em grande medida, da atitude das partes, especialmente daquela mais forte, que estará normalmente assessorada pelo melhor advogado<sup>136</sup>. Rui Portanova, por sua vez, nega a possibilidade de garantir a imparcialidade judicial quando há a preocupação de resguardar apenas a igualdade formal no processo: “com desigualdade entre as partes não há imparcialidade judicial, mas convivência na opressão pela via judicial do mais forte sobre o mais fraco”, circunstância que, para o autor em comento, torna o contraditório uma farsa<sup>137</sup>. José Carlos Barbosa Moreira acentua, igualmente, que a concessão de poderes instrutórios ao juiz não se revela incompatível com a imparcialidade do

---

<sup>134</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 72.

<sup>135</sup> “Si tratta, in sostanza, della traduzione sul piano processuale dell’ideologia liberale dello stato: il giudice, come lo stato liberale classico, deve anzitutto garantire la propria non-interferenza nel gioco del libero mercato dei rapporti individuali; deve quindi garantire che ogni individuo abbia le stesse possibilità formali di parteciparvi, ed intervenire soltanto per impedire che il ‘gioco’ venga turbato da scorrettezze nella applicazione delle sue regole. Queste, d’altronde, sono direttamente ispirate al modello ideologico dell’individualismo competitivo che ha la sua matrice nelle dottrine del liberismo sociale ed economico; la funzione del giudice è allora quella di assicurare l’aderenza del processo a tale modello ideologico, il quale implica appunto che il giudice si limiti a controllare la *fairness* dello scontro, senza intervenire ad influenzare l’andamento e tanto meno a determinarne l’esito. Non a caso, si è parlato al riguardo di un *Battle Model* di processo, fondato sulla concezione per cui questo è un lungo di scontro, fra stato e individuo se si tratta del processo penale, tra individui se si tratta del processo civile”. (TARUFFO, Michele. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979, p. 179).

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>137</sup> PORTANOVA, Rui. Princípio igualizador. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 62, nov./1994, p. 289.

jugador, tendo em vista que, adotando ou não essa iniciativa, uma parte sempre acabará sendo, necessariamente, beneficiada (com a atuação ou com a omissão do magistrado)<sup>138</sup>.

Conclui-se, pois, que a correlação empreendida pelo modelo adversarial entre passividade do juiz e imparcialidade não passa de um dogma por ele firmado, sem qualquer comprovação empírica. Todavia, esse não é o único ponto em que se verifica a erosão do citado modelo quando examinado sob a ótica do órgão julgador. O processo adversarial não se coaduna, por exemplo, com a postura que se exige do julgador na tutela de direitos transindividuais, em que o magistrado decidirá o conflito sopesando outros interesses e exigências distintos daqueles apresentados pelas partes (fato comum quando uma demanda individual é transformada, pelo juiz, em *class action* nos Estados Unidos da América, que adota o modelo sob análise).

O exame do papel ocupado pelo juiz no modelo adversarial não pode prescindir da perquirição acerca da sua atuação na busca da verdade, bem como da definição do escopo primordial perseguido pelo processo civil em tal modelo. Assim, o processo adversarial tem como principal objetivo a solução do conflito submetido à apreciação do magistrado. Vista a jurisdição como um consectário lógico da institucionalização do poder – ou seja, do seu desgarramento do núcleo social (quando menos no que tange ao seu exercício) e sua concentração na figura estatal –, tem-se que a atividade jurisdicional objetivou, em um primeiro momento, preencher a lacuna decorrente da proibição, imposta pelo Estado ao indivíduo, de que este venha a “fazer justiça com as próprias mãos”. Fincado o modelo adversarial nesta premissa, o processo civil por ele representado desenvolve-se à maneira de um duelo, um jogo, uma competição, uma guerra civilizada.

Por outro lado, é, provavelmente, na contraposição entre os conceitos de justiça substantiva e de justiça processual que mais bem se consegue observar a função do juiz no que diz respeito à busca da verdade no modelo adversarial. A justiça substantiva é obtida quando a decisão proferida pelo juiz ao cabo do procedimento decorra de uma atuação honesta, desprovida de erro grosseiro, que tome em conta as questões de relevo para o deslinde da demanda e que se harmonize com o ordenamento jurídico a ser aplicado. A seu turno, a justiça processual leva em consideração não o conteúdo do que foi decidido, mas,

---

<sup>138</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48.

sim, que esse julgamento se estribe em um procedimento regular, em que as regras processuais sejam respeitadas e cumpridas pelos sujeitos do processo<sup>139</sup>.

Uma decisão verdadeiramente justa deve reunir essas duas vertentes de justiça: a substantiva e a processual. Não por outra razão, aliás, uma decisão substantivamente justa pode ser anulada se acometida de grave vício processual (ex.: um determinado magistrado que profere uma sentença de procedência *prima facie*, lastreado em provas que evidenciam este direito, desrespeitando a garantia do contraditório), assim como um julgado proferido com o respeito de todas as regras procedimentais pode, ao final, ser substantivamente injusto (o que ocorre, por exemplo, quando a premissa fática na qual ele se assenta é equivocada).

Considerando que o juiz, no modelo adversarial, limitar-se-á, em sua tarefa de apuração dos fatos subjacentes à pretensão formulada, à análise do material probatório que lhe for apresentado pelas partes, por certo que o processo civil calcado em tal modelo tenderá a privilegiar a justiça processual (respeito ao procedimento estabelecido para o desenvolvimento do debate judicial entre os litigantes) em detrimento da justiça substantiva. Isso porque não se pode olvidar a circunstância de que, garantindo o modelo adversarial apenas a igualdade formal entre as partes, é natural que as desigualdades reais havidas entre elas ensejem discrepâncias importantes nas forças probatórias de cada uma delas, sobretudo em decorrência dos custos que advêm dessa atividade instrutória. Estando vedada ao juiz a adoção de medidas probatórias de ofício, cabe-lhe, por conseguinte, cingir a sua missão de busca da verdade aos elementos que lhe sejam postos à disposição, o que, inegavelmente, pode gerar – como, não raro, gera – a formação de juízos equivocados acerca da matéria de fato que lastreia o pedido a ser examinado.

De relação às questões de direito, por certo que o modelo adversarial não obsta, teoricamente, a que o juiz aplique ao caso concreto o regramento jurídico que entender adequado e pertinente à demanda, não estando, no particular, adstrito ao que lhe foi trazido pelas partes.

Na prática, porém, a adoção de um procedimento predominantemente oral (com concentração de atos no *trial*, o que inclui o proferimento da decisão final) subtrai do magistrado a possibilidade de empreender uma pesquisa adequada quanto ao material jurídico de que se valerá em seu julgamento. Soma-se a tal circunstância o fato de que, em sua concepção clássica, o modelo adversarial preconizava que o juiz deveria, como garantia de sua imparcialidade, acorrer ao julgamento sem ter tido prévio conhecimento do que iria julgar.

---

<sup>139</sup> JOLOWICZ, J. A. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, n. 135, maio/2006, p. 163.

Servir-se do material jurídico já apresentado pelas partes aparece-lhe, pois, como solução conveniente.

Do quanto afirmado se conclui que o modelo adversarial serve mais ao propósito de resolver conflitos e menos ao de produzir decisões corretas, consideradas estas como as que se pautam em toda a informação que se pode obter acerca de um caso, mesmo que não se trate da verdade absoluta<sup>140</sup>, até porque o alcance dessa verdade real e absoluta acerca de um acontecimento é objetivo inatingível, mera utopia<sup>141</sup>.

De todo modo, o modelo adversarial, adotado primordialmente em países da tradição da *common law* (dos quais são utilizados como paradigmas os sistemas norte-americano e inglês), revelou-se custoso, demorado e complexo, tendo os críticos atribuído esse quadro desfavorável justamente à característica lapidar do processo adversarial: o controle das partes sobre o procedimento<sup>142</sup>. Diversas reformas processuais foram e têm sido, assim, implementadas, na tentativa de conferir ao juiz papel mais ativo na condução do processo. Nos Estados Unidos da América, pontuam-se mudanças como o *California Evidence Code*, de 1965, que confere ao magistrado poderes instrutórios tais como o de interrogar testemunhas e de convocá-las de ofício para depor, ou, ainda, as *Federal Rules of Evidence*, de 1975, que, além dos poderes supramencionados, ainda autoriza o magistrado a nomear de ofício peritos para atuação no feito. Sucede que, na prática, a cultura da passividade judicial impede, em boa medida, a implementação dessas novas posturas judiciais, às quais se confere, não raro, interpretação restritiva<sup>143</sup>.

É na Inglaterra, todavia, que se observam as modificações mais importantes no papel assumido pelo juiz no processo civil, a ponto de se pôr em questão se o modelo adversarial ainda seria o adotado pelo direito inglês após a incorporação dessas mudanças. Costuma-se apresentar como episódio paradigmático naquele ordenamento, caracterizador da típica passividade judicial e, pois, do afastamento que haveria de ser mantido pelo magistrado das

---

<sup>140</sup> JOLOWICZ, J.A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 372, mar./abr. 2004, p. 141.

<sup>141</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sustentam a inatingibilidade da verdade real, absoluta, objetiva, salientando que toda investigação acerca de um fato é influenciada por aspectos subjetivos de seus espectadores e do juiz, este no momento de valorar a prova produzida. Assim, toda análise de um fato será sempre uma interpretação sua (a exemplo do que ocorre com a alegação), não correspondendo ao fato examinado em sua plenitude (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 33-34).

<sup>142</sup> JOLOWICZ, J. A. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, n. 135, maio/2006, p. 174.

<sup>143</sup> TARUFFO, Michele. *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979, p. 24-26.



iniciativas instrutórias, a cargo exclusivamente das partes, o julgamento do caso *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983).

Nesse processo, grandes companhias aéreas discutiam o aumento de tarifas que lhes eram cobradas no aeroporto de Heathrow. Para a prova de suas alegações, requereram a exibição de documentos que o governo se negou a apresentar, por reputá-los secretos. Uma vez que desconheciam o seu teor, as empresas autoras não tinham como demonstrar ao juiz da causa que dita exibição lhes seria necessária. Entendendo que tais documentos poderiam ser úteis à elucidação do caso, o magistrado de primeiro grau decidiu, ainda assim, determinar tal exibição, sendo sua decisão reformada pela *Court of Appeal* e pela *House of Lords*, que tomaram por equivocada esta iniciativa judicial, na medida em que tal providência seria contrária ao processo adversarial, por malferir a imparcialidade do julgador, a quem caberia fazer justiça à luz das provas disponíveis e do direito, privilegiando-se, pois, a justiça processual em detrimento da substantiva<sup>144</sup>.

Paulatinamente, o direito inglês foi sofrendo alterações relevantes, que vão desde o declínio do júri civil, passando por um aumento de importância da prova escrita (que normalmente não era admitida para a prova dos fatos), até a concessão de poderes instrutórios ao juiz. Nessa seara, tem-se a possibilidade de o julgador limitar o número de testemunhas-perito (já que as questões técnicas eram elucidadas desse modo, uma vez que o juiz não poderia indicar um perito para resolvê-las). A partir de 1974, o depoimento de técnicos como testemunhas passou a depender de acordo entre as partes ou de anuência do juiz, neste último caso desde que a parte dê conhecimento prévio à outra do teor do que será dito pelo perito em audiência. Leis de 1986 e de 1988 conferiram ao juiz o poder de determinar que uma parte informe à outra, ainda, a substância do depoimento da testemunha que levará ao *trial*. Em 1989, os arrazoados esquemáticos tornaram-se obrigatórios, como regra, no julgamento de recursos (as partes expõem suas razões e os juízes podem ter acesso ao teor da decisão recorrida antes do *trial*)<sup>145</sup>. Essas reformas ruíram com a visão de que o juiz imparcial deve desconhecer previamente o conteúdo da demanda objeto do *trial*. O juiz desinformado cede espaço ao juiz conhecedor da causa.

Mas, se tais reformas já empreenderam uma significativa mudança no sistema processual civil inglês, por certo que as de maior impacto decorreram da entrada em vigor, em 1999, das *Rules of Civil Procedure*, ou seja, do Código de Processo Civil inglês. Referido

---

<sup>144</sup> JOLOWICZ, J. A. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, n. 135, maio/2006, p. 172-173.

<sup>145</sup> JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 377-381.

diploma normativo, se bem que formalmente muito diferente das estruturas codificadas dos países que integram a tradição da *civil law*, confere ao magistrado maiores poderes de instrução probatória (muito embora ainda não lhe concedam, expressamente, poderes de determinação da realização de provas de ofício) e de condução do feito, inclusive na fase *pre-trial*, a exemplo da possibilidade de definir que questões devem ser objeto do *trial*, da faculdade de indicar como as provas devem ser produzidas em juízo ou do poder de zelar pela rápida e eficiente solução do litígio, fixando cronogramas ou outros meios para controlar o curso do processo<sup>146</sup>.

Em suma, a posição ocupada pelo juiz no modelo adversarial clássico em grande medida já não corresponde àquela que se lhe reservam os sistemas processuais tradicionalmente encartados como seguidores daquele modelo. De um lado, a necessidade de tutela de direitos que extrapolam a esfera puramente individual e, de outro, os clamores pela redução dos custos e da demora dos processos são fatores que têm ensejado um evidente incremento da atuação judicial nos procedimentos cíveis, pondo em dúvida a própria sobrevivência deste modelo na realidade circundante.

No particular, pertinente se revela a observação feita por José Carlos Barbosa Moreira, quando identifica, sobretudo na Inglaterra e com menor intensidade nos Estados Unidos da América, um “um deslocamento da ênfase posta de hábito no papel dos litigantes, ou de seus advogados, para o do órgão judicial”, enquanto que o caminho inverso vem sendo traçado por países da Europa Continental. Para o aludido autor, este pode ser “um sintoma de certa propensão à convergência das duas famílias tradicionais no universo processual do ocidente”<sup>147</sup>.

### 2.3 IDEOLOGIA LIBERAL E MODELO ADVERSARIAL

Há um elo de profunda identificação entre o modelo adversarial e a ideologia liberal. De se notar, para que evitem confusões históricas indesejáveis, que o modelo sob exame não é criação do liberalismo; ao revés, aquele precede este em séculos. Nas palavras de Michele Taruffo,

---

<sup>146</sup> Um panorama mais amplo acerca do Código de Processo Civil inglês pode ser obtido em MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179-189.

<sup>147</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, n. 27, 2005, p. 18.

in sostanza, non è l'epoca del liberalismo classico a creare dal nulla l'*adversary trial*, che ha dietro di sé una tradizione storica di diversi secoli; è però il liberalismo classico che esalta l'*adversary system* come modello ideale, in quanto vi ravvisa l'attuazione dei propri valori, ed anche una sorta di giustificazione storica di essi. È in questa fase, infatti, che i valori sostanziali del liberalismo e i valori processuali del *common law* espressi nel'*adversary trial* si saldano in un nucleo comune, fondato sulla fiducia che il risultato ottimale, nel mercato come nel processo, venga raggiunto *by the free clash of competing forces*<sup>148</sup>.

Feita a ressalva pertinente, impende iniciar o exame da ideologia liberal pelo sistema francês, cujo Código de Processo Civil, de 1806, foi referência para diversos países continentais da tradição da *civil law*. Essa análise servirá, de um lado, para trazer a lume a relação de quase simbiose entre o liberalismo e o processo adversarial; de outro, reforçará a ideia de que o modelo adversarial não é uma exclusividade dos países integrantes da *common law*.

### 2.3.1 O liberalismo na França

É a França o cenário onde, com maior força, se desvelam os fatos que dão substrato à análise da atuação judicial sob a égide do Estado liberal. No Século XVIII, no idioma francês, então a língua universal (papel hoje ocupado pelo inglês), reuniam-se trabalhos da maior parte dos filósofos da época. A classe burguesa, crescente em número e em fortuna, via-se politicamente desprestigiada, perdendo postos de funções públicas para a nobreza. O regime absolutista, que outrora conferiu as condições sociais que permitiriam o desenvolvimento da burguesia, era, agora, um entrave ao Terceiro Estado, desejoso de assenhorear-se do poder.

De outro lado, também os camponeses vêem-se premidos pelas exigências da nobreza que, falida, passa a cobrar as rendas feudais de forma mais rigorosa. A França, então marcada por alta carga tributária, por finanças arruinadas, altas de preços, desemprego agrícola e com os anacrônicos privilégios concedidos à nobreza, vê nascer o quadro histórico propício à união da burguesia e do campesinato contra a nobreza, na busca de uma constituição, da supressão de privilégios e, mesmo, de consagração do liberalismo econômico.

Todavia, apesar de concebida como uma reação da “vontade do povo” contra uma “conspiração aristocrática”, a Revolução Francesa foi, antes de tudo, o movimento de tomada

---

<sup>148</sup> TARUFFO, Michele. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979, p. 265-266.

do poder político pela burguesia e para a burguesia<sup>149</sup>. Os ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade restringiram-se, na prática, à liberdade individual e à igualdade formal, com o respeito pela propriedade, mantendo-se, pois, uma massa de excluídos pelo novo sistema<sup>150</sup>.

A ideia de limitação do poder no Estado liberal burguês pós-revolucionário era irrenunciável. As experiências de abuso e de arbitrariedade vivenciadas sob a vigência do Antigo Regime e a necessidade de a classe burguesa manter o poder por ela adquirido demonstraram ser imperiosa a adoção de uma nova estrutura político-estatal, de modo a que, rompendo com a realidade precedente, a burguesia pudesse dar concreção ao seu ideal de liberdade, sobretudo de liberdade econômica.

Não é demais rememorar que muitas condutas arbitrárias praticadas no regime anterior foram originárias do poder jurisdicional, que, mais do que qualquer outro, haveria de sofrer limitações. O princípio da separação de poderes surge, então, precipuamente, como uma “técnica constitucional destinada a evitar o despotismo e a garantir a liberdade”<sup>151</sup>. Logo, o modelo jurídico assentado no Estado liberal, consolidado após a Revolução Francesa, lastreia-se no dogma da onipotência do legislador, que passa a deter o monopólio da produção do direito, subordinando as demais funções estatais.

À hipertrofia do legislativo correspondeu uma tentativa de atrofia do poder jurisdicional, conferindo-lhe um papel quase autômato na aplicação do direito, segundo o qual caber-lhe-ia a função de mera “boca da lei”, em assente expressão utilizada por Montesquieu.

### 2.3.1.1 A neutralização do magistrado: o juiz “boca da lei”

Os contornos históricos outrora apresentados neste trabalho deixam transparecer a hostilidade que na França se direcionava ao judiciário, visto, a um só tempo, como um veículo

---

<sup>149</sup> Análise histórica baseada na obra de GODECHOT, Jacques. *As revoluções (1770-1799)*. Tradução: Erothildes Millan Barros da Rocha. São Paulo: Pioneira, 1976, p. 33-48.

<sup>150</sup> Como, aliás, afirma Manoel Jorge e Silva Neto: “Dentre os caracteres desse Estado, habitualmente chamado de ‘liberal’ ou ‘abstencionista’, pode ser destacada a passividade no trato das desigualdades sociais que grassavam, ao ponto de a isonomia então assegurada ser apenas a de contextura formal, ou seja, não se investiga a respeito da existência de desigualdades havidas entre os indivíduos que impusessem atuação do Estado no sentido de eliminá-las ou, na pior das hipóteses, mitigá-las” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p 44).

<sup>151</sup> BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito constitucional*. 27. ed. Tradução: Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005, p. 87.

concretizador do absolutismo monárquico e como fonte das mais diversas arbitrariedades e de incontáveis abusos, sobretudo em razão de ser a judicatura considerada como um verdadeiro direito de propriedade, do qual se poderia usar, gozar e dispor como ao seu titular melhor aprouvesse.

A limitação dos poderes dos magistrados e a atribuição, ao judiciário, de função jurídica coadjuvante estão lastreadas, pois, em razões de diversas naturezas. Do ponto de vista histórico, pesaram os sobreditos abusos e arbítrios que compunham de forma ampla a biografia da magistratura; ideologicamente, exerceu decisiva influência a teoria da separação de poderes proclamada por Montesquieu; e, por fim, sob o viés prático, há muito se buscavam mecanismos para contenção das ilegalidades do judiciário, preocupação esta que superava, em larga medida, a necessidade de refrear os impulsos excessivos do legislativo<sup>152</sup>. Era preciso, assim, antes de tudo, neutralizar os juízes, domesticá-los.

Já se tendo examinado em momento precedente os pressupostos históricos conducentes à limitação do poder dos juízes e, ademais, sendo as razões práticas àqueles diretamente relacionadas, cumpre analisar o substrato ideológico que ensejou esse entrave na aplicação criativa do direito pelo juiz: a doutrina de Montesquieu.

As ideias de Charles-Louis de Secondant, o Barão de La Brède e de Montesquieu, acerca da separação dos poderes estão postas em sua obra “Do espírito das leis”, precisamente no Capítulo VI do Livro Décimo Primeiro, dedicado à Constituição da Inglaterra. Montesquieu inicia o desenvolvimento desse capítulo salientando que a liberdade política para o cidadão corresponde à opinião que possui sobre sua segurança, devendo o governo estruturar-se de modo a impedir que um cidadão possa temer o outro. Defende a necessidade, assim, de que as funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) sejam conferidas a pessoas ou órgãos diferentes, evitando-se que o acúmulo de poder nas mesmas mãos gere práticas arbitrárias<sup>153</sup>.

Na medida em que avança em suas considerações, Montesquieu deixa clara a sua posição no sentido de que o judiciário seria um poder inferior de relação aos demais. Assim, num primeiro momento, afirma que “o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer,

---

<sup>152</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 96-98.

<sup>153</sup> MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 201-202.

invisível e nulo”, para, mais adiante, ratificar o seu posicionamento, testificando que “dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo”<sup>154</sup>.

Nega ele ao magistrado, até mesmo, a possibilidade de moderar o rigor da lei, quando se mostrasse por demais severa em sua aplicação. Sobre esse tema, pronuncia-se firmemente pontificando que “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”<sup>155</sup>.

Nota-se que a separação de poderes, nesse contexto, é inteiramente relacionada à lei; o legislativo é o produtor da lei; o executivo e o judiciário são os aplicadores desta, cabendo ao primeiro dar concretude à lei e ao segundo dirimir os conflitos que surjam no seio social, declarando o direito aplicável ao caso concreto.

O modelo acima enfatizado influencia diretamente na atuação do magistrado: a norma a ser aplicada confunde-se com o texto legal; sua atividade de aplicação da norma ao caso concreto reveste-se de caráter lógico-formal, sendo a decisão o resultado de um raciocínio silogístico, em que se toma como premissa maior o texto normativo, como premissa menor os fatos subjacentes à demanda e que deverão ser subsumidos à norma, chegando-se à decisão como resultado lógico desse exercício mental.

Ao juiz não se reconhece qualquer atividade criativa do direito; aliás, a própria possibilidade de interpretação do texto normativo pelo magistrado é questionada (*in claris cessat interpretatio*) e, quando aceita, ela cinge-se normalmente aos métodos gramatical e sistemático. Descabe, ademais, ao magistrado fazer ponderações acerca da justiça ou da injustiça da norma quando de sua aplicação à realidade social. O direito justo é, de resto, aquele posto pelo legislador<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 203-205.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>156</sup> Sobre a dissociação entre direito e realidade no positivismo jurídico, afirma Friedrich Müller: “Direito e realidade, norma e recorte normatizado da realidade estão justapostos ‘em si’ sem se relacionar, são contrapostos reciprocamente com o rigorismo da separação neokantiana de ‘ser’ e ‘dever ser’, não necessitam um do outro e só se encontram no caminho de uma subsunção da hipótese legal a uma premissa maior normativa” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Tradução: Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 25-26).

### 2.3.1.2 O sistema processual adversarial francês

O lema da Revolução Francesa, “liberdade, igualdade e fraternidade”, traduz, em grande medida, se corretamente interpretado, o substrato da ideologia liberal. O Estado liberal calca-se, sobretudo, no valor liberdade, a significar a prevalência da autonomia individual e da livre iniciativa no campo econômico, este que seria regido por uma “mão invisível” que regularia os mercados, sem a necessidade de interferência estatal. Aliás, a atuação do Estado de modo a interferir na esfera privada era valorada negativamente, uma vez que “na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo”<sup>157</sup>.

Ao lado da apologia à liberdade, a ideologia liberal sustenta uma igualdade de cunho puramente formal (igualdade perante a lei ou igualdade de oportunidades), desconsiderando as desigualdades que grassam no plano real<sup>158</sup>. Cada qual era responsável por sua própria bem ou mal aventura, sendo tudo resultado do maior ou do menor esforço empreendido pelo indivíduo na busca de seus objetivos. As dificuldades decorrentes das discrepâncias sociais e econômicas, que minam as pretensas oportunidades propaladas pelos partidários dessa ideologia, eram solenemente desconsideradas. O liberalismo passou, assim, a traduzir a ideologia da classe burguesa, muito embora travestido de uma suposta – e meramente fictícia – universalidade. Nesse conjunto, nenhum espaço restou à fraternidade, legada ao esquecimento sob o envoltório da liberdade que antes desigualava do que promovia qualquer isonomia.

Não é difícil, pois, compreender o porquê de o liberalismo ter se identificado plenamente com o modelo adversarial, visto como o espelho processual daquela ideologia dominante. Referido modelo consagra a primazia das partes na condução do procedimento, lastreando-se, pois, na livre iniciativa delas na instauração e no desenvolvimento do processo, refletindo, no plano jurídico, a mesma ideia de liberdade estimulada no âmbito econômico pela doutrina liberal. De outro lado, às partes se deve garantir a igualdade formal, isto é, a concessão de regramento processual isonômico aos contendores, sem se preocupar o processo adversarial com as desigualdades que, existentes no plano real, impediam uma luta verdadeiramente equilibrada entre os litigantes. Liberdade e igualdade formal, dois pilares do liberalismo clássico, vêm-se reproduzidos no modelo processual sob exame; natural, por

---

<sup>157</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40.

<sup>158</sup> “É lícito concluir, portanto, que a efetivação do valor liberdade, naquele momento histórico, vinha ao encontro dos interesses burgueses, ao contrário do valor igualdade, uma vez que essa classe social, tendo ascendido ao poder, não tinha intenção de dividi-lo” (MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 25).

consequente, que o processo adversarial seja exaltado e adotado pelo Estado liberal como o modelo processual ideal.

Mas não é só. Também a premissa basilar do liberalismo, de não-intervenção estatal nas relações privadas, transparece com fidelidade no modelo adversarial: a passividade judicial, resguardadora da imparcialidade do julgador, parece reproduzir com exatidão a voz de Montesquieu, ao preconizar, em plano mais amplo, que o Judiciário não deve ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei. Cabe ao juiz aguardar pacientemente o conjunto fático-probatório que lhe será fornecido pelas partes e, ao final, valendo-se de um raciocínio lógico-formal (e, pois, pensava-se, não criativo), subsumir a hipótese fática à norma abstrata, chegando, quase que automaticamente, à solução do conflito. Nada mais liberal. Nada mais adversarial.

O racionalismo, acolhido pela filosofia liberal, busca transformar o direito em ciência, o que implica a sua aproximação às ciências exatas, especialmente a matemática. Essa premissa é incompatível com a ideia de criação judicial do direito, este que deve ser certo e unívoco. O silogismo é o raciocínio propício ao alcance desse objetivo<sup>159</sup>.

Traduzindo o espírito do processo adversarial, afirma Wolfgang Bernhardt:

Acreditava-se que o livre jôgo das forças entregues a si próprias daria em todos os casos o melhor equilíbrio. Destarte, a ordem processual tornou-se uma simples instrução de combate das partes perante o juiz, a quem apenas competia zelar pela observância das regras. Às partes cabia organizar a lide pela forma que entendessem, porquanto elas e não o juiz eram as forças dominantes no processo.<sup>160</sup>

Por certo que a nomenclatura *adversary system*, quando cunhada pelos juristas da *common law*, objetivava apenas representar o modelo processual reproduzido nos sistemas jurídicos filiados àquela tradição, conferindo-se aos sistemas processuais partidários da tradição da *civil law*, em contraposição, a nomenclatura *inquisitorial system*, sob o argumento de que, em tais países, a condução do processo caberia preponderantemente ao juiz.

---

<sup>159</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24. Prossegue o autor: “A produção do Direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo. Concebendo o direito como uma ciência tão exata quanto a matemática, bem antes do século XVIII já se haviam proscrito tanto a retórica forense, enquanto arte do convencimento judicial, quanto igualmente eliminara-se a perspectiva hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico. A abstração e o formalismo deitam raízes nas filosofias liberais do século XVII, quando não se descobrem no próprio Direito Romano do período Imperial suas as vertentes mais autênticas” (*Ibidem*, p. 24).

<sup>160</sup> BERNHARDT, Wolfgang. O domínio das partes no processo civil. Tradução: Revista Forense. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. [?], jun./1939, p. 68.



É preciso, porém, desmistificar esse argumento, para deixar assente que, quer se atribua a nomenclatura de processo adversarial ou outra qualquer (a exemplo de processo de solução de conflitos), também em países de *civil law*, de que se toma como exemplo a França, aqui analisada, teve lugar um sistema processual muito mais aproximado do modelo adversarial do que daquele inquisitorial (ou inquisitivo) propugnado pelos *common lawyers* como sendo o modelo próprio daqueles países de tradição romano-germânica.

O CPC francês de 1806 concebeu um processo civil voltado à resolução de conflitos individuais, cujo procedimento era conduzido pelos litigantes, a quem competia iniciar, dar curso e, por vezes, finalizar o procedimento (ex.: desistência, autocomposição), estando a seu cargo, ainda, a determinação do material fático que seria submetido à apreciação do julgador e, em alguns casos, as partes chegavam até mesmo a definir o substrato legal a ser utilizado pelo magistrado. Aos juízes, por seu turno, eram vedadas as iniciativas instrutórias como as de convocar testemunhas de ofício. No geral, com raríssimas exceções, caber-lhe-iam considerar as provas adunadas ao processo pelas partes. Trata-se de processo verdadeiramente titularizado pelas partes, consideradas como as *domini litis*<sup>161</sup>.

Embora se reconhecesse que a busca da verdade era parte do mister judicial, podendo o juiz, por exemplo, interrogar testemunhas e desenvolver outras evidências, razões contribuíam para que esses escassos poderes judiciais fossem pouco utilizados, dentre elas cumprindo destacar os privilégios concedidos às partes e às testemunhas que as eximiam de depor para proteger suas autonomia individual e privacidade<sup>162</sup>.

Em verdade, as diferenças primordiais que se observavam entre os processos liberais das tradições de *civil law* e *de common law* residiam não em sua essência, mas em aspectos

---

<sup>161</sup> Tais ideias consistem em uma expressão resumida do seguinte trecho de artigo de autoria de Mirjan Damaška: “To place the issue in proper perspective, it is useful to begin by looking at the system of continental civil procedure pioneered by the French *Code de Procedure Civile* of 1806. As is well known, the system was widely followed on the continent of Europe throughout much of the nineteenth century’s *laissez-faire* period. At the time, the typical civil case was conceived as an instrument for the resolution of controversies whose subject matter is amenable to out-of-court settlement by the litigants without negative externalities – that is, without damage to third parties or the public. In accordance with this conception, litigants were authorized to control the life of the lawsuit: they controlled its commencement, progress and even its end, because they could freely settle the dispute themselves and withdraw the case from the court. Importantly also, the determination of the factual parameters of litigation was their exclusive prerogative. In some jurisdictions they could also determine the legal framework within which the lawsuit was to be considered. Within these party-determined bounds, judges retained little space for self-propelled factual inquiries: they lacked the power to call fact-witnesses on their own initiative, and, with minor exceptions, were limited to considering only items of evidence supplied by the litigants. Nor were they permitted independently to determine the appropriate relief or remedy. In short, the litigants exercised a firm grip on most aspects of procedural action, and it is not without reason that they were proclaimed to be masters of the lawsuit (*domini litis*)” (DAMAŠKA, Mirjan. *The common law/civil law divide: residual truth of a misleading distinction*. In: CHASE, Oscar et al. (coord.). *Common law-civil law: the future of categories of the future*. Toronto: International Association of Procedural Law, 2009, p. 01-02).

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 02.

procedimentais, a exemplo da maior concentração do processo na segunda tradição e menor na primeira, ou, ainda, na contraposição entre processo escrito (*civil law*) e oral (*common law*), bem como nos modelos de organização judicial (hierárquico e composto de juízes profissionais na *civil law* e coordenado e constituído de juízes leigos na *common law*)<sup>163</sup>. Nada, porém, que impeça o enquadramento desse modelo processual francês (reproduzido em outros países de tradição romano-germânica) como um autêntico processo adversarial, desde que se abandone tal nomenclatura como referente, exclusivamente, ao modelo típico da *common law*. Nas conclusivas palavras de Damaška:

And if proceedings in which parties retain control over crucial aspects of procedure are equated with adversarial procedure, one could also say that both systems [referindo-se aos sistemas continentais, integrantes da tradição da *civil law*, e aos sistemas pertencentes à *common law*] were adversarial – agonistic tug-of-war affairs – and that the most salient differences between them stemmed from features related to the contrasting organization of procedural authority itself<sup>164</sup>.

Em suma, a pretensão de estabelecimento de um modelo processual típico apenas dos países integrantes da tradição da *common law* sucumbe ante a constatação de que, ao menos sob a égide do Estado liberal, manifestações processuais adversariais também foram vivenciadas na tradição romano-germânica, o que demonstra que, do ponto de vista territorial, a contraposição que de regra se costuma empreender entre processos adversarial e inquisitorial deve ser vista com profundas reservas.

### **2.3.2 O Liberalismo e o modelo adversarial nos Estados Unidos da América**

Além da Revolução Francesa, um outro marco importante para o advento do Estado liberal – e que precede aquele – é a Revolução Americana, que culminou na declaração de independência das colônias inglesas na América e possibilitou, assim, o surgimento dos Estados Unidos da América.

---

<sup>163</sup> DAMAŠKA, Mirjan. The common law/civil law divide: residual truth of a misleading distinction. In: CHASE, Oscar et al. (coord.). *Common law-civil law: the future of categories of the future*. Toronto: International Association of Procedural Law, 2009, p. 03-04.

<sup>164</sup> Em tradução livre: “E se procedimentos nos quais as partes mantêm o controle sobre aspectos cruciais do processo são equacionados com o processo adversarial, pode-se dizer também que os dois sistemas [referindo-se aos sistemas continentais, integrantes da tradição da *civil law*, e aos sistemas pertencentes à *common law*] são adversariais – questões de combativos cabos-de-guerra - e que as diferenças mais marcantes entres eles surgiram a partir de características relacionadas à própria organização contrastante da autoridade processual” (*Ibidem*, p. 05).

Os colonos ingleses da América, após haverem travado uma disputa territorial com os colonos franceses daquele mesmo continente, sagraram-se vitoriosos. Todavia, seus planos de povoamento da área conquistada restaram frustrados pela Inglaterra, que, considerando-se vencedora da Guerra dos Sete Anos, decidiu reservar tais terras aos novos súditos canadenses e a futuros imigrantes, proibindo a ocupação das áreas conquistadas pelos colonos ingleses, a despeito de lhes impor o pagamento dos custos com a guerra.

Ao lado desse primeiro dissabor, os colonos ingleses ainda sofreram a restrição de comerciar (retomando-se a cláusula de comércio exclusivo com a metrópole), bem como o aumento considerável da carga tributária, que lhes foi imposto pelo Parlamento inglês, sem consulta às Assembleias locais. A conjugação de todos esses fatores, bem como a garantia, dada aos canadenses, de preservação de suas língua, religião e instituições, ensejaram a deflagração do movimento pela independência das colônias norte-americanas, conquistada no ano de 1783<sup>165</sup>.

A Constituição norte-americana de 1787 foi promulgada seguindo uma tendência marcadamente liberal, contendo, como reclamava o movimento constitucionalista por ela inaugurado, uma declaração de direitos (os direitos fundamentais de liberdade) e a separação de poderes. Mas, ao contrário do modelo de separação de poderes implantado posteriormente na França, nos Estados Unidos da América a ideia subjacente ao princípio em tela é a de estabelecimento de um sistema que possibilite às diversas funções do poder um controle e uma fiscalização recíprocos, assim como uma atuação tanto quanto possível coordenada, como forma de melhor salvaguardar os direitos fundamentais e garantir a sua proteção. Trata-se dos *checks and balances*, sistema de freios e contrapesos, por intermédio do qual o poder deve conter o poder<sup>166</sup>.

De igual modo, a Constituição americana não se coaduna com o modelo constitucional de caráter organizatório e jurídico-processual proclamado pelo positivismo jurídico, no qual as normas disciplinadoras de direitos fundamentais não vinculavam o legislador, sendo-lhes

---

<sup>165</sup> Análise histórica baseada na obra de GODECHOT, Jacques. *As revoluções (1770-1799)*. Tradução: Erothildes Millan Barros da Rocha. São Paulo: Pioneira, 1976, p. 15-22.

<sup>166</sup> “Porque a natureza da lei é política mas também jurídica, porque a sua componente política pode sobrepor-se à sua componente jurídica e pode postergar os valores jurídico-constitucionais fundamentais, ela convoca *ipso facto* no Estado de Direito – em que, pela disposição das coisas o poder limita o poder – um freio e um contrapeso, ou seja, um poder destinado a garantir na lei esses valores. Ora, o poder mais adequado e idôneo para isso é o poder judicial, cuja função se caracteriza e deve caracterizar-se, justamente, pela sua natureza exclusivamente jurídica, despida de qualquer compromisso ou intenção política conjuntural, visando apenas a salvaguarda e a actualização daqueles valores” (PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 260).

reconhecido carácter meramente programático. Nos Estados Unidos da América, cristaliza-se o modelo do “Estado de jurisdição executor de constituição”<sup>167</sup>, fincado na ideia de supremacia da Carta Magna. Aqui, não há o endeusamento da figura do legislador, nem a subordinação do magistrado ao legislativo, como ocorre no direito francês. Tampouco se há de falar de impossibilidade de controle judicial de constitucionalidade das leis, seguindo a configuração inglesa. Nesse sentido, bem demonstrando a realidade norte-americana, no particular, afirma Nuno Piçarra, referindo-se ao texto de Hamilton, inserido na obra O Federalista:

O que este texto de Hamilton deixa claro, quanto ao que ao princípio da separação dos poderes diz respeito, é que as concepções da constituição, de lei e de poder judicial aqui pressupostas são muito diferentes daquelas que serviram de base ao modelo de Estado de legislação parlamentar. Não só são aqui claramente concebíveis leis «injustas e parciais» e «maus legisladores» eleitos, como à função judicial é reconhecido um carácter claramente constitutivo e criador de Direito. Desde logo, reconhece-se como inerente à função judicial um poder de interpretação – que em França se chegou a pretender proibir aos tribunais – e, explicitamente, um poder de ponderação entre normas de diferente força jurídica. Ora, o juiz está longe, nesta óptica, de poder ser identificado com a *viva vox legis* ou boca que profere as palavras da lei, sobretudo quando não é evidente ou automática a desconformidade de uma lei com a constituição – o que, aliás, sucede na grande maioria dos casos. De tal forma lhe são precisos mais do que «olhos» para o exercício da sua função, que «são poucas as pessoas que, por suficientemente familiarizadas com a legislação, podem ser nomeadas para as funções de juiz»<sup>168</sup>.

Mauro Cappelletti, examinando as origens do controle de constitucionalidade norte-americano, preconiza que a tradição inglesa de supremacia do parlamento e de impossibilidade de controle judicial de seus atos irá, paradoxalmente, conduzir ao desenvolvimento de ideia inversa nos Estados Unidos da América. Antes da Revolução de 1688, houve o predomínio, na Inglaterra, com reflexos em suas colônias, da doutrina de Edward Coke, que atribuía aos juízes o papel de defesa da *common law* contra o absolutismo, fosse ele proveniente do Rei ou do Parlamento. Após aquele episódio revolucionário, com a conclamação da supremacia do parlamento, essa ideia regrediu na Inglaterra, sendo vedado o controle judicial de constitucionalidade das leis<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>168</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 203-204.

<sup>169</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 57-62.

Todavia, as ideias de Edward Coke germinadas nas colônias inglesas na América e, ademais, os abusos cometidos pelo Parlamento inglês ao impor às referidas colônias sérias restrições mercantis e uma elevada carga tributária contribuíram sobremodo para que o constitucionalismo norte-americano fosse estruturado em bases distintas daquelas típicas do direito inglês. E uma dessas diferenciações reside, justamente, na supremacia da Constituição, cabendo ao judiciário velar por tal preeminência, inclusive podendo, para tanto, negar aplicabilidade a normas infraconstitucionais que estejam em dissonância formal ou material com a Carta Magna. Assim, esse sistema norte-americano, intitulado de *judicial review*, contempla antes uma “supremacia do judiciário”, um “governo dos juizes” do que uma “supremacia do parlamento”, tal como ocorre no sistema inglês<sup>170</sup>.

O *leading case* do controle difuso de constitucionalidade das leis é o caso *Marbury x Madison*, julgado em 1803, em que o *Chief Justice* John Marshall reconheceu a inaplicabilidade, ao referido caso, de uma norma infraconstitucional que contrariava a Constituição americana, calcando-se na regra segundo a qual “*lex superior derogat legi inferiori*”.

Ou seja, o papel destinado ao poder judiciário no âmbito do constitucionalismo norte-americano é, sem dúvida, mais expressivo do que aquele que lhe é reservado pelo direito francês ou, mesmo, pelo inglês. Tendo por base uma Constituição escrita à qual se reconhece o caráter supremo, não se lhe conferindo apenas a qualidade de carta política, o direito norte-americano liberal, estribado em base jurisprudencial, estrutura-se em um meticuloso sistema de freios e contrapesos, o qual tem por escopo o respeito aos direitos fundamentais e às liberdades individuais, com a limitação do poder, inclusive pela submissão das leis – produto típico da atividade legislativa – ao controle judicial de constitucionalidade. Como os demais Estados liberais, também o norte-americano é marcado pelo não-intervencionismo estatal e pela consagração de direitos de liberdade.

Assim, muito embora seja assente que um direito fundado em base predominantemente jurisprudencial calca-se em alta dose de criatividade judicial, o fato é que a doutrina liberal não se coaduna com uma tal concessão de poderes ao órgão judicial, haja vista que a sua premissa fundamental é a de primazia da liberdade, com a conseqüente limitação do poder estatal. Logo, apesar de o controle de constitucionalidade ser, de fato, uma ferramenta de limitação dos poderes legislativo e executivo, o reconhecimento de amplos poderes criativos

---

<sup>170</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 57-58.

ao órgão jurisdicional seria uma contradição no seio daquela ideologia. A solução foi o reconhecimento de que o direito preexiste à decisão judicial (esta, pois, não criaria o direito), que se limita a revelá-lo. Prevalece a teoria declarativa do precedente judicial, como veículo harmonizador do papel exercido pela magistratura norte-americana com o liberalismo.

Segundo tal teoria, inclusive, quando há mudança no precedente (a exemplo do que ocorre quando se utiliza a técnica de *overruling*, de superação do precedente anterior), tal não significa, em absoluto, que tenha havido criação judicial do direito, mas, sim, que o anterior precedente consistia em equívoco da corte na revelação do direito preexistente.

Hoje, porém, prevalece nos Estados Unidos da América a teoria constitutiva, que reconhece a criação judicial do direito (*judge make law*)<sup>171</sup>.

De todo modo, deve-se destacar que o juiz norte-americano, quando não chamado a resolver demandas que extrapolam os limites do modelo adversarial (a exemplo do que ocorre com as *class actions*) e a despeito das reformas legislativas que lhe conferem certos poderes instrutórios, ainda goza de uma mentalidade voltada à passividade e à neutralidade, sendo notórios os poderes de *discovery* das partes (poderes investigativos e de busca de provas na fase *pre-trial*), destacando-se a primazia dessas (e de seus advogados) em detrimento do juiz, de quem se espera uma postura passiva, como forma, inclusive, de resguardo de sua imparcialidade.

Diante do exposto, pode-se concluir que o sistema norte-americano, no que concerne à solução de conflitos individuais, pauta-se no modelo adversarial. Não se há de esperar, no entanto, que as características desse sistema concreto – ou de qualquer outro examinado – sejam integralmente coincidentes com o modelo estudado, haja vista que o enquadramento de um determinado sistema processual a um modelo abstratamente construído é feito por aproximação, por prevalência de características, e não por identidade entre o concreto e o abstrato. De mais a mais, a demonstração de que também em países de *civil law* podem ser detectadas, no decurso histórico, manifestações do modelo processual adversarial deixa assente que é equivocado identificar referido modelo como típico dos países de *common law* e exclusivamente destes, como se fora um aspecto distintivo entre essa tradição e a romano-germânica.

---

<sup>171</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 41-46.

### 3 O MODELO PROCESSUAL INQUISITIVO

---

#### 3.1 AS BASES IDEOLÓGICAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UM NOVO MODELO DE PROCESSO CIVIL: O SURGIMENTO DO ESTADO SOCIAL

A filosofia do liberalismo, ao contrapor Estado e sociedade, conduziu à ideia de que a limitação do poder estatal era premissa indispensável à garantia dos direitos fundamentais de liberdade. Do Estado exigem-se apenas prestações negativas, ou seja, a não-intervenção na sociedade e, sobretudo, na economia, regida que era pelo próprio mercado. Quando muito, ao Estado competiria resguardar os direitos de liberdade contra a sua indevida violação.

No plano judicial, a inércia do aparelho estatal refletia-se na prevalência da atividade das partes na instauração e na condução do feito, inclusive no tocante à atividade probatória. Em contrapartida, o juiz assume posição passiva e neutral, um verdadeiro árbitro da disputa desenvolvida entre as partes. O modelo adversarial, já existente, é enaltecido pela harmonia entre suas premissas e a ideologia vigorante, sendo visto como o modelo ideal de processo civil.

Todavia, as bases nas quais se estruturou o Estado liberal conduziram à sua própria crise. Assim, a liberdade econômica, ao invés de ensejar um desenvolvimento substancialmente igualitário, contribuiu para a concentração do poder econômico, com a formação de monopólios e oligopólios. Desprovida de meios de subsistência outros que não a própria força de trabalho, a população passou a vendê-la. Mas, segundo as regras de mercado atinentes à relação entre oferta e procura, a existência de um verdadeiro exército de reserva levou à exploração desmedida da força de trabalho, com a imposição de cargas horárias desumanas, o emprego de trabalho infantil e o pagamento de salários pífios<sup>172</sup>. Tais fatos contribuíram para o surgimento da classe proletária, imersa em condições absolutas de

---

<sup>172</sup> “Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça equiparar” (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 59).

pobreza e marginalização social, ainda mais agravadas pelas exigências de aumento da produtividade e de redução de custos impingidas pela Revolução Industrial e pela desenfreada busca do lucro.

O Estado quedava-se inerte, alheio à desagregação social e aos abusos cometidos pelo poder econômico. Suas intervenções, quando ocorrentes, limitavam-se à tutela da propriedade privada. Mas o Estado liberal já se mantinha sobre bases comprometidas. O fortalecimento do movimento proletário e as crescentes exigências de intervenção estatal na economia, com o fito de conter as arbitrariedades do poderio econômico, conduziram ao surgimento de um novo modelo estatal, superando-se o paradigma do Estado liberal: trata-se do *Welfare State*, ou seja, do Estado do bem-estar social.

Com o advento do Estado social, ao lado dos tradicionais direitos fundamentais de liberdade e políticos (ditos de primeira geração ou, mais propriamente, de primeira dimensão), passam a ser previstos outros direitos fundamentais, de segunda geração/dimensão, quais sejam, os direitos sociais, econômicos e culturais, resultantes da constatação da necessidade de o Estado intervir na economia, para controlar os abusos ali perpetrados e as abissais diferenças sociais decorrentes do liberalismo econômico<sup>173</sup>.

O surgimento do Estado do bem-estar social foi, antes de tudo, fruto da atividade legislativa. Novas leis foram promulgadas com o intuito de resguardar o direito ao trabalho, à saúde, à segurança social, à regulamentação da concorrência etc. Desse modo, juntamente com o aumento do papel do Estado, crescia, também, o do legislativo. Pouco a pouco, porém, essas inovações legislativas exigiram a participação ativa do poder executivo, que haveria de conferir aplicabilidade prática àquelas novas normas<sup>174</sup>. Do Estado passa-se a exigir não mais apenas abstenções, mas, sobretudo, ações positivas. Não foi por outra razão que os direitos sociais, econômicos e culturais foram denominados de direitos positivos, em contraposição aos direitos de liberdade e políticos, intitulados de direitos negativos.

---

<sup>173</sup> Sobre o Estado do bem-estar social, afirma Jorge Miranda: “Do que se trata é de articular *direitos, liberdades e garantias* (direitos cuja função imediata é a proteção da autonomia da pessoa) com *direitos sociais* (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade *jurídica* (à partida) com igualdade *social* (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessariamente, econômico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa). Do que se trata é ainda, para tornar efectiva a tutela dos direitos fundamentais, de reforçar os mecanismos de garantia da Constituição; e daí a afirmação de um princípio de constitucionalidade a acrescer ao princípio da legalidade da actividade administrativa e a instituição de tribunais constitucionais ou de órgãos análogos” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, t. I, p. 97).

<sup>174</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 35-39.



O novo paradigma estatal em exame, contemplando um distinto arcabouço de direitos fundamentais, rompe, igualmente, com a clássica tripartição de funções e órgãos estatais, “acrescentando a este [princípio da separação de poderes] uma nova dimensão”. Constatase, assim, que a efetivação dos direitos fundamentais exigirá a tomada de consciência no sentido de que os órgãos produtores e aplicadores do direito, estando atrelados àquele objetivo, devem atuar de forma solidária<sup>175</sup>. Assim, em um primeiro momento, verifica-se a mudança operada nas técnicas legislativas, que passaram a produzir textos normativos de caráter mais permeável à interpretação e à criatividade judicial. O poder judiciário, inicialmente resistente em assumir uma postura mais ativa na concretização dos novos direitos fundamentais, viu-se compelido a reconhecer o caráter normativo das disposições constitucionais que os veiculavam, superando o entendimento de que seriam meras diretrizes.

Nos Estados Unidos da América, o surgimento do *Welfare State* é impulsionado pela crise econômica de 1929, a que se seguiu a Grande Depressão, época na qual houve um empobrecimento geral da sociedade, com quebra de empresas, desemprego em massa e miséria. A solução encontrada para o problema e apresentada pelo então presidente Franklin Delano Roosevelt, em seus dois pacotes de reformas intitulados de *New Deal* (o primeiro nos anos de 1933 e 1934 e o segundo em 1935), consistiu no reconhecimento de que “a intervenção estatal massiva era necessária para salvar o sistema econômico e aliviar o conflito social”. Esses pacotes, que incluíam assistência social, obras públicas, controle da economia (com limitação de preços, concessão de subsídios, garantia de salário mínimo, limitação de jornada de trabalho etc.), legislação destinada à construção de habitações populares, dentre outras medidas, conduziram ao desenvolvimento do Estado do bem-estar social norte-americano<sup>176</sup>.

A ideia subjacente ao Estado social, de incremento do intervencionismo estatal, serviu a distintos interesses políticos, de modo que tanto regimes democráticos como regimes autoritários adotaram a referida estrutura estatal. Segundo afirmado por Paulo Bonavides, “o

---

<sup>175</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 26-27. Acresce o autor, ainda na p. 27, que a essa ideia de solidariedade entre as funções estatais contrapôs-se uma crítica liberal que diferenciava o Estado social ao Estado com separação de poderes, como se este princípio não se fizesse presente naquele modelo estatal.

<sup>176</sup> KARNAL, Leandro et. al. *História dos Estados Unidos*: das origens ao século XXI. São Paulo: Contexto, 2007, p. 205-211. Fazendo uma análise comparativa do surgimento do Estado do bem-estar social nos Estados Unidos da América e nos países europeus, os autores afirmam: “Comparado aos estados de bem-estar dos países socialdemocratas da Europa, o *New Deal* de Roosevelt foi modesto. Não recuperou a economia (a Segunda Guerra Mundial o fez) nem redistribuiu renda, mas trouxe em alguma medida segurança econômica para muita gente, transformando as relações entre cidadãos e o Estado por meio da garantia de uma mínima qualidade de vida e proteção social contra adversidades” (*Ibidem*, p. 210).

Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional socialismo. E até mesmo, sob certo aspecto, fora da ordem capitalista, com o bolchevismo!”<sup>177-178-179</sup>.

Seguramente, dessa virada ideológica paradigmática, que influenciou sobremaneira o pensamento jurídico da época, não passou ao largo o direito processual civil, ramo em que essa mudança de mentalidade também se fez sentir.

Deixa de fazer sentido o processo adversarial, visto como “um torneio de interesses, em que as partes litigantes se faziam de dirigente e o juiz não era mais que um paciente colaborador – um boneco de engonços, que só se poderia mover, quando as partes lhe puxassem pelo cordel”<sup>180</sup>. Em seu lugar, propõe-se um processo de cunho social, moldado à luz de uma visão publicística do fenômeno processual.

Para além de uma “coisa das partes”, o processo civil passa a ser vislumbrado como uma relação jurídica de direito público, um fenômeno de massa a ser gerenciado pelo Estado, a quem compete conferir-lhe uma solução rápida e correta, baseada, tanto quanto possível, na verdade dos fatos, que deverá ser, assim, investigada pelo juiz. Este abandona a sua aura de passividade e assume maiores poderes, passando a sua figura a predominar sobre a das partes. A finalidade do processo também é deslocada, deixando de residir na tutela do direito

---

<sup>177</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 184.

<sup>178</sup> “Mas as condições institucionais em que atuam tais políticas [assistenciais] são radicalmente diversas: enquanto nos países nazifascistas a proteção ao trabalho é exercida por um regime totalitário, com estruturas de tipo corporativo, nos Estados Unidos do *New Deal*, a realização das políticas assistenciais se dá dentro das instituições políticas liberal-democráticas, mediante o fortalecimento do sindicato industrial, a orientação da despesa pública à manutenção do emprego e à criação de estruturas administrativas especializadas na gestão dos serviços sociais e do auxílio econômico aos necessitados” (REGONINI, Glória. Estado do bem-estar (verbetes). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução: Carmen C. varriale et. al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, v. 1, p. 417).

<sup>179</sup> No Brasil, o Estado social foi normativamente instituído com o advento da Constituição de 1934, que sofreu profunda influência da Constituição alemã de Weimar, de caráter intervencionista. Seus reflexos práticos não foram, entretanto, sentidos, porque apenas três anos depois, em 1937, um golpe ditatorial faz surgir uma nova Carta Constitucional, que, embora moldada sob a forma de um Estado social, tinha já inspiração fascista, de modo que, apesar de existentes alguns progressos econômicos, estes não eram democraticamente partilhados, havendo, ao revés, forte concentração de riqueza, impeditiva do real desenvolvimento dos ideais democráticos do Estado do bem-estar social. A mesma realidade de concentração de riqueza e de abuso do poder político foi, aliás, verificada sob a égide da Constituição Federal de 1964, inclusive após a Emenda de 1969. Assinala Miguel Calmon Dantas que a experiência de um Estado social de direito somente foi de fato vivenciada no período democrático da Constituição Federal de 1946, uma vez que, durante a vigência das Cartas de 1937 e de 1964/69, o intervencionismo estatal teve por escopo a manutenção do domínio político, aprofundando-se as desigualdades sociais e econômicas. As esperanças de estabelecimento de uma verdadeira fortificação dos laços sociais, com o concomitante desenvolvimento da sociedade e da economia, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, são depositadas na Constituição Federal de 1988, a alcunhada “Constituição cidadã” (DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247-248).

<sup>180</sup> SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de processo*, São Paulo, ano V, n. 17, jan./mar. 1980, p. 143-144.

subjetivo da parte (visão consentânea com ideário liberal e com a fase imanentista do processo) para recair sobre a realização do direito objetivo (fim mais adequado ao propósito do Estado social e à fase científica do direito processual, então em desenvolvimento)<sup>181</sup>.

Nessa seara, avulta de importância a contribuição oferecida por Franz Klein, materializada no Código de Processo Civil austríaco de 1895<sup>182-183</sup>. Klein reconhece ao processo um valor público, reputando-o um “mal social” que, por isso mesmo, deve ser afastado com rapidez, simplicidade e economia. Todo litígio individual é, para ele, em última análise, um conflito social, “por isso a sua concepção do processo civil como *Wohlfahrtseinrichtung*, isto é, como instituição para o bem-estar social, dotada inclusive de efeitos pedagógicos (*erzieherische Wirkung*)”. Dentro dessa perspectiva, ao juiz são atribuídos amplos poderes de condução material do processo, inclusive no tocante à atividade probatória. As formalidades processuais seriam, a seu turno, o instrumento de proteção contra as arbitrariedades judiciais, garantindo um uso racional dos poderes conferidos<sup>184</sup>.

Examinando o regulamento austríaco idealizado por Franz Klein, Rainer Sprung afirma:

O resultante da teoria publicística e com ele o ponto de partida do regulamento austríaco em vigor diz: os conflitos jurídicos são um mal social, que implicam perda de tempo, dispêndio de dinheiro, uma ligação infrutífera de valores, de instigação de ódio e zanga entre as partes litigantes, e outras emoções funestas para a vida da comunidade. Assim, tanto o legislador, quando da formação das instituições para o cumprimento do direito, como também o juiz, quando da aplicação das leis judiciais, têm sempre de atentar a que – com todas as precauções para uma decisão correta, que se baseie no verdadeiro fato legal, portanto resolva a matéria real do litígio – tanto quanto possível de forma rápida, barata e simples, levem à resolução dos conflitos isolados<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53-54.

<sup>182</sup> “Trata-se de uma visão completamente renovada da administração da justiça civil, uma autêntica revolução copérnica, que se recusa a emprestar sua adesão tanto ao esquema autoritário, a que se afeiçoara o processo romano-justiniano, quanto à visão puramente individualista, consentânea com o processo comum e os processos liberais do século XIX” (*Ibidem*, p. 55).

<sup>183</sup> Referida codificação (assim como a da Alemanha, de 1877) foi tida como modelo inspirador para a elaboração de inúmeros Códigos no século XX, “dado o rigor científico dos seus conceitos e a precisão técnica de sua linguagem”, dentre eles o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (BUZAID, Alfredo. *Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro*. In: \_\_\_\_\_. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 33).

<sup>184</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 55-56.

<sup>185</sup> SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de processo*, São Paulo, ano V, n. 17, jan./mar. 1980, p. 140. Mais adiante, prossegue o autor: “cada conflito que dá pretexto a uma causa, produz uma desordem na circulação regular do organismo social, em que à instituição processual cabe o papel do médico que cura, encontrando uma profunda justificação as exigências para um processo simples, rápido e

Há quem, todavia, entenda que as ideias disseminadas por Franz Klein tinham conteúdo autoritário, comparando-as a um “vírus” que se propagou pela Europa (em países como Hungria, Rússia, Portugal, Alemanha e Itália) e, mesmo, fora dela (a exemplo do Código de Processo Civil brasileiro de 1939)<sup>186</sup>. De fato, o modelo processual inquisitivo, desenvolvido à luz do Estado social, é visto, sobretudo pelo movimento do garantismo, que adiante será analisado (item 3.4 deste capítulo), como uma manifestação do autoritarismo estatal, em razão do papel de primazia que confere ao órgão jurisdicional em detrimento daquele ocupado no processo pelas partes.

Aliás, o caráter ideológico e inadequado do termo “inquisitorial” (ou inquisitivo) é destacado por Michele Taruffo, que o critica na medida em que essa palavra acha-se associada à Santa Inquisição, cujos processos não conferiam à parte o direito de defesa. O modelo inquisitivo não reproduz essa privação de garantia, que, de resto, não se verifica em nenhum ordenamento processual civil. Por esse motivo, sem invalidar a dicotomia entre os modelos processuais adversarial e inquisitorial, propõe o autor italiano que se abandone a utilização desse segundo termo, passando a definir como modelo misto aquele em que sejam estabelecidos, de forma mais ou menos acentuada, poderes instrutórios ao juiz<sup>187</sup>.

Sem descurar da pertinência da crítica apresentada por Michele Taruffo, este trabalho conservará a utilização dos termos “inquisitivo” e “inquisitorial” para denominar o modelo processual que mais fortemente se contrapõe ao adversarial, mantendo o uso de terminologia já consolidada.

Em suma, as premissas ideológicas do Estado social (intervencionismo estatal, busca da redução de desigualdades sociais) contribuíram, inegavelmente, para criar o solo propício ao desenvolvimento do modelo processual inquisitivo, cujas características primordiais serão examinadas adiante.

### 3.2 CLÁUSULAS GERAIS: ABERTURA SISTEMÁTICA E BUSCA DE

---

barato, sem que todas as precauções para uma correta decisão baseada nos acontecimentos fatuais da vida sejam negligenciados” (*Ibidem*, p. 148).

<sup>186</sup> MENDONÇA, Luís Correia de. Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*, Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007, p. 67-68.

<sup>187</sup> TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, mar./ 2006, p. 239-240.

### **3.2.1 Do sistema jurídico fechado ao sistema jurídico aberto: a revolução paradigmática**

O paradigma da modernidade jurídica é o Estado de Direito fruto do liberalismo burguês. Consagra-se a ideia de positivação do direito (cujo ápice é revelado pelas codificações oitocentistas), identificando-o com a lei, a norma posta, a qual é aplicada ao caso concreto por intermédio da adoção de um raciocínio de natureza lógico-formal, calcado na subsunção. Tais características são relacionadas à noção de existência de um sistema jurídico fechado, axiomático, no qual não existiriam lacunas (dogma da plenitude) ou antinomias. O sistema jurídico seria composto exclusivamente de normas e autorreferenciado, encontrando-se em seu interior todas as respostas às questões que porventura eclodissem no seio social.

Para Judith Martins-Costa, a relação mantida entre o sistema fechado e a codificação sustentava-se em alguns pilares ideológicos: a ideologia da sociedade, lastreada nos valores da burguesia liberal (livre iniciativa, igualdade formal, individualismo etc.), a ideologia da unidade legislativa, vinculada à pretensão de completude do diploma civil, e a ideologia da interpretação, que funcionava à luz de uma dedução silogística e do uso da subsunção<sup>188</sup>.

O Estado moderno, no entanto, criou as bases para a sua própria derrocada: o desenvolvimento tecnológico e econômico ensejou o surgimento de inúmeros problemas sociais, dando nascimento à denominada sociedade de massas, que culminou na insubsistência da ideologia da sociedade burguesa; a ideologia da unidade legislativa cedeu lugar à inflação legiferante exigida por uma sociedade plural, que demanda a tutela de múltiplos interesses; por fim, a ideologia da interpretação silogística e, pois, dedutiva, sucumbe ante a superação do modelo positivista, observável, dentre outro fatores, pela inserção, nos Códigos, em maior medida, de textos jurídicos de tessitura aberta<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 276-279.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 279-285.

O paradigma dominante da modernidade é, então, superado pelo paradigma emergente da pós-modernidade<sup>190</sup>, este que, no campo do fenômeno jurídico, corresponde ao surgimento de um direito que reúne novas características, quais sejam: *pluralidade* (descodificação, com o aparecimento de microsistemas jurídicos em lugar dos sistemas normativos genéricos; surgimento dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*), *reflexividade* (abertura do sistema jurídico às influências fáticas e valorativas), *prospectividade* (visível na elaboração de diplomas legais de textura aberta, para possibilitar a adaptação dos textos normativos ao presente e ao futuro), *discursividade* (valorização da dimensão discursivo-comunicativa do direito, especialmente da retórica) e *relatividade* (descrença em verdades jurídicas absolutas e consolidação do saber hermenêutico construtivo e valorativo)<sup>191</sup>.

Claus-Wilhelm Canaris aponta que a ordenação (“estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível”) e a unidade (recondução das singularidades a poucos princípios fundamentais, conectando-as) são as duas características básicas presentes em todos os conceitos de sistema, compondo seu fundamento<sup>192</sup>. Em seguida, ressalta que no sistema jurídico, em particular, tais características vêm expressas, respectivamente, pelas ideias de adequação valorativa (ao invés da mera adequação racional propugnada pela ordem no conceito geral de sistema) e de unidade interior, ambas radicadas no postulado da justiça<sup>193</sup>.

Note-se que, ao propugnar ser a adequação *valorativa* um dos elementos do sistema jurídico, Canaris rejeita toda e qualquer formulação de conceito desse sistema que o reduza ao aspecto normativo, desvinculando-o dos fatos e valores, isto é, sustenta ser o direito um sistema aberto e não fechado.

Dizer-se que um sistema jurídico é aberto, do ponto de vista científico, significa o reconhecimento da incompletude e da provisoriedade desse saber, sempre em construção. No que tange ao sistema objetivo, essa abertura corresponde à modificabilidade da ordem jurídica, dada a sua natureza essencialmente histórico-social<sup>194</sup>.

---

<sup>190</sup> Analisando a ascensão e queda do paradigma dominante da modernidade e o desenvolvimento do paradigma emergente da pós-modernidade, com ênfase nas ciências sociais: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008, *passim*.

<sup>191</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A nova interpretação do Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18-21.

<sup>192</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12-13.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 18-20.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 106-112.

Por outro lado, caracteriza-se um sistema jurídico como móvel quando nele se inserem previsões normativas sem formação rígida, garantindo-se uma permutabilidade entre princípios e critérios vistos como de igual categoria, a exemplo do que ocorre com as cláusulas gerais<sup>195</sup>.

Em suma, o abandono da concepção de que o sistema jurídico seria fechado, hermético, pleno e estático, dando lugar à caracterização daquele sistema como aberto a fatos e valores, lacunoso, prospectivo corresponde a uma verdadeira revolução paradigmática, reflexo da passagem da modernidade para a pós-modernidade, com todas as mudanças acima explicitadas. Nesse universo sistemático aberto, as cláusulas gerais ocupam posição de destaque, na medida em que garantem uma maior mobilidade e flexibilidade ao sistema.

### **3.2.2 A cláusula geral como técnica legislativa contraposta à casuística**

A fixação precisa de um conceito de cláusula geral é, segundo afirma Judith Martins-Costa, uma tarefa de relação à qual a doutrina não tem logrado êxito, limitando-se, sempre que essa tentativa é renovada, a apontar as características da técnica legislativa que lhe corresponde<sup>196</sup>. Sob a rubrica “cláusula geral” compreende-se, ao mesmo tempo, uma modalidade de técnica legislativa (que se contrapõe à técnica casuística), uma espécie de texto normativo e, por fim, as normas que se produzam a partir daquele texto<sup>197</sup>. O exame da primeira dessas acepções é fundamental à compreensão das demais, conseqüências lógicas daquela.

As noções de limitação do poder estatal e de predomínio da lei como fonte principal do direito (ao menos nos países de tradição romano-germânica), assentes no Estado liberal, conduziram a uma produção legislativa intensamente calcada na técnica casuística. Deveria o legislador, na busca de maiores certeza e segurança, esmerar-se por disciplinar, tanto quanto possível, o máximo de condutas sociais. Afinal, não se esperava do julgador que

---

<sup>195</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 141-142.

<sup>196</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 139, jul./set. 1998, p. 7.

<sup>197</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 286.

desenvolvesse qualquer atividade criativa do direito: sua atuação deveria circunscrever-se a um raciocínio puramente descritivo e lógico-formal.

Assim, no uso da antes referida técnica casuística, coube ao poder legislativo a produção de códigos que se revelassem (supostamente) capazes de regular a totalidade dos comportamentos sociais, motivo pelo qual para eles foi forjada a alcunha de “códigos totais”<sup>198</sup>.

Após delinear os caracteres basilares do direito moderno (estribado em um sistema fechado e dotado de pretensões de completude e coerência), Ricardo Maurício Freire Soares enfatiza que o uso da técnica casuística ou de tipificação taxativa pressupõe a perfeita definição dos elementos que integram o texto normativo (*fattispecie* e estatuição) e o uso de linguagem tanto quanto possível precisa, o que possibilitaria ao sistema desvincular-se de fatores ideológicos, econômicos ou políticos, tornando necessária a constante intervenção legislativa para “resguardar a plenitude lógica da ordem jurídica”. A técnica casuística funciona como um importante fator de limitação da atividade criativa do aplicador da norma<sup>199</sup>.

A técnica legislativa casuística caracteriza-se por elevar a tipicidade dos diplomas normativos ao grau máximo. Ou seja, tudo deve estar posto no tipo, todas as respostas almejadas pela sociedade devem estar ali consignadas, deixando ao intérprete apenas a tarefa de subsumir o fato à norma. Daí advêm as suas demais peculiaridades: rigidez, imutabilidade e anseio pela completude.

A agilidade com que se processam as mudanças sociais e a impossibilidade insuperável de atualizar a aludida legislação com a mesma velocidade com que aquelas transformações ocorriam logo trouxeram à baila o problema concernente aos entraves advindos daquela espécie de técnica legislativa. Mostrava-se ela incapaz de conferir ao direito uma real efetividade, na medida em que sequer conseguia acompanhar o progresso social de forma satisfatória, tornando-se, rapidamente, obsoleta.

Far-se-ia imperioso, então, não o abandono do casuísmo (o que poderia ensejar um grave comprometimento ao princípio da segurança jurídica), mas, sim, o seu temperamento com outra técnica de criação dos textos jurídicos, mais apta a conferir maior efetividade aos

---

<sup>198</sup> Expressão de MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 139, jul./set. 1998, p. 6.

<sup>199</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 95-96.



direitos por ela tutelados: a técnica de legislar por meio de estabelecimento de cláusulas gerais. Judith Martins-Costa define essa técnica:

Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, *crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema*; esses elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, por meio do recorte da *ratio decidendi*, a *ressistemização* desses elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico<sup>200</sup>.

Tem-se, pois, que a cláusula geral reduz a tipicidade a um grau mínimo, conferindo maior mobilidade ao sistema, geralmente por meio do uso de conceitos jurídicos indeterminados<sup>201</sup>, uma vez que não é seu escopo atribuir, de plano, resposta a todas as questões que possam vir a brotar no seio social (até porque tal tarefa é impossível de ser concretizada), mas, sim, dotar o magistrado de balizas para a sua atuação no caso concreto, de modo a que possa, buscando subsídios em outras normas jurídicas e, mesmo, em elementos externos ao sistema jurídico, conferir a justa solução ao caso concreto.

É importante registrar que as cláusulas gerais não são um fenômeno recente na história. Paulo Nalin destaca a sua existência já no direito romano. A expressão “cláusula geral”, no

---

<sup>200</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 139, jul./set. 1998, p. 08.

<sup>201</sup> A utilização do vocábulo “geralmente” tem por escopo destacar a existência de posicionamento doutrinário (embora minoritário) que defende a existência de cláusulas gerais que se lastreiem em conceitos precisos. É o que preceitua Menezes Cordeiro: “A segunda precisão tem a ver, contra um largo espectro de opiniões, com a improdutividade de relacionar, de modo directo, cláusulas gerais e conceitos indeterminados: a presença destes não é, necessariamente, a daquelas, enquanto é possível, a esse tipo de cláusulas, estatuir com recurso a uma conceitologia precisa” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1183). O autor cita como exemplo o art. 483º/1 do Código Civil português, cuja redação é a seguinte: “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Para Menezes Cordeiro, “apesar da larga extensão em jogo, os conceitos utilizados têm alcances técnico-jurídicos precisos e conhecidos”. O exemplo fornecido pelo autor português afasta-se, no entanto, da noção de cláusula geral adotada por este trabalho, na medida em que o artigo 483º/1 do CC português contempla texto normativo cuja consequência é determinada pelo legislador (dever de indenizar), enquanto que a cláusula geral se caracteriza, justamente, por conferir ao julgador margem de criação judicial do direito, definindo a consequência jurídica atribuível à hipótese fática.

entanto, é contemporânea<sup>202</sup>. De todo modo, principalmente no Brasil, sua consagração legislativa e sua influência jamais alcançaram o patamar atual, sobretudo porque tais cláusulas, hoje, são poderosos instrumentos postos a serviço da tarefa de concretização dos direitos fundamentais<sup>203</sup>.

### 3.2.3 Diferenciação entre cláusulas gerais e institutos similares

A criação de normas de tessitura aberta não é característica exclusiva das cláusulas gerais. Tem-na, ainda, as técnicas de legislar por princípios e com o uso de conceitos jurídicos indeterminados. Faz-se mister, assim, extremar as cláusulas gerais dos institutos que lhe são similares, não sem deixar registrado, de antemão, tratar-se de tarefa reconhecidamente complexa pela doutrina.

Sendo os princípios jurídicos normas de caráter fundante, ou seja, que servem de fundamento para um conjunto de outras normas, sem que se pretenda, aqui, descer a uma exaustiva busca do conceito de princípio, palavra dotada de alta plurivocidade, tem-se que aqueles não se confundem com as cláusulas gerais.

Em primeiro lugar, porque os princípios podem ser implícitos, ao contrário das cláusulas abertas, que, por consistirem numa técnica legislativa, sempre serão expressas; em segundo, porque as cláusulas gerais serão sempre dotadas de certo grau de vagueza semântica, fazendo-se necessário o seu reenvio a outros espaços, quer do próprio ordenamento jurídico, quer extrajurídicos, enquanto que há princípios que não promovem esse reenvio. Por fim, se o princípio for expresso e se referir a valores e a termos vagos, carecendo desse reenvio, ter-se-á, nessa hipótese, uma cláusula geral da qual se pode extrair um princípio<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 23, jul./set. 2005, p. 64-65. O autor destaca que, no Brasil, o Código Comercial de 1850 já previa a cláusula geral da boa-fé, esta que, no entanto, não era utilizada em todas as suas potencialidades, já que conferia uma elevada carga criativa ao juiz (*Ibidem*, p. 65). O art. 131, I, do Código Comercial de 1850 foi revogado, juntamente com toda a Parte Geral do Código Comercial, pela Lei nº 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil). Sua redação era a seguinte: “Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; [...]”.

<sup>203</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 155, jan./2008, p. 338.

<sup>204</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 321-324.

Fredie Didier Junior explicita a diferença entre cláusula geral e princípio, enfatizando que “*cláusula geral* é um *texto jurídico*; *princípio* é norma. São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. A norma jurídica é produto da interpretação de um texto jurídico”. Assim, para o autor, de uma mesma cláusula geral é possível extrair, conforme o caso, ora um princípio, ora uma regra. Traz o exemplo da cláusula do devido processo legal, de que se pode retirar tanto o correlato princípio do devido processo legal como a regra de motivação das decisões<sup>205</sup>.

Maior relevância, porém, reside na distinção entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado. Inicialmente, deve-se salientar que a expressão supracitada, apesar de consagrada na doutrina pátria, é alvo de severa crítica formulada por Eros Roberto Grau, para quem um conceito jamais será indeterminado, podendo sê-lo, apenas, as suas expressões (termos), razão pela qual o correto seria falar em termos indeterminados de conceitos e não em conceitos indeterminados<sup>206</sup>. Examinando a expressão que restou consagrada na doutrina, Eros Grau assim se manifesta:

Podemos, todavia, de modo amplo e sumariamente, mencionar que são tidos como “indeterminados” os “conceitos” cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos –, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, são eles referidos como “conceitos” carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade<sup>207</sup>.

Ronaldo Cramer, após asseverar que a norma jurídica é composta de conceitos, os quais podem ser determinados ou indeterminados, define estes últimos como sendo aqueles “que não têm seu alcance delimitado pela norma, devendo o juiz fazer uma valoração sobre seu significado”, citando como exemplos os conceitos de interesse público, boa-fé, verossimilhança da alegação e receio de dano irreparável ou de difícil reparação<sup>208</sup>.

Fredie Didier Junior conceitua a cláusula geral como sendo “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os

---

<sup>205</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, set./2010, p. 79.

<sup>206</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 238.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>208</sup> CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade no processo civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 108.

extremos da estrutura lógica normativa<sup>209</sup>. No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, dita imprecisão apenas se verifica na hipótese fática, mas não na consequência, que já é estabelecida por lei.

Em ambos os institutos – conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais – pode-se verificar um alto grau de vagueza semântica e a necessidade de reenvio a padrões valorativos externos ao sistema. Os conceitos jurídicos indeterminados podem dizer respeito a realidades fáticas ou a valores. Quanto aos primeiros, não há razão para confundi-los com as cláusulas gerais, uma vez que o preciso significado desses conceitos será alcançado com recurso às regras de experiência (art. 335 do CPC), sem a necessidade de reenvio a instâncias valorativas<sup>210-211</sup>.

Por outro lado, os conceitos jurídicos indeterminados relacionados a realidades valorativas são os que mais se aproximam das cláusulas gerais. Ainda assim, porém, é possível divisar-se esses institutos. Isso porque os conceitos indeterminados sempre estarão relacionados com a *fattispecie*, com a descrição fática, exigindo do julgador a individualização desse conceito no caso concreto. Ultimada essa atividade, a consequência jurídica a ser aplicada é precisamente aquela posta na lei, não cabendo ao juiz definir qual a sanção atribuível àquela hipótese fática. Já quando se está diante de uma cláusula geral, caberá ao magistrado, além de individualizar a hipótese fática (já que tais cláusulas normalmente são construídas com base em conceitos indeterminados), estabelecer a consequência jurídica a ser a ela aplicada, uma vez que o legislador não a fixa aprioristicamente<sup>212</sup>.

### 3.3 AS CARACTERÍSTICAS DO MODELO PROCESSUAL INQUISITIVO

Mirjan Damaška contrapõe ao modelo de processo como resolução de conflitos, típico dos Estados reativos, o modelo de processo como ferramenta de concretização de políticas,

---

<sup>209</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, set./2010, p. 70.

<sup>210</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 325.

<sup>211</sup> Cuidando especificamente do papel das regras de experiência não apenas no âmbito instrutório (valoração da prova, formação da presunção judicial), mas, sobretudo, na delimitação de conceitos jurídicos indeterminados, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 66-68.

<sup>212</sup> MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 326.

consentâneo com Estados ativistas. Seguindo-se a nomenclatura utilizada no presente trabalho, o primeiro modelo corresponde ao adversarial, enquanto que o segundo aproxima-se do inquisitivo.

Para Damaška, o processo como instrumento de realização de políticas gira em torno de uma investigação oficial e se destina a efetivar uma política estatal. Nesse modelo, a correção substancial da decisão se sobrepõe ao aspecto processual, ao contrário do que sucede no modelo processual adversarial. As normas processuais passam a ser vistas de modo mais flexível, podendo sua observância ser afastada pelo órgão jurisdicional quando tal solução favorecer o alcance de resultados desejáveis na demanda. O formalismo é admitido como exceção, para fixar deveres a serem seguidos pelos funcionários estatais na busca do interesse público. Apenas indiretamente, pois, as normas concedem direitos processuais às partes<sup>213</sup>.

Aliás, o próprio sentido atribuído ao termo “parte” no processo do Estado ativista é distinto daquele assente no processo do Estado reativo. No modelo de processo como ferramenta de concretização de políticas, Damaška sugere que a palavra parte não signifique mais do que os “principais participantes do processo”. Longe da primazia que lhes reserva o modelo adversarial, as partes, neste modelo, embora também tenham a oportunidade de apresentar suas alegações e provas, são vistas como verdadeiras fontes de informação aptas a auxiliar na solução do caso concreto. O controle do processo fica a cargo do órgão oficial, a quem se permite, inclusive, por vezes, a instauração do processo de ofício e o controle de seu término<sup>214</sup>.

O objeto do processo, refletindo um problema estatal, pode ser examinado pelo juiz em todos os seus aspectos. Em alguns casos, o juiz não fica atrelado ao pedido das partes (ex.: países sob o domínio soviético, na época em que existente o bloco comunista); em outros, cabe-lhe até mesmo converter um processo civil em penal (ex.: China imperial). O escopo de atendimento de um interesse público também pode levar à convergência entre as atividades administrativa e judicial<sup>215-216</sup>. Do mesmo modo, o controle probatório também é posto nas

---

<sup>213</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986, p. 147-152.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 152-154.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 158-160.

<sup>216</sup> Essa convergência de atividades administrativas e judiciais, no Brasil, pode ser vislumbrada no âmbito da justiça eleitoral. Assim, tomando-se por exemplo os Tribunais Regionais Eleitorais, tem-se que estes, além de ostentarem competências tipicamente jurisdicionais (a exemplo do julgamento de crimes eleitorais cometidos por juízes eleitorais, de *habeas corpus* ou de mandado de segurança em matéria eleitoral etc. – art. 29, I, ‘d’ e ‘e’, do Código Eleitoral), possuem, ainda, atribuições administrativas outras que não as exclusivamente direcionadas ao funcionamento do órgão, tais como a apuração de votos em eleições de governador, de vice-governador e de

mãos do Estado, não se submetendo ao domínio das partes. A passividade judicial cede lugar a um juiz atuante. Aliás, até mesmo o papel do advogado nesse modelo processual deve ser exercido com vistas à busca da solução correta do litígio. A desvinculação do causídico desse objetivo pode levar à sua substituição pelo juiz<sup>217</sup>.

As características gerais apresentadas por Mirjan Damaška fornecem as bases para o delineamento do modelo processual inquisitivo. No entanto, deve-se ter em mente que o citado autor, para bem especificar o contraste entre os modelos por ele examinados, elevou a níveis extremos as posições políticas subjacentes a cada um deles. Não por outra razão, o perfil do modelo de processo como instrumento de realização de políticas por ele traçado mais se aproxima de sistemas como o da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, em que as próprias divisas entre os processos civil e penal foram mitigadas.

A figura de um sistema inquisitivo extremo, em que o interesse público açambarca não apenas a relação jurídica processual, mas, ainda, a material, é típica de países socialistas submetidos à influência soviética ou de sistemas ocidentais de corte totalitário<sup>218</sup>. Partir, entretanto, da premissa de que o modelo inquisitivo sempre estará relacionado a regimes autoritários é incorrer em equívoco, conforme acentua Fredie Didier Junior:

A doutrina costuma relacionar o modelo *adversarial-dispositivo* a regimes não-autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo *inquisitivo* a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem freqüente na doutrina.

A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais influenciarão a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário<sup>219</sup>.

---

membro do Congresso Nacional, a resposta a consultas feitas em tese por autoridade pública ou partido político etc. (art. 30, VII e VIII, do Código Eleitoral).

<sup>217</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986, p. 173-174.

<sup>218</sup> VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo Código*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, P. 318.

<sup>219</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p. 76.

José Carlos Barbosa Moreira também dissocia a consagração de uma ampla iniciativa judicial com o autoritarismo, citando como exemplo de Código não autoritário que preconiza a iniciativa judicial o art. 37 da lei suíça sobre o processo federal, de 1947<sup>220-221</sup>.

Feita a devida ressalva, cumpre analisar as particularidades que configuram o modelo inquisitivo de processo civil.

### **3.3.1 A iniciativa judicial**

O modelo processual inquisitivo não se coaduna com a predominância das partes na condução do procedimento, assente no Estado liberal. Visto um processo como fenômeno de massa, de interesse do Estado, por certo que a postura do órgão julgador, titular de uma das funções do poder estatal, há de ser não a de um “convidado de pedra” ou de um “árbitro” de uma disputa particular, mas, sim, a de um gestor do processo. E referida missão pressupõe que se confirmam ao magistrado maiores poderes e uma mais ampla iniciativa no processo judicial.

O ativismo judicial pode ser observado sob duplo viés: no que concerne à distribuição de poderes entre juiz e partes no processo e no que diz respeito à relação havida entre o órgão jurisdicional e as demais funções estatais. Em ambas as perspectivas, será possível, de igual modo, examinar a iniciativa judicial no modelo inquisitivo.

#### *3.3.1.1. O incremento dos poderes do juiz, especialmente os instrutórios*

No que concerne ao aspecto da divisão de tarefas entre o órgão judicial e as partes, tem-se que o modelo inquisitivo confere amplos poderes ao magistrado na condução material e

---

<sup>220</sup> Artigo 37 da Lei Federal Suíça sobre o processo civil federal, de 1947: “Le juge n’est pas lié par les offres de preuve des parties; il ne retient que les preuves nécessaires. Il peut ordonner des preuves que les parties n’ont pas offertes”. O dispositivo em comento assevera que o juiz não fica vinculado às provas oferecidas pelas partes, conservando as que reputar necessárias. Além disso, pode o magistrado ordenar a produção de provas não apresentadas pelas partes.

<sup>221</sup> “A ampla iniciativa judicial pode conviver com o autoritarismo e com o liberalismo político, do mesmo modo que com um e outro pode conviver a tendência de restringi-la ou a nulificá-la. O que cabe afirmar com segurança, isso sim, é que a consagração de semelhante iniciativa acompanha a transição do Estado absenteísta, dominado pela obsessão do *laissez faire*, para o Estado com preocupações sociais, empenhado em avançar da igualdade puramente formal até algo que se aproxime, tanto quanto possível, de uma igualdade substancial. Daí a falar de autoritarismo vai distância que não se transpõe sem grave risco de equívoco” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48-49).

formal do procedimento. São-lhe reconhecidos poderes de impulso processual, de fixar prazos, de conhecer, mesmo de ofício, os fatos notórios e outros, acessórios, não alegados pelas partes etc. Em sistemas mais extremos, até mesmo a iniciativa para a instauração do feito é conferida ao julgador, o que, no entanto, não reflete uma característica necessária à configuração do modelo inquisitorial. A marca diferenciadora desse modelo está vinculada, sobretudo, à tarefa de descoberta da verdade, ou seja, à instrução probatória.

Nos sistemas adversariais, como regra, o órgão julgador estará jungido à busca de uma verdade puramente formal, já que a escolha e a produção do material probatório são tarefas pertencentes às partes e a prova serve para dar maior credibilidade a uma das versões apresentadas ao processo pelos litigantes. Não sucede de igual maneira no modelo inquisitivo. Aqui, a prova é meio de demonstração e de conhecimento da verdade dos fatos, premissa indispensável para a prolação de uma decisão justa. A atividade probatória deixa de ser assunto exclusivo das partes e passa a se submeter ao domínio judicial, o que exige do juiz a adoção de uma postura mais atuante no processo<sup>222</sup>. Logicamente que a intensidade da atuação judicial variará em cada sistema processual e não adquirirá ares absolutos em nenhum deles. As bases que sustentam o modelo inquisitivo, no particular, são a presença desse ativismo judicial, em escalas variáveis nos planos reais, e a verticalização da relação jurídica processual, assumindo o juiz posição de superioridade, visto como um autêntico órgão de poder.

Examinando-se o processo civil austríaco estruturado por Franz Klein (1895), revela-se evidente a concessão de amplos poderes instrutórios ao julgador. Às partes se reserva o dever de expor com fidelidade os fatos subjacentes à demanda, sendo-lhes facultada, perante o tribunal ou com autorização deste, a formulação de quesitos à parte contrária ou ao seu representante. No entanto, remanesce com o órgão jurisdicional o dever de atuar de modo a que todos os fatos relevantes sejam descortinados. Para tanto, pode o magistrado requisitar documentos que estejam em poder de uma das partes ou de uma autoridade, bem como convocar testemunhas não arroladas pelos litigantes. As partes apenas podem se opor à

---

<sup>222</sup> “Neste modelo o procedimento é caracterizado pelo *forte ativismo judicial*, ou seja, um *juiz burocrata*, representante do Estado, que participa da instrução probatória ativamente. Desta forma é considerado *assimétrico*, justamente porque o juiz assume papel relevante na instrução e acaba por desigualar a relação de isônomia entre as partes. Ao tomar para si a responsabilidade de lidar com o material probatório o Estado-Juiz verticaliza a relação processual, tornando-se o vértice do discurso institucional” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil*: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 143).



requisição de documentos pelo juiz de comum acordo e para proteção de sua intimidade ou vida privada<sup>223</sup>.

De se notar, por outro lado, que a concessão de poderes instrutórios ao juiz não significa que o sistema processual assim estruturado não se compatibilize com o princípio dispositivo<sup>224</sup>. A posição segundo a qual o princípio dispositivo abrangeria, além do aspecto substancial (referente à delimitação do objeto litigioso do processo), também o processual (alusivo ao procedimento: impulso, produção de provas etc.) é típica do modelo adversarial, sendo, pouco a pouco, abandonada em prol da compreensão desse princípio como concernente apenas ao primeiro critério<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> “From a conviction of the disadvantages attendant upon too strict a following of the principle of party-presentation, the Code has sought to widen the powers of the court with reference to the ascertainment of the truth. Accordingly, while the parties are required to set forth truly all the facts serving for the support of their respective contentions and are permitted, through the court or by its permission, to question each other or each other’s representatives, it is made the duty of the court, at the hearing, ‘by questioning or otherwise’, so to proceed that all relevant allegations be brought forward and all relevant facts disclosed. And, except in the case of united objection from the parties, it may, of its own motion, call for the production of documents referred to by one or the other and remaining in their possession or in that of a public official or notary, and at all times summon witnesses not named by the parties. The limitation upon the last mentioned powers proceeded from the desire on the part of the legislature to protect facts of private life from official scrutiny where the parties are content not to refer to them” (ENGELMANN, Arthur. *The later development in Austria. In: \_\_\_\_\_ . A history of continental civil procedure*. Buffalo, New York: William S. Hein & Co., Inc., 1999, v. 7, p. 636). Em tradução livre: “Partindo de uma convicção sobre as desvantagens resultantes de uma observância muito rigorosa do princípio da *party-presentation*, o Código tem procurado ampliar os poderes do tribunal no que se refere à descoberta da verdade. Assim, enquanto as partes devem expor de forma verdadeira todos os fatos que dão suporte às suas alegações, sendo-lhes permitido, por intermédio do tribunal ou com sua permissão, questionar a parte adversa ou seus representantes, é dever do tribunal, na audiência, ‘questionando ou de outra maneira’, proceder de modo a que todas as alegações pertinentes sejam apresentadas e todos os fatos relevantes, revelados. E, exceto no caso de objeção conjunta das partes, o tribunal pode, de ofício, requisitar a apresentação de documentos referidos por uma ou por outra parte, permanecendo em sua posse ou na de um funcionário público ou notário, e em todos os momentos convocar testemunhas não arroladas pelas partes. A limitação dos poderes supramencionados procedeu da vontade do legislador de proteger fatos da vida privada do controle oficial, quando as partes estão dispostas a não se referir a eles”.

<sup>224</sup> “Ma in generale il conferimento al giudice del potere di scegliere e di sperimentare da sè i mezzi di prova che egli ritiene più idonei ad accertare la verità nell’ambito delineato dalle richieste delle parti, non è in contrasto col carattere disponibile del rapporto controverso: il potere di disposizione delle parti si manifesta nel segnare i limiti del *thema probandum*, ma entro questo limite il riconoscere allo stesso giudice che deve indagare sulla verità dei fatti allegati dalle parti una certa autonomia nella scelta dei metodi di indagine appare come una necessità di *ordine tecnico*, che non ha niente a che vedere col rispetto della volontà delle parti. Si capisce pertanto come il nuovo Codice di procedura civile, pur avendo energicamente proclamato il mantenimento del principio dispositivo da essa considerato come « proiezione nel processo del diritto soggettivo» [...], abbia potuto senza contraddirsi accrescere notevolmente, anche nell’ordinario processo a tipo dispositivo, la iniziativa probatoria del giudice, consentendogli poteri assai più ampi di quelli che aveva sotto il vecchio Codice [...]” (CALAMANDREI, Piero. *Gli orientamenti originali del nuovo código. In: \_\_\_\_\_ . Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1970, v. 4, p. 223-224).

<sup>225</sup> Segundo afirma Joan Picó i Junoy, “la ideología social emergente en el presente siglo lleva consigo en Europa el fenómeno de la ‘socialización’ del proceso civil que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos” (PICÓ I JUNOY, Joan. *La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado. Revista uruguaya de derecho procesal*, Montevideo, n. 03, 2007, p. 575).

Por outro lado, a previsão de iniciativa judicial em matéria probatória implica o abandono, pelo modelo inquisitivo, de determinados postulados colhidos do período liberal, que se contrapunham frontalmente a esse ativismo judicial em tema de prova: a) a natureza privada dos interesses discutidos no processo; b) as partes, titulares desses interesses, são as melhores gestoras deles; c) a previsão do direito à prova das partes é incompatível com a atuação judicial que intervenha no exercício desse direito; d) a atuação judicial em matéria instrutória destrói a regra do ônus da prova; e) a imparcialidade do juiz também estaria maculada quando exerça o magistrado iniciativas em tema de prova; e, f) os poderes instrutórios do juiz têm caráter autoritário.

Joan Picó i Junoy, defensor da concessão de poderes instrutórios ao juiz, embora limitados, realiza exame crítico desses postulados liberais, refutando-os sob diversos argumentos. Assim, à concepção liberal de que o processo civil envolve interesses privados e, pois, teria como fim a defesa dos interesses das partes, o autor contrapõe a visão publicística do fenômeno processual, em que este é vislumbrado como um instrumento para o exercício da atividade jurisdicional. Reputa desarrazoado o fundamento segundo o qual as partes, sendo titulares dos direitos discutidos em juízo, figurariam como suas melhores gestoras, porque isso não impede que, além das partes, o juiz também desenvolva atividades instrutórias. Tampouco a iniciativa judicial em matéria de prova seria incompatível com o direito à prova das partes, já que tal direito não implica conceder o monopólio das provas aos litigantes, apenas lhes confere a liberdade de utilização dos meios probatórios que entendam pertinentes (desde que lícitos)<sup>226</sup>.

Prossegue Picó i Junoy rechaçando o pressuposto liberal de que a iniciativa instrutória do magistrado significaria a destruição da regra de distribuição dos ônus da prova (uma vez que o juiz estaria se desincumbindo de um ônus que é imputado à parte), contra-argumentando que referida regra – referindo-se, embora implicitamente, ao regramento de distribuição estática do ônus da prova – somente se aplica no momento de o magistrado proferir a sua sentença, se existente dúvida sobre matéria de fato, tratando-se, pois, de regra de julgamento (e não de regra de conduta). As provas produzidas no curso do processo submetem-se à regra de comunhão, ou seja, pertencem ao processo, beneficiando ou prejudicando qualquer das partes, independentemente de quem as tenha adunado ao feito<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado. *Revista uruguaya de derecho procesal*, Montevideo, n. 03, 2007, p. 576-578.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 578-580.

Detida crítica é dirigida pelo autor em debate à premissa de que a imparcialidade do juiz restaria malferida se este vier a exercer iniciativas probatórias. Afirma ele, a respeito, que o juiz, ao adotar tal iniciativa, não sabe, de antemão, a quem a prova irá favorecer ou prejudicar; que é contraditória a afirmação de que a concessão de poderes instrutórios ao juiz redundaria em comprometimento de sua imparcialidade quando em outras esferas (ex.: penal, administrativa, arbitral) esses poderes são conferidos sem que tal discussão se instale; que também se revela paradoxal negar os poderes do juiz em matéria de determinação de prova e lhe atribuir poderes para inadmitir prova, formular perguntas a testemunhas ou partes etc. De relação às objeções postas pelos liberais, de que tenderia o juiz a outorgar valor preponderante às provas por ele determinadas de ofício e que poderia ele abusar de suas faculdades probatórias, a solução para ambas Picó i Junoy atribui à via dos recursos (para a primeira delas, acresce-se, ainda, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais), salientando que a segunda hipótese (abuso da faculdade) é excepcional e como tal deve ser tratada<sup>228</sup>.

Por fim, acerca da alegação de que os poderes instrutórios do juiz conteriam um caráter autoritário, trata-se, na opinião do autor, de crítica puramente terminológica e desprovida de valor científico, já que decorre de uma polarização entre um modelo “bom” (o adversarial, dispositivo) e um modelo “ruim” (o social, inquisitivo)<sup>229</sup>. O tema alusivo ao caráter autoritário do modelo inquisitorial e, de uma forma geral, de qualquer modelo que confira iniciativa instrutória ao juiz será mais bem enfrentado por ocasião da análise do chamado garantismo processual, a realizar-se no item 3.4 deste capítulo.

### *3.3.1.2 O papel do juiz no contexto do Estado social: a abertura do direito à criatividade judicial e a fluidez entre as funções legislativa e jurisdicional*

A guinada hermenêutica vislumbrada com a adoção legislativa de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais consiste em tornar o direito permeável aos valores e suscetível às mudanças sociais<sup>230</sup>, dependendo, para a sua concretização, de uma atividade menos descritiva e mais construtiva do julgador.

---

<sup>228</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado. *Revista uruguaya de derecho procesal*, Montevideo, n. 03, 2007, p. 580-582.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 582-584.

<sup>230</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 239-240.

Ou seja, as cláusulas gerais destinam-se, precipuamente, ao juiz, cabendo-lhe “adequar o caso concreto ao modelo legislativo aberto”<sup>231</sup>. Essa tarefa de concreção da norma pelo magistrado enseja criação judicial do direito, mormente quando existentes reiteradas decisões sobre o mesmo tema<sup>232</sup>. Em compensação, exige-se-lhe uma fundamentação mais substancial, a fim de possibilitar o controle endo e extraprocessual da legitimidade de sua decisão.

Bem se vê que a técnica legislativa das cláusulas gerais prestigia antes a efetividade do que a segurança jurídica, sendo o contraponto da técnica casuística. Por isso, malgrado aquela técnica guarde maior consonância com a dinamicidade da vida social e com o pluralismo jurídico, não há de ser utilizada de forma exclusiva, devendo-se, ao revés, buscar a sua harmonização com a técnica casuística, na busca de equilíbrio também entre os princípios da segurança e da efetividade.

Naturalmente, as mudanças havidas na conjuntura político-social, impactando diretamente na atividade legislativa e executiva, não deixariam também de influenciar no papel a ser doravante exercido pelos magistrados no contexto do Estado social. O legislador, por um lado, sentiu-se premido pela necessidade de tutelar novos direitos; por outro, estava consciente de que, afinal, a legislação era incapaz de acompanhar a velocidade das evoluções sociais e de prever, tal como outrora pretendido, a totalidade dos comportamentos humanos em sociedade. Como solução, passou a fazer uso de técnica legislativa consistente na utilização de cláusulas gerais, normas de textura aberta e permeáveis às mudanças valorativas havidas no seio da comunidade, exigindo, assim, do intérprete, uma postura distante da tradicional ideia de mera subsunção do fato à norma.

Dentro desse novo contexto, tem-se que o papel conferido à magistratura diante do surgimento do Estado social e de suas particularidades jurídico-normativas e sociais está intrinsecamente associado ao conceito de criatividade judicial (que, registre-se, não se confunde com a livre e arbitrária criação do direito pelo juiz).

---

<sup>231</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 155, jan./ 2008, p. 342.

<sup>232</sup> Entendendo que a cláusula geral confere poder criador de norma jurídica ao juiz: MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 139, jul./set. 1998, p. 10; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v.1, p. 34. Negando essa função criadora do juiz: HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 155, jan./ 2008, p. 339.

Mauro Cappelletti afirma inexistir diferença ontológica entre jurisdição e legislação, sendo ambas processos de criação do direito. A diferença havida entre elas é de grau e não qualitativa, já que a criatividade judicial encontra limites quantitativamente superiores aos impostos à criatividade legislativa<sup>233</sup>.

Justificando o incremento da criatividade judicial advinda do surgimento do *Welfare State*, Cappelletti apresenta os seguintes argumentos: a) revolta contra o formalismo existente no período, que atribui à atividade jurisdicional um caráter lógico e mecânico, ocultando-lhe o aspecto volitivo, em contraste com o novo papel do direito e do estado implementado pelo Estado do bem-estar social; b) a nova técnica legislativa utilizada resulta na edição de leis que não mais indicam estritas regras de conduta, mas, ao revés, contemplam finalidades, princípios e normas programáticas, o que se associa à natureza própria dos direitos sociais, que exigem uma atuação prestativa do Estado (a vagueza da lei e a imprecisão dos elementos nela contidos conferem maior espaço para a atividade criativa do juiz); c) o novo modelo estatal propiciou uma pujante expansão dos poderes legislativo (chegando-se a falar em “orgia de leis”) e executivo, a exigir, de modo a possibilitar a contenção do poder, segundo o sistema de freios e contrapesos, também o desenvolvimento do judiciário (note-se que, a essa altura, a noção de *checks and balances*, antes própria do sistema norte-americano, passa a ser também vislumbrada nos países de tradição romano-germânica); e, d) o surgimento de um expressivo catálogo de direitos fundamentais, especialmente no período posterior à 2ª Guerra Mundial<sup>234</sup>.

O ponto central, atinente à interpretação e à aplicação, pelos magistrados, dos chamados direitos sociais, residiu em se saber se as normas de cunho programático seriam ou não auto-aplicáveis, ou seja, se poderia o judiciário, constatando a não-realização estatal desses direitos, conferir tutela jurisdicional consistente na sua concretização. Diante da intensa atividade legislativa típica desse período histórico de surgimento e desenvolvimento do Estado do bem-estar social, diversas normas, embora ditadas pelo legislador, não chegavam a ser implementadas, apresentando-se ora como ineficazes, ora como dissonantes da realidade social a que se referiam, ou, ainda, tornando-se rapidamente obsoletas.

A propósito do descompasso entre a realidade social e as normas promulgadas pelo poder legislativo, destaque-se o conceito de legislação simbólica apresentado por Marcelo Neves, representando ela um “predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema

---

<sup>233</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 26.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 31-69.

jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”<sup>235</sup>. Quando há uma insuficiente concretização jurídico-normativa do texto constitucional de forma geral, faltando-lhe, assim, normatividade, fala-se não mais em legislação simbólica (que pressupõe um problema local, tópico), mas, sim, em constitucionalização simbólica em sentido negativo (positivamente, ela se revela pela hipertrofia da sua função político-ideológica em detrimento da jurídico-instrumental)<sup>236</sup>.

Assim, volvendo-se ao Estado social, pode-se concluir que diversas normas emanadas do legislativo constituíam-se como verdadeiras legislações-álibi (ou, em casos mais extremos, constituições-álibi), uma vez que o seu escopo era não o de tutelar verdadeiramente os valores por ela externados e, sim, manter o *status quo*, fortalecendo a confiança no governo ou no Estado, com a aparência de solução de problemas sociais<sup>237</sup> que, em verdade, não eram resolvidos, mormente porque os direitos em questão não são tutelados com a sua simples previsão abstrata em um texto normativo.

Diante desse quadro fático-jurídico, deve-se, pois, registrar que, em determinadas situações, o comportamento do judiciário, no sentido de reputar tais normas programáticas como desprovidas de aplicabilidade imediata, decorria não apenas de uma atitude conservadora. Outra causa para tal postura consistia na constatação de que tamanha era a discrepância entre as promessas encetadas na Constituição e a realidade a ela subjacente que a realização efetiva daqueles programas demandaria uma verdadeira mudança radical na estrutura da sociedade. Em verdade, tais normas revestiam-se de um caráter pseudoprogramático, sendo, na prática, inconcretizáveis<sup>238</sup>.

Mas, em outra grande medida, a inicial recusa do judiciário de conferir a tais normas uma natureza auto-executória deveu-se, indubitavelmente, a uma resistência na assunção

---

<sup>235</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 23.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 90-96.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 36-39.

<sup>238</sup> Sobre a distância por vezes abissal entre a norma pseudoprogramática e a realidade social, afirma Marcelo Neves: “Outra é a situação no caso da constitucionalização simbólica. As disposições programáticas não respondem, então, a tendências presentes nas relações de poder que estruturam a realidade constitucional. Ao contrário, a realização do conteúdo dos dispositivos programáticos importaria uma transformação radical da estrutura social e política. Além do mais, a rejeição ou deturpação das normas programáticas ao nível do processo concretizador não resulta apenas da omissão, mas também da ação dos órgãos estatais. [...] é através das chamadas ‘normas programáticas de fins sociais’ que o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional apresenta-se de forma mais marcante. Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao *welfare state* proclamado no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. A constituição simbólica está, portanto, estreitamente associada à presença excessiva de disposições pseudoprogramáticas. [...] Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem ‘letra morta’ num sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social” (*Ibidem*, p. 115-116).

dessa nova e espantosa responsabilidade, a qual, todavia, os juízes não tardaram a reconhecer, sobretudo porque, de outro modo, restariam desprovidos de tutela jurisdicional esses novos direitos advindos com o surgimento do Estado social. Passam os tribunais, assim, a lidar com novos tipos de demandas, que têm por objeto interesses transindividuais, para cuja tutela far-se-á necessária, muitas vezes, a determinação, dirigida, sobretudo, ao executivo, de implementação de políticas públicas, em movimento conhecido como de judicialização da política.

Por outro lado, o papel do juiz no contexto do Estado social não é o de legislador. Embora também exerça atividade criativa, encontra-se jungido aos limites que lhe são postos pela Constituição e pelos direitos fundamentais, além de se submeter a um processo de criação do direito particularizado, uma vez que deve o juiz agir, de regra, apenas quando a tanto for instado (inércia judicial, regra da demanda), atuando de forma imparcial e com respeito ao contraditório. Cappelletti reconhece, no entanto, o exercício de atividade legislativa pelo judiciário quando este regula determinados procedimentos (ex.: nos regimentos internos de tribunais) e quando emite súmulas vinculantes<sup>239</sup>.

Sobre o déficit de legitimidade democrática dos juízes, assunto que rende incessantes debates doutrinários, tal questionamento assume posição de relevo, sobretudo quando em exame o controle judicial de constitucionalidade dos atos legislativos e executivos. Sem pretender adentrar essa extensa discussão, por certo que a exigência de fundamentação da decisão judicial é fator que contribui para minorar os efeitos do caráter contramajoritário da investidura dos juízes, uma vez que, ao motivar suas decisões judiciais, o magistrado externa as razões que formaram o seu convencimento, sujeitando-as ao controle endo e extraprocessual, no primeiro caso pela via dos recursos e, no segundo, pela crítica da opinião pública<sup>240</sup>. Por outro lado, diante, sobretudo, da abertura sistemática alcançada com a proliferação de cláusulas abertas, exerce também o sistema de precedentes importante papel

---

<sup>239</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 80-81.

<sup>240</sup> Os aspectos endo e extraprocessual da motivação da sentença são destacados por Michele Taruffo: “De tale superamento discende anzitutto che la motivazione non possa essere concepita soltanto come tramite di un controllo «istituzionale» (ossia nei limiti e nelle forme disciplinate dal vigente sistema delle impugnazioni), ma anche, e specialmente, come strumento destinato a rendere possibile un controllo «generalizzato» e «diffuso» sul modo in cui il giudice amministra la giustizia. In altri termini, cio implica che i destinatari della motivazione non siano soltanto le parti, i loro avvocati e il giudice dell’impugnazione, ma anche l’opinione pubblica intesa sia nel suo complesso, sia come opinione del *quisque de populo*. La connotazione politica di questo spostamento di prospettiva è evidente: l’ottica «privatistica» del controllo esercitato dalle parti e l’ottica «burocratica» del controllo esercitato dal giudice superiore vanno integrate nell’ottica «democratica» del controllo che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo nei cui nome la sentenza viene pronunciata” (TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 406-407).

de contenção do poder do magistrado, obstando concretizações abusivas desses textos normativos. Aliás, pode-se afirmar, inclusive, que um direito tão aberto pressupõe um eficaz sistema de precedentes<sup>241</sup>.

Em suma, vê-se que o advento do Estado do bem-estar social, com o correlato surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais), ocasionou um substancial incremento da atividade criativa do juiz, afastando-se a clássica visão de juiz como boca da lei (tradição romano-germânico) e de não-intervencionismo estatal, tornando mais fluidos os limites que separam as funções estatais legislativa e jurisdicional. Cumpre destacar, de relação ao tema, as ponderações lançadas por Nuno Piçarra:

Não já dogma *a priori*, mas apenas parte integrante de uma concreta constituição, a partir de cuja distribuição de competências se constrói, o princípio da separação dos poderes pretende ainda, na actualidade, assegurar uma «estrutura orgânica funcionalmente justa», como princípio de organização óptima das funções de um Estado activo como contemporâneo, cujas prestações correspondem, por vezes, aos direitos fundamentais (económicos, sociais e culturais) que progressivamente se vieram somar aos direitos fundamentais de liberdade.

O surgimento daqueles direitos foi basicamente determinado por uma preocupação de justiça social que, por sua vez, foi a grande causadora da ruptura da anterior tríade de funções e órgãos do Estado, acrescentando a este uma nova dimensão.

Desta perspectiva, não é de estranhar que a efectivação de tais direitos fundamentais exija, cada vez mais, a solidariedade activa de todos os órgãos de produção e aplicação do Direito, vinculados que estão aos mesmos objectivos, nem que, por isso, certa crítica neoliberal venha opor o Estado democrático e social ao «Estado com separação de poderes»<sup>242</sup>.

De fato, a precisa definição dos limites que separam a atuação dos poderes legislativo e judiciário é, se não impossível, de muito difícil consecução. As profundas transformações que atingiram o direito constitucional, a exemplo do reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e dos novos contornos assumidos pela interpretação constitucional<sup>243</sup>, alteraram significativamente as tradicionais fronteiras dessas funções estatais.

Os delineamentos da função jurisdicional no modelo processual inquisitivo são, portanto, muito diversos daqueles outrora traçados pelo modelo adversarial: em lugar do juiz

---

<sup>241</sup> Não por outra razão, tal sistema vem se desenvolvendo no Brasil nos últimos tempos.

<sup>242</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 26-27.

<sup>243</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262-266.



passivo, surge um julgador dotado de amplos poderes de condução material e formal do processo, inclusive no que diz respeito à instrução probatória; o juiz “boca da lei” propugnado por Montesquieu cede espaço a um magistrado a quem se reconhece e se confere espaço de criação do direito, na concretização de cláusulas gerais<sup>244</sup>.

Por certo que o modelo inquisitivo, assim como ocorreu com o Estado social, serviu a propósitos ideológicos democráticos e autoritários; face a essa segunda realidade, ocorrida em países como Portugal, Alemanha e Brasil, esse modelo processual é visto com muitas reservas por uma corrente doutrinária intitulada de garantismo processual. Seus integrantes não apenas reputam o processo inquisitivo autoritário e maléfico, como, ainda, sem proceder às devidas e imprescindíveis separações entre as manifestações autoritárias e não-autoritárias do modelo, repudiam indiscriminadamente a concessão de poderes instrutórios ao juiz. E mais: tampouco se preocupam em divisar esse modelo do cooperativo, enquadrando ambos no mesmo perfil antidemocrático e maligno que insistem em traçar.

O fato é que, malgrado existam acesas posições em sentido contrário, o ativismo judicial é movimento que se vem intensificando nos diversos sistemas. O aumento dos poderes do juiz é fenômeno verificável mesmo em países considerados tradicionais redutos do

---

<sup>244</sup> “O sonho racionalista, ao contrário do que as filosofias liberais procuraram insinuar, possui um imenso componente autoritário, correspondendo a um modelo político propenso mais às tiranias do que a um regime democrático, como hoje tornou-se fácil perceber. Tendo a lei sentido unívoco, de modo a dispensar sua compreensão hermenêutica, então a proposição legislativa haveria de ser a expressão da ‘vontade do legislador’, conseqüentemente a expressão da vontade do poder constituído. Como diria Cappelletti, era a lei produzida pelo poder, não a lei criada por seus ‘consumidores’”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25). O pensamento de Cappelletti, mencionado por Ovídio A. Baptista da Silva, merece particular transcrição, por enfatizar a mudança paradigmática de visão quanto ao acesso ao direito e à justiça, advinda com o surgimento do *Welfare State*. Afirma o autor italiano que esse movimento de acesso ao direito e à justiça, aspecto do Estado social, “não se limitou a estender a análise das normas às instituições e ao seu modo de operar, como já o haviam dito, mui meritoriamente, as várias correntes do pensamento realista moderno; mas essa análise realista e funcional concentrou-se sobre os ‘consumidores’, antes de concentrar-se sobre os ‘produtores’ do sistema jurídico. A análise foi levada sobre as *partes* e sobre os ‘justiciáveis’, antes de efetuar-se sobre os juízes, os legisladores e os administradores; não no sentido de que aqueles, os ‘produtores’ do sistema, sejam descuidados em relação a esta nova visão da ciência do direito, mas no sentido de que juízes, legisladores e administradores são vistos em um novo contexto, precisamente o da *demandada dos consumidores*”. Mais adiante, conclui Cappelletti: “A velha perspectiva de Cahn chama ‘imperial’ ou ‘oficial’ herdeira de – e que ainda pode-se dizer prevalente – todos os sistemas jurídicos modernos, consistente em concentrar a pesquisa e fazer convergir as normas, os princípios e as soluções, sobre *rulers, governors, and othen officials*; essa foi, essencialmente, a perspectiva dos *processors*, ou seja, daqueles que chamaríamos os produtores do sistema; enquanto, ao contrário, o nosso ponto de vista é aquele dos *consumers of law and government*. Mas é, precisamente, esta nova perspectiva a que melhor convém, obviamente, a uma sociedade democrática, livre e aberta, que deve pretender que os seus *official processors* assumam sua função não numa visão ‘ptolomaica’ do direito e do Estado, mas em vista do bem-estar dos consumidores que é como dizer que o direito e o Estado devem, finalmente, ser vistos por aquilo que são: como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não vice-versa.” (CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça – acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento. In: \_\_\_\_\_. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução: Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, v. 1, p. 386 e 392-393).

modelo adversarial de processo civil. Que dizer das *class actions* norte-americanas e das reformas processuais inglesas, especialmente com o advento das *Rules of Civil Procedure*, em vigor desde 1999?

Owen Fiss, ao tratar da adjudicação (que corresponde à atividade desempenhada pelo judiciário na solução de conflitos de interesses, ou seja, à visão clássica de jurisdição no Brasil), enquadra, como suas espécies, o que denomina de modelo de solução de controvérsias (demanda costumeira, em que se contrapõem interesses individuais) e o modelo de processo estrutural<sup>245</sup>.

Para melhor entender este último, deve-se partir da premissa levantada por Fiss: o objetivo da adjudicação é dar significação aos valores públicos. À vista de tal entendimento, Fiss define o processo estrutural nos seguintes termos:

O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas<sup>246</sup>.

Surgido no Século XX, durante as décadas de 50 e 60, esse modelo de processo estrutural tem como caso paradigma o *Brown x Board of Education*, por intermédio do qual o seu autor, Brown, exigia a conversão dos sistemas duais de escolas em sistemas escolares unitários, fulminando, assim, a divisão racial de escolas para alunos negros e para alunos brancos. O cumprimento da decisão judicial que conferiu a Brown o seu direito foi árduo e exigiu uma reestruturação do sistema escolar, envolvendo um sem-número de fatores, tais como substituição de corpos docentes, revisão de sistema de transportes, alteração de critérios de construção de unidades escolares e de escolha de alunos etc.

Esse caso paradigmático ensejou o surgimento de outros processos de mesma natureza, com vistas, por exemplo, à conferência de tratamento humano em presídios e hospícios. O

---

<sup>245</sup> FISS, Owen. As formas de justiça. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 48.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 27. Em nota de tradução constante da mesma página, explicita-se que “a *injunction* consiste em uma ordem judicial que proíbe o réu de praticar, ou determina que ele pratique determinado ato. Geralmente, tal medida judicial possui caráter preventivo, visto que não se destina à reparação de ilícitos passados, mas a evitar danos futuros”.

processo estrutural, ao contrário do processo de solução de controvérsias, que busca a manutenção do *status quo*, luta por sua alteração.

E por que, afinal, criar-se um processo estrutural? Fiss considera que não apenas os indivíduos causam danos uns aos outros; maiores prejuízos à concretização de valores públicos podem decorrer da atuação das grandes burocracias estatais ou das grandes organizações privadas<sup>247</sup>. Sobressai, nesses casos, a importância das cortes na realização de valores públicos<sup>248</sup>.

Como processo que se destina ao atendimento de fins específicos, e que contempla missão tão especial do Poder Judiciário, a reforma estrutural distancia-se, naturalmente, da forma processual tradicional, daquele já referido modelo de solução de controvérsias. Em primeiro lugar, seu foco probatório primordial não é uma dada situação particularizada (incidente), mas, sim, as condições sociais e o papel que as organizações exercem nessa conjuntura. Em segundo, o autor da ação não é visto de forma individualista, ao mesmo tempo como vítima e beneficiário da prestação jurisdicional (modelo de solução de controvérsias); no processo estrutural, a vítima não é uma pessoa, mas todo um grupo; o autor, pois, não precisa ser a vítima, não se identificando, assim, a vítima e seu representante em juízo. O benefício da demanda pode, por sua vez, igualmente extrapolar o âmbito subjetivo das vítimas e encontrar beneficiários além daquele grupo vitimado (ex.: toda a sociedade).

Em terceiro lugar, o réu do processo estrutural não é precisamente aquele indivíduo provocador da ameaça ou do dano, mas, sim, a instituição na qual ele se insere. Em quarto, a postura do juiz no modelo estrutural não se identifica com aquela passividade do modelo de solução de controvérsias, exigindo, ao revés, um juiz atuante, não podendo o julgador confiar integralmente nas partes, devendo buscar elementos de prova que entenda pertinentes, seja

---

<sup>247</sup> Sustenta o autor: “Essa nova forma de adjudicação é definida fundamentalmente por duas características. A primeira é a consciência de que a principal ameaça aos valores constitucionais norte-americanos não é proveniente de indivíduos, mas das operações das organizações de grande porte, as burocracias do Estado moderno. Em segundo lugar, esse novo modo de processo judicial reflete a compreensão de que, a menos que as referidas organizações sejam reestruturadas, tais ameaças não podem ser eliminadas” (FISS, Owen. *As bases políticas e sociais da adjudicação*. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 106).

<sup>248</sup> “Somente quando reafirmarmos nossa crença na existência de valores públicos e acreditarmos que tais valores como igualdade, liberdade, devido processo legal, não utilização de punições cruéis e incomuns, segurança da pessoa e liberdade de expressão podem ter um significado verdadeiro e importante, que deve ser consolidado e implementado – sim, descoberto – o papel das cortes no sistema político tornar-se-á significativo ou até mesmo, com relação a essa questão, inteligível” (FISS, Owen. *As formas de justiça*. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 47-48).

notificando interessados, seja permitindo a participação de *amicus curiae*, seja valendo-se de um *special master* ou representante da corte etc.

Por fim, em quinto lugar, a fase de execução do processo estrutural é deveras complexa, sendo atividade que demora a encerrar-se, porque exige permanente relação entre o juiz e a instituição, evitando-se que um abandono do processo de transformação enseje o seu retrocesso. Fala-se, aqui de uma “relação de supervisão duradoura”<sup>249</sup>, podendo o juiz adotar posturas como as de fechamento da instituição, de sua reorganização ou, mesmo, de criação de novas estruturas administrativas.

Owen Fiss, reconhecendo, embora, os problemas relacionados à legitimação da atuação jurisdicional nos processos estruturais (à semelhança do que se debate, no Brasil, de relação ao controle judicial das políticas públicas, por exemplo), realça a intrínseca conexão existente entre um processo dessa natureza e o Estado intervencionista:

Assim como o modelo de solução de controvérsias parte de premissas idênticas as da teoria do contrato social e do “Estado vigia noturno”, a reforma estrutural e o Estado intervencionista moderno baseiam-se em teoria política comum. Ambos consideram as realidades sociológicas, refletem um ceticismo com relação à justeza do *status quo* e representam um uso afirmativo do poder estatal<sup>250</sup>.

Ou seja, o processo estrutural norte-americano (país integrante da tradição da *common law* e classicamente visto como subordinado ao modelo adversarial de processo civil) é manifestação inequívoca do modelo processual inquisitivo, o que decorre, sobretudo, dos amplos poderes de iniciativa conferidos ao juiz na condução material e formal do processo, na instrução probatória e, mesmo, na efetivação de suas decisões.

---

<sup>249</sup> FISS, Owen. As formas de justiça. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 64.

<sup>250</sup> FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 119.

### 3.3.2 O papel subsidiário das partes

Como contraponto da supremacia do julgador na condução do processo, o papel das partes no âmbito processual empalidece, se comparado à posição de destaque que lhes é conferida no modelo processual adversarial. Os litigantes não mais figuram como “*domini litis*”, cabendo-lhes uma participação secundária no desenrolar do procedimento.

É bem verdade que, salvo em regimes de conotação totalitária, a exemplo do soviético, à parte ainda se resguarda o direito de propositura da demanda, de delimitação do objeto litigioso do processo e de disposição, quando possível, do direito material envolvido no conflito. O desenrolar do procedimento e, especialmente, a busca da verdade, porém, não mais estão submetidos a seu crivo.

Os litigantes não apenas perdem a primazia na instrução probatória como passam a ser vistos como fontes de informação, não lhes sendo lícito, em regra, escusar-se de cooperar com a justiça, ainda que em prejuízo de seus próprios interesses. Devem eles, assim, apresentar documentos e outras provas requisitadas pelo Estado, podendo, ainda, ser interrogados<sup>251</sup>. No sistema processual austríaco inaugurado em 1895, paradigma de modelo inquisitorial, as partes poderiam ser convocadas a depor sob juramento no procedimento ordinário, ampliando-se regra antes adstrita às demandas enquadradas como de pequenas causas, onde essa possibilidade existia desde 1873<sup>252</sup>.

O respeito à autonomia da parte, mesmo em detrimento do funcionamento ótimo do processo, tal como preconizado pelo modelo adversarial, não se compadece com a estrutura do processo inquisitorial. Tomando-se por parâmetro exemplificativo ainda o sistema austríaco moldado por Franz Klein, verifica-se que o procedimento ordinário desenrolado perante o “*Bezirksgericht*” (uma espécie de tribunal de comarca) confere a este órgão jurisdicional o dever de garantir à parte que esteja desacompanhada de advogado a orientação necessária quanto aos passos a serem adotados<sup>253</sup>. Esse regramento a um só tempo relativiza a autonomia da parte no processo e afasta o dogma da igualdade formal, buscando uma

---

<sup>251</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986, p. 164-165.

<sup>252</sup> “Examination of the parties as witnesses, on oath if need be, has been borrowed from the law of 1873 concerning petty causes and, in an essentially improved form, made applicable to the ordinary procedure” (ENGELMANN, Arthur. *The later development in Austria*. In: \_\_\_\_\_. *A history of continental civil procedure*. Buffalo, New York: William S. Hein & Co., Inc., 1999, v. 7, p. 640).

<sup>253</sup> “For the ‘*Bezirksgericht*’ the ordinary procedure undergoes appropriate modification. Thus, the court is under the duty, where the parties appear without counsel, of affording them any necessary guidance as to the steps to be taken” (*Ibidem*, p. 641).

isonomia substancial no processo, com redução das desigualdades reais que possam comprometer a adequada averiguação da verdade dos fatos e, pois, conferir uma injusta vitória à parte econômica e/ou tecnicamente mais forte<sup>254</sup>.

Essa nova distribuição de forças entre o juiz e as partes, de contornos diametralmente opostos aos verificados no modelo adversarial, ensejou uma série de discussões doutrinárias acerca da legitimidade da atuação judicial nesse modelo, tanto mais por ter sido ele abraçado por regimes políticos antidemocráticos. Sem diferenciar as suas vantagens e desvantagens, seu uso regular dos abusos com base nele cometidos, o modelo inquisitorial (em cujo rótulo foram enquadrados todos os sistemas que conferissem poderes ao juiz, sobretudo em matéria de instrução probatória) foi e é alvo de contundentes críticas de doutrinadores. O movimento que condena o modelo inquisitivo e realça a superioridade do adversarial (embora com algumas adaptações necessárias aos tempos atuais) é intitulado de garantismo processual.

#### 3.4 GARANTISMO PROCESSUAL: CRÍTICA AO MODELO INQUISITIVO E VALORIZAÇÃO DO MODELO PROCESSUAL ADVERSARIAL.

O garantismo é uma manifestação doutrinária que surge vinculada inicialmente à esfera do direito penal, ganhando, empós, expressão além dos limites desse ramo do direito. Tendo como discussão basilar a contraposição entre liberdade e poder, revela uma visão crítica do direito positivo e anseia por uma adequação entre as normas vigentes e os valores propugnados pela Constituição, com resguardo aos direitos e garantias fundamentais do cidadão contra o arbítrio estatal. Luigi Ferrajoli, um dos adeptos dessa teoria, apresenta o garantismo de modo estruturado, com o intento de traçar as linhas fundamentais de um sistema geral do garantismo.

Ao tratar do tema, Luigi Ferrajoli sustenta que o modelo penal garantista acha-se previsto na Constituição italiana como um “parâmetro de racionalidade, de justiça e de

---

<sup>254</sup> Piero Calamandrei, referindo-se ao Código de Processo Civil italiano de 1940, que foi influenciado pela legislação austríaca de 1895, comenta o que denomina de “nivelamento social do processo civil”: “Per eliminare nel corso del processo i pericoli derivanti da queste sperequazioni sociali, il nuovo Codice ha avuto speciale cura di dare sviluppo a tutti quegli istituti che posson servire a mettere la parte socialmente più debole in condizione di parità iniziale difronte alla parte più forte, e ad impedire che a causa della inferiorità di cultura e di mezzi economici la uguaglianza di diritto possa dinanzi al giudice trasformarsi in una disuguaglianza di fatto” (CALAMANDREI, Piero. Gli orientamenti originali del nuovo código. In: \_\_\_\_\_. *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1970, v. 4, p. 231).

legitimidade da intervenção punitiva”<sup>255</sup>. Todavia, referido modelo constitucional muitas vezes deixa de ser concretizado pela legislação infraconstitucional, ou, mesmo, pela prática judiciária ou administrativa. É dizer, as funções estatais, ao serem exercidas, não observam rigorosamente o parâmetro constitucional para a intervenção punitiva. Dessa discrepância entre a Constituição e a realidade, e com vistas a afastá-la, surge o movimento garantista.

Ferrajoli aponta a equivocidade da palavra garantismo, à qual podem ser atribuídos três diferentes significados no âmbito da teoria garantista: a) modelo normativo de direito; b) teoria jurídica; c) filosofia política. Tais sentidos conferidos ao termo em questão, que serão adiante explicitados, dão suporte a uma “teoria geral do garantismo”, que, embora aplicada por Ferrajoli no âmbito do direito penal, a ele não se circunscreve, podendo ser utilizada em outros ramos do direito<sup>256</sup>.

Pensado o garantismo como um modelo normativo de direito, encontra ele a sua expressão no “Estado de direito”, assim compreendido como aquele nascido do constitucionalismo moderno e que se funda no princípio da legalidade, enxergado não apenas em sentido amplo, de submissão da atuação formal dos poderes à lei (legitimação formal), mas, sobretudo, em sentido estrito, ou seja, de subordinação dos atos estatais – inclusive das leis – aos direitos e garantias fundamentais (legitimação substancial)<sup>257</sup>. Em suma, o garantismo é aqui visto como sendo uma “técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir”<sup>258</sup>. O garantismo atrela-se, ainda, sob esse ponto de vista, à democracia substancial (respeito às minorias e aos excluídos e previsão de garantias individuais e sociais), e não à democracia formal (previsão de respeito à maioria como fundamento da legalidade). A fórmula garantista reside, assim, na “maximização da liberdade e das expectativas e na minimização dos poderes”<sup>259</sup>.

Visto sob o significado de teoria jurídica, o garantismo adota uma postura consentânea com o chamado juspositivismo crítico, que identifica o conceito de vigor como distinto dos de validade e efetividade e propõe uma crítica interna do direito positivo vigente, sobretudo no que diz respeito à conduta do juiz perante a lei (inexistência de obrigação de aplicar uma lei inconstitucional, isto é, inválida) e à atitude dos juristas na valoração da lei (cabendo-lhes

---

<sup>255</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Fauzi Hassan Choukr. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 785.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 788.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 789-791.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 797.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 798.

valorar, do ponto de vista jurídico, a validade ou não das leis). Afasta-se essa teoria, assim, do chamado juspositivismo dogmático, que ignora o conceito de vigor das normas como algo distinto de sua validade e efetividade, vislumbrando, apenas, os ordenamentos normativos (em que vigência se confunde com validade) e os ordenamentos realistas (em que vigência se identifica com efetividade)<sup>260</sup>.

Enquanto teoria jurídica, o garantismo tem por escopo extirpar do ordenamento as antinomias (normas que contrariam os valores postos em outras de nível superior) e as lacunas (omissão na concretização, pelas normas inferiores, de valores postos nas normas superiores). A crítica do direito, nesse passo, torna-se a principal tarefa da jurisprudência e da ciência jurídica. Essa crítica permite explicitar que o ordenamento pauta-se pela incoerência e pela incompletude, tendo em vista as referidas antinomias e lacunas, e não pelo contrário (coerência e completude), como se poderia crer a partir das ideias positivistas tradicionais. A tarefa da crítica não é, senão, a de apontar essas antinomias e lacunas, prescrevendo a invalidação de normas no primeiro caso e a integração do ordenamento, no segundo<sup>261</sup>.

Por fim, o garantismo pensado como filosofia política busca a crítica do direito não mais sob o seu ponto de vista interno (como o faz a teoria jurídica), mas, sim, do ponto de vista exterior ao direito. Para compreender esse prisma do garantismo, faz-se mister destacar a existência das doutrinas do Estado de caráter autopoietico (que o encaram como um fim em si mesmo e nas quais a legitimação do Estado e do direito provêm do alto, das esferas de poder) e das doutrinas estatais de cunho heteropoietico (que encaram o Estado como um instrumento, um meio de garantia dos direitos fundamentais, vindo a legitimação do Estado e do direito de baixo, das esferas populares). O garantismo, como é curial, enxerga o Estado sob o segundo viés, vendo o poder como maléfico, porque sempre tendente, se não controlado, à degeneração em despotismo. Ademais, as legitimidades política e jurídica do poder, nos Estados de Direito, são sempre relativas e mensuráveis em graus<sup>262</sup>.

A visão garantista do processo civil, como, de resto, toda a teoria do garantismo, encontra seu alicerce no pensamento liberal, que propugna o respeito à liberdade, com a

---

<sup>260</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Fauzi Hassan Choukr 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 803-806.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 809-810.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 812-818. Afirma o autor: “O garantismo, num sentido filosófico-político, consiste essencialmente nesta fundação heteropoietica do direito, separado da moral [...]. Precisamente, ele consiste, de um lado, na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo, e no primado axiológico relativamente a eles do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação; e, por outro, na concessão utilitarista e instrumental do Estado, finalizado apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais” (*Ibidem*, p. 815).



correspondente limitação do poder estatal. Os partidários dessa concepção defendem que os sistemas processuais nos quais são conferidos poderes instrutórios ao juiz têm caráter antiliberal e, pois, autoritário, reforçando o poder em detrimento da liberdade, elementos que convivem em antitéticas posições de eterna tensão.

A escola do garantismo processual civil surge a partir de ideias propaladas por Adolfo Alvarado Velloso. Para o autor, o processo civil acha-se calcado em dois princípios governativos básicos: o da igualdade formal entre as partes e o da atuação imparcial, imparcial e independente do julgador. Fundado em tais premissas, defende o modelo adversarial, afinado com a ideologia do liberalismo, como sendo o único a se adequar logicamente à noção de processo, haja vista que nele as partes conduzem formal e materialmente o feito, controlando o impulso processual, fixando os termos do litígio, aportando o material probatório aos autos etc. Por outro lado, o juiz mantém-se passivo e neutro, como lhe convém<sup>263</sup>.

Por conseguinte, o modelo inquisitivo, centrado na figura do julgador, contemplaria, para o autor, um caráter decididamente totalitário. Permitir ao juiz que fixe o objeto litigioso do processo, que afirme novos fatos, que detenha poderes instrutórios para produzir provas de ofício são posturas que rompem o equilíbrio processual, na medida em que a imparcialidade (e a imparcialidade) judicial é premissa para o respeito à igualdade entre as partes. Não deve o juiz, assim, assumir tarefas legadas aos sujeitos parciais do processo. As regras do ônus da prova são, ao revés, a solução para a hipótese em que, no momento de julgar, o magistrado se defronte com alegações fáticas não adequadamente comprovadas<sup>264</sup>.

Segundo Juan Montero Aroca, também partidário do garantismo processual, a concepção liberal e garantista do processo estrutura-se sobre as ideias da natureza privada dos interesses em jogo no litígio processual, da preservação do juiz como terceiro imparcial e na condição das partes como verdadeiras donas do processo<sup>265</sup>. Concebendo o processo não como disciplina de cunho puramente técnico, mas, sim, como expressão de uma determinada ideologia social, critica o autor espanhol a ampliação dos poderes instrutórios do juiz. Para ele, a busca da verdade pelo órgão julgador implica a usurpação de função típica das partes, o

---

<sup>263</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 227-237.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 246-247.

<sup>265</sup> AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 141.

que compromete não a imparcialidade do magistrado, mas, sim, a sua condição de terceiro (imparcialidade, em italiano, *terzietà*)<sup>266-267</sup>.

Os "garantistas" insurgem-se contra o movimento de publicização do processo, corporificado, sobretudo, no aumento dos poderes do juiz na condução material do feito. Afirma Luís Correia de Mendonça que

uma concepção garantista do processo implica a superação da ideia objectiva e juspublicista da jurisdição. Esta não deve encontrar justificação em fins alheios a si mesma, antes na tutela dos direitos e interesses dos particulares, a cargo de um juiz independente, terceiro e imparcial<sup>268</sup>.

Dentro desse contexto, o garantismo processual é movimento doutrinário que se contrapõe ao modelo processual inquisitivo, propugnando a adoção das premissas estruturantes do modelo adversarial. A tarefa de trazer ao processo as provas necessárias à formação do convencimento do juiz é das partes e essas, como melhores gestoras de seus próprios interesses, devem fazê-lo perante um juiz terceiro e imparcial. Essa condição "natural" é violada quando se permite ao magistrado imiscuir-se na produção de provas, para determiná-las de ofício.

Girolamo Monteleone afirma que não serve a legitimar o processo inquisitivo a distinção feita entre os sentidos substancial (tutela jurisdicional) e processual (técnica) do princípio dispositivo, enquadrando-se o aumento dos poderes instrutórios na segunda modalidade. Sustenta o autor que a separação entre o processo e a natureza do direito material tutelado implica negativa de justiça e alteração da natureza e conformação intrínseca desse

---

<sup>266</sup> AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 155-156.

<sup>267</sup> Na doutrina pátria, traços diferenciadores entre os conceitos de imparcialidade e de imparcialidade são apresentados por Antônio do Passo Cabral. O autor destaca que o termo imparcialidade expressa um requisito anímico, subjetivo, relacionado à neutralidade do julgador, à sua "isenção de ânimo para o julgamento, o afastamento do sujeito em relação aos interesses materiais em disputa: imparcialidade, portanto, é *alheação*, indiferença à vitória de um ou outro". Já a imparcialidade "é a condição do Estado-juiz, típico *status* de um terceiro, não no sentido das intervenções de terceiro, mas significante da figura de um *tertium* ao qual é atribuída a solução do litígio quando vedada a autotutela, substituída pela justiça estatal". Trata-se de um requisito objetivo, que não se atrela à pessoa do julgador, mas ao órgão jurisdicional, referindo-se à repartição de funções no processo (CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 101-105).

<sup>268</sup> MENDONÇA, Luís Correia de. Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*, Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007, p. 72.

direito. No particular, o autor parece aproximar-se de uma visão sincrética do processo civil, prevalecente no modelo adversarial clássico<sup>269</sup>.

Segundo Omar A. Benabentos, “un juez no *puede* (más allá que no *debe*) convertirse en un superhombre jurídico (que investiga, prueba y además falla la causa que le toca resolver)”<sup>270</sup>. Aponta o autor que o modelo processual inquisitivo – de cunho publicista, autoritário e decisionista – foi diretamente influenciado pelo ordenamento processual austríaco de 1895 (de autoria de Franz Klein), estando presente no código processual alemão de 1937 (quando o país vivenciava o nazismo) e no código processual italiano de 1940 (influenciado pelo fascismo). Este último diploma normativo, a seu turno, face à ascendência alcançada pelo direito italiano na América Latina, serviu de base à expansão do modelo inquisitivo nessa região<sup>271</sup>.

Examinando o papel exercido pela doutrina garantista no âmbito do processo civil, Juan F. Monroy Galvez destaca que a abordagem do tema nesse ramo do direito é feita de modo dissociado da fundamentação filosófica, política e jurídica própria do garantismo, segundo sistematização apresentada por Ferrajoli. Trata-se, ao revés, de um garantismo “tecnocrata”, fundado em propostas concretas, procedimentais, dentre as quais a de que se opere uma redução dos poderes do juiz, tanto os instrutórios quanto os de impulso e saneamento do processo<sup>272-273</sup>.

Essa visão, no entanto, não corresponde integralmente à realidade. Basta que se observe, por exemplo, a acepção do garantismo como filosofia política (em que o Estado é visto como um meio de garantia dos direitos fundamentais e o poder é tido como algo maléfico, passível de abuso). Comparando-a às ideias defendidas pelo garantismo processual, de redução dos

---

<sup>269</sup> MONTELEONE, Girolano. Principios e ideologías del proceso civil. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 105-106.

<sup>270</sup> BENABENTOS, Omar A. *Teoría general unitaria del derecho procesal*. Rosario: Editorial Juris, 2000, p. 85.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 90-91. Essa observação formulada pelo autor o conduz à seguinte conclusão: “No se ha destacado lo suficiente que los códigos en que se han concedido mayores facultades a los jueces se han promulgado precisamente *en países y momentos en que esos jueces eran menos independientes*, de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades se estaba favoreciendo la injerencia del *poder ejecutivo* en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos” (*Ibidem*, p. 94).

<sup>272</sup> GALVEZ, Juan F. Monroy. Y al final del día, qué es el garantismo procesal civil? *Revista Iberoamericana de derecho procesal*, Buenos Aires, ano 06, nº 09, 2006, p. 19.

<sup>273</sup> A redução dos poderes conferidos ao juiz para a condução formal do processo não é bandeira pacífica do garantismo processual, havendo quem, a exemplo de Juan Montero Aroca, centre sua crítica apenas na concessão, ao juiz, de poderes de condução material do processo, entendendo aceitável a ampliação dos primeiros, com vistas ao controle de pressupostos processuais, ao impulso processual, ao controle de legalidade etc. (AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 146-147). Ainda no mesmo sentido defendido por Aroca: BENABENTOS, Omar A. *Teoría general unitaria del derecho procesal*. Rosario: Editorial Juris, 2000, p. 95.

poderes do juiz por considerá-los a base de um processo civil autoritário e redutor da liberdade das partes, constata-se que há um elo que as une. Por outro lado, o garantismo enquanto modelo normativo de direito manifesta-se em favor da maximização da liberdade e da minimização dos poderes, o que, de igual modo, é preconizado pela vertente processual desse movimento. Ao menos em parte, pois, há uma identificação entre o sistema geral do garantismo, desenhado por Ferrajoli, e o garantismo processual civil.

O debate entre aqueles que se inclinam a considerar justificado o aumento dos poderes instrutórios do juiz e aqueles que reputam essa postura legislativa autoritária congrega uma terminologia particular. A tendência garantista adota, assim, uma visão privatística do processo; já os defensores do modelo inquisitivo (intitulados ativistas) lastreiam-se em uma visão publicística daquele fenômeno. Em outra percepção, diz-se que o ativismo privilegia a autoridade e o garantismo, a liberdade. Voltando-se a análise às categorias fundamentais do direito processual, afirma-se que o ativismo confere posição de destaque à jurisdição, enquanto que o garantismo sobreleva o processo<sup>274</sup>.

José Carlos Barbosa Moreira, adepto da concessão de poderes instrutórios ao juiz, examina algumas premissas do garantismo processual, a primeira das quais concernente à correlação necessária manifestada entre publicismo processual e autoritarismo, por ele criticada nos seguintes termos:

Afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexa do que a imagem que dela propõem interpretações assim lineares, para não dizer simplórias<sup>275</sup>.

Evidenciando inexistir essa correspondência inexorável entre regime político e sistema processual, Barbosa Moreira aponta exemplos de legislações editadas ou elaboradas sob a égide de governos autoritários e que não refletem essa tendência, destacando, no Brasil, as leis

---

<sup>274</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *MPMG jurídico*, n. 18, out./dez. 2009, p. 13-15.

<sup>275</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 310.

da ação popular e da ação civil pública (Leis nº 4.717/1965 e 7.347/1985, respectivamente) e o CPC de 1939. Ademais, nega o autor que todas as reformas implementadas na ZPO alemã na época do nazismo tenham incorporado essa ideologia, sustentando, ainda, que a ZPO liberal de 1877 permaneceu em vigor, após a divisão do país, na Alemanha socialista até 1975. O mesmo se diga do CPC austríaco, que, elaborado sob regime não democrático, vige até o presente momento<sup>276</sup>.

Em sentido contrário, também é possível reconhecer situações em que os poderes de iniciativa judicial foram expandidos em países submetidos a regimes democráticos, o que ocorreu, por exemplo, na França, com o Código de Processo Civil de 1975 e na Inglaterra, com as *Civil Procedure Rules*, em vigor desde 1999, além do exemplo brasileiro, que em 1995 editou a Lei nº 9.099/1995, que regula os Juizados Especiais Cíveis, cujo art. 5º outorga ao juiz amplos poderes de instrução probatória<sup>277-278</sup>.

Antônio do Passo Cabral, fincado na noção de imparcialidade, examina a atividade instrutória processual, qualificando-a como uma “função concomitante, concorrente das partes e do juiz, e de iniciativa independente de um ou de outras”, no que se afasta das premissas garantistas. No entanto, vê com reservas o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz, que se deve dar de modo suplementar, subsidiário, coadjuvante, mantendo-se a primazia dessa atuação com as partes, uma vez que a imparcialidade não apenas busca uma maior eficiência na consecução das funções estatais, mas, também, a contenção democrática do poder<sup>279-280</sup>.

Giovanni Verde discorda do ataque formulado ao Código de Processo Civil italiano por Montero Aroca (que o reputa autoritário e fascista<sup>281</sup>), destacando que aquele seria autoritário

---

<sup>276</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 310-311.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 312-313.

<sup>278</sup> Leonardo Greco também nega a existência de uma relação lógica e necessária entre o regime político e as leis processuais daí advindas (ou seja, de que um regime autoritário necessariamente daria ensejo à produção de leis processuais autoritárias, por exemplo). Prossegue afirmando que regimes democráticos podem dar margem a leis autoritárias, ou seja, que vislumbram o processo a partir da perspectiva do juiz ou do interesse público. No Brasil, cita como exemplos a força vinculante da decisão proferida pelo STF em ADC (EC 03/1993) e a súmula vinculante, instituída pela EC 45/2004 (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 164, out./2008, p. 36-37).

<sup>279</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 117-118.

<sup>280</sup> Leonardo Greco compartilha dessa ideia de que se deva adotar um ativismo moderado, o que significa conferir atuação subsidiária e supletiva ao juiz, quando necessário à manutenção do equilíbrio entre as partes: “Seguramente, quanto menos interventivo for o juiz, maior será a aparência da sua imparcialidade, mas me parece que não cabe confundir o ativismo moderado e subsidiário com a perda daquele atributo, essencial à própria jurisdição” (GRECO, *op. cit.*, p. 45).

<sup>281</sup> Posição, aliás, compartilhada pelo garantista Franco Cipriani, que se refere ao “código fascista de 1940”, para, em seguida, qualificar de trágico esse período da história italiana (e da vida do Código de Processo Civil),

antes em sua fachada do que em substância. A exposição de motivos que acompanha o referido diploma normativo por certo possui contornos fascistas, o que, entretanto, para o autor, não se reproduz em seu conteúdo. Ademais, tampouco adere ao posicionamento de Montero Aroca de que o juiz que intervenha na instrução do feito perde a sua condição de terceiro na demanda. Isto porque “cuando el juez ejercita poderes instructorios officiosos, no los ejercita a favor o contra una parte, sino en función de la completa y correcta determinación de los hechos”<sup>282</sup>. Verde refuta, pois, a figura do juiz preconizada pelo garantismo, para ele vista como uma “divinidad impertubable y distanciada”<sup>283</sup>.

Michele Taruffo enfrenta a questão de saber se a concessão de poderes ao juiz pode ser reputada um problema político, é dizer, se tal iniciativa probatória finca-se em uma ideologia antiliberal (autoritária ou totalitária). O autor italiano afirma não ser claro se o qualificativo autoritário seria atribuível ao processo em que o juiz possua poderes instrutórios ou se também ao sistema jurídico que contemple um diploma processual instituidor desses poderes. No primeiro caso, ter-se-ia um “jogo circular de definição”: o processo no qual se confirmam poderes instrutórios ao juiz é autoritário. E o processo autoritário é aquele em que se conferem poderes instrutórios ao juiz... Além disso, Taruffo discorda dessa premissa imposta: para ele, a concessão de poderes instrutórios ao juiz, quando de natureza supletiva e integrativa da atividade das partes, não revela traços autoritários<sup>284</sup>.

Taruffo registra, ainda, que o uso dos termos “liberal” e “autoritário” encerra uma carga valorativa, retirando a neutralidade do argumento, uma vez que à primeira palavra se agrega um sentido positivo e, à segunda, um sentido negativo. Quanto à atribuição da pecha de autoritário também ao sistema político em que se confirmam poderes instrutórios ao juiz, a crítica do autor dirige-se ao modo genérico e vago com que são referidos os sistemas autoritários, em cujos termos são reunidos regimes políticos substancialmente diferentes, tais, por exemplo, o fascista, o socialista, o comunista e o social. Por outro lado, destaca Taruffo que a contraposição correta é entre Estado democrático e Estado autoritário e não entre autoritarismo e liberalismo. Lembra o autor que alguns regimes liberais (a exemplo do

---

estimando que ele, assim como o negacionismo (posição doutrinária que rejeita o qualificativo de autoritário atribuído ao CPC italiano de 1940, ao contrário do revisionismo, que reconhece tal característica do Código e pretende a sua mudança), chegue ao fim (CIPRIANI, Franco. *El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas*. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 60-62).

<sup>282</sup> VERDE, Giovanni. *Apostilla*. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 169.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>284</sup> TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, mar./2006, p. 240-241.

italiano da segunda metade do Século XIX) não necessariamente eram democráticos (nessa época, o direito de voto na Itália era restrito a uma parte dos cidadãos do sexo masculino) e que certos regimes autoritários (a exemplo da França de Napoleão) adotaram o processo liberal (cite-se o Código napoleônico de 1806)<sup>285</sup>.

Em suma, pode-se afirmar que o garantismo processual repugna o modelo inquisitivo, rejeitando a sua premissa maior, que concerne à ampliação da iniciativa judicial, especialmente no que diz respeito à concessão de poderes instrutórios ao magistrado. Essa corrente doutrinária aproxima-se, assim, do modelo adversarial, desqualificando qualquer outro modelo que com ele não se coadune. Nessa senda, reúne sob o rótulo de autoritários todos os sistemas processuais que confiram poderes de iniciativa probatória ao juiz, sem distinguir os sistemas que, a despeito dessa circunstância, resguardam suficientemente as garantias fundamentais das partes.

Não por outra razão, a crítica garantista alcança, indistintamente, os modelos inquisitivo e cooperativo, como se fossem uma única categoria, o que tem dificultado o reconhecimento desse novo e autônomo modelo processual, fundado no princípio da cooperação e que, longe de poder ser tachado de autoritário (qualificativo, de resto, discutível até mesmo para o modelo inquisitivo, como demonstrado por Taruffo), representa uma tentativa de equacionar, no processo, a divisão de trabalho entre juiz e partes, em prol da solução justa e da concretização dos direitos fundamentais.

Há de se reconhecer ao garantismo o mérito de buscar resguardar os direitos fundamentais (inclusive os de cunho processual) contra uma atuação judicial arbitrária. Entretanto, não se compartilha a conclusão esboçada por seus defensores, de que essa solução só é possível de ser encontrada abraçando-se um processo liberal (modelo adversarial). Acredita-se, ao revés, que o exame do modelo cooperativo bem é capaz de infirmar essa premissa.

---

<sup>285</sup> TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, mar./2006, p. 242-244. O autor reduz, portanto, as relações entre regime autoritário e poderes instrutórios do juiz e entre juiz passivo e regime liberal a meros “slogans polêmicos privados de valor científico”. (*Ibidem*, p. 45).

## 4 O MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO

---

### 4.1 A DISCUSSÃO DA PREMISA: EXISTE, DE FATO, UM MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO? O CASO DO DIREITO PORTUGUÊS.

A análise de todo e qualquer modelo processual perpassa pela necessidade de examinar como se estrutura a divisão de tarefas – e de poderes – entre os sujeitos processuais principais: partes e juiz. No processo civil adversarial, a atuação das partes sobreleva-se à do magistrado, tido como um sujeito cuja imperiosa imparcialidade pressupõe a adoção de postura passiva e neutra na condução do processo. Por outro lado, o processo civil inquisitivo, calcado em uma visão publicística do fenômeno processual, confere posição de primazia ao juiz na relação jurídica processual, em detrimento das partes. Esse modelo é comumente associado a um perfil ideológico autoritário (e antidemocrático), especialmente em razão de haver sido o modelo adotado por regimes ditatoriais, a exemplo da Itália, de Portugal e do Brasil.

A polaridade existente entre os modelos adversarial e inquisitorial conduz à tendência de se tentar enquadrar os sistemas processuais vigentes em uma dessas duas estruturas. Por essa razão, surgem dificuldades em se reconhecer a existência de um modelo processual distinto daqueles classicamente consagrados.

A situação ora referida pode ser constatada, *in concreto*, analisando-se o ordenamento jurídico português, no bojo do qual veio a lume texto normativo considerado paradigmático. Trata-se do art. 266º, 1, do Código de Processo Civil de Portugal, do qual se extrai o chamado princípio da cooperação: “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”.

Na exposição de motivos que antecede o Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de dezembro daquele ano, enuncia-se que o princípio da cooperação é consagrado como “princípio angular e exponencial do processo civil”, sendo certo que a sua correta aplicação não poderá prescindir de uma mudança de mentalidades, da formação de uma nova cultura judiciária, sem



a qual “facilmente se poderá pôr em causa um dos aspectos mais significativos desta revisão, que se traduz numa visão participada do processo, e não numa visão individualista, numa visão cooperante, e não numa visão autoritária”.

Examinando-se opiniões da doutrina portuguesa acerca do assunto, torna-se clara a conclusão de que não é premissa assente naquele ordenamento a de que, de fato, a reforma empreendida no processo civil daquele país nos anos de 1995/1996 haja consagrado um novo modelo de direito processual: o cooperativo. Tomar-se-á por parâmetro a discussão que, no particular, foi travada entre Mariana França Gouveia, defensora da submissão do sistema processual português a esse novo modelo, e Luís Correa de Mendonça, partidário da posição de que a aludida reforma nada mais fez do que perpetuar o modelo antes vigente no país: o inquisitorial.

Mariana França Gouveia é defensora da existência de um modelo processual cooperativo (distinto dos modelos adversarial e inquisitorial e fundado no princípio da cooperação), o qual, segundo ela, seria o adotado pelo ordenamento jurídico-processual português desde a reforma implementada no Código de Processo Civil daquele país nos anos de 1995/1996. Referida autora portuguesa enfatiza, pois, que a evolução do processo civil português pode ser dividida em três etapas.

O período que precede as reformas autoritárias da década de 1920 é regido pela ideologia liberal, concebido um processo civil de cunho privatístico, com predomínio da atividade das partes. Em seguida, sob o influxo de uma ideologia autoritária, são incrementados os poderes do juiz e restringido o espaço antes conferido às partes no processo, cunhando-se um processo civil de traço altamente publicístico, em vigor desde 1926 e cujo modelo somente é afastado pelas reformas processuais da década de 1990.

Sustenta, assim, Mariana França Gouveia que a reforma havida nos anos de 1995/1996 culminou em uma mudança ideológico-paradigmática no processo civil português, na medida em que a sua pedra angular passou a se consubstanciar no princípio da cooperação, que traduz uma nova visão do processo e da postura a ser adotada pelos seus sujeitos processuais, em especial as partes e o juiz<sup>286</sup>. Para afastar o modelo processual cooperativo do inquisitorial –

---

<sup>286</sup> GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgar*, Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007, p. 48-50. O pensamento da autora sobre a evolução do processo civil português, que refletia, segundo ela, uma versão unânime na doutrina, é sintetizado no seguinte trecho de seu artigo: “Até aos trabalhos de Correia de Mendonça, a versão unânime da evolução do nosso processo civil pode ser assim descrita: até 26 vigorou o processo liberal, cujas concepções estão erradas e foram devidamente afastadas; desde então até hoje o papel do magistrado é determinante no processo civil, sendo-lhes atribuídos poderes em diversos níveis; a esta ideia de centralidade do juiz no processo acresceu uma máxima de

na medida em que aquele não subtrai do juiz os poderes de direção do processo –, Mariana Gouveia destaca que o princípio da cooperação lastreia-se em dupla vertente: o estabelecimento de deveres às partes (em especial o dever de atuação conforme o princípio da boa-fé) e a fixação de deveres imputáveis ao órgão judicial. Enquanto o primeiro viés do princípio da colaboração poderia representar um reforço no caráter autoritário do processo, por certo que esse caráter é mitigado quando se mira o segundo, ou seja, os deveres de cooperação do juiz<sup>287</sup>.

Isso se dá porque o princípio da cooperação, ao impor deveres ao magistrado – e não apenas às partes –, contribui para definir uma nova postura do juiz diante do feito, nem excessivamente passiva e ausente, nem demasiadamente interventora e autoritária. Nas palavras de Mariana França Gouveia:

Na sociedade democrática em que vivemos não se pode admitir uma justiça autoritária, que subjuga o interesse privado a uma ideia pública de verdade; mas também não pode admitir-se uma justiça autista, que abstrai em absoluto da realidade, do mundo, da sociedade em que se integra para julgar cada acção como se de uma ilha se tratasse<sup>288</sup>.

É justamente na definição de deveres atribuíveis ao julgador que se extrema o modelo inquisitorial do cooperativo. Exigindo-se do juiz que colabore com o desenrolar do litígio, adota-se uma premissa de exercício do poder jurisdicional que se diferencia daquela calcada em um modelo em que os poderes do órgão jurisdicional são ressaltados, muitas vezes sem a preocupação de se lhe definirem correlatos deveres que incidem como limitadores dos primeiros e lhes conferem justificativa e finalidade mais consoantes com o ideal democrático.

Com isso não se quer afirmar que a autora entenda ser o modelo inquisitório sempre autoritário. Sê-lo-á quando, em contraposição aos poderes do julgador, não conferir as necessárias garantias às partes (respeito aos princípios dispositivo, do contraditório e da igualdade, por exemplo). O ponto diferencial do modelo cooperativo reside, pois, na circunstância de que a necessidade de observância, pelo magistrado, dos deveres de

---

colaboração do juiz com as partes e destas entre si, retirando ao magistrado alguma de sua autoridade, mas mantendo-o como director do processo. A partir daí há quem defenda que o processo civil saído de 95/96 é verdadeiramente novo e há quem continue a identificá-lo como uma evolução do anteriormente vigente, embora sem criticar o modelo ou a sua evolução” (*Ibidem*, p. 50).

<sup>287</sup> GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgar*, Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007, p. 52.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 55.

cooperação que lhe são impostos o coloca em posição de paridade com as partes durante a condução do processo<sup>289</sup>.

Também voltando o olhar ao direito português, Luís Correia de Mendonça registra que aquele ordenamento jurídico, ao adotar o Código de Processo Civil de 1876, seguiu uma ideologia marcadamente liberal, fincada na prevalência do princípio dispositivo e de uma concepção privatista do processo, com predomínio do respeito pela forma, passividade judicial e primazia das partes na condução do feito<sup>290</sup>. Moldado com base no sistema francês, o supramencionado Código português seguia a linha de um processo caracteristicamente adversarial.

A reforma processual havida em 1926 constituiu-se em um marco paradigmático de abandono da concepção liberal – e garantista, para o autor – antes vigente e a adoção de um modelo social e autoritário de processo, centrado na concessão de inúmeros poderes ao magistrado (alinhados em quatro categorias: poderes de inspeção, de instrução, de disciplina e de impulsão processual)<sup>291</sup>. O mesmo viés foi seguido pelo Código de Processo Civil de 1939, que, para Luís Correia de Mendonça, “representa o ponto de chegada de uma obra, que durou treze anos, de construção de um processo que assumisse por inteiro o feito do Estado a que pertencia: um Estado anti-individualista e orgânico, um Estado, como vimos, com uma concepção totalitária da vida”<sup>292</sup>. Tampouco lograram as reformas de 1961 e de 1985 alterar o quadro ideológico inaugurado em 1926.

O ponto em que o posicionamento de Luís Correia de Mendonça diverge daquele esposado por Mariana França Gouveia atine à adoção ou não, pelo ordenamento jurídico português, de um novo modelo processual – o cooperativo – a partir da reforma processual empreendida nos anos de 1995 e 1996. Enquanto aquela doutrinadora defende uma conclusão positiva, Luís Mendonça sustenta que dita reforma, embora contemple boas inovações (ex.: incremento do contraditório, previsão de uma audiência preliminar, também ampliativa do debate judicial etc.), empreendeu um aumento dos poderes judiciais, na contramão do

---

<sup>289</sup> GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgar*, Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007, p. 65.

<sup>290</sup> MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 386-388.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 385 e 403-404.

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 422.

movimento garantista abraçado pelo autor, que preconiza uma “melhor justiça com maior liberdade”<sup>293</sup>.

As noções de partes colaborantes, de juiz assistencialista e de resguardo da igualdade substancial são, para o autor, utópicas, pressupondo que existissem, no plano real, as figuras que, para ele, somente no campo ideal podem ser vislumbradas<sup>294</sup>. Conclui asseverando que:

Com a instauração da democracia e a Constituição Republicana de 1976 o sistema de justiça sofreu em Portugal alterações profundas e progressivas. Todavia, no domínio da justiça civil, conservou-se no essencial o mesmo paradigma de processo, assente nos três princípios basilares e fundadores das reformas de 1926 e 1932 [referindo-se aos princípios da oralidade, concentração e atividade jurisdicional]. [...].

Da colocação do debate sobre a justiça civil em plano tão redutor resultou que a concepção publicística do processo se manteve intocada e que a figura do juiz forte, activo e informado, a qual não por acaso nunca se conseguiu impor antes do aparecimento da ditadura, se reforçou e, conjuntamente com ela, a inquisitorialidade<sup>295</sup>.

Tais razões testificam, para Luís Correia de Mendonça, que a reforma de 1995/1996 não trouxe a lume um novo paradigma processual; ao revés, situa o autor referidas mudanças como uma continuidade do modelo vigorante, que qualifica de publicista e totalitário.

Pode-se afastar a discussão acerca da existência ou não de um modelo processual cooperativo (distinto dos modelos inquisitorial e adversarial clássicos) do exame do ordenamento jurídico português para elevá-la a um patamar mais abstrato. Nesse particular, impende destacar a contribuição apresentada por Daniel Mitidiero ao extremar os modelos processuais civis isonômico, assimétrico e cooperativo<sup>296</sup>.

---

<sup>293</sup> MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 429-430.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 431-433.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 437-438.

<sup>296</sup> Trata-se de tipificação de modelos processuais que não se identifica, em sua integralidade, com a classificação analisada neste trabalho. Embora o modelo isonômico se assemelhe, em certos aspectos, ao modelo adversarial (processo como coisa das partes, juiz neutro, curador da ordem processual) e o assimétrico ao inquisitivo (juiz colocado acima das partes e dotado de poderes capazes de reduzir o papel das partes no processo, processo publicizado), os parâmetros utilizados para a definição dos modelos são diversos. Mitidiero afirma que o processo isonômico pode ser encontrado, por exemplo, na Grécia e na Itália medieval, enquanto que o modelo hierárquico foi vivenciado na fase romana da *cognitio extra ordinem* e no *processus* prussiano do Século XVIII. De mais a mais, ao identificar os pressupostos lógicos de cada modelo, Mitidiero aponta que o processo isonômico funda-se na igualdade substancial, enquanto que o processo assimétrico caracteriza-se por uma igualdade de cunho formal (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 65-66 e 89-90). Essas premissas vão de encontro às características

Mitidiero esclarece que o processo isonômico funda-se em uma relação de paridade entre indivíduo e poder político. O procedimento estrutura-se em bases dialéticas, seguindo uma racionalidade prática voltada à solução do conflito e o contraditório objetiva viabilizar o diálogo judicial. A busca pela verdade é tarefa legada com exclusividade às partes. Já o modelo assimétrico coloca o Estado-juiz em posição de superioridade frente às partes, passando a ser o principal escopo do processo aquele voltado à realização do direito, sendo a busca da verdade dirigida pelo Estado. O contraditório é visto, no modelo assimétrico, como mera “bilateralidade de instância”. Em ambos os modelos, prevalece a necessidade de observância, pelas partes, à boa-fé subjetiva<sup>297</sup>.

Por fim, o autor configura o modelo processual civil cooperativo destacando que este se centra em uma mudança de perspectiva quanto à divisão de trabalho entre juiz e partes. O órgão julgador assume, assim, uma postura paritária com as partes na condução do processo, delas se distanciando no momento de proferir a sua decisão. A busca da verdade, a seu turno, é tarefa a ser perseguida tanto pelo juiz quanto pelas partes, segundo seus interesses. O contraditório passa a ser visto como um instrumento de viabilização do diálogo judicial, do qual agora também o juiz faz parte, sendo previstos deveres de cooperação de observância seja pelas partes, seja pelo magistrado. Prevalece aqui o respeito à boa-fé objetiva, exigido não apenas das partes, mas igualmente do juiz<sup>298</sup>.

Também Fredie Didier Junior defende ser o modelo cooperativo um novo modelo de direito processual, distinto dos modelos adversarial e inquisitivo. Examinando a divergência doutrinária manifestada no direito português entre Mariana França Gouveia e Luís Correia de Mendonça, o autor brasileiro refuta o posicionamento adotado por Luís Correia de Mendonça, salientando que

O autor ignora o sentido dogmático do *dever de cooperação*, que nada tem a ver com a transformação do processo em um diálogo de lordes ingleses. Os deveres de cooperação surgiram [...] no próprio direito material, e não eliminam a existência de óbvios interesses contrapostos entre os sujeitos

---

basilares dos modelos adversarial e inquisitivo, em que a isonomia formal está vinculada ao primeiro modelo e a isonomia substancial, ao segundo. De todo modo, o modelo cooperativo examinado pelo autor é, precisamente, o que será objeto de estudo neste capítulo.

<sup>297</sup> MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 101-102.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 102. Afirma o autor, na mesma página, que “essa dupla posição do juiz (paritária no diálogo, assimétrica na decisão) e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao processo civil cooperativo, manifestando-se ao longo de todo o formalismo processual”.

envolvidos; em verdade, servem para tornar mais leal, ou menos bárbara, a luta por tais interesses<sup>299</sup>.

Seguindo a posição externada por Daniel Mitidiero, Fredie Didier Junior enfatiza que o modelo cooperativo implica, sobretudo, inclusão do órgão judicial como sujeito do contraditório, condução do processo sem protagonismos (quer das partes, quer do juiz), previsão de deveres de cooperação para as partes e para o julgador e adoção, pelo magistrado, de uma postura paritária no curso do processo e assimétrica no momento de julgar, quando será propriamente manifestado um ato de poder, fruto do exercício da função jurisdicional: a decisão judicial. Mesmo aqui, porém, o autor deixa claro que a posição assimétrica assumida pelo magistrado não significa que a ele apenas sejam reservados poderes processuais, enquanto que às partes se atribuem ônus e deveres; a assimetria deve ser entendida estritamente no sentido de que “o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é exclusiva: a função de decidir, conteúdo do poder jurisdicional”<sup>300</sup>.

Embora sem adentrar expressamente o debate sobre se o princípio da colaboração representaria ou não a definição de um novo modelo processual, Luís Filipe Brites Lameiras registra que a revisão empreendida no direito processual civil português em 1995/1996 representou “um marco fundamental de viragem”, haja vista que inseriu “um novo quadro de eticização de comportamentos, representado pela imposição, agora, de acrescidos deveres de ordem deontológica aos vários intervenientes processuais”, enquanto que a colaboração prevista no CPC português anteriormente a tal reforma ressaltava apenas os deveres impostos às partes e aos mandatários judiciais em relação ao tribunal<sup>301</sup>. Ou seja, o autor em comento, ao contrário do que ocorre com o pensamento de Luís Correa de Mendonça, vislumbra uma descontinuidade entre o modelo anterior à reforma de 1995/1996 e aquele que a ela se seguiu.

Paula Costa e Silva afirma que o princípio da cooperação, testificado no art. 266/1 do CPC português, representa a manifestação de uma escolha legislativa “por um determinado

---

<sup>299</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 32.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 46-49. Conclui o autor, referindo-se ao ordenamento jurídico português: “O modelo de processo cooperativo é um *novo* modelo de processo equitativo (processo justo, processo devido). O CPC português, ao consagrar expressamente o princípio da cooperação, deu um passo enorme na consolidação desta nova fase do desenvolvimento do direito processual. A legislação portuguesa está assim na vanguarda do pensamento contemporâneo, tendo avançado inclusive em relação à legislação alemã, de onde inegavelmente retirou inspiração” (*Ibidem*, p. 49-50).

<sup>301</sup> LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. A importância da colaboração das partes. In: BRITO, Rita (coord.). *Regime processual experimental: simplificação e gestão processual*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 124.

modelo processual relativamente à realização da justiça”<sup>302</sup>. António Santos Abrantes Gerales, por seu turno, também se referindo especificamente ao ordenamento jurídico português, enfatiza que a conformação atual do princípio da cooperação (prevendo deveres de colaboração não apenas das partes em relação ao órgão jurisdicional, mas, igualmente, em sentido contrário) corresponde “à introdução de uma nova cultura judiciária, que potencie o diálogo franco entre todos os sujeitos processuais, com vista a alcançar a solução mais ajustada aos casos concretos submetidos à apreciação jurisdicional”<sup>303</sup>.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira igualmente reconhece o processo cooperativo como uma “terceira via”, capaz de potencializar “de maneira mais efetiva a realização do direito material e a obtenção da justiça, em tempo razoável”<sup>304</sup>. Esse modelo não abarcaria nem a figura do juiz ditador, por vezes identificada com o modelo inquisitivo, nem o juiz árbitro, coadjuvante de um processo dominado pelas partes. Surge a imagem de um juiz colaborante, ao qual se reconhecem, além de uma postura ativa, deveres que realçam o papel das partes no processo.

Eduardo Grasso, de igual modo, após afirmar que o termo cooperação é utilizado na doutrina como referência de um determinado “critério organizativo da força operante no processo”, extrema tal critério de organização daqueles típicos do modelo adversarial (processo de partes, em que o contraditório é adotado em seu sentido clássico) e do inquisitorial (com primazia da atividade do juiz sobre a das partes). Aponta o princípio da cooperação como autônomo, equidistante e diverso dos princípios dispositivo e inquisitivo, regedores dos modelos anteriormente mencionados<sup>305</sup>.

José Igreja Matos, ao mesmo tempo em que refuta o modelo liberal de processo, por se afastar da busca da verdade substancial, e, pois, rejeita a ideia de negação ou restrição do poder inquisitório do juiz, como propugnado pelos liberais, acata destes a busca de um processo essencialmente visto como garantia, o que se obtém pela possibilidade de controle dos poderes judiciais pelas partes<sup>306</sup>. Salienta o autor que o modelo processual cooperativo

---

<sup>302</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 590-591.

<sup>303</sup> GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, v. 1, p. 88-89.

<sup>304</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 27, jan./mar.2003, p. 23.

<sup>305</sup> GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Pádova, v. XXI, 1966, p. 584 e 596-597.

<sup>306</sup> MATOS, José Igreja. O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário). *Julgar*, Coimbra, n. 02, maio/ago. 2007, p. 105. Afirma o autor, ademais, que “o equilíbrio entre o poder inquisitório do juiz e o carácter privatístico da lide civil pendulariza-se nas garantias de controlo concedidas ao cidadão, que é parte no

(ou modelo do juiz colaborante) é adequado aos “falsos litígios cíveis”, assim denominados porque neles a litigância é “escassa ou nula”. Critica o modelo, no entanto, quando aplicado no domínio da litigância nuclear, quando o conflito é mais acentuado, área na qual a noção de solidariedade ínsita à colaboração seria paradoxal à lógica desse tipo de processo<sup>307</sup>.

A posição adotada no presente trabalho coaduna-se com as ideias manifestadas por Eduardo Grasso, Paula Costa e Silva, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, António Santos Abrantes Geraldes, Mariana França Gouveia<sup>308</sup>, Daniel Mitidiero e Fredie Didier Junior, no sentido de que é possível extremar-se um modelo cooperativo de direito processual, este que não se confunde, como defendido pelos garantistas, com o modelo inquisitivo.

Seu traço diferenciador reside, sobretudo, na inserção do juiz como sujeito do contraditório, impondo-lhe deveres de cooperação com as partes ao invés de apenas lhe conferir poderes de condução do feito. A identificação mais precisa desse modelo processual não pode prescindir do exame de suas características peculiares.

## 4.2 AS CARACTERÍSTICAS DO MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO

### 4.2.1 Princípio da cooperação: o processo como uma comunidade de trabalho

O modelo adversarial é comumente caracterizado como um jogo, uma luta entre as partes, intermediada pelo juiz, que assumiria, assim, a postura de um árbitro dessa disputa, cabendo-lhe, ao final, indicar o vencedor do duelo. O modelo inquisitivo, por seu turno, é geralmente assemelhado a uma pesquisa oficial, levada a efeito por um juiz ativo, ao qual são

---

processo; controlo fiscalizador directo aquando do exercício desse poder, num quadro de officiosidade do contraditório e de um austero sistema de preclusões, e a sindicância desse exercício por um tribunal superior, visando a contenção da discricionariedade com uma efectiva dupla apreciação da matéria de facto” (*Ibidem*, p. 105-106).

<sup>307</sup> MATOS, José Igreja. O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário). *Julgar*, Coimbra, n. 02, maio/ago. 2007, p. 102. A crítica formulada por Fredie Didier Junior ao pensamento de Luís Correa de Mendonça, já apresentada neste tópico do trabalho, serve para rechaçar também o posicionamento de Igreja Matos nesse particular.

<sup>308</sup> Mariana França Gouveia é aqui enquadrada como uma das defensoras da existência do modelo processual cooperativo uma vez que ela o extrema do modelo inquisitivo segundo o enxergam os garantistas, ou seja, como um modelo autoritário de processo. A autora reputa esse vies autoritário ausente no modelo cooperativo, tendo em vista a delimitação de deveres de cooperação a serem observados pelo magistrado, que funcionam como um limite ao exercício de seu poder. Não obstante, segundo registra Fredie Didier Junior, esse posicionamento não se extrai de forma conclusiva de seu trabalho, sendo antes uma inferência (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 31-38).



conferidos vastos poderes em detrimento da atuação das partes, reduzidas ao papel coadjuvante de informantes judiciais. Diz-se, portanto, que no primeiro modelo, a primazia de atuação é legada às partes; no segundo, ao juiz.

O modelo cooperativo traduz, nesse passo, um novo paradigma na divisão de tarefas entre partes e juiz. A ideia central desse modelo consiste na transformação do processo em uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), capaz de albergar, ao mesmo tempo, um magistrado de feição atuante na condução do processo e partes igualmente ativas, colaboradoras para o alcance do resultado final pretendido: a justa solução da controvérsia em tempo razoável. Sem desprezar a realidade de que o processo envolve, como regra, interesses conflitantes, busca estabelecer uma disputa leal e capaz de conduzir a um resultado substancial e processualmente justo.

Nem às partes nem ao juiz se reserva o papel primordial do processo. Àquele remanescem, como não poderia deixar de ser, a condução formal do processo e o poder decisório. Certos poderes de condução material do processo igualmente lhe são reservados, como os de iniciativa probatória, por exemplo. Às partes, a seu turno, são legadas, especialmente, a iniciativa de instauração do feito e a delimitação do objeto litigioso do processo. O diferencial do modelo cooperativo, todavia, reside na previsão de deveres de cooperação, tanto das partes para com o juiz como deste para com as partes, além de deveres direcionados a outros participantes do processo, a exemplo do advogado, de testemunhas, de auxiliares da justiça etc. Todos devem colaborar para o atingimento da justa composição do litígio.

A comunidade de trabalho em que se constitui o processo cooperativo deve, pois, ser um ambiente em que prepondere o diálogo, ao qual não pode o magistrado ficar alheio e indiferente. Tampouco lhe é lícito postar-se como sujeito supra partes, cujas ideias podem ser impostas de modo autoritário, sem que sejam elas também submetidas ao debate democrático.

Explicita Eduardo Grasso que a nota fundamental do regime colaborativo consiste na estruturação da relação jurídica processual, que, em lugar de assumir uma perspectiva triangular, é redesenhada em forma em linhas paralelas, colocando-se, pois, o juiz no mesmo nível em que situadas as partes. E, ademais, a atividade dos sujeitos processuais deve congrega-se em uma única força convergente cujo escopo é a descoberta da verdade<sup>309</sup>.

---

<sup>309</sup> “In questo quadro, che ha soltanto un valore indicativo, è possibile cogliere le note fondamentali di un regime di collaborazione processuale. Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele. Le attività dei tre

O alicerce fundamental do modelo cooperativo se expressa no chamado princípio da cooperação ou princípio da colaboração, este que, na lição de Fredie Didier Junior, “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de mero fiscal de regras”<sup>310-311</sup>. Referido princípio consagra, segundo Daniel Mitidiero, uma “nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural”<sup>312-313</sup>.

*De fato, dito princípio, que já encontra assento expresso no art. 266, 1, do CPC português<sup>314</sup>, configura, verdadeiramente, uma nova forma de se enxergar a relação jurídica processual, incitando os sujeitos processuais (partes e juiz) a participar ativamente na formação do ato decisório a ser ao final proferido. Cria-se um ambiente processual de interação e colaboração, ensejando, pois, que as partes possam, dentro do cenário processual, participar e influir no resultado do exercício do poder jurisdicional, revelando-se tal princípio, inequivocamente, como um veículo efetivador da cidadania.*

---

soggetti, nell'intima sostanza, tendono ad identificarsi, risolvendosi in unica forza operosa (*unus actus*) che penetra nella materia alla ricerca della verità” (GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XXI, 1966, p. 609).

<sup>310</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de processo*, São Paulo, n. 127, set./2005, p. 76.

<sup>311</sup> Carlos Rego também acentua que “o que, na realidade das coisas, o princípio da cooperação [...] vem, de algum modo, restringir é a passividade do juiz, afastando-se claramente da velha ideia liberal do processo como ‘luta’ entre as partes, meramente arbitrada pelo julgador – concepção esta, na nossa óptica, dificilmente conciliável com uma Constituição que, como a nossa, institui um Estado social de direito”. In: REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 213. Já Fritz Baur destaca que uma postura judicial mais ativa é instrumento fundamental para o alcance de postulados políticos como os da aceleração processual e da função social do processo. In: BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de processo*, São Paulo, n. 27, jul./set.2005, p. 187.

<sup>312</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 47.

<sup>313</sup> Muito embora o enfoque do presente trabalho esteja voltado ao exame do modelo processual civil cooperativo, impende destacar que também na seara do processo penal o princípio da cooperação vem sendo examinado, embora de maneira mais tímida. Nesse sentido, defendendo a aplicação do princípio da cooperação (especialmente em sua modalidade dever de auxílio) para interpretação do art. 265 do CPP com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.719/2008, sugerindo que a remarcação da audiência seja precedida de prévia consulta aos advogados das partes para verificação de data viável para todos (evitando-se, assim, remarcações indevidas da assentada ou nomeação de defensor substituto): YUNG-TAY NETO, Pedro de Araújo. O princípio da cooperação e a nova redação do art. 265 do CPP. *Revista de doutrina e jurisprudência*, Brasília, n. 90, p. 29-33, maio/ago. 2009. Note-se que a solução preconizada pelo autor em comentário é, no âmbito do processo civil, expressamente prevista no art. 155º/1 do CPC português: “A fim de prevenir o risco de sobreposição de datas de diligências a que devam comparecer os mandatários judiciais, deve o juiz providenciar pela marcação do dia e hora da sua realização mediante prévio acordo com aqueles, podendo encarregar a secretaria de realizar, por forma expedita, os contactos prévios necessários”. Reforçando a atinência do princípio da cooperação com outros ramos do direito (processos penal e administrativo, processo tributário etc.), ainda que neles inexistentes expressões normativas do princípio: LEITÃO, Helder Martins. *Dos princípios básicos em processo civil*. 2. ed. Porto: Almeida & Leitão, Lda., 1998, p. 199.

<sup>314</sup> “Artigo 266º. Princípio da cooperação. 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.”

Não por outra razão, tem-se que o princípio da cooperação configura um novo padrão comportamental, direcionado não apenas às partes e ao juiz, mas, também, aos demais participantes do processo. Sua plena aplicação está a exigir uma verdadeira “reforma de mentalidades”, sem olvidar a necessidade de, em muitos casos, se proceder a uma remodelação da estrutura judiciária. Conforme salienta António Geraldes, trata-se, verdadeiramente, de uma nova cultura jurídica a ser implementada<sup>315</sup>.

José Lebre de Freiras vislumbra a cooperação processual sob duas distintas vertentes: a material, em que sobressai a apuração da verdade acerca da matéria de fato, com vistas a que se alcance a justa solução do litígio, e a formal, em que se tem por primeiro plano que o desenvolvimento do processo se dê em prazo razoável, evitando-se dilações inúteis ou indevidas. Assim, por exemplo, registra como manifestação da cooperação em sentido material o dever de colaboração de partes e de terceiros para a descoberta da verdade (art. 519º do CPC português), enquanto que a cooperação em seu viés formal estaria explicitada, dentre outros, pelo art. 155º/1 do CPC português, que determina que as diligências judiciais sejam marcadas mediante acordo do órgão jurisdicional com os mandatários judiciais, evitando-se remarcações e adiamentos indevidos<sup>316</sup>.

Daniel Mitidiero aponta três modalidades de pressupostos que se delineiam para a formação de um processo civil cooperativo: sociais, lógicos e éticos. Quanto aos primeiros, o autor destaca que o modelo colaborativo de organização social repercute no papel assumido pelo juiz no processo. Dito modelo reconhece existir uma distinção entre indivíduo, sociedade e Estado, centrando-se sobre as bases de uma sociedade cooperativa e solidária e de um Estado Democrático de Direito. A participação social na gestão estatal, típica desse modelo social, reflete-se no processo com a assunção, pelo juiz, de uma postura isonômica na sua condução, por ele abandonada apenas no momento de decidir, quando adota uma postura assimétrica. Essa posição de simetria conferida ao órgão jurisdicional no desenrolar do procedimento favorece a conformação do processo como uma comunidade de trabalho, sujeitando também o juiz – e não apenas as partes – ao princípio do contraditório, no qual se concretiza o valor fundante do processo: a participação<sup>317-318</sup>.

---

<sup>315</sup> GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2006, v. 1, p. 88-93.

<sup>316</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 150-153.

<sup>317</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 71-77.

De relação aos pressupostos lógicos, Daniel Mitidiero salienta que a renovação dos estudos de lógica jurídica, na segunda metade do Século XX, contribuiu largamente para a retomada de uma perspectiva problemático-argumentativa do direito, que houvera sido substituída, no quadro do pensamento jurídico moderno, pela lógica teórica, apodítica. A valorização da tópica jurídica ensejou, por sua vez, uma releitura do princípio do contraditório, que passou a ser visto como um direito de participação e de influência. Esse quadro lógico influenciou a estruturação de um novo formalismo processual, vocacionado a criar um ambiente de cooperação, com redução do rigor formal e redistribuição de tarefas entre os sujeitos processuais<sup>319</sup>. Por fim, do ponto de vista ético, o modelo cooperativo pressupõe o respeito, por todos os sujeitos processuais (inclusive o juiz) à boa-fé em sua dupla perspectiva (subjéctiva e objectiva)<sup>320</sup>.

O papel do juiz, no modelo cooperativo, assume, assim, nova dimensão, uma vez que o julgador se vê inserido no centro do diálogo judicial, alçado à condição de sujeito do processo, que é vislumbrado como um pólo de concretização democrática dos direitos fundamentais. As partes encontram no processo jurisdicional mais um instrumento de exercício de seu direito fundamental de cidadania, na exata medida em que lhes é reservada uma efetiva participação na formação do convencimento judicial. Esse direito tanto mais se concretizará quanto maior for a possibilidade de influência paritária no resultado da atividade judicial (prestação da tutela jurisdicional)<sup>321</sup>. Por consequência, o modelo cooperativo funciona, quando corretamente aplicado, como um fator de legitimação do exercício da função jurisdicional<sup>322</sup>, uma das facetas do poder estatal, haja vista que traduz, no processo, o ideal do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>318</sup> Essa perspectiva quanto à posição assumida pelo juiz na divisão de trabalho com as partes no modelo cooperativo não implica uma “horizontalização” do órgão julgador, no sentido pejorativo em que a expressão é tratada quando pretende significar uma equalização das missões dos intervenientes processuais. Refutando tal “horizontalização”, ver: SOUSA, António Pais de; FERREIRA, J. O. Cardona. *Processo civil*. Porto: Reis dos Livros, 1997, p. 17. A inserção do magistrado como sujeito do diálogo judicial e, pois, do contraditório não lhe retira o papel de órgão exercente de uma das funções do poder estatal, o que tanto mais se evidencia pelos poderes de condução material e formal do processo que lhe são reservados e, principalmente, pela posição assimétrica que assume no momento de julgar.

<sup>319</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p.90-94.

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 95-96.

<sup>321</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 27, jan./mar.2003, p. 26.

<sup>322</sup> “Não se trata, bem entendido, de propriamente restabelecer o *ordo* isonômico medieval, mas de inserir o processo na época pós-moderna, de modo a se legitimar plenamente o exercício da Jurisdição mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo e pela procura de um razoável equilíbrio dos poderes do juiz em relação aos poderes das partes e de seus representantes”. (*Ibidem*, p. 27).

Nesse contexto, aliás, é importante ter em mente que a nova hermenêutica, ao contrário da tradicional (calcada em um raciocínio lógico-formal, silogístico, que extremava questões de fato e questões de direito como se fossem duas fases isoladas etc.), reconhece o papel de criação do direito pelo juiz. Esse papel é reforçado não apenas pela comunicabilidade entre questões de fato e de direito, hoje aceita, como, ainda, pela distinção entre texto normativo e norma, esta produto da interpretação, sem olvidar as técnicas legislativas que outorgam ao juiz certa dose de discricionariedade, como as cláusulas gerais. O ato criativo do direito, para ser legitimado democraticamente, há de ser fruto de uma participação dos sujeitos processuais, resultado do diálogo judicial. Nesse sentido, o princípio da cooperação exerce uma evidente função legitimadora da atividade decisória dos juízes, já que o estado de coisas por ele propugnado reflete, justamente, a necessidade de criação desse ambiente dialógico e participativo<sup>323</sup>.

Ao menos de relação ao Brasil, são fatores que contribuíram e contribuem de forma decisiva para a formação e o desenvolvimento desse novo “pensar processual”, dentre outros: a) o amadurecimento do pensamento político, com a crescente assimilação social da relevância da escolha fundamental de viver em um Estado Democrático de Direito, externada pelo povo brasileiro no art. 1º da CF/88; b) a compreensão da importância dos direitos fundamentais e a necessidade de respeito e efetivação desses direitos como premissa para a materialização do conceito de Estado Democrático de Direito; c) a consagração da teoria que preconiza o conteúdo jurídico-normativo dos princípios, em detrimento daquela que lhes imprimia mero caráter ideológico ou programático.

As ideias acima anunciadas, condutoras que se mostram do desenvolvimento de um novo pensamento processual, calcado no Estado Constitucional e, precipuamente, no respeito e na efetividade dos direitos fundamentais, testificam que, aos poucos, o processo civil vem sendo conduzido ao seu papel primordial, de instrumento para a realização da justiça. Os estudiosos do direito processual passam, então, a adotar uma postura doutrinária que, não obstante garanta a autonomia do processo como ramo do saber, reaproxima-o do direito material, de modo a permitir que a atividade jurisdicional seja prestada de forma justa, segura, célere e efetiva. Em outras palavras, deve o processo ser capaz de “proporcionar a quem tenha

---

<sup>323</sup> GOUVEA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 172, jun./2009, p. 51-52.

razão, até onde seja praticamente possível, ‘tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir’<sup>324</sup>.

Fala-se, pois, em neoprocessualismo, termo que se destina a designar uma nova concepção de processo que se lastreia na premissa do reconhecimento da força normativa da Constituição e, especialmente, resulta da constitucionalização dos direitos e garantias processuais<sup>325</sup>. Essa nova postura implica uma necessidade de remodelar o formalismo processual, não mais visto como fim em si mesmo, mas como instrumento para a realização dos valores constitucionais, de seus direitos e garantias. Não por outra razão, adotando expressão de cunho mais hermético do que o termo neoprocessualismo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira alude ao fenômeno em questão sob a alcunha de formalismo-valorativo<sup>326</sup>.

*É nesse contexto que vem ganhando expressão no direito brasileiro a concepção contemporânea da relação jurídica processual, influenciada, sobremaneira, pelo Estado Constitucional, propugnando a revisitação de diversos institutos processuais, a fim de lhes conferir novos sentido e tônica. A teoria contemporânea da relação jurídica processual externa a preocupação com a legitimação do ato jurisdicional como expressão do poder político, destacando que tal legitimação somente pode ser galgada por intermédio de um sistema processual que dialogue com a realidade, que compreenda e supra as necessidades dos sujeitos processuais, que busque, de fato, tutelar o direito material de forma específica, segundo suas conformações e peculiaridades, e, por fim, que se coadune, respeite e torne efetivos os direitos fundamentais.*

Como consequência, a legitimação do exercício do poder jurisdicional, no contexto de uma realidade democrática e à luz da teoria contemporânea supracitada, não pode prescindir, como premissa para a sua configuração, de uma efetiva participação dos sujeitos processuais no procedimento, o que significa que a garantia de participação deve ser real, verdadeira (não

---

<sup>324</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual civil*: 2ª série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.21.

<sup>325</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 224.

<sup>326</sup> Fredie Didier Junior aponta o neoprocessualismo como correspondendo à quarta fase evolutiva do direito processual, seguindo-se às etapas do praxismo, do processualismo e do instrumentalismo. Cuida-se de um novo repertório teórico, sendo apropriado o termo em tela, segundo ele, não apenas por remeter ao neoconstitucionalismo, dele haurindo diversas premissas metodológicas, mas, também, por deixar assente a necessidade de revisitação e remodelamento de categorias teóricas surgidas na fase do processualismo. Há um realce do aspecto ético do processo (o que se revela mais assente no uso da expressão sinônima, formalismo-valorativo) e um destaque conferido aos valores constitucionais caracterizados como direitos fundamentais (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v.1, p. 27-29).

apenas formalmente prevista), e, ainda, que deve ela englobar todos os sujeitos do processo, inclusive o próprio juiz<sup>327</sup>.

#### 4.2.2 Conteúdo eficaz do princípio da cooperação

De fundamental relevo para a compreensão do conteúdo eficaz do princípio da cooperação é o exame do entendimento esposado por Humberto Ávila, em sua obra “Teoria dos princípios”<sup>328</sup>, na qual o citado autor faz uma análise acerca das inúmeras perspectivas sob as quais pode ser visualizada a questão. Ávila divide a eficácia dos princípios em interna e externa, traçando, em cada uma dessas modalidades, as subdivisões pertinentes. A eficácia interna refere-se ao papel desempenhado pelos princípios de relação ao ordenamento jurídico a que pertencem (ou seja, no que diz respeito aos subprincípios e regras), enquanto que a eficácia externa diz respeito à função que exercem no que tange à interpretação dos fatos e das provas.

Afirma o autor em debate que, sob o ângulo interno, apresentam-se os princípios como normas relevantes para a compreensão do sentido das regras. A eficácia interna é direta quando o princípio é aplicado sem sofrer intermediação ou interpretação de outros subprincípios ou de regras, hipótese em que se alude à função integrativa do princípio, ou seja, ele atua diretamente, sem interposições. Caso, ao revés, o princípio seja aplicado sofrendo intermediação de subprincípios ou de regras, está-se a tratar de eficácia interna indireta, situação em que o princípio pode exercer diversas funções, a saber: a) função definitiva, quando delimita e especifica um comando principiológico superior (sobreprincípio); b) função interpretativa, quando se destina à interpretação de textos normativos mais específicos, constituindo-se em “decisões valorativas objetivas com função

---

<sup>327</sup> Luiz Guilherme Marinoni elenca como pressupostos para a legitimidade do exercício do poder jurisdicional os seguintes: 1) extrínsecos à jurisdição: a) efetiva participação das partes no procedimento; b) legitimidade do procedimento face à sua adequação à tutela de direito material; c) legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais; e, 2) intrínseco à jurisdição: legitimidade da decisão, especialmente quando confrontadas leis infraconstitucionais aos direitos fundamentais. Em suma, assevera o autor que o processo deve se estruturar para propiciar uma decisão legítima e, ao mesmo tempo, culminar em decisão legítima (MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *Revista Baiana de Direito*, Salvador, ano 01, nº 01, jan./jun. 2008, p. 229-235).

<sup>328</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97-102.

explicativa”<sup>329</sup>; c) função bloqueadora, servindo, aqui, para afastar elementos previstos no ordenamento que com ele sejam incompatíveis.

Tratando especificamente de sobreprincípios (a exemplo do devido processo legal), destaca Ávila que eles possuem uma função rearticuladora, ou seja, promovem a conjunção sistemática de subprincípios e regras a eles atrelados, o que enseja para os mesmos um conteúdo diferente do que teriam, por vezes, acaso fossem interpretados isoladamente. Todavia, não exercem, segundo o autor, as funções integrativa (porque só atuam indiretamente)<sup>330</sup> e definitiva (já que serão eles o objeto da definição e não o princípio definidor).

Passando à eficácia externa, Humberto Ávila destaca que os princípios fornecem parâmetros avaliativos acerca da pertinência dos fatos e da valoração dos pontos de vista que sobre eles incidem. No plano externo, a eficácia principiológica subdivide-se em objetiva e subjetiva. A objetiva contempla, em primeiro lugar, a eficácia seletiva dos princípios, ou seja, dentre os fatos postos à apreciação do intérprete, este selecionará aqueles que se situam no cerne dos interesses tutelados pelas normas jurídicas, utilizando-se, para tanto, dos parâmetros axiológicos conferidos pelos princípios. Em segundo lugar, a eficácia externa é valorativa, isto é, o intérprete, após selecionar os fatos correlacionados com os valores tutelados pela norma, irá analisá-los sob um determinado ponto de vista ou sob determinados ângulos que privilegiem os valores tutelados pelo princípio. Ademais, pela eficácia argumentativa, exige-se do Poder Público uma justificação coerente sempre que for restringir um princípio que deva promover. Também no bojo da eficácia argumentativa situa-se a questão atinente à ponderação entre princípios ou entre meios de efetivação de um mesmo princípio.

Por fim, a eficácia externa subjetiva denota que um princípio, quando proíbe intervenções estatais em direitos de liberdade (função de defesa ou de resistência), funciona como direito subjetivo da parte. Também pode ele determinar ao Estado a adoção de medidas para a proteção dos direitos, caso em que se opera a função protetora.

Esquemáticamente, portanto, tem-se: 1. Eficácia interna dos princípios: 1.1. Eficácia interna direta (função integrativa); 1.2. Eficácia interna indireta (funções definitiva, interpretativa, bloqueadora e rearticuladora – esta última para os sobreprincípios); 2. Eficácia

---

<sup>329</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 98.

<sup>330</sup> Posição à qual não se adere, uma vez que se considera possível a extração, diretamente de um sobreprincípio, de norma destinada à solução do caso concreto. Assim, por exemplo, nada impede que da cláusula do devido processo legal se extraia diretamente a solução de, num dado caso concreto, se promover uma adaptação procedimental tendente a melhor tutelar o direito material objeto da contenda.



externa dos princípios: 2.1. Eficácia externa objetiva (eficácias seletiva, valorativa e argumentativa); 2.2. Eficácia externa subjetiva (funções de defesa e de proteção).

Fixadas as necessárias premissas, passa-se ao exame da questão atinente ao conteúdo eficaz do princípio da cooperação, problema este que será analisado à luz dos ensinamentos de Humberto Ávila, acima resumidos.

Sob o ângulo interno, o conteúdo eficaz do princípio da cooperação engloba, inicialmente, as eficácias interpretativa e integrativa. De relação à primeira, o princípio processual em comento pode ser aplicado de modo a contribuir com a interpretação de dispositivos processuais (por exemplo, o dispositivo do art. 284 do CPC, que determina que o juiz, diante de uma petição inicial defeituosa ou incompleta, conceda prazo ao autor para que a emende ou complete, não podendo indeferi-la antes da adoção dessa providência). Quanto à segunda, o princípio da colaboração pode ser aplicado direta e imediatamente ao caso concreto, sem intermediações (o que se deduz, por exemplo, quando se extraem do princípio em debate deveres de cooperação não expressamente consignados na lei).

O entendimento segundo o qual de um determinado princípio se pode extrair a eficácia integrativa pressupõe não apenas o reconhecimento do princípio como espécie de norma jurídica, mas, também, que tal norma seja dotada de eficácia direta e imediata. Trata-se de enfoque consentâneo com o paradigma do Estado Constitucional, que garante e exige a primazia dos direitos fundamentais. Assim, o princípio da cooperação deve ser tido como uma norma jurídica de aplicabilidade imediata, cogente, impositiva de condutas às partes e ao juiz, independentemente de regulamentação legal dessas condutas.

Tomando-se por parâmetro o ordenamento jurídico português, cujo CPC, art. 266º, 1, explicita a existência do princípio da cooperação naquele país, deve-se concluir, em conformidade com a eficácia direta integrativa conferida a tal princípio, que a cooperação, em Portugal, não deve ficar adstrita às regras porventura expressadas em normas processuais. Ao revés, deve ela irradiar-se em todo o processo português, podendo-se extrair daquele princípio outros deveres cooperativos além daqueles que o legislador venha a instituir<sup>331-332</sup>. No entanto, essa não é a posição que vigora na doutrina portuguesa.

---

<sup>331</sup> Fredie Didier Junior defende a aplicabilidade direta e imediata do princípio da cooperação no ordenamento jurídico-processual português, reconhecendo-lhe, por conseguinte, eficácia integrativa: “A transformação do processo em uma ‘comunidade de trabalho’, estado de coisas que o princípio da cooperação busca promover, é fim que se deve buscar inclusive por meios atípicos, desde que conformes ao sistema jurídico. A inexistência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação desse mesmo princípio. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão

Muito embora reconheça a eficácia normativa do princípio da cooperação, a doutrina lusitana não lhe confere aplicabilidade direta e imediata, entendendo necessária prévia regulamentação do princípio pelo legislador (criação de regras jurídicas dele derivadas)<sup>333-334</sup>. Afirma-se, pois, que o princípio da cooperação seria norma meramente programática e de difícil execução<sup>335</sup>.

Ainda no aspecto da eficácia interna, o princípio da cooperação exerce função definitória, por exemplo, dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da boa-fé, delimitando e especificando os referidos comandos principiológicos superiores. Também lhe é ínsita a função bloqueadora, haja vista que veda comportamentos com ele incompatíveis (como, por exemplo, a possibilidade de o juiz proferir decisão, ainda que sobre matéria de ordem pública, sem previamente ouvir as partes, quando o tema não tenha sido anteriormente discutido em juízo).

---

jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual *venire contra factum proprium* do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva. Ao *integrar* o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo)". (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 51-52).

<sup>332</sup> Guilherme Feliciano reconhece a força normativa do princípio da cooperação, entendendo possível que tal princípio respalde "diretamente as decisões concretas, qual norma jurídica de conduta (assim, e.g., quando o juiz português compele a parte a realizar determinados atos processuais aos quais se opunha, fiando-se no 'espírito' do artigo 266º, I, do CPC [...])". FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. 2005. 212f. Relatório de doutoramento (Doutoramento em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005, p. 27.

<sup>333</sup> "Acresce que o art. 266/1 não é passível de aplicação imediata. Requer uma concretização. Essas concretizações surgem dispersas ao longo de todo o Código. [...]. A delimitação do princípio da cooperação através das manifestações que o legislador foi dispersando ao longo do Código torna os respectivos limites relativamente claros. O conteúdo do princípio da cooperação será estritamente aquele que resultar da justaposição do conteúdo dos deveres em que se manifesta. Pelo que o tribunal deverá adoptar uma conduta interventiva sempre que a lei lhe imponha topicamente essa intervenção. No entanto, só serão legítimas as intervenções que tenham essa mesma afirmação tópica. Isto significa que o tribunal não pode adoptar uma qualquer conduta interventiva que seja imediatamente justificada pela justa composição do litígio. Deverá encontrar-se um patamar permissivo/impositivo intermédio (qualquer um dos restantes deveres adjectivos) para a intervenção. E este é o enorme empobrecimento a que o princípio da cooperação fica sujeito. Ao exigir-se uma norma de concretização do princípio geral, amputa-se este princípio do seu espaço natural de actuação: o de impor a intervenção justificada directamente por uma justa composição do litígio" (SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 591-592).

<sup>334</sup> Miguel Teixeira de Sousa excepçiona esse entendimento apenas no que diz respeito ao dever de prevenção, haja vista que, quanto a ele, reconhece a existência de um "dever geral", conclusão que se extrai a partir da seguinte ponderação feita pelo autor português, após apontar os textos normativos que concretizam esse dever decorrente do princípio da cooperação: "Mas o dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: ele vale genericamente para todas as situações em que o êxito da acção a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo" (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 66).

<sup>335</sup> Sobre a posição conservadora acerca do princípio da cooperação, veja-se a opinião externada por BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. *Notas ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2000, p. 17.

Do ponto de vista da eficácia externa, o princípio da cooperação apresenta as eficácias seletiva e valorativa. Caberá, assim, ao intérprete selecionar fatos relacionados aos valores tutelados pelo princípio da colaboração (justa solução do conflito, diálogo, participação etc.) e analisá-los segundo determinados pontos de vista objetivando dar concreção ao princípio. De igual modo, presente naquele princípio está a eficácia argumentativa, exigindo do Poder Público uma justificativa para o seu afastamento, devendo ser ponderado o valor da cooperação com outros valores que com ela contrastem, ou, ainda, devendo ser objeto de ponderação os meios alternativos à consecução do princípio em exame.

Por fim, também desempenha o princípio da colaboração processual as funções de defesa e de proteção (eficácia externa subjetiva), proibindo atuação estatal lesiva dos direitos das partes relacionados àquele princípio (que estabelece, por exemplo, o direito de participação e de influência na formação do convencimento judicial) e exigindo, ainda, do Poder Público a adoção de condutas que visem promover os direitos fundamentais ligados à cooperação.

Vê-se, pois, ser amplo o conteúdo eficaz da cooperação processual, situação que decorre não apenas de sua natureza principiológica, como, ainda, do fato de se tratar de uma cláusula geral (no ordenamento jurídico português), o que amplia o seu âmbito de incidência e, pois, a sua eficácia.

#### **4.2.3 Deveres de cooperação**

Revela-se assente que o modelo cooperativo finca as suas bases no princípio da cooperação, que conduz a um estado ideal de coisas segundo o qual o processo deveria funcionar como uma comunidade de trabalho, favorável à construção de uma solução jurídica justa para o feito. Tal solução, por sua vez, deve ser calcada no diálogo judiciário e na participação dos sujeitos processuais (partes e juiz) no contraditório. Esse princípio, tido como ponto fulcral do modelo examinado, possui conteúdo eficaz amplo, estando inclusive dotado de eficácia direta e imediata, o que legitima a perseguição do estado ideal de coisas por ele propugnado mesmo que por meios atípicos, isto é, não disciplinados pelo legislador.

De se notar, portanto, que o princípio da cooperação estrutura um novo formalismo processual<sup>336</sup>, redimensionando a divisão de trabalho mantida entre juiz e partes para um patamar distinto daqueles verificados nos modelos adversarial e inquisitorial.

A inclusão do juiz como sujeito do contraditório – e não como um ser a ele estranho – e a imputação de deveres de cooperação<sup>337</sup> direcionados também ao órgão julgador são traços que caracterizam fortemente o modelo cooperativo. Estando esses dois aspectos da questão intrinsecamente relacionados, o exame dos deveres de cooperação possibilitará a melhor compreensão do papel a ser desempenhado pelo juiz como sujeito integrante do contraditório judicial.

Sob a perspectiva dos deveres da parte para com o órgão jurisdicional (e, por conseguinte, ainda que indiretamente, para com a parte contrária), destacam-se o dever de respeito à boa-fé (em suas duas vertentes: objetiva e subjetiva), o dever de prestar esclarecimentos ao juiz sempre que por este exigido, o dever de comparecimento na presença do juiz sempre que a tanto instadas e, por fim, a redução do dever de sigilo ou de confidencialidade. O dever de correção e urbanidade também é imposto às partes (estendendo-se ao juiz e a outros participantes do processo, como advogados, membros do Ministério Público e auxiliares da justiça).

Há quem aponte, ainda, a existência de um dever de veracidade das partes no processo civil. Tal dever compreenderia duas vertentes: uma positiva, correspondente ao dever de expor a verdade, e uma negativa, consistente no dever de não mentir. Defensor de ambas as perspectivas, Eduardo Kochenborger Scarparo reconhece, no direito positivo brasileiro, a positivação da primeira no art. 14, I, do CPC e da segunda no art. 17 do diploma processual civil pátrio. Em seu entender, caberia à parte não apenas evitar a mentira, como, ainda, expor a verdade, não lhe sendo lícito ocultar fatos essenciais ao deslinde do feito que sejam do seu conhecimento, ainda que a si desfavoráveis<sup>338</sup>. E mais: competiria à parte, ainda, indicar

---

<sup>336</sup> O termo formalismo é aqui utilizado não em seu sentido estrito, que se relaciona à forma do ato processual em sua individualidade, mas, sim, em seu sentido amplo, correspondendo à “totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 08)

<sup>337</sup> “Trata-se, assim, do estabelecimento do princípio com uma estrutura claramente multilateral, em que, afinal, sucessiva ou simultaneamente, se entrecruzam diversos deveres concretos de cooperação” (BATISTA, J. Pereira. *Reforma do processo civil: princípios fundamentais*. Lisboa: Lex, 1997, p. 71).

<sup>338</sup> SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. *Revista jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 56, n. 366, abr./2008, p. 88.

“todas as provas em seu poder relacionadas com fatos controversos concernentes ao objeto do processo, independentemente do benefício que traga à tese defendida”<sup>339</sup>.

Referido posicionamento certamente seria considerado, pelos adeptos do garantismo processual, como uma prova cabal e evidente de que o modelo cooperativo de processo – fundado em uma participação leal dos sujeitos processuais no procedimento e, portanto, calcado no princípio da boa-fé processual – encerraria caráter autoritário. Eduardo Scarparo defende-o afirmando que “a questão que se pode colocar a partir da adoção da lógica do contraditório cooperativo é se o interesse exclusivamente privado – de não apresentar certas provas – tem maior valor que o interesse público de boa administração da justiça em casos em que apenas isso esteja em jogo”<sup>340</sup>.

Elício de Cresci Sobrinho associa o dever de veracidade à prevenção da mentira processual<sup>341</sup>, não o confundindo com a atividade probatória, enquadrável na categoria dos ônus processuais. Muito embora não seja esta a sede adequada para se discutir os limites do dever de veracidade das partes no processo civil, que exigiria um estudo muito mais aprofundado, crê-se que este abarca o combate à mentira processual (ou seja, impede a alteração dolosa da verdade dos fatos, o que inclui a vedação a que a parte omita fato relevante ao deslinde do feito, que indiretamente leve à mesma consequência: indução do magistrado a acatar uma versão dos fatos sabidamente inverídica). Entretanto, é discutível se, no âmbito desse dever, também se poderia inserir o de indicação de provas relacionadas aos fatos controversos, ainda que desfavoráveis à parte.

Não se nega que a parte tenha o dever de trazer ao processo as provas que estejam em seu poder, quando requisitadas pelo juízo, de ofício ou a pedido da parte adversa (veja-se, no Código de Processo Civil brasileiro, o regramento do incidente de exibição de documento ou coisa, constante dos arts. 355 e seguintes do diploma processual em comento). Trata-se de inequívoca concretização do princípio da cooperação em sede processual. A dúvida reside, no entanto, na possibilidade de converter a regra estática do ônus da prova, prevista, por exemplo, no art. 333 do CPC brasileiro, em previsão abstrata de um dever de provar, ainda que se trate de fato contrário ao interesse da parte. Essa solução, indiretamente apontada por

---

<sup>339</sup> SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. *Revista jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 56, n. 366, abr./2008, p. 103.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p.103.

<sup>341</sup> CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 85.

Eduardo Scarparo, transcende a clássica caracterização do dever de veracidade no processo civil, merecendo um exame mais detido e particularizado.

Tal estudo não poderia prescindir da análise de temas como o caráter relativamente disponível das regras do ônus da prova (o que se verifica pela possibilidade de convenção nessa matéria – art. 333, parágrafo único, do CPC), o dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 339 do CPC), a regra dinâmica do ônus da prova (prevista, por exemplo, no art. 6º, VIII, do CDC)<sup>342</sup> etc., pelo que a sua realização nesta sede extrapolaria excessivamente os limites impostos ao presente trabalho.

Sobre os deveres de cooperação direcionados às partes, é imperioso concluir asseverando que a previsão deles não impõe ao processo civil cooperativo, necessariamente, um caráter autoritário ou antidemocrático. Ao revés, quando se tomam em consideração, de um lado, as garantias conferidas às partes no processo cooperativo (a exemplo do contraditório, a resguardar uma ampla participação no procedimento e poder de influência na formação do *decisum* a ser ao final proferido pelo juiz) e, de outro, a previsão de deveres de cooperação também ao magistrado, que se coloca numa posição de isonomia com a parte na condução do processo, reafirma-se a essência democrática do processo civil calcado nessas bases<sup>343</sup>.

É, assim, sob viés dos deveres de cooperação impostos ao juiz para com as partes que avulta a importância do princípio estudado, já que essa perspectiva constitui uma significativa alteração no quadro compreensivo da função jurisdicional e no papel que deve ser exercido pelo magistrado no processo.

---

<sup>342</sup> Levando-se em consideração que a razoabilidade é imposta como baliza para a aplicação do princípio da cooperação, há de se destacar a posição externada por Guilherme Feliciano, para quem “é incorreto afirmar que a parte tenha sempre de produzir provas para o ‘ex adverso’, quando esse não lograr produzi-las a contento. Num caso e noutro (terceiros e partes não-oneradas), a concreção do princípio da cooperação em matéria probatória pressupõe ordem judicial e funda-se na razoabilidade da colaboração exigida – o que se liga, por sua vez, à imprescindibilidade da prova condicionada à atuação alheia, à impossibilidade de se obtê-la por outra via e à inexistência de prova sucedânea à disposição da parte interessada”. E prossegue o autor asseverando que “o princípio da cooperação – e o dever que lhe corresponde – não serve à pura desoneração processual das partes, mas sim à objetivação da verdade em contextos de prova insegura ou impraticável por outro modo”. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. 2005. 212f. Relatório de doutoramento (Doutoramento em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005, p. 42-44.

<sup>343</sup> “Ora, a idéia de cooperação, além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de processo*, São Paulo, n. 137, jul./2006, p. 17-18).

Desse modo, envolvendo-se especificamente ao exame dos deveres decorrentes da aplicação do princípio da cooperação, tem-se que, para os juízes, o aludido princípio cria os seguintes: a) dever de esclarecimento, que significa o “dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”<sup>344-345</sup>; b) dever de prevenção, ou seja, “o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos”, sendo aplicável, ademais, sempre que o êxito da demanda por uma das partes possa ser frustrado pelo inadequado uso do processo<sup>346</sup>; c) dever de consulta, a que o juiz está adstrito sempre que pretender conhecer de matéria fática ou jurídica sobre a qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar. Este dever afasta o denominado “julgamento-surpresa”<sup>347</sup>; d) dever de auxílio, cabendo ao magistrado ajudar a parte na “remoção das dificuldades ao exercício de seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais”<sup>348</sup>.

O cumprimento, pelo juiz, dos deveres de cooperação que lhe são imputados pressupõe a adoção de uma postura ativa e, por vezes, assistencial, o que põe em debate, também nesse modelo, a questão concernente à imparcialidade do julgador, aspecto subjetivo do princípio do juiz natural.

Tomando-se um exemplo prático, tem-se a discussão do tema veiculada no acórdão nº 517/00, prolatado pelo Tribunal Constitucional português nos autos do Processo nº 131/00<sup>349</sup>. No citado processo, a 1ª Secção do referido Tribunal, sob a relatoria da Conselheira Maria

---

<sup>344</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65.

<sup>345</sup> Fredie Didier Junior acrescenta que o dever de esclarecimento também deve ser entendido sob a perspectiva de um dever do magistrado de esclarecer seus posicionamentos à parte, o que seria decorrência da regra que exige a motivação das decisões, embora também possa ser vislumbrado tal dever como uma concretização do princípio da cooperação (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 16).

<sup>346</sup> SOUSA, *op. cit.*, p. 65-66.

<sup>347</sup> Não se concorda, no particular, com o posicionamento esposado por Lúcio Grassi de Gouvea, quando este afirma que “no direito brasileiro, por ausência de previsão legal expressa, não estão proibidas as decisões-surpresa, nos moldes português e alemão, quando se tratar de matéria de apreciação oficiosa pelo juiz ou tribunal” (GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 344). A simples ausência de previsão legal expressa não afasta o dever de consulta às partes, no direito brasileiro, a fim de evitar julgamentos-surpresa, mesmo em matérias passíveis de conhecimento *ex officio* pelo juiz. Trata-se de dever extraível, principalmente, dos princípios do devido processo legal e do contraditório. Logo, pensa-se que deve, sim, o magistrado, antes de decidir sobre qualquer matéria relevante para o deslinde do feito que não foi previamente debatida pelas partes, dar-lhes oportunidade de manifestação, consultando-as acerca do assunto. Em um ordenamento jurídico que prima pela concretização de direitos fundamentais, em que se legisla por cláusulas gerais e em que, por fim, há o primado da boa-fé, o argumento de ausência de dispositivo legal expresso não é e nem pode ser capaz de afastar o dever de consulta do juiz às partes.

<sup>348</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65.

<sup>349</sup> A decisão que será a seguir destacada foi extraída do site [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Helena Brito, negou provimento a recurso interposto pelo réu de uma ação condenatória que se insurgiu contra a aplicação, no processo de que era parte, do art. 508º n° 3, do CPC português<sup>350</sup>, tendo o Tribunal *a quo*, em aplicação do dever de prevenção, convidado a parte autora a aperfeiçoar seus articulados, expostos na petição inicial. Defendia o recorrente ser aquele dispositivo inconstitucional, por violação aos princípios da imparcialidade dos Tribunais e da igualdade.

O Tribunal Constitucional afastou o argumento da inconstitucionalidade do dispositivo – que veicula o dever de prevenção, ínsito ao princípio da cooperação – salientando que ele não fere o princípio da igualdade na medida em que a previsão abstrata do convite ao aperfeiçoamento contempla ambas as partes, estando preservada a isonomia processual, além de se resguardar o princípio do contraditório relativamente à parte adversa (art. 508º, n° 4, do CPC português<sup>351</sup>). De relação à imparcialidade do Tribunal, a inconstitucionalidade alegada foi refutada sob os argumentos de que o convite ao aperfeiçoamento dos articulados não afasta a aplicação das regras de impedimento e de suspeição nem confere à parte beneficiada com o convite a garantia de decisão favorável quer sob o ponto de vista fático, quer sob o jurídico.

Além do dever de prevenção, também o de auxílio contempla uma função assistencialista do juiz de relação às partes<sup>352</sup>. Lúcio Grassi de Gouveia nega, no entanto, que essa postura judicial comprometa a independência e a imparcialidade do juiz. Afirma o autor:

Assim, a chamada neutralidade do juiz, no sentido de não-utilização do seu poder assistencial, longe de garantir a justiça, confirma e reflete no processo a supremacia financeira de uma parte sobre a outra e deve ser evitada num processo orientado pelo princípio da cooperação intersubjetiva que deve primar pela igualdade de armas<sup>353</sup>.

---

<sup>350</sup> “Art. 508º Suprimento de excepções dilatórias e convite ao aperfeiçoamento dos articulados. [...] 3 – Pode ainda o juiz convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido”.

<sup>351</sup> “4 – Se a parte corresponder ao convite a que se refere o número anterior, os factos objeto de esclarecimento, aditamento ou correcção ficam sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova”.

<sup>352</sup> João Batista Lopes sustenta que o juiz, ao auxiliar a parte econômica ou tecnicamente hipossuficiente, afasta-se do seu dever de imparcialidade. (LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, jul./set. 1984, p. 26).

<sup>353</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 338.



Paula Costa e Silva igualmente refuta a ideia de que o processo cooperativo possa, aprioristicamente, dar azo à violação da imparcialidade do julgador:

Os argumentos relacionados com a imparcialidade são extremamente sensíveis. Porque uma das condições para que o sistema de justiça seja credível assenta na imparcialidade possível de quem decide. No entanto, estes argumentos não se podem absolutizar, transformando o princípio da imparcialidade no trauma da parcialidade. [...]. Ao invés de conotada com uma parcialidade, a cooperação é normalmente associada ao carácter social do processo e ao princípio da igualdade substancial das partes<sup>354</sup>.

Pode-se afirmar, em suma, que a imparcialidade do julgador sofreu, juntamente com a ciência processual, uma verdadeira e “profunda revisão conceitual”, de vez que “condutas que outrora pareceriam evidente quebra da imparcialidade por parte do magistrado são hoje freqüentemente facultadas ou mesmo exigidas como um seu dever processual, por força dos influxos doutrinários ou do próprio direito positivo”<sup>355</sup>. A fim de se evitar que o julgador se dissocie da sua imprescindível imparcialidade, a solução não mais reside em transformá-lo em um convidado de pedra, em um árbitro neutro e distante da realidade processual. Os instrumentos adequados a que se previna ou reprima tal desvio estão contidos no respeito ao contraditório, no dever de motivação das decisões judiciais e na recorribilidade das decisões, permitindo-se o seu reexame por órgão jurisdicional superior<sup>356</sup>, sem olvidar as exceções instrumentais específicas que objetivam controlar tal aspecto subjetivo do princípio do juiz natural (exceções de impedimento e de suspeição do juiz).

#### *4.2.3.1 Análise da jurisprudência portuguesa*

No ordenamento jurídico português, em que há previsão expressa do princípio da cooperação (art. 266º/1 do CPC), os deveres direcionados ao juiz são aplicados em considerável espectro. A jurisprudência, embora não o reconheça expressamente, vale-se da

---

<sup>354</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 600.

<sup>355</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. 2005. 212f. Relatório de doutoramento (Doutoramento em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005, p. 20.

<sup>356</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 27, jan./mar.2003, p. 31.

redação aberta conferida ao princípio (especialmente aos seus deveres de prevenção e auxílio) para aplicá-lo diretamente a uma plêiade de situações práticas, em autêntica incidência da eficácia integrativa do princípio. Não se limita, pois, tal como o faz a doutrina lusitana, a dar concreção ao princípio da cooperação quando se trate de hipótese previamente disciplinada pelo legislador.

No âmbito do Tribunal da Relação do Porto (um dos cinco Tribunais da Relação de Portugal, ao lado dos Tribunais da Relação de Coimbra, Lisboa, Évora e Guimarães), destaca-se a aplicação do princípio da cooperação sob a ótica do dever de auxílio, sobretudo reconhecendo-se o dever do judiciário de auxiliar o exequente na localização de bens do devedor quando aquele tenha realizado diligências nesse sentido que restaram frustradas e alegue, justificadamente, séria dificuldade na determinação desses bens, o que inclui a identificação de contas-correntes do devedor<sup>357</sup>.

Também encontra campo de aplicação nesse Tribunal o dever de prevenção, convidando-se a parte para aperfeiçoar seus articulados, afastando erro material na causa de pedir (constatável desde a propositura da demanda por força de documentos a ela acostados)<sup>358</sup>, suprimindo falta de clareza<sup>359</sup> e insuficiente concretização fática da petição, com o fito de sanar a sua inépcia<sup>360</sup> etc. Ainda sobre o dever de prevenção, deve-se destacar o posicionamento do Tribunal da Relação do Porto no sentido de que o princípio da cooperação deve ser temperado com o princípio da responsabilidade das partes, não podendo estas pretender que toda e qualquer falha sua seja suprida pelo juiz<sup>361</sup>.

---

<sup>357</sup> Ver: Agravo nº 0230348, Relator: Desembargador Gonçalo Silvano, julgado em 14/03/2002; Agravo nº 0031062, Relator: Desembargador Custódio Montes, julgado em 28/09/2000; Agravo nº 0020150, Relator: Desembargador Marques de Castilho, julgado em 21/03/2000. Tais julgados podem ser consultados no [site www.trp.pt](http://www.trp.pt).

<sup>358</sup> Apelação nº 0121026, Relatora: Desembargadora Fernanda Soares, julgada em 20/11/2001.

<sup>359</sup> Note-se que falta de clareza não se confunde com total ininteligibilidade da petição inicial, hipótese em que se justifica a extinção do processo sem resolução do mérito, mesmo sem o convite ao aperfeiçoamento. Este foi o caso sucedido, aliás, com a Pet. nº 3794, a qual foi tida por inepta pela Ministra do Supremo Tribunal Federal brasileiro Ellen Gracie, Relatora do caso, em cuja decisão afirma que “em extensa e ininteligível peça, o requerente adjetiva dizeres desconexos, desordenados, e impertinentes, sem ao menos dar a conhecer sobre o que litigaria nem qual o fundamento jurídico de seus interesses processuais” (Pet. 3794, Relatora: Min. Ellen Gracie, STF, decisão monocrática veiculada no DJE de 06.08.2009 e contra a qual não houve a interposição de recurso).

<sup>360</sup> Agravo nº 0230401, Relator: Desembargador Leonel Seródio, julgado em 14/03/2002.

<sup>361</sup> Na fundamentação do Agravo nº 0620384, Relator: Desembargador Cândido Lemos, julgado em 14/02/2006, essa ideia fica bem marcada nos seguintes trechos: “Ninguém coloca em causa que um dos princípios fundamentais do novo Código de Processo Civil é o da cooperação entre todos os intervenientes processuais. Igualmente ninguém questiona que com a reforma processual civil se pretendeu ‘privilegiar a decisão de fundo’ consagrando ‘como regra, que a falta de pressupostos processuais é sanável’, tudo em vista da ‘eliminação de todos os obstáculos injustificados à obtenção de uma decisão de mérito, que opere a justa e definitiva composição de um litígio, privilegiando-se, assim claramente a decisão de fundo sobre a mera decisão de forma’. [Cfr. Relatório do Dec. Lei. n.º 329/95 de 12.12]. Todavia, apesar desta ideia matriz de se privilegiar o mérito sob a forma o certo é que o legislador não impôs de forma genérica o convite ao aperfeiçoamento, o que dito de

No Tribunal da Relação de Lisboa, restou assentado, no julgamento da Apelação nº 0019372<sup>362</sup>, que o depoimento da parte pode também ter por finalidade o questionamento, a ela, de fatos que não lhe sejam desfavoráveis (ou seja, sem a finalidade de obtenção de sua confissão), justificando-se tal posicionamento em face do princípio da cooperação, aqui consubstanciado no exercício, pelo judiciário, do dever de buscar esclarecimentos junto à parte acerca de suas alegações<sup>363</sup>. E mais: analisando processo laboral e a ele aplicando o princípio da cooperação, o referido Tribunal entendeu que, a despeito da regra que acena para o imediato julgamento da causa em havendo revelia, tal circunstância não pode obstar que o Tribunal solicite esclarecimento à parte para a correta decisão da causa<sup>364</sup>.

Interessante aplicação do dever de auxílio pelo Tribunal da Relação de Lisboa pode ser verificado no julgamento da Apelação nº 1358/2008-7<sup>365</sup>, em que aquele Tribunal sustenta a viabilidade de sua utilização para auxiliar o autor da causa na identificação de réus desconhecidos, ocupantes de imóvel objeto da demanda reivindicatória por aquele proposta<sup>366</sup>. Por outro lado, em aplicação do dever de prevenção, o Tribunal da Relação de Lisboa convidou a parte a aperfeiçoar pedido de “apoio judiciário” (assistência judiciária),

---

outro modo, significa que há regras que se impõe cumprir no sentido de se privilegiar uma cultura de responsabilidade em detrimento de uma cultura laxista. [...] O princípio da cooperação tem assim de ser temperado pelo princípio da responsabilidade das partes, não podendo estas esperar que o Juiz tudo venha a suprir (tanto mais que o Juiz não pode ser visto como o depositário da sabedoria infinita, que tudo sabe e tudo resolve, suprimindo as lacunas das partes)”. No mesmo sentido, vide a Apelação nº 0550502, Relator: Desembargador Sousa Lameira, julgada em 28/05/2005.

<sup>362</sup> Relatora: Des. Ana Paula Boularot, julgado em 29/03/2001. O acesso às decisões deste Tribunal pode ser feito por meio do *link* <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf?OpenDatabase>.

<sup>363</sup> “Com efeito, o depoimento pessoal é meio de prova destinado a provocar a confissão do adversário, ao passo que o interrogatório livre tem por finalidade esclarecer pontos obscuros, aclarar alegações das partes ou obter elementos complementares à instrução do processo. Desse modo, o interrogatório livre não é meio de prova, mas um expediente utilizado pelo juiz no exercício da *direção material do processo*” (LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, jul./set. 1984, p. 38).

<sup>364</sup> Apelação nº 0089914, Relator: Desembargador Guilherme Pires, julgada em 17/01/2001.

<sup>365</sup> Relatora: Des. Maria do Rosário Morgado, julgado em 21/04/2009.

<sup>366</sup> Entretanto, em sentido contrário, o mesmo Tribunal já decidiu que “impor ao Tribunal que fosse à procura da identificação dos sucessores certos de parte falecida implicava logo ele assumir a iniciativa de, passando pela interpretação e aplicação da lei, apurar das pessoas a quem interessava deduzir oposição ao pedido formulado. Já não se estava no âmbito do exercício regular do poder de direcção do processo e da realização do princípio do inquisitório. Tinha-se invadido e violado o princípio do dispositivo e da iniciativa”, tratando-se de caso em que o dever de auxílio para a identificação de réus foi considerado inaplicável, sobretudo porque não demonstrada uma impossibilidade justificada de obtenção dessas informações (Agravo nº 8241/2006-2, Relator: Francisco Magueijo, julgado em 16/11/2006). Entende possível o Tribunal da Relação de Lisboa, todavia, na efetivação do dever de auxílio, a “notificação de um dos sucessores para que preste as informações necessárias à observância do ónus de requerer a habilitação”, quando, falecida uma parte, a outra invoque dificuldade séria ou mesmo impossibilidade de especificação do estado civil dos sucessores e, sendo o caso, de identificação de seus cônjuges (Agravo nº 2546/06, Relatora: Desembargadora Ana Grácio, julgado em 23/05/2006).

nele inserindo os fatos que se relacionem ao pedido e os demonstrativos da situação econômico-financeira de hipossuficiência<sup>367</sup>.

No âmbito do Supremo Tribunal de Justiça português<sup>368</sup>, é mais expressiva a plêiade de julgados versando sobre o princípio da cooperação. Relaciona-se o citado princípio, naquele Tribunal, a temas diversificados, dentre os quais merecem destaque os seguintes:

a) inversão do ônus da prova, de que é exemplo o Recurso de Revista nº 09A197<sup>369</sup>, no qual o STJ português inverteu o ônus da prova em desfavor de instituição bancária que, tendo conhecimento de que a autenticidade de um cheque que lhe fora apresentado para pagamento seria objeto de discussão judicial e, pois, de perícia, destruiu-o a despeito desse fato. Tal ato foi considerado como abusivo de direito e contrário ao princípio da cooperação, uma vez que o banco réu tornou mais difícil e onerosa a realização da prova pelo autor. Registre-se que a inversão do ônus da prova, com base no princípio da cooperação, não pressupõe apenas a recusa da parte adversária em produzir a prova quando instada a fazê-lo, mas, também, que essa recusa imponha à parte a quem compete provar o fato uma *probatio diabolica*<sup>370</sup>;

b) convite ao aperfeiçoamento de razões recursais, em atendimento ao dever de prevenção ínsito ao princípio da cooperação, desde que tal aperfeiçoamento não signifique a concessão de oportunidade de refazimento das alegações ou de apresentação de novas razões recursais, estando vedada a ampliação do âmbito recursal<sup>371</sup>. Ou seja, tal convite ao aperfeiçoamento apenas confere à parte a possibilidade de especificação de certos pontos do recurso, não a ampliação do seu objeto. No particular, o acórdão recorrido foi anulado e os autos volveram à instância inferior para que se procedesse ao convite da parte para aperfeiçoamento de seu recurso, após o que ele seria novamente julgado<sup>372-373</sup>. Na mesma

---

<sup>367</sup> Agravo nº 0037111, Relator: Desembargador Quinto Gomes, julgado em 08/07/1999.

<sup>368</sup> As decisões deste Tribunal foram consultadas no site [www.stj.pt](http://www.stj.pt).

<sup>369</sup> Relator: Conselheiro Fonseca Ramos, julgado em 31/03/2009.

<sup>370</sup> Ver também: Recurso de Revista nº 08S149, Relator: Conselheiro Sousa Peixoto, julgado em 17/04/2008; Recurso nº 06S3210, Relator: Conselheiro Pinto Hespagnol, julgado em 01/03/2007.

<sup>371</sup> Aliás, justamente por entender que o convite ao aperfeiçoamento configuraria a concessão de oportunidade, no caso, para a correção da alegação recursal propriamente dita, cuja adequada formulação é ônus da parte recorrente, o STJ português não reconheceu esse dever nos autos do Agravo nº 06A1891, Relator: Conselheiro Borges Soeiro, julgado em 14/11/2006.

<sup>372</sup> Recurso de Revista nº 07B3011, Relatora: Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, julgado em 09/10/2008. Também salientando o dever do Tribunal de proceder ao convite da parte ao aperfeiçoamento do recurso, quando necessário: Recurso de Revista nº 08P481, Relator: Conselheiro Serra Baptista, julgado em 17/04/2008.

<sup>373</sup> O STJ português, todavia, nos autos do Agravo nº 06A3636, sob a relatoria do Conselheiro Faria Antunes, em julgamento realizado em 21/11/2006, decidiu, acerca do mesmo aspecto do dever de prevenção (convite ao aperfeiçoamento de articulados), que “o princípio da cooperação não é absoluto. Tendo os autores cumulado na petição inicial pedidos substancialmente incompatíveis, há ineptidão dessa peça, tornando de forma insuprível todo o processado nulo, impondo a absolvição da ré da instância”. A absolvição da instância equivale, no

senda, já se decidiu que o despacho de aperfeiçoamento não se presta a suprir omissão em núcleo essencial da petição inicial, a exemplo da causa de pedir, não sendo papel do magistrado indicar à parte o pedido ou a causa de pedir a ser por ela inserido na sua inicial, até porque tal conduta comprometeria a imparcialidade do julgador<sup>374</sup>.

c) limitação ao dever de cooperação de terceiros para a descoberta da verdade, preservando-se o direito à privacidade protegida por lei, compatibilizando-o com o dever de cooperação, à luz do invocado princípio da prevalência do interesse preponderante (ponderação), o que levou ao improvimento de recurso que pretendia fosse determinada a uma empresa que não era parte no processo a exibição de documentos integrantes de seus escritos comerciais. No caso, deu-se aplicação ao art. 519º, nº 3 do CPC português em detrimento do nº 1 do mesmo artigo<sup>375-376</sup>.

d) interpretação dos limites ao dever de auxílio, verificada no aresto proferido nos autos da Reclamação nº 08A660<sup>377</sup>. Neste caso, os reclamantes insurgem-se contra decisão que inadmitiu recurso por eles interposto e cujo objeto versava sobre a demonstração de oposição de acórdãos (divergência jurisprudencial), uma vez que não teriam eles apresentado certidão de inteiro teor do julgado paradigma. Sustentaram os reclamantes que a decisão feria o princípio da cooperação face à inobservância do dever de auxílio pelo órgão jurisdicional; entretanto, tal posicionamento foi refutado sob o argumento de que a invocação do dever de auxílio pressuporia a alegação e justificação, pela parte, de dificuldades insuperáveis na obtenção do documento, hipótese na qual não se enquadrava o caso concreto, de modo que o auxílio prestado à parte, naquelas circunstâncias, equivaleria a uma violação à imparcialidade do julgador<sup>378</sup>.

---

processo civil brasileiro, à extinção do processo sem resolução do mérito. Sobre este julgado, cabe, apenas, trazer à reflexão o argumento sobre se não seria melhor solução a aplicação do princípio da cooperação com o fito de permitir à parte afastar os pedidos incompatíveis, desistindo de um deles, por exemplo.

<sup>374</sup> Recurso de Revista nº 06A3687, Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas, julgado em 21/11/2006.

<sup>375</sup> Art. 519º Dever de cooperação para a descoberta da verdade. 1 – Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. [...] 3 – A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: [...]. c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no nº 4”.

<sup>376</sup> Uniformização de Jurisprudência nº 087158, Relator: Conselheiro Miranda Galvão, julgada em 22/04/1997.

<sup>377</sup> Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas, julgado em 06/05/2008.

<sup>378</sup> Em outro caso, desta feita entendendo-se aplicável o dever de auxílio, o STJ português fundamentou que “se a demandante sabe quem é o condutor do veículo que provocou o acidente, mas não identifica a viatura, poderá requerer, ou sugerir ao juiz da causa, que obtenha os elementos do veículo, através das medidas que apelam ao dever de cooperação da contraparte” (Recurso de Revista nº 07A562, Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas, julgado em 22/03/2007). Note-se que o julgado em tela, embora se refira ao dever de cooperação da contraparte, também envolve o dever de auxílio do órgão jurisdicional para com a parte demandante.

e) Condenação da parte em litigância de má-fé, uma vez que a litigância de boa-fé integra o dever de cooperação das partes com o Tribunal<sup>379</sup>.

#### 4.2.3.2 Deveres de cooperação na ZPO alemã

Na Alemanha, a cooperação não é prevista como princípio<sup>380</sup>. A despeito disso, o § 139 da ZPO alemã<sup>381</sup> compreende regras de cooperação, incitando o órgão julgador a adotar uma postura mais ativa diante do contraditório e da condução processual. As regras ali contidas não deixam qualquer dúvida a respeito da profunda correlação entre cooperação e contraditório, de resto muito clara quando se extraem os deveres cooperativos consignados no dispositivo legal em comento.

Assim, o n° 01 do §139 da ZPO alemã impõe ao juiz o dever de buscar junto às partes esclarecimentos quanto às matérias fáticas e jurídicas relevantes ao deslinde do feito (a cujo dever se contrapõe o das partes de prestar os esclarecimentos requisitados). Já o n° 02 do mesmo dispositivo consigna dever diverso, mas igualmente relacionado profundamente ao princípio do contraditório, qual seja, o dever de consulta, que visa, em última análise, afastar a

---

<sup>379</sup> Considerou-se litigante de má-fé a parte que “ao longo do processo, usa de argumentação ilógica e contrária à facticidade assente, e faz uma leitura do contrato discutido que não tem o mínimo apoio na expressão formal deste, assim deduzindo oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar, omitindo gravemente o seu dever de cooperação e fazendo do processo e dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o que logrou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão” (Recurso de Revista n° 07B3843, Relator: Conselheiro Santos Bernardino, julgado em 13/03/2008). Sobre a mesma temática (dever de cooperação e litigância de má-fé), veja-se, ainda, o Recurso de Revista n° 07A1364, Relator: Conselheiro Fonseca Ramos, julgado em 05/06/2007.

<sup>380</sup> Este posicionamento não é pacífico, uma vez que, por exemplo, a processualista portuguesa Paula Costa e Silva afirma que também o sistema adjetivo alemão consagraria um princípio da cooperação (SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 604).

<sup>381</sup> “§ 139 — CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitida contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito”. A tradução supra é referida por Fredie Didier Junior como pertencente a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. (JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de processo*, São Paulo, n. 127, set./2005, p. 75).

prolação, pelo julgador, de decisões-surpresa, considerando-se como tais aquelas que contenham fundamento de fato ou de direito não previamente debatido pelas partes. Note-se que o debate prévio da matéria pelos litigantes ainda assim enseja o dever de consulta quando o entendimento judicial divergir do posicionamento de ambas as partes. Por certo que tal dever inexistente se a matéria a ser decidida for de natureza secundária, não essencial ao desfecho da demanda. O dever de consulta abrange, até mesmo, eventuais dúvidas a respeito de questões a serem consideradas de ofício (nº 03 do §139 da ZPO).

Os nº 04 e 05 daquele parágrafo dispõem sobre regras instrumentais ao atendimento das anteriores. O primeiro estabelece a necessidade de documentação, nos autos, dos pedidos de esclarecimentos e das consultas formuladas pelo juiz, bem como das respostas obtidas, somente sendo admitido contra o conteúdo dos autos a prova de falsidade. Já o segundo prevê a possibilidade de concessão de prazo para esclarecimento por escrito se a parte não puder prestá-los de pronto.

Importante discussão extraível da norma alemã, especialmente de seu item 01, consiste na possibilidade de o magistrado, naquele país, sugerir à parte a mudança do pedido formulado na petição inicial, com o fito de adequá-lo aos fatos afirmados (ex.: redução de pedido de indenização). Trata-se de postura admissível naquele país, já que, de resto, reflete a estrutura flexível do processo na Alemanha, cujo objeto não se estabiliza após a citação do réu (estabilização esta que só ocorre no momento da conclusão dos autos ao juiz para lavrar a sua decisão). É regra no sistema alemão “a impossibilidade de rejeição de qualquer conduta relevante para uma boa decisão da causa. O sistema basta-se com a garantia do contraditório quanto à matéria que vai sendo introduzida na acção ou quanto às alterações a pretensões já deduzidas”<sup>382</sup>.

Dito posicionamento não é aceito em Portugal<sup>383</sup>, sendo também incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>382</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 594-595.

<sup>383</sup> Miguel Teixeira de Sousa, comentando o então projeto de revisão do processo civil que resultou no Decreto-Lei nº 329-A, de 12 de dezembro de 1995, refere, quanto aos poderes-deveres funcionais de cooperação pelo juiz, que seu uso “pode chegar até à sugestão de modificação do objecto ou das partes da acção ou da formulação de um novo pedido – uma solução firmemente alicerçada na legislação e jurisprudência alemãs, por exemplo”. (SOUSA, Miguel Teixeira de. Revisão do processo civil – projecto. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 55, jul./1995, p. 362-363). No entanto, seja pela ideia majoritariamente adotada pela doutrina portuguesa quanto à ausência de eficácia direta e imediata do princípio da cooperação naquele país, seja pela ausência de previsão legal expressa, o princípio em tela não tem dado suporte a essa solução na jurisprudência lusitana. Não por outra razão, aliás, J. Pereira Batista afirma que o ordenamento jurídico português adotou uma “versão

Manifestação do princípio da cooperação também é verificada no direito processual civil francês, mais precisamente no art. 16 do atual CPC<sup>384</sup>.

#### 4.2.3.3 Exame da jurisprudência brasileira

No Brasil, o princípio da colaboração processual ainda é, *de lege lata*, implícito<sup>385</sup>. Mesmo assim, constata-se aplicações dos deveres de cooperação em julgados de diversos tribunais do país. No Superior Tribunal de Justiça, o dever de auxílio é acentuado no acórdão proferido no AgRg no RESP 1191653/MG<sup>386</sup>, ocasião em que se reconheceu que a intimação do devedor para indicar bens à penhora, com fulcro no art. 652, §3º, do CPC, tem espeque no princípio da cooperação, sendo, pois, dever do magistrado “provocar as partes a notificarem complementos indispensáveis à solução da lide, na busca da efetiva prestação da tutela jurisdicional”.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por seu turno, alude ao princípio da cooperação em decisão proferida nos autos do AI nº 2009.00.2.003797-0<sup>387</sup>, na qual o agravo foi provido para receber no duplo efeito a apelação interposta contra sentença que majorou o valor dos alimentos devido pelo agravante. O fundamento principal do julgado residiu nos prejuízos que adviriam para o agravante com o imediato cumprimento da

---

mitigada do princípio” da cooperação, se comparado com a extensão das regras de cooperação na Alemanha (BATISTA, J. Pereira. *Reforma do processo civil: princípios fundamentais*. Lisboa: Lex, 1997, p. 72).

<sup>384</sup> Referido texto normativo consagra que: “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”. Em tradução referida por Fredie Didier Junior como pertencente a Eduardo Ferreira Jordão: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos 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” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de processo*, São Paulo, n. 127, set./2005, p. 76).

<sup>385</sup> Deve-se registrar que, *de lege ferenda*, o princípio da cooperação acha-se expressamente previsto no art. 5º do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, de reforma do Código de Processo Civil, cujo substitutivo foi aprovado naquela casa legislativa em 15.12.2010, devendo seguir para a apreciação e votação pela Câmara dos Deputados. A redação aprovada pelo Senado é a seguinte: “As partes têm o direito de participar ativamente do processo cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”.

<sup>386</sup> Relator: Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 04/11/2010, publicado no DJe de 12/11/2010. Referida decisão pode ser consultada no [link: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=princ%EDpio+adj+da+adj+co+opera%E7%E3o&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=princ%EDpio+adj+da+adj+co+opera%E7%E3o&b=ACOR).

<sup>387</sup> Relator: Des. Flávio Rostirola, 1ª Câmara Cível, julgado em 01/07/2009, por maioria. O *site* do Tribunal, para fins de consulta, é o [www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br), de onde foi extraída a decisão citada.



sentença, que triplicou o valor dos alimentos em época de crise financeira mundial. Todavia, o princípio da cooperação foi referido neste julgado porquanto o recebimento da apelação do alimentante apenas no efeito devolutivo foi resultado de uma decisão prolatada em juízo de retratação pleiteado pela parte adversa, após o proferimento de decisão que recebera o mesmo recurso em duplo efeito. Violou-se, pois, pelo que se conclui do exame do aresto, o dever de consulta, tendo sido impingida ao agravante uma decisão-surpresa, já que ele não fora previamente ouvido acerca de tal pedido de retratação.

No Tribunal de Justiça do Estado de Goiás<sup>388</sup>, aplicou-se o princípio da cooperação, na sua vertente dever de auxílio, para garantir à parte a ajuda na localização do endereço do devedor, uma vez esgotados os meios de que aquela dispunha para realizar tal pesquisa<sup>389</sup>. Sob a ótica do dever de prevenção, há julgado indicando ser o art. 295, V, do CPC expressão do princípio da colaboração, permitindo-se à parte que se utilizou de via procedimental incorreta, a oportunidade para conversão do procedimento antes de se extinguir o processo sem resolução do mérito<sup>390-391</sup>. O princípio da cooperação também integrou, ao lado dos princípios da economia processual e da razoável duração do processo, a fundamentação de *decisum* no qual se reconheceu a possibilidade de acatamento de pedido de reconsideração de desistência anteriormente manifestada pelo autor, antes da citação do réu<sup>392</sup>.

Ainda o Tribunal estadual goiano reconhece, assentado no princípio da cooperação, a possibilidade de o magistrado determinar, de ofício, a citação por edital quando frustrada a citação por oficial de justiça, mitigando-se, assim, na moderna dialética processual assentada

---

<sup>388</sup> Arestos extraídos do *site* [www.tjgo.jus.br](http://www.tjgo.jus.br).

<sup>389</sup> Trata-se do AI nº 64176-0/180, cujo Relator é o Des. Gilberto Marques, 2ª Câmara Cível, julgado em 22/07/2008. Cumpre transcrever trecho da fundamentação ali esposada: “Cabe ao Judiciário facilitar a tarefa daqueles que o procuram, evitando a via mais longa e sofrida, como corolário do princípio da cooperação processual, o que impõe o abrandamento do formalismo exacerbado e a interpretação das leis com sabedoria e razoabilidade, contribuindo, de forma decisiva, para o aperfeiçoamento da Justiça e a pacificação social, prestando uma jurisdição tempestiva e adequada, com vistas ao bem comum. Neste contexto, demonstrado que apesar das diligências realizadas pela Agravante não foi possível obter o endereço correto do Agravado, o princípio da cooperação recomenda que o Judiciário requirite junto a órgãos do Poder Público informações necessárias ao aperfeiçoamento da relação processual, contribuindo para a efetividade da prestação jurisdicional, mesmo porque, no presente caso, a citação por edital será ineficaz para o recebimento do crédito pretendido”.

<sup>390</sup> Apelação nº 109966-0/188, Relator: Des. Almeida Branco, 4ª Câmara Cível, julgado em 28/06/2007. No mesmo sentido, embora referindo-se à emenda da inicial, com base no art. 284 do CPC, que também seria expressão do princípio da cooperação, ver as Apelações nº 130031-4/188 e 127618-7/188, ambas da 4ª Câmara Cível, a primeira sob a relatoria do Des. Almeida Branco (julgada em 25/09/2008) e a segunda sob a relatoria do Des. Ronnie Paes Sandre (julgada em 14/08/2008).

<sup>391</sup> Sobre a ampla possibilidade de adequação e de adaptabilidade procedimentais, ver: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Gênesis*: revista de direito processual civil, Curitiba, n. 21, p. 530-541, jul./set. 2001.

<sup>392</sup> Apelação nº 116499-3/188, relatora Des. Maria Cristina Costa, 2ª Câmara Cível, julgada em 25/03/2008.

no princípio da colaboração, a inércia judicial<sup>393</sup>. Admite, de igual modo, também embasado no princípio em comento, o aditamento da inicial, para retificação tanto do pólo passivo<sup>394</sup> quanto do pólo ativo<sup>395</sup> da demanda, antes da citação.

Examinando-se a jurisprudência oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais<sup>396</sup>, deve-se destacar, inicialmente, o julgamento proferido nos autos da Apelação nº 1.0024.08.166960-8/001(1)<sup>397</sup>. Neste caso, a apelante suscita a nulidade da sentença proferida pelo MM. Juízo *a quo*, sustentando que compareceu à audiência de conciliação do feito, que tem curso pelo rito sumário (o qual estabelece, conforme arts. 277 e 278 do CPC, que a contestação deve ser apresentada em audiência, sob pena de revelia), desacompanhada de advogado. Tendo requerido a assistência judiciária, informou ao magistrado condutor da assentada que não conseguiu constituir para a sua defesa quer um defensor público, quer um advogado particular, o que não foi por ele aceito, decretando-se a sua revelia. O acórdão prolatado foi no sentido de rejeitar o pedido de anulação da sentença, deferindo-se, apenas, a assistência judiciária à Recorrente.

Entretanto, o que merece destaque no julgado em apreço é, precisamente, o voto-vencido exarado pelo Des. Antônio Bispo, no qual ele destaca a necessidade de concretização de princípios constitucionais como os do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88) e do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), bem assim a observância do princípio da cooperação, fatores que levam à conclusão diametralmente oposta àquela que se sagrou vitoriosa no caso. Eles impelem o magistrado a apreciar o pedido de assistência judiciária e, em o deferindo, a suspender a audiência para dar cumprimento ao art. 5º e seus parágrafos da Lei nº 1.060/1950, garantindo fosse a parte assistida por um defensor ou advogado, para, só após, realizar-se uma nova assentada<sup>398</sup>.

---

<sup>393</sup> Apelação nº 103117-3/188, Relator: Des. Alfredo Abinagem, 2ª Câmara Cível, julgada em 15/05/2007.

<sup>394</sup> Apelação nº 136727-8/188, Relator: Des. Gilmar Luiz Coelho, 2ª Câmara Cível, julgada em 30/04/2009.

<sup>395</sup> Agravo nº 63710-7/180, Relator: Des. Gilberto Marques Filho, 2ª Câmara Cível, julgada em 29/07/2008.

<sup>396</sup> Cujá consulta pode ser realizada por intermédio do site [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br).

<sup>397</sup> Relator: Des. Tibúrcio Marques, julgada em 16/04/2009.

<sup>398</sup> O voto em comento faz referência ao acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do RESP nº 183.489/SP, Relator Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, julgado em 08/04/2002. Todavia, o aresto citado considera válida a decretação da revelia em casos similares ao enfrentado pelo TJ/MG, apenas ressaltando que a prudência recomendaria postura diversa. É o que se extrai da ementa do seu julgado: “PROCESSO CIVIL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. Se, em ação sumaríssima, o réu pobre comparece na audiência de instrução e julgamento sem advogado, a prudência recomenda que o juiz adie a realização do ato, encaminhando-o ao serviço estatal de assistência judiciária; a decretação da revelia, desde logo, não contraria, porém, o artigo 319 do Código de Processo Civil. Recurso especial não conhecido”. Com a devida vênia ao entendimento do STJ, não parece ser tal posicionamento consentâneo com o dever de concretização dos princípios constitucionais, imposto ao judiciário pelo Estado Constitucional.

O Tribunal estadual mineiro aplica, ainda, o princípio da cooperação para fundamentar decisões que deferem a inversão do ônus da prova com base na teoria das cargas probatórias dinâmicas<sup>399</sup>.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>400</sup>, podem-se destacar decisões que aplicam o princípio da cooperação em temas como inversão do ônus da prova<sup>401</sup>, necessidade de observância do art. 284 do CPC quanto à prévia oportunidade de emenda da inicial antes da extinção do feito<sup>402</sup> e dever do executado de indicar bens à penhora<sup>403</sup>.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina<sup>404</sup> considerou violadora do princípio da cooperação a conduta de magistrado que procedeu ao julgamento antecipado da demanda sem prévio anúncio às partes e desconsiderando as provas a produzir e já produzidas, impingindo-lhes decisão-surpresa (maculadora, pois, do dever de consulta)<sup>405</sup>. Reputa, ainda, malferidora do princípio da cooperação a conduta da parte que litiga de má-fé<sup>406</sup>.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>407</sup>, o princípio da cooperação foi utilizado, por exemplo, para fundamentar a imputação de *astreintes* (multa diária) à Fazenda Pública, restando explicitado na decisão que, embora se trate de medida excepcional, é cabível quando a Fazenda descumpra reiteradamente as ordens judiciais, em um mesmo processo, conduta que viola o princípio sob exame, o qual exige a atuação leal da parte, pautada na boa-fé objetiva<sup>408</sup>.

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão<sup>409</sup>, valendo-se do princípio da cooperação em sua vertente do dever de prevenção, reputou não poder o magistrado de primeira instância extinguir o processo sem resolução do mérito por ausência de documento

---

<sup>399</sup> Nesse sentido, consultar: AI nº 1.0471.07.083696-7/001(1), Relatora: Des. Cláudia Moura, julgado em 25/10/2007; AI nº 1.0024.07.763155-4/001(1), Relator: Osmando Almeida, julgado em 14/04/2009.

<sup>400</sup> Julgados desse Tribunal podem ser consultados no *site* [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br).

<sup>401</sup> AI nº 2009.002.37104 e AI nº 2009.002.26415, ambos da 15ª Câmara Cível, sob a relatoria da Des. Helda Lima, o primeiro julgado em 29/09/2009 e o segundo em 21/09/2009.

<sup>402</sup> Apelação nº 2009.001.25300, 6ª Câmara Cível, Relator: Nagib Slaibi, julgada em 10/06/2009

<sup>403</sup> AI nº 2008.002.34169, 1ª Câmara Cível, Relator: Maldonado de Carvalho, julgado em 17/03/2009.

<sup>404</sup> Cujas decisões podem ser acessadas pelo *site* [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br).

<sup>405</sup> Apelação nº 2005.042121-6, Relator: Des. Eládio Torret Rocha, 4ª Câmara de Direito Civil, julgada em 24/06/2008.

<sup>406</sup> Apelação nº 2007.045443-1, Relatora: Des. Maria do Rocio Santos Rita, 1ª Câmara de Direito Civil, julgada em 14/03/2008.

<sup>407</sup> Decisão acessível pelo *site* [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br).

<sup>408</sup> AI nº 70031379902, Relatora: Des. Maria José Schmitt Sant Anna, 3ª Câmara Especial Cível, julgado em 17/08/2009, decisão monocrática.

<sup>409</sup> Decisões acessíveis pelo *site* [www.tjma.jus.br](http://www.tjma.jus.br).

indispensável à propositura da demanda sem antes conferir à parte a oportunidade para apresentá-lo em juízo<sup>410</sup>.

Conferindo aplicabilidade ao princípio da cooperação, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, ao julgar, por sua 1ª Câmara Cível, a Apelação nº 2006.0029.5679-9/1, sob a relatoria do Des. Francisco Sales Neto, entendeu ser violadora do aludido princípio a conduta do magistrado que, após haver indeferido a produção de provas pela parte, julga antecipadamente a lide, declarando-a improcedente por falta de provas. Trata-se de aplicação, ao juiz, do dever de boa-fé objetiva, considerando-se haver ele incorrido em preclusão lógica ao adotar o citado comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*)<sup>411</sup>.

Destaque-se, ademais, no que tange ao dever de prevenção, que confere ele novo enfoque ao art. 284 do CPC brasileiro (“verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez (10) dias”). A determinação de emenda da inicial deve conter o esclarecimento acerca de quais falhas não de ser sanadas, evitando-se, assim, que referido pronunciamento judicial transforme-se em verdadeiro enigma a ser decifrado pela parte, sob pena de extinção de sua demanda<sup>412</sup>.

Esses exemplos não têm a pretensão de esgotar a análise de todos os tribunais portugueses e brasileiros, ou, mesmo, de exaurir, nos tribunais pesquisados, o exame das decisões a respeito da aplicação do princípio da cooperação, tarefas que superam os limites do trabalho ora desenvolvido. Servem eles, no entanto, para demonstrar que o princípio da colaboração traz a lume uma nova perspectiva processual, conduzindo o magistrado ao cerne do contraditório e lhe possibilitando a realização, no processo, de uma isonomia material, com redução das desigualdades reais havidas entre as partes, sem que tais modificações representem a configuração de um modelo processual autoritário ou, mesmo, a perda da imparcialidade do julgador.

---

<sup>410</sup> Apelação nº 189352007, Relator Des. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, julgada em 31/08/2009; Apelação nº 254172006, Relator Des. Marcelo carvalho Silva, julgada em 06/06/2007.

<sup>411</sup> Associando expressamente o princípio da boa-fé e o *venire contra factum proprium* à conduta do juiz referida no aresto citado, extraído do site [www.tjce.jus.br](http://www.tjce.jus.br), ver: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação do *venire contra factum proprium* no processo civil. *Revista autônoma de processo*, Curitiba, n. 03, abr./jun. 2007, p. 211.

<sup>412</sup> LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, jul./set. 1984, p. 30.

O juiz deve respeito ao princípio do contraditório inclusive quanto a suas posições. Não por outra razão, o dever de consulta impõe ao magistrado a necessidade de submeter ao prévio debate pelas partes posicionamentos quanto a questões de fato e de direito havidas pelo magistrado e que não tenham sido previamente por elas discutidas. Trata-se do dever de não-surpresa, importante representação desse novo papel conferido ao magistrado como sujeito do contraditório. Esse dever conduz o magistrado a discutir com as partes, por exemplo, matérias de ordem pública, a possibilidade ou não de utilização, em um dado caso concreto, de uma determinada máxima da experiência, a forma de concretização de uma cláusula geral, a prática ou não, por uma das partes, de conduta enquadrável como de litigância de má-fé antes da aplicação da sanção<sup>413</sup>, o modo de subsunção de uma hipótese fática a um conceito jurídico indeterminado etc. Em suma, passam a integrar o conteúdo do debate temas que antes eram legados à solitária perquirição judicial, sobretudo quando se estava diante de questões de direito.

Assim, o princípio da cooperação, sobre impor às partes e ao juiz diversos deveres a ele inerentes (deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio), constitui-se, se analisado com vagar e profundidade, em verdadeira expressão da moderna concepção de Estado Democrático de Direito. Ele resgata, pela valorização do diálogo judicial, a ideia de democracia participativa, garantindo ao cidadão uma maior e mais efetiva participação no resultado do ato jurisdicional, dando-lhe condições de influir e de contribuir, concretamente, na formação da decisão do magistrado, no exercício do poder jurisdicional, pois<sup>414</sup>.

#### 4.3 MANIFESTAÇÕES NORMATIVAS DO MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Foram delineadas as características basilares do modelo cooperativo, quais sejam: regência pelo princípio da cooperação, inserção do magistrado no centro do debate judiciário, como sujeito do contraditório, imposição de deveres de cooperação às partes e ao juiz e assunção, pelo julgador, de postura isonômica no diálogo e assimétrica no momento de

---

<sup>413</sup> Há quem, todavia, discorde da necessidade de consulta à parte que evidentemente litigou de má-fé, sob o argumento de que “perguntar ao *mafioso* se está de má-fé seria algo quase risível” (SOUSA, António Pais de; FERREIRA, J. O. Cardona. *Processo civil*. Porto: Reis dos Livros, 1997, p. 20).

<sup>414</sup> Analisando os poderes do magistrado sob a ótica cooperativa, a fim de destacar a necessidade de sua ativa participação no processo, de relação ao qual não pode figurar mais como um mérito árbitro, bem como enfatizando que o diálogo judicial e a cooperação, juntamente com o contraditório, concretizam a democracia participativa e robustecem a cidadania processual: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 27, jan./mar.2003, *passim*.

decidir. Restou assentado, ademais, que o modelo processual cooperativo é adotado em Portugal com previsão expressa do princípio da colaboração no art. 266º/1 do CPC. Na Alemanha e na França, foram destacadas regras que conduzem à conclusão de que tal modelo se acha ali também implementado.

Poder-se-iam enfatizar diversas manifestações tópicas do modelo processual cooperativo no diploma processual civil português, o qual, além de prever abstratamente o princípio da cooperação, contempla regras de concretização do princípio expressamente traçadas pelo legislador. Sem pretensão de indicar todo o arsenal de textos normativos que objetivam concretizar especificamente esse princípio, podem ser citados o art. 155º/1 (marcação de diligências por prévio acordo com os mandatários judiciais, evitando-se sobreposições e datas e risco de remarcação do ato), o art. 508º (suprimento de exceções dilatórias e convite ao aperfeiçoamento de petições) e o art. 519º/1 (dever de cooperação de partes e terceiros para a descoberta da verdade).

No direito brasileiro, inexistente regramento expresso contemplando o princípio da cooperação, este que é extraído implicitamente do sistema jurídico pátrio. Uma vez que o escopo do presente trabalho reside em se delinear os fundamentos constitucionais que dão suporte à consagração, no país, do modelo processual cooperativo (tema que será objeto do capítulo 5), cumpre, neste ponto, demonstrar a existência de manifestações tópicas do princípio em questão no âmbito da legislação infraconstitucional, em especial no Código de Processo Civil de 1973.

O dever de prevenção encontra tipificações específicas nas regras constantes dos arts. 284 e 295, V, do CPC, por exemplo. Segundo o primeiro dispositivo, o juiz não poderá indeferir a petição inicial incompleta ou defeituosa sem antes instar a parte autora a completá-la ou a corrigir-lhe o defeito<sup>415</sup>. Nesta seara, inclusive, veda-se ao magistrado o indeferimento, de plano, da tutela antecipada requerida pelo autor sob o fundamento de ausência de prova inequívoca. Compete-lhe, seguindo, ainda, o dever de prevenção, conferir ao demandante, nessa situação, a oportunidade de emenda da inicial, com a juntada das provas necessárias<sup>416</sup>.

---

<sup>415</sup> No projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, de reforma do Código de Processo Civil, cujo substitutivo foi aprovado naquela casa legislativa em 15.12.2010, devendo seguir para a apreciação e votação pela Câmara dos Deputados, o art. 284 do CPC foi repetido, contemplando-se, todavia, textualmente, a necessidade de o juiz indicar com precisão o que deve ser objeto de correção. Eis a redação do art. 295 do projeto em questão: “Art. 295. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 293 e 294 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de quinze dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.”

<sup>416</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2, p. 476.

Já o art. 295, V, do CPC veda o indeferimento da petição inicial sempre que possível a adaptação do procedimento inadequado escolhido pelo autor para o procedimento correto<sup>417</sup>. Na execução, o dever de prevenção pode ser extraído do art. 599, II, do CPC, segundo o qual o juiz deve, antes de punir o executado, adverti-lo de que sua conduta pode ser considerada como atentatória à dignidade da justiça<sup>418</sup>.

A aplicação do dever de prevenção no âmbito recursal pode ser vislumbrada, por exemplo, a partir do exame do art. 515, §4º, do CPC, segundo o qual “constatada a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”. Outra incidência do referido dever, embora esta ainda encontre muita resistência nos tribunais, consiste na impossibilidade de se negar conhecimento ao recurso de agravo de instrumento em razão de sua formação insuficiente. Calcadas no princípio da cooperação, há manifestações doutrinárias que defendem a necessidade de se conceder prazo ao agravante para a juntada do documento faltante antes de inadmitir o recurso em comento, solução que somente será adotada diante da inércia do agravante em atender à determinação judicial<sup>419</sup>.

Seguindo-se o dever de consulta, insito ao princípio da cooperação, deve o magistrado, antes de aplicar o art. 330 do CPC (que cuida do julgamento antecipado do mérito da causa), comunicar as partes de seu intento, evitando-se, assim, o proferimento de decisão-surpresa e permitindo à parte que não concorde com tal postura questioná-la de logo<sup>420</sup>. Do mesmo modo, não pode o juiz decretar uma invalidade processual sem, antes, possibilitar às partes que sobre ela se manifestem, exercitando o mesmo dever de consulta<sup>421-422</sup>. Trata-se, assim, de

---

<sup>417</sup> Reconhecendo a ampla adaptabilidade procedimental no âmbito do processo civil, a redação original do projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (reforma do CPC) não apenas excluiu a hipótese normativa em questão dentre aquelas que ensejam o indeferimento da petição inicial, como, ainda, previu, no art. 151, §1º, a possibilidade de o juiz ajustar o procedimento às peculiaridades da causa, quando este ou os atos a serem nele realizados se revelarem inadequados, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa. Infelizmente, porém, essa segunda parte da mudança foi rechaçada no substitutivo que culminou por ser aprovado pelo Senado em 15/12/2010. A adaptabilidade do procedimento pelo juiz a fim de adequá-lo às peculiaridades do caso concreto é solução já inserida, por exemplo, no art. 265º-A do CPC português (“Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”).

<sup>418</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie et. al. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 5, p. 58.

<sup>419</sup> Neste sentido, aludindo às peças úteis ao julgamento do agravo: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 3, p. 159. Defendendo a necessidade de intimação do agravante também quando ausente peça obrigatória à formação do agravo: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 152-153.

<sup>420</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p. 529.

<sup>421</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 121.

parâmetro interpretativo do modo de funcionamento do sistema de nulidades disciplinado nos arts. 243 e seguintes do CPC/73.

A mesma necessidade de prévia ouvida das partes se faz presente em casos como o de aplicação de multa por litigância de má-fé (arts. 17 e 18 do CPC) e de decisão com base em fundamento não previamente debatido nos autos (ainda que se trate de matéria de ordem pública). Na legislação extravagante, destaca-se a previsão constante do art. 40, §4º, da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal), que estabelece o dever de prévia consulta à Fazenda exequente pelo juiz antes de pronunciar, de ofício, a prescrição intercorrente<sup>423</sup>.

O dever de esclarecimento encontra, por sua vez, arrimo em figuras como o interrogatório judicial (art. 342 do CPC – oportunidade em que o magistrado buscará elucidacões acerca de alegações formuladas pelas partes) e a inspeção judicial (que também objetiva buscar esclarecimentos acerca de fatos relevantes – art. 440 do CPC), além de ser lícito ao magistrado buscar esclarecimentos diretamente à parte, no curso do processo. De outro lado, entendido que o dever de esclarecimento também se dirige aos pronunciamentos do juiz, que deve elucidá-los às partes quando os emita de modo obscuro ou contraditório, tem-se manifestação de tal dever no art. 535, I, do CPC (possibilidade de oposição de embargos de declaração para esclarecer ponto obscuro ou para afastar contradição).

No que diz respeito ao dever de auxílio, podem ser invocados como exemplos os arts. 355 e 360 do CPC (determinação do juiz para que a parte ou o terceiro exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder). No procedimento executivo, o art. 655-A do CPC, que estabelece a possibilidade de penhora via BACENJUD, também se coaduna com esse dever, na medida em que caberá ao magistrado a tarefa de localizar a conta-corrente ou de investimento de titularidade do devedor e proceder à constrição do valor ali encontrado, até o limite do crédito do exequente, superando-se, assim, a natural dificuldade que este encontraria de identificar esse bem do executado, mormente em razão de obstáculos como o sigilo bancário. A previsão legal de que o juiz intime o executado para que este indique quais são e

---

<sup>422</sup> Fredie Didier Junior reconhece, igualmente, à luz do princípio da cooperação, o dever do juiz de “advertir às partes sobre os defeitos processuais de seus atos, dando-lhes prazo para a correção do defeito e indicando o *modo* como o defeito deva ser sanado”. No entanto, enquadra a imposição dessa conduta ao magistrado como decorrência do dever de prevenção que lhe é dirigido, e não do dever de consulta, como o faz Daniel Mitidiero (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p. 283).

<sup>423</sup> Exemplo extraído de DIDIER JÚNIOR, Fredie et. al. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 5, p. 58. De se notar, por oportuno, que o §5º do mesmo artigo 40 da Lei de Execução Fiscal dispensa essa prévia consulta quando a cobrança judicial não atingir o montante mínimo fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda. Isto porque, nesses casos, os Procuradores da Fazenda estão dispensados até mesmo de promover a execução, representando tal solução o resultado de uma ponderação de valores entre a cooperação e a celeridade e efetividade processuais, tendo o legislador optado, de modo proporcional e razoável, pela prevalência das segundas em detrimento da primeira.



onde se encontram seus bens penhoráveis (arts. 600, IV e 656, §1º, do CPC) encerra, ao mesmo tempo, manifestação do dever de auxílio judicial para com a parte exequente e dever de cooperação do executado para com o órgão jurisdicional.

Embora não prevista expressamente, a fungibilidade recursal também se relaciona ao dever de auxílio, inerente ao princípio da cooperação. Fora do espectro do Código de Processo Civil, tem-se manifestação do dever de auxílio no art. 6º, VIII, do CDC, que garante ao consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. A inversão judicial do ônus da prova, com a dinamização das regras estáticas previstas na legislação processual (art. 333 do CPC), não apenas assegura uma igualdade substancial das partes no processo civil, como, ainda, expressa conformidade com o modelo processual cooperativo<sup>424</sup>.

De se notar que essa inversão judicial do ônus da prova é regra de atividade – e não regra de julgamento, como ocorre com a regra estática inserida no art. 333 do CPC –, de modo que, a fim de se evitar grave violação ao princípio do contraditório, a parte a quem se imputará o ônus da prova deve ser previamente informada quanto a tal circunstância, conferindo-se-lhe a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi imposto.

Outros deveres ligados ao princípio da cooperação podem ser extraídos, por exemplo, dos arts. 14, I, e 17 do CPC (dever de veracidade – aplicável não apenas de relação às partes para com o tribunal como, ainda, no sentido inverso), do art. 14, II, do CPC (dever de lealdade e boa-fé) e dos arts. 340, I, e 342 do CPC (dever de as partes prestarem esclarecimentos ao órgão julgador e de comparecerem na presença do juiz quando a tanto instadas).

Esses parâmetros normativos testificam a adoção, no direito processual civil brasileiro, de manifestações legislativas consentâneas com o modelo cooperativo de processo civil. Identificar, no entanto, com firmeza, a consolidação desse modelo no ordenamento pátrio pressupõe tarefa que supera a simples análise da legislação infraconstitucional. Faz-se mister, principalmente, perquirir sobre se existe, na Constituição Federal de 1988, fundamentos que confiram solidez ao princípio da cooperação, bases das quais se possa extrair, ainda que implicitamente, a conclusão de que tal princípio confere sustentáculo ao modelo processual brasileiro. Trata-se de escopo que se pretende alcançar no capítulo subsequente.

---

<sup>424</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 127.

## 5 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

---

### 5.1 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Partindo da premissa de que o direito é manifestação da cultura de um povo em uma determinada dimensão de tempo e espaço, pode-se discernir a existência de diferentes tradições jurídicas, que abarcam, embora não de modo uniforme, um conjunto de países que com elas se identificam. O fenômeno processual, sendo jurídico, não escapa dessa influência ideológico-cultural, de modo que se pode afirmar, igualmente, a consagração de modelos processuais, também adotados por um conjunto de sistemas jurídicos distintos. A opção por este ou aquele modelo processual não é feita aleatoriamente pelo legislador de um país, sendo, ao revés, condicionada por aspectos culturais ínsitos àquela comunidade.

De um modo geral, atualmente as nações civilizadas perfilham o entendimento de que o vértice de um ordenamento jurídico reside na Constituição, cuja força normativa é reconhecida. A consagração de constituições rígidas e a previsão de um catálogo de direitos a serem resguardados às pessoas, ideias defendidas pelo movimento constitucionalista, deslocaram o eixo jurídico das leis para a Constituição. Todo o sistema haure, assim, a sua legitimidade e a sua validade de uma imprescindível compatibilização vertical com a Carta Magna. Do ponto de vista formal, é imprescindível que os textos normativos infraconstitucionais sejam fruto de um procedimento constitucionalmente previsto, levado a efeito pela autoridade competente. Materialmente, a Constituição indica os valores a serem tutelados por um dado ordenamento jurídico, destaca os princípios e regras que estruturam as diversas áreas do direito, consagra direitos fundamentais que devem ser concretizados e tutelados e, por fim, rejeita as manifestações normativas que não estejam em harmonia com seus ditames.

Não é possível, assim, definir o modelo de direito processual civil de um dado país sem ter em conta as escolhas políticas primordiais levadas a efeito pelo seu povo, o modo como se

estrutura o poder político (do qual o judiciário é expressão), as garantias que se objetiva resguardar, o modo como se relacionam o indivíduo e o poder estatal, a margem de participação conferida ao particular no exercício do poder etc. Enfim, é preciso conhecer as bases racionais sobre as quais se fundou o constituinte para estruturação do Estado e, especialmente, para definir o sistema processual do país, na busca do fundamento constitucional que conferirá validade e legitimidade à adoção de um determinado modelo de direito processual por um dado ordenamento jurídico<sup>425</sup>.

O exame a ser empreendido cinge-se ao ordenamento jurídico brasileiro, do qual se buscarão extrair, partindo-se da Constituição Federal de 1988, os fundamentos que dão suporte à adoção, no país, do modelo cooperativo de processo civil.

Iniciando-se o exame do texto constitucional, já pelo seu preâmbulo (sem adentrar, porque não relevante para o estudo que será empreendido, a discussão sobre se tal parte da Carta Magna seria ou não dotada de força normativa) se observa que o país se estrutura como um Estado Democrático, no qual devem ser assegurados, dentre outros direitos, a igualdade e a justiça, resguardando valores supremos, dentre os quais o da fraternidade.

O art. 1º da CF/88 registra que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, figurando, dentre os seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (incisos II e III). O parágrafo único do mesmo artigo consagra o povo como titular do poder político, cujo exercício pode ser feito diretamente ou por meio de representação. Já o seu art. 3º, incisos I e III, prevê como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, a construção de uma sociedade solidária e a redução de desigualdades sociais e regionais.

Os elementos acima destacados, que integram os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, já permitem que deles se extraiam importantes respostas à busca que se está a empreender.

Em primeiro lugar, tendo-se em conta a escolha política maior formulada pelo povo brasileiro de constituir um Estado Democrático de Direito, vislumbra-se a consagração, em sede constitucional, do direito fundamental à democracia, visto como um direito de quarta dimensão. Nas palavras de Paulo Bonavides,

---

<sup>425</sup> “A noção de fundamento supõe a idéia [d]e sistema. De fato, um conjunto de regras, dentre as quais certas podem ser reconhecidas como fundamentais, pretende, pelo menos em princípio, ser um sistema” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre princípio do contraditório como um dos fundamentos do processo civil contemporâneo. In: CARVALHO, Milton Paulo de (coord.). *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 71).

Tanto quanto o desenvolvimento, é a democracia, por igual, direito do povo; direito de reger-se pela sua própria vontade; e, mais do que forma de governo, se converte sobretudo em pretensão da cidadania à titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado, de forma concreta, pelo cidadão, em nome e em proveito da Sociedade, e não do Estado propriamente dito – quer o Estado liberal que separa poderes, quer o Estado social, que monopoliza competências, atribuições e prerrogativas<sup>426</sup>.

Essa democracia contemporânea é “qualificada pela suprema voz e presença do povo soberano em todas as questões vitais da ação governativa”<sup>427</sup>, ou seja: pela participação popular no exercício do poder. O povo, sendo titular do poder político, deve exercê-lo não apenas por meio de representantes, mas, sobretudo, pessoalmente. A democracia pressupõe, assim, que a tomada das decisões nas diversas esferas de poder não se faça sem a participação ativa dos cidadãos. Não por outra razão, aliás, a cidadania figura como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II, da CF/88).

O direito fundamental à democracia exercita-se pela participação<sup>428</sup>. No âmbito legislativo, são exemplos dessa participação a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo (art. 14 da CF/88). No exercício da função administrativa, registre-se a participação popular no Conselho da República (art. 89, VII, da CF/88) e na possibilidade de manejo de ação popular para controle de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, da CF/88). No que diz respeito à função jurisdicional, tratando-se de exercício de poder político, o direito fundamental à democracia não pode ser olvidado. A participação deve ser resguardada também quando o poder se exerce jurisdicionalmente. Em suma, o jurisdicionado deve poder participar na formação da decisão judicial, ato que corporifica, por excelência, o exercício

---

<sup>426</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 161.

<sup>427</sup> *Ibidem*, p. 345.

<sup>428</sup> “A participação através do procedimento está intimamente ligada à idéia de democracia participativa. A insuficiência da técnica representativa, ou da participação nas eleições para os cargos de representação popular, fez com que se percebesse a necessidade de incentivar e viabilizar formas de participação direta da população nos processos de decisão estatal [...]. Demais disso, não se pode esquecer que uma das principais classificações dos direitos fundamentais identifica os direitos fundamentais de participação. O homem tem o direito de participar no poder e na vida social e, sobretudo, o direito de participar reivindicando a concretização e a proteção dos seus direitos fundamentais, exigindo prestações fáticas de natureza social e prestações fáticas de proteção aos direitos fundamentais” (MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *Revista Baiana de Direito*, Salvador, ano 01, nº 01, jan./jun. 2008, p. 241-242).

dessa função estatal.

Dita participação não significa, no entanto, um alijamento do órgão julgador quanto ao processo de formação do ato decisório. O modelo adversarial, conquanto traduza uma primazia da parte na condução material e formal do processo, desconsidera valores outros também consagrados pela Constituição de 1988, a exemplo da redução de desigualdades sociais (que se deve concretizar inclusive no bojo de um processo judicial) e a necessidade de concretização de direitos fundamentais (em especial os que superam a esfera puramente individual). Sua conformação, mais afeita ao Estado liberal (embora por ele não criada, registre-se), não se adapta aos princípios fundamentais propugnados pelo Estado Constitucional brasileiro, que não se coaduna com uma postura passiva e neutra do magistrado, sem preocupação com a prolatação de uma decisão materialmente justa.

O modelo inquisitivo, por sua vez, embora seja mais consentâneo com o escopo de alcançar uma decisão justa, tampouco se amolda a esse modelo de democracia participativa concebido pela Carta Magna de 1988. A posição de supremacia do órgão jurisdicional enfraquece o papel exercido pelas partes no processo, conferindo-lhes pouco espaço de interferência na formação da decisão final. A concessão de poderes ao órgão julgador faz-se, algumas vezes, sem a previsão de poderes outros às partes, capazes de limitar aqueles. De mais a mais, a verticalização verificada na relação jurídica processual (juiz acima das partes, na condução do processo) é, em grande medida, incompatível com a concretização de um legítimo direito de participação, indissociável de uma postura procedimental dialética, ou seja, calcada no diálogo a ser travado entre juiz e partes: trata-se de conceber o juiz como sujeito do contraditório.

Esse quadro pode ser proporcionado pelo princípio da cooperação, elemento fundante do modelo processual cooperativo. Segue-se uma sequência lógica que conduz à conclusão de que esse é o modelo processual que mais bem se harmoniza com a essência constitucional brasileira: o Estado Democrático de Direito consagra a democracia participativa enquanto direito fundamental; esse direito deve ser concretizado pela participação do cidadão em todas as esferas do poder, o que inclui a função jurisdicional<sup>429</sup>; o modelo processual cooperativo é

---

<sup>429</sup> Segundo afirma Alexandre Caballero, “é possível acreditar, sem exageros, ser o Direito Processual importante dado para sabermos qual o grau de aperfeiçoamento (democratização) do Estado de Direito” (CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. Da relação entre o princípio da isonomia e o contraditório no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, ano 13, n. 52, out./dez. 1988, p. 225). Corroborando esse entendimento, embora com referência específica ao princípio do contraditório, tem-se a posição manifestada por Humberto Theodoro Junior e Dierle José Coelho Nunes: “o contraditório, na alta modernidade, constitui um dos principais eixos estruturais da democracia ao assegurar um direito fundamental de participação em processos de formação da

o que mais bem realiza, na prática, o estado de coisas propugnado pelo princípio democrático na esfera processual; logo, a democracia participativa é, por si, já um fundamento constitucional do princípio da cooperação.

Essa perspectiva é acenada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.

Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade<sup>430</sup>.

O modelo processual cooperativo é forjado à luz do princípio da cooperação. Este, por sua vez, objetiva dar concreção ao valor participação no processo, convertendo a relação jurídica processual convencional em uma verdadeira comunidade de trabalho, em que todos devem atuar pautados na lealdade e na boa-fé, buscando a obtenção da justa composição do litígio em tempo razoável. A postura isonômica adotada pelo magistrado na condução do procedimento e sua colocação como sujeito do debate são fatores que potencializam a participação das partes na formação do ato jurisdicional decisório. Além disso, o ambiente processual colaborativo, permitindo às partes influenciar efetivamente o exercício do poder jurisdicional, culmina por configurar-se como um veículo de efetivação da cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Os juízes brasileiros são selecionados por meio de concursos de provas e títulos (juízes de carreira) ou por escolha política, a exemplo do que ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A ausência de participação popular na investidura desses agentes de poder põe em evidência a questão relativa à legitimidade da atuação dos órgãos jurisdicionais, sobretudo em

---

opinião e da vontade, agregando, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada em seu dimensionamento e proporcionando a criação de um direito legítimo” (THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 168, fev./2009, p. 136).

<sup>430</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de processo*, São Paulo, n. 137, jul./2006, p. 18.

um contexto estatal democrático. É preciso, assim, garantir que o resultado da atuação dos juízes não seja produto de uma atividade isolada, antes se constituindo como fruto do diálogo judicial, da participação cidadã no processo. Daí se afirmar que “a legitimidade é uma qualidade dada ao processo pelo respeito aos ideais do sistema democrático se e enquanto o Estado promover, no microcosmo dos conflitos, a participação e garantir os contornos de oportunidades reais no desenvolvimento do discurso dialético”<sup>431-432</sup>.

## 5.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COOPERAÇÃO

Outro fundamento do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana. Referido princípio, que norteia todo o ordenamento jurídico pátrio, consagra a proeminência de um valor moral, destacando a imperiosidade de se vislumbrar a pessoa como fim e não como meio<sup>433</sup>. Sua pauta axiológica é ampla, encontrando aplicações nas diversas áreas do direito e buscando conferir uma dimensão ética ao trato interpessoal. Vincula-se à ideia de respeito mútuo, sem discriminações perniciosas em razão de fatores como cor, raça, condição econômica etc.

A carga ética extraída do princípio da dignidade da pessoa humana é encontrável, também, no campo do processo civil cooperativo, ao se exigir a atuação leal no processo de todos os sujeitos processuais, inclusive do juiz. Muito embora seja o princípio da cooperação uma concretização do princípio da boa-fé, em um plano ainda mais abstrato pode-se extrair do princípio da dignidade da pessoa humana um fundamento constitucional de sua aplicação no direito brasileiro. A busca por uma justa decisão, em tempo razoável, segundo procedimento que resguarde uma igualdade material entre as partes são elementos que se coadunam com o escopo de acesso digno à justiça, propugnado no âmbito do estado de coisas delineado pela

---

<sup>431</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 692. Mais adiante, na mesma página, o autor complementa afirmando que “o diálogo em juízo é a fonte vital para um processo social e democrático”.

<sup>432</sup> Essa participação popular legitimadora da função jurisdicional também pode ser constatada, por exemplo, em um plano mais amplo, quando se permite a intervenção de *amici curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade (Tribunais de Justiça e STF), no exame de repercussão geral em recurso extraordinário (STF), no julgamento de recursos repetitivos pelo STJ etc.

<sup>433</sup> “A dignidade é simultaneamente valor e princípio e constitui elemento decisivo na afirmação de qualquer Estado Democrático de Direito, assumindo proporção de cláusula geral, apta a condicionar e conformar todo o tecido normativo” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 177).

dignidade da pessoa humana.

Aliás, a estruturação própria do modelo processual cooperativo, com a previsão de deveres de cooperação também direcionados ao magistrado, alguns deles de caráter assistencial (a exemplo dos deveres de prevenção e de auxílio), compatibiliza-se com o objetivo fundamental posto no art. 3º, III, da CF/88, de redução de desigualdades sociais, ao menos na esfera processual. A isonomia formal no processo, típica do modelo processual adversarial, servia apenas para realçar as desigualdades que, no plano real, definiam uma distância abissal entre os contendores. A redução de desigualdades é escopo a ser perseguido não apenas no plano das relações de direito material, mas, igualmente, dentro do processo, palco onde as partes exercem sua cidadania, concretizam a democracia participativa e influenciam, portanto, o exercício de uma função estatal.

Nem se olvide, ademais, que o modelo processual cooperativo, ao definir uma postura isonômica do juiz na condução do processo e ao estabelecer uma rede de deveres recíprocos entre os sujeitos processuais, contribui para aproximar a sociedade brasileira do intuito de construir uma sociedade solidária. É certo que a colaboração processual não terá o condão de neutralizar o conflito intersubjetivo de interesses que subjaz à demanda em curso. Todavia, não menos certo é que, ao conferir a essa disputa limites éticos que não devem ser ultrapassados e, sobretudo, ao estabelecer uma divisão de trabalho entre os sujeitos processuais ao modo de uma comunidade laboral, com tarefas reciprocamente complementares, o princípio da cooperação põe em realce o valor da solidariedade no seio do processo.

Em verdade, o modelo processual cooperativo emana da Constituição Federal de 1988 não de um, mas de diversos dispositivos. Além de consentâneo com o princípio democrático (e, portanto, em harmonia com o Estado Democrático de Direito brasileiro), efetivador da cidadania e da dignidade da pessoa humana e favorecedor da redução das desigualdades sociais (na medida em que concretiza o princípio da isonomia em sua acepção material), o princípio da cooperação encontra fundamento na solidariedade social e nos princípios processuais constitucionais do devido processo legal e do contraditório. Acresça-se, ainda, o princípio da boa-fé, implicitamente extraível do ordenamento jurídico constitucional pátrio.



### 5.3 SOLIDARIEDADE SOCIAL E MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO

A construção de uma sociedade solidária é posta como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no art. 3º, I, da CF/88. A solidariedade configura-se como um valor que deve, assim, reger as relações sociais. Impende, no entanto, salientar que o termo “solidariedade” não deve ser compreendido, nesse contexto, em seu sentido vulgar, ligado a tradições cristãs de ajuda ao próximo, a sentimentos de fraternidade<sup>434</sup>.

De fato, um texto normativo constitucional, por mais efetivo que pretenda ser, jamais seria capaz de impor a alguém que desenvolvesse um sentimento de amor ao próximo ou de solidariedade. A norma que se há de extrair do texto constitucional não pode, pois, dirigir-se à criação de estados psíquicos ou emotivos neste ou naquele indivíduo ou grupo social. Mas pode, sim, compelir este ou aquele indivíduo ou grupo a agir como faria se, de fato, tais sentimentos existissem<sup>435</sup>.

O alcance do estado de coisas ambicionado pelo princípio da solidariedade pressupõe, assim, o estabelecimento de deveres jurídicos impositivos aos indivíduos, limitando, em certa medida, seu espaço de liberdade em prol de que seja atingido um objetivo comum. A solidariedade passa a ser um padrão de comportamento, uma forma de agir exigida pelo ordenamento jurídico; pouco importa que esse atuar esteja ou não pautado em sentimentos a ele conformes. A solidariedade desvincula-se, portanto, de sua origem religiosa e laiciza-se, normatiza-se, passa a constituir-se numa obrigação jurídica. Entender a solidariedade do ponto de vista jurídico implica, pois, desvinculá-la de seu significado originário, do qual será apenas pálida expressão, para lhe conferir uma nova e objetiva roupagem. Nas palavras de Calmon de Passos,

a solidariedade jamais será compatível com a coerção, donde a impossibilidade de sua convivência com o jurídico. Por isso mesmo falar-se

---

<sup>434</sup> Sérgio Massaru Takoi enfatiza que a solidariedade é noção que deriva do ideal de fraternidade propugnado pela Revolução Francesa, o qual perdeu a sua conotação sentimental para adquirir viés mais racional. Por isso que a teoria da solidariedade não exprime “apenas um sentimento de benevolência ou favor, mas verdadeiro dever jurídico em prol do coletivo” (TAKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. *Revista de direito constitucional e internacional*,. São Paulo, ano 17, n. 66, jan./ mar. 2009, p. 296-300).

<sup>435</sup> “É óbvio que o Direito não tem como penetrar no psiquismo das pessoas para impor-lhes as virtudes da generosidade e do altruísmo. Seria terrível, aliás, se o Direito pudesse ditar sentimentos. Entretanto, se ele não pode obrigar ninguém a pensar ou a sentir de determinada forma, ele pode, sim, condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 297).

em direito de solidariedade é tentar associar incompatíveis. A solidariedade somente se revestirá de eficácia social se for instituído um novo paradigma, centrado no dever. Não à semelhança daquele que informou o pensamento da pré-modernidade, caracterizado como renúncia em face de um Todo Poderoso transcendente, metafísico, dominador, mas de um dever alicerçado na projeção para o outro, humano tanto quanto humano eu sou, da dignidade que me atribuo, por força da valia que experimento em mim mesmo, a partir de minha condição humana. Dito melhor, mediante a projeção no outro de tudo quanto tenho como valioso em mim para configurar a minha dignidade.<sup>436</sup>

A solidariedade objetiva, sem desprezar a individualidade própria de cada ser humano, transformar a sociedade em um “espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais que se reconheçam como tais”, em detrimento da ideia de que o núcleo social seria um espaço para “concorrência entre indivíduos isolados”<sup>437</sup>. Como afirmado por Calmon de Passos, “a condição humana impõe a cada qual de nós, que nos consideramos integrantes da espécie humana, ser, e de modo inelutável, *um dentre os outros, um contra os outros, um com os outros e um para os outros*”<sup>438</sup>. A solidariedade realça a condição do ser humano nas duas últimas vertentes, mitigando, especialmente, a segunda delas (uns contra os outros).

Por isso, o princípio da solidariedade frequentemente entrará em rota de colisão com a autonomia privada e com o direito de liberdade, a exigir uma ponderação de interesses, pautada no postulado da proporcionalidade, a fim de que se defina qual o valor que deve preponderar à luz de um dado caso concreto. Em algumas situações, essa definição é feita já *a priori* pelo legislador, o que não exime o aplicador da norma de, diante de uma demanda específica, realizar o controle incidental de constitucionalidade daquela escolha legislativa, podendo afastá-la se, naquela hipótese, a sua incidência resultar em solução desproporcional e desarrazoada.

A exigência de atuações leais dos particulares, em conformidade com a boa-fé objetiva, pode ser extraída do princípio da solidariedade, como arquétipo de conduta capaz de dar concreção ao ideal de uma sociedade solidária. No campo processual, a solidariedade confere fundamento à adoção do modelo processual cooperativo, haja vista que o princípio da cooperação realiza, no processo, o objetivo delineado em sentido mais amplo pela solidariedade: a transformação da sociedade em um espaço dialético e colaborativo, em lugar

---

<sup>436</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. Direito à solidariedade. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). *Direitos constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 236.

<sup>437</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 296.

<sup>438</sup> PASSOS, *op. cit.*, p. 231.

de um campo de lutas egoísticas.

Estabelecidas as premissas de que a solidariedade social confere a cada indivíduo um papel na sociedade e de que, portanto, todos devem contribuir para a realização de interesses comuns<sup>439</sup>, pode-se concluir que o modelo processual cooperativo concretiza tais ideias ao propiciar a conversão do processo em uma comunidade de trabalho, na qual todos envidarão esforços na busca da solução justa do litígio, em tempo razoável.

O modo como se estrutura o formalismo processual no modelo processual cooperativo, imerso em um contraditório não apenas formal, mas, sobretudo, substancial, de que é sujeito inclusive o juiz, implica a definição de um “trabalho em conjunto ordenado em função da construção da tutela jurisdicional aplicável a um caso proposto”<sup>440</sup>. Nesse arcabouço, “a atuação dos sujeitos do processo é regulada em função da consecução de objetivos comuns consagrados pelo ordenamento jurídico, o que, por sua vez, exige, o respeito à noção de solidariedade social”<sup>441-442</sup>.

Em outras palavras, não dispõem as partes, no modelo processual cooperativo, de ampla liberdade na condução material e formal do processo, como ocorre no modelo adversarial, sofrendo elas restrição em sua liberdade em prol da perseguição de fins comuns. Por outro lado, também não podem ter a sua liberdade de ação comprometida pela desmedida atuação estatal, sendo intolerável o exercício de uma função do poder democrático sem que se permita a ampla participação dos indivíduos no processo formativo da decisão a ser ao final proferida.

Desse modo, o modelo processual adversarial não se coaduna com o estado de coisas propugnado pelo princípio da solidariedade social. O modelo inquisitivo, a seu turno, embora conceba o processo como uma instituição social, restringe excessivamente a liberdade individual, sem conferir às partes o espaço de influência e de participação necessário ao exercício de sua cidadania no processo. Além disso, em nenhum deles o juiz se insere como sujeito processual concretizador dessa solidariedade. É o modelo processual cooperativo aquele que mais bem equilibra a liberdade individual e a solidariedade social; é ele, ainda,

---

<sup>439</sup> REICHELDT, Luis Alberto. A repercussão geral do recurso extraordinário e a construção do processo civil na era da solidariedade social. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 189, nov./2010, p. 93-94.

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>441</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>442</sup> Daniel Mitidiero também enquadra o dever de solidariedade previsto constitucionalmente como um fundamento do modelo processual cooperativo ao afirmar que “o processo cooperativo parte da idéia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas” (MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p.102).

forjado para ser a expressão de uma atuação solidária, colaborativa, no processo.

A previsão de deveres de cooperação para as partes e para o juiz reforça a noção de que o processo não serve a fins egoísticos, antes sendo um palco em que os sujeitos processuais devem, sem perder as suas individualidades e sem desprezar os interesses particulares das partes, atuar para alcançar o objetivo comum, a que todos almejam (ou deveriam almejar): a justa solução do litígio. Assim, por exemplo, os deveres de auxílio e de prevenção impostos ao magistrado são deveres de solidariedade; o dever de atuação conforme a boa-fé e de modo leal, afeto a todos os que participam do processo, é dever de solidariedade; o dever de veracidade da parte é dever de solidariedade.

Cuidando especificamente do tema da repercussão geral do recurso extraordinário (art. 102, §3º, da CF/88), Luis Alberto Reichelt examina como o modelo cooperativo é capaz de, no particular, conferir concreção ao princípio da solidariedade. Afirma o autor que o princípio da colaboração confere nova roupagem à garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88), para adaptar os procedimentos a fim de que estes não apenas sejam capazes de resolver adequadamente os conflitos individuais, mas, também, estejam aptos a conferir resposta célere e justa a questões sociais típicas de uma sociedade massificada. A participação, nesse caso, há de ser ampla, não apenas das partes envolvidas em um determinado litígio específico, mas, também, de outros interessados que poderão ser afetados pela decisão a ser proferida naquele caso particular, tal como ocorre no exame da repercussão geral por ele tratado, em que dita análise é feita a partir da eleição de casos paradigmas. A ampliação do debate satisfaz os objetivos defendidos pelo princípio de solidariedade e se coaduna, ao mesmo tempo, com o modelo processual cooperativo<sup>443</sup>.

Conclui-se, assim, que há um elo de profunda identificação entre o modelo processual cooperativo e o princípio da solidariedade, de modo que é possível extrair do art. 3º, I, da CF/88 um dos fundamentos constitucionais desse modelo processual civil no direito brasileiro.

---

<sup>443</sup> REICHELDT, Luis Alberto. A repercussão geral do recurso extraordinário e a construção do processo civil na era da solidariedade social. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano 35, n. 189, nov./2010, p. 97-98.

## 5.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL E MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO

### 5.4.1 A cláusula geral do devido processo legal

#### 5.4.1.1 Considerações gerais

Muito embora tenham surgido, inicialmente, no âmbito do direito privado, as cláusulas gerais espalharam-se por outros ramos do direito, alcançando, inclusive, o direito processual. Sendo indubitável que o legislador é incapaz de prever todas as necessidades advindas da legislação material, estando, por conseguinte, impossibilitado de disciplinar todos os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos, passou-se a admitir, em prol da maior efetividade da tutela jurisdicional, que a parte buscasse em juízo a construção da ação adequada ao caso concreto<sup>444</sup>.

Dispõe o art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este texto constitucional é uma novidade da CF/88, pois, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, contemplou expressamente o princípio do devido processo legal<sup>445</sup> (*due process of law*). Trata-se de texto que encontra precedentes, por exemplo, na Constituição norte-americana (emendas 5ª e 14ª) e, mais remotamente, na Magna Carta de João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra<sup>446</sup>.

Tido como o postulado fundamental do processo, o princípio do devido processo legal costuma ser examinado sob duplice aspecto: o procedimental, em que é tomado na acepção de “via de acesso a um processo justo, com a possibilidade de resultado justo”<sup>447</sup>, e o substancial,

---

<sup>444</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um renovado direito processual. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrónio (org). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 135-143.

<sup>445</sup> Trata-se de uma cláusula geral que contém um princípio.

<sup>446</sup> A ideia de devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania, submetendo o imperador às leis do Império, antecede mesmo a Magna Carta de 1215, sendo encontrada no Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037), que irá inspirar o documento inglês (STUBBS, William. *Germany in the Early Middle Ages* (476-1250). New York: Longmans, Green, and Co., 1908, p. 146-147; PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18-27; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v.1, p. 42).

<sup>447</sup> DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal: direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 126, ago./2005, p. 260.

cuja essência reside na proteção do indivíduo contra “toda e qualquer ação arbitrária e não razoável”<sup>448</sup>.

A formatação do texto constitucional como cláusula geral é evidente. Da leitura do art. 5º, LIV, da CF/88, verifica-se que não contém o referido texto normativo um alto grau de tipicidade, não estando nele delineados os elementos do tipo e as consequências que dele advêm. Ao contrário, ali se vislumbra um grau mínimo de tipicidade, a um ponto tal que sequer os doutrinadores recomendam se faça um aprisionamento conceitual do instituto, como bem realça Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>449</sup>.

Ao lado disso, a própria locução “devido processo legal” não permite que se extraia de seu bojo o exato sentido que dela deva emanar, tratando-se de expressão vaga e de difícil determinação. Logo, para ser aplicada, faz-se mister que alguém determine, caso a caso, o seu preciso conteúdo, o qual não pode ser apreendido inteiramente de modo apriorístico. Referida tarefa está, a princípio, a cargo do julgador, a quem competirá, à luz do caso posto à apreciação, aplicar o princípio do devido processo legal, dando-lhe a necessária concreção.

A indefinição conceitual e a tipicidade mínima antes enfatizadas contribuem para uma maior mobilidade do sistema, permitindo que a noção de devido processo legal não permaneça estagnada no tempo e no espaço, antes ganhando novos contornos ao ritmo das mudanças sociais. Não confere o princípio do devido processo legal respostas prontas e pré-fabricadas aos problemas sociais com os quais se relaciona. Outorga ao magistrado elementos dos quais se valerá para aplicá-lo a cada caso, buscando proteger *in concreto* os bens e interesses ali juridicamente tutelados abstratamente, de modo a possibilitar o desenvolvimento de um processo justo, com a prevalência de atos estatais (ou particulares) razoáveis e proporcionais.

As considerações acima deduzidas autorizam, pois, a que se conclua que o mencionado texto constitucional, que consagra o devido processo legal, é uma cláusula geral. Assim a enxergam, por exemplo, Fredie Didier Júnior<sup>450</sup>, Roberto Del Claro<sup>451</sup> e Ricardo Maurício

---

<sup>448</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 392.

<sup>449</sup> *Ibidem*, p. 381.

<sup>450</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v.1, p. 35.

<sup>451</sup> “A idéia de um devido processo legal que funciona como direito fundamental e princípio constitucional só se completa quando se percebe também tratar-se de cláusula aberta (*open-ended clause*) do sistema processual civil” (DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal: direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 126, ago./2005, p. 283).

Freire Soares<sup>452</sup>. Entretanto, não se revela bastante qualificar o devido processo legal como cláusula geral; é preciso que se conheçam as consequências que dessa circunstância podem ser extraídas.

Sem pretensão de esgotamento dessas consequências, podem ser enumeradas as seguintes: a) elegibilidade, pelo magistrado, do procedimento que repute mais adequado à garantia da efetividade da jurisdição em cada caso concreto; b) possível mitigação de princípios e regras processuais; c) descabimento de análise da observância da cláusula do devido processo legal senão à luz do caso concreto; d) possibilidade de ampliação do controle sobre os atos estatais.

Ruy Alves Henriques Filho fornece alguns exemplos de mitigação de princípios e regras decorrente da natureza de cláusula geral do devido processo legal, a saber: aumento de prazos peremptórios pelo juiz (ex.: art. 915, §2º, do CPC – prazo exíguo de 48 horas para prestação de contas); mitigação da regra da congruência (a exemplo da alteração do meio executivo solicitado); possibilidade de o juiz relevar a aplicação de uma sanção no âmbito probatório, a exemplo da preclusão que se extrai da análise conjunta dos arts. 396 e 397 do CPC etc<sup>453</sup>.

Quanto à possibilidade de escolha, pelo magistrado, do procedimento que repute mais adequado à garantia da efetividade da jurisdição em cada caso concreto, tem-se como exemplo, ainda da lavra de Ruy Alves Henriques Filho, a sua não vinculação ao meio executivo proposto pela parte (quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos)<sup>454</sup>.

O mesmo autor, porém, embora negue a função criadora do juiz na concreção de normas gerais<sup>455</sup>, admite, fundado em uma interpretação construtiva, que “a ele [juiz] caberá, quando verificar que o legislador não deu proteção suficiente, dar vida ao procedimento inicialmente

---

<sup>452</sup> “Como exemplo de utilização de cláusula geral no processo civil brasileiro, pode ser citado o artigo 5º, LIV, da Constituição federal de 1988, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Trata-se, pois, da cláusula geral que enuncia o devido processo legal, conferindo ao cidadão a tutela das garantias processuais e a preservação da regularidade formal e material do processo” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 32).

<sup>453</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 155, jan./ 2008, p. 342-351. O exemplo atinente aos arts. 396 e 397 do CPC não foi extraído da obra do autor, que apenas fala, à p. 342, genericamente, da quebra do silogismo preceito-sanção, mesmo em matéria probatória.

<sup>454</sup> *Ibidem*, p. 349. Essa escolha procedimental exemplificada pelo autor já pode ser extraída do ordenamento jurídico pátrio a partir da cláusula geral executiva prevista no art. 461, §5º, do CPC, não necessitando, pois, a sua derivação da cláusula do devido processo legal. A despeito disso, o mesmo pensamento (adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto) pode ser aplicado a outras situações não reguladas pela legislação infraconstitucional, com amparo direto do art. 5º, LIV, da CF/88.

<sup>455</sup> *Ibidem*, p.339.

inadequado e conformá-lo aos ditames superiores em benefício da jurisdição efetiva”<sup>456</sup>.

Ou seja, mais do que alterar um procedimento existente por outro, o que propõe o autor em comento é que possa o juiz criar, no bojo de um caso concreto, um procedimento que a este pareça mais adequado à consecução do fim almejado: prestação da tutela jurisdicional por intermédio de um processo justo.

Também se destacou a impossibilidade de análise da observância do princípio do devido processo legal senão diante de um caso concreto. Isto porque o devido processo legal, sendo uma cláusula aberta, não possui um conteúdo previamente determinado, sendo ele concretizado pelo judiciário, justamente à luz do caso posto a julgamento<sup>457</sup>.

A possibilidade, entretanto, de o poder judiciário moldar a cláusula do devido processo legal ao caso concreto, para melhor aplicá-la, não significa que se deva desprezar, em absoluto, a legislação que busca implementar aquele princípio, deixando-se ao alvedrio do magistrado o pleno comando do procedimento, o que poderia, em determinados casos, estimular a prática de abusos e excessos na condução do feito. É o que alerta Roberto Del Claro:

Apesar do devido processo legal ser um direito fundamental de textura aberta, seria absurdo supor que não precisasse ser minimamente regulado pela lei. Torna-se, portanto, absolutamente necessário reconhecer a necessidade de garantias mínimas de legalidade processual, sem as quais não é possível atingir a noção de processo justo. Diante disto, não podemos prescindir de ao menos fases procedimentais estruturadas, a fim de que não se converta a implementação de um processo justo na implementação de um processo autoritário.<sup>458</sup>

Ademais, especialmente em razão da sua feição substancial, o princípio do devido processo legal possibilita e embasa um maior controle sobre os atos estatais e, mesmo, sobre atos privados, a fim de perquirir se eles estão em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (sem deixar de lado o exame procedimental, a fim de

---

<sup>456</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 155, jan./ 2008, p. 340-341.

<sup>457</sup> “Por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo com o método de “inclusão” e “exclusão” característico do *case system* norte-americano cuja proteção já se vê na experiência jurisprudencial pátria. Significa verificar *in concreto* se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou judicial está em consonância com o devido processo legal” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. *In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 390-391)

<sup>458</sup> DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal: direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 126, ago./2005, p. 288.



garantir um processo justo).

Maria Rosinete Oliveira Lima apresenta como funções do devido processo legal as seguintes: a) controle do poder (aqui compreendido em suas três funções), protegendo o cidadão contra o arbítrio estatal; b) racionalização da interpretação dos textos normativos, objetivando, tanto quanto possível, essa atividade (afastando o puro voluntarismo do intérprete), seja submetendo-a a parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade, seja, ainda, fixando um procedimento a ser seguido de modo a melhor atender as exigências de justiça; c) parâmetro de controle de constitucionalidade, e; d) legitimação da atuação criativa do juiz, assegurando a participação cidadã na atividade produtiva do direito<sup>459</sup>.

De se notar, ademais, que a cláusula do devido processo legal tem sofrido expressiva extensão quanto ao seu âmbito de aplicação com o decorrer do tempo. Vista, inicialmente, apenas sob o aspecto formal e voltada, primordialmente, ao processo jurisdicional, hoje o devido processo legal é norma aplicável a todo tipo de processo estatal (legislativo, jurisdicional e administrativo), incidindo, ainda, nos processos negociais, ou seja, no âmbito das relações privadas<sup>460</sup>.

#### *5.4.1.2 Devido processo legal e suas acepções formal e substancial*

O devido processo legal pode ser vislumbrado em duas perspectivas: a procedimental e a substancial. De relação ao aspecto procedimental do devido processo legal, sem descurar de sua inegável relevância, tem-se que tal tema, todavia, não suscita maiores debates entre os doutrinadores, sobretudo quando se está a considerar a questão atinente à possibilidade de sua extração do texto normativo constante do art. 5º, LIV, da CF/88. É dizer: a afirmação de que do referido dispositivo constitucional pode-se colher o aspecto procedimental do princípio do devido processo legal não enseja divergências na doutrina, ao menos não de monta a

---

<sup>459</sup> LIMA, Maria Rosinete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 214-237.

<sup>460</sup> A temática alusiva à aplicabilidade do devido processo legal às relações privadas acha-se bem delineada em BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008. Neste trabalho, a autora destaca a necessidade de respeito ao princípio do devido processo legal tanto na fase pré-negocial (com o atendimento dos requisitos de constituição válida do negócio a ser celebrado – aspecto formal do devido processo legal – e o respeito à boa-fé objetiva e à equidade contratual - aspecto substancial do *due process*) quanto na etapa posterior à contratação (fase de execução do negócio), em que incita a imperiosidade de respeito ao devido processo legal, sobretudo, quando constatada uma disparidade entre as forças contratantes, a exemplo do que ocorre com os processos de exclusão de sócio de cooperativa, de punição de associados, sócios e condôminos etc., nos quais se faz mister assegurar garantias como as do contraditório, da ampla defesa, da produção de provas, da motivação das decisões, dentre outras (*Ibidem*, p. 203-225).

repercutir de forma significativa no estudo da matéria.

Assim, acha-se mais ou menos pacificada no seio doutrinário a ideia de que o devido processo legal, se tomado sob sua veste procedimental, equivale à existência de um “processo ordenado”<sup>461</sup>, de um processo formalmente justo, que assegure às partes garantias como as do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural e imparcial, da produção de provas, de informação etc.

O aspecto substancial do devido processo legal é, por sua vez, aquele que maiores debates tem suscitado na doutrina, havendo mesmo quem negue a sua existência<sup>462</sup>. Paulo Henrique dos Santos Lucon define tal feição do devido processo legal como sendo “uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal, de modo a censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas ou os *landmarks* do regime democrático”<sup>463-464</sup>.

Nasce a concepção substancial do devido processo legal como resultado de um esforço interpretativo da Suprema Corte norte-americana, na busca por um instrumento de controle de atos legislativos, visando o seu afastamento quando, a despeito de formalmente válidos, maculassem a vida, a liberdade ou a propriedade de um cidadão, afronta esta representada por uma irrazoável restrição de qualquer desses direitos.

Sem pretender aprofundar as origens históricas do instituto<sup>465</sup>, insta destacar que o devido processo legal substancial é visto, atualmente, no Brasil, de forma bastante ampla, seja como instrumento de controle de atos estatais (aqui entendidos aqueles provenientes de qualquer das três funções do Estado – legislativa, administrativa e judiciária), seja, ainda,

---

<sup>461</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 381.

<sup>462</sup> Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de processo*, São Paulo, n. 163, p. 50-59, set./2008; DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal substancial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, p. 192-213, 2005.

<sup>463</sup> LUCON, *op. cit.*, p. 382.

<sup>464</sup> Paula Sarno Braga, por sua vez, destaca que o *substantive due process* “regula não a forma como o ato estatal foi produzido (o que será algo inerente ao devido processo legal processual), mas, sim, o seu conteúdo, vedando a imposição de *restrições arbitrárias, desproporcionais e irrazoáveis* aos cidadãos, tudo em conformidade com os padrões da Democracia Moderna. Em *ultima ratio*, é o controle da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos praticados pelo Estado” (BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 187).

<sup>465</sup> Para obtenção de detalhadas informações acerca da evolução histórica do *substantive due process* no direito norte-americano, inclusive com vasta citação de precedentes, veja-se: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29-90. Também aludindo ao histórico do instituto: DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal substancial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 192-213.

como princípio garantidor de uma igualdade substancial das partes em um dado processo<sup>466</sup>.

A cláusula do devido processo legal substancial contempla, pois, a necessidade de que os atos estatais, quando impliquem restrição a direitos dos particulares, individual ou coletivamente considerados, estejam fincados em bases proporcionais, evitando-se, assim, uma indevida limitação a qualquer desses direitos, situação que implicaria malferimento direto à Constituição Federal. Logo, chega-se à conclusão de que o princípio da proporcionalidade decorre daquele maior do devido processo legal substancial, encontrando nele o seu fundamento, constituindo-se, pois, num princípio implícito do ordenamento jurídico pátrio<sup>467</sup>.

O princípio da proporcionalidade figura, pois, como um senso de orientação à aplicação do *substantive due process*, não apenas, porém, para a declaração da constitucionalidade ou a decretação da inconstitucionalidade dos atos estatais, mas, sobretudo, para a concreção da própria cláusula do *due process* pelo juiz, que deve, naquela atividade, diuturnamente observar a necessidade de respeito ao princípio da proporcionalidade.

Muito embora se trate de princípio hoje acolhido pela maioria da doutrina brasileira, nem por isso se pode afirmar ser pacífica a existência, no ordenamento jurídico pátrio, do devido processo legal substancial. Encontra ele ferrenhos opositores, os quais sustentam que na cláusula do *due process of law* não se pode vislumbrar nada além do que o seu puro aspecto procedimental, ou seja, a exigência de um processo formalmente justo.

Para os doutrinadores que assim pensam, seria indevido imaginar a importação, para o direito brasileiro, de instituto que já demanda suficiente polêmica em seu país de origem. Ademais, defendem que a não adoção do devido processo legal substancial nem por isso acarretaria o desaparecimento, no direito pátrio, de princípios outros que a ele são diretamente vinculados, tais como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tampouco importando em uma proibição de que se realize um controle de constitucionalidade do mérito de decisões estatais.

Dentre os estudiosos contrários à ideia de existência do devido processo legal

---

<sup>466</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 385.

<sup>467</sup> Nesse sentido: BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 192; LIMA, Maria Rosinete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 287; BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 96; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 409-410; FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 41-42.

substancial no Brasil está Humberto Ávila<sup>468</sup>, que, em artigo intitulado “O que é ‘devido processo legal’?”, faz longas considerações acerca do aludido princípio, especificamente com a finalidade de refutar o seu aspecto substantivo. Sustenta o autor ser descabido e supérfluo utilizar-se do devido processo legal como fundamento para os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, uma vez que estes já encontram assento nos princípios de liberdade e de igualdade, sendo aplicáveis mesmo quando inexistente previsão expressa do princípio do devido processo legal em dado ordenamento jurídico. Defende, assim, que, no caso do Brasil, o art. 5º, LIV, da CF/88 deve ser entendido apenas no sentido que lhe outorga a expressão devido processo legal procedimental, nada mais<sup>469</sup>.

Resume o autor a sua discordância com a expressão “devido processo legal substancial”, destacando a sua inconsistência:

Enfim, o uso da expressão “devido processo legal substancial, como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa 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 o 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 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 e justo.<sup>470</sup>

A despeito do posicionamento adotado por Humberto Ávila, é certo que, ao se afirmar que o devido processo legal requer a adoção de um processo justo, bem assim que tal processo não se alcança senão à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ocorre uma inequívoca imersão desses princípios naquel’outro do devido processo legal, não sendo por outra razão que se atribui, a este, a qualidade de sobreprincípio ou de princípio-mãe, do qual os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são decorrências.

Assim, não se vislumbra qualquer incorreção em se afirmar serem os princípios da

---

<sup>468</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de processo*, São Paulo, n. 163, p. 50-59, set./2008.

<sup>469</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>470</sup> *Ibidem*, p. 56.

proporcionalidade e da razoabilidade manifestações ou decorrências do princípio do devido processo legal, sendo este o fundamento daqueles<sup>471</sup>.

Tampouco haveria inconsistência na expressão devido processo legal substancial pelo fato de serem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade aplicados fora do âmbito processual, até porque a crítica formulada por Humberto Ávila, no particular, toma como premissa uma interpretação restritiva do termo processo, a indicar ser ele apenas o processo judicial, quando, em verdade, se for a palavra em tela tomada em seu sentido amplo de “qualquer modo de produção de normas jurídicas”, engloba, além do processo judicial, o administrativo, o legislativo e o negocial<sup>472</sup>.

Por fim, o fato de serem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade decorrências do devido processo legal substancial não obsta a sua utilização como balizas também para a aferição da justiça do processo (*procedural due process*). Servindo o devido processo substantivo ao controle dos atos estatais, incidirá tanto sobre as normas que regem procedimentalmente o feito, assegurando que estejam em consonância com a garantia de processo justo ínsita ao devido processo procedimental, quanto sobre as decisões e a atuação judicial, de modo a, igualmente, aferir se a atividade jurisdicional está voltada àquela garantia procedimental de efetivação de um processo justo. As duas vertentes do devido processo legal não se excluem; ao contrário, se complementam, de modo que o fato de se atrelarem a proporcionalidade e a razoabilidade prioritariamente a uma dessas facetas não significa que a outra fique à míngua da incidência de tais princípios.

Opõe-se, igualmente, à existência de um devido processo legal substancial Roberto Del Claro<sup>473</sup>. Apresentando detalhado retrospecto histórico do surgimento e desenvolvimento dessa vertente do *due process of law* nos Estados Unidos da América, como resultado de criação jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, o autor enfatiza que tal interpretação conferida à cláusula em questão extrapolou “os critérios puramente judiciais”, implicando uma verdadeira invasão de atribuições de outros poderes, sobretudo do

---

<sup>471</sup> Vide, no sentido do texto: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v.1, p. 45. Contra, entendendo que o conteúdo do devido processo legal substancial no direito brasileiro consiste no reconhecimento e na proteção de direitos fundamentais implícitos, não se confundindo com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, que seriam utilizados para dar aplicação ao devido processo legal substantivo sem, no entanto, com ele se confundir: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 109-121.

<sup>472</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v.1, p. 41-42.

<sup>473</sup> DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal substancial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, p. 192-213, 2005.

Legislativo<sup>474</sup>.

Questionando as suas raízes nos Estados Unidos da América<sup>475</sup>, o autor profere uma série de críticas ao denominado aspecto substancial do devido processo legal, a começar por sua própria nomenclatura, que reputa ser incoerente, revelando uma verdadeira contradição em termos, já que remete o instituto, a um só tempo, às esferas processual e material. Prossegue afirmando que o seu uso desmedido conferiria ao poder judiciário a condição de um super-legislativo, bem como defendendo que a simples inclusão da cláusula do devido processo legal na Constituição Federal de 1988 não autoriza a que se chegue à conclusão de haverem sido importadas as duas acepções (procedimental e substantiva) da expressão<sup>476</sup>.

Assevera, ainda, a inutilidade da presença dessa cláusula substantiva no direito brasileiro, haja vista que, sendo ela utilizada nos Estados Unidos da América como cláusula de abertura do sistema, dito papel já seria no Brasil realizado pelo art. 5º, §2º, da CF/88<sup>477-478</sup>.

Os argumentos deduzidos por Roberto Del Claro não chegam, entretanto, a infirmar a posição majoritária acerca da existência do devido processo legal substancial no Brasil. As origens do instituto podem ter sido – como o foram – bastante criticáveis, mas isso não

---

<sup>474</sup> DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal substancial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 194.

<sup>475</sup> Segundo o autor, o conteúdo substancial do devido processo legal foi pela primeira vez invocado no caso “Dred Scott” (Dred Scott v. Stanford, 60 U.S. 393, 1856), para justificar a manutenção do referido postulante na condição de escravo, embora já houvesse ele vivido em liberdade durante aproximadamente dez anos, sob o argumento de que a norma na qual se pautava para pleitear o direito de permanecer livre (o *Missoure Compromisse*, que proibia a escravidão no território da Lousiana, onde vivera) era inconstitucional, na medida em que privava irrazoavelmente os donos dos escravos de sua propriedade (*Ibidem*, p. 196).

<sup>476</sup> *Ibidem*, p. 195-197.

<sup>477</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>478</sup> Sérgio Luís Wetzel de Mattos, examinando a funcionalidade do devido processo legal substancial no direito brasileiro, fá-lo em comparação com a funcionalidade que o instituto assume no direito norte-americano, de onde foi importado. Nos Estados Unidos da América, o devido processo legal substancial cumpre dois papéis basilares: a) uma função incorporativa, servindo para estender os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos de 1791 (a princípio aplicável apenas ao governo federal) aos governos estaduais; b) uma função protetiva de direitos fundamentais implícitos (não citados pela Constituição norte-americana, sabidamente sintética). No Brasil, a função incorporativa é desnecessária, uma vez que os direitos fundamentais previstos na CF de 1988 já vinculam todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Quanto à função protetiva, o autor destaca, em primeiro lugar, que a Constituição brasileira, ao contrário da norte-americana, é prolixa, contendo um rol considerável de direitos fundamentais expressamente nela consignados. Em segundo, o papel protetivo que se pretende conferir ao devido processo legal substancial poderia ser exercido pelo art. 5º, §2º, da CF/88, que contempla uma verdadeira cláusula de abertura da fundamentalidade material no direito constitucional brasileiro. Apesar disso, entende Sérgio Mattos ser “lícito concluir que, no direito brasileiro, é possível dar aplicação ao princípio do devido processo substantivo, objetivando-se, assim, o reconhecimento e proteção de direitos fundamentais implícitos como parte da liberdade assegurada pela disposição do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), com a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988)”. No entanto, o próprio autor registra que, no direito brasileiro, essa funcionalidade não é reconhecida, uma vez que a doutrina e a jurisprudência nacionais conferem ao devido processo legal substancial funcionalidades mais próprias dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, mistura a que Sérgio Mattos reputa “promíscua” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 105-110).

significa que se possa condenar toda uma construção teórica (que já foi aplicada em diversos casos, nos Estados Unidos da América e fora dele) por um erro de sua utilização, ainda que ocorrido em seu nascedouro<sup>479</sup>.

Sobre a crítica feita à denominação “devido processo substancial”, há de se dizer que processo e direito material não mais podem ser vistos como ramos absolutamente independentes, senão que existe entre eles, hoje, uma intrínseca conexão, em face da atual visão de processo como instrumento de efetivação do direito material e, especialmente, dos direitos fundamentais. Dita perspectiva, sem negar a autonomia do direito processual enquanto ramo do conhecimento jurídico, afasta a concepção que pretendia enquadrar direito material e processo como dois pólos estáticos e quase incomunicáveis.

Ao argumento de que a cláusula do *substantive due process of law* daria ensejo à transformação do poder judiciário em um super-legislativo, deve-se contrapor o de que uma maior abertura do sistema enseja, também, maior controle sobre a atividade a ser desenvolvida. Assim, a decisão do magistrado haverá de ser estar fundamentada em bases sólidas e razoáveis, já que também ele, por sua atuação, submete-se à cláusula em debate.

Sobre a questão referente à importação do devido processo legal do direito norte-americano, verifica-se que a conclusão da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, do devido processo substancial decorreu não apenas de uma simples transferência desse instituto do ordenamento dos Estados Unidos da América para o brasileiro. Resultou, especialmente, de uma interpretação dada à cláusula geral do devido processo legal dentro do contexto em que inserida na Constituição pátria, ou seja, no seio de um Estado Democrático de Direito, em que o respeito aos direitos fundamentais pelo Estado e sua concretização são fundamentos basilares. Daí se concluir que tais direitos não poderiam ser obstados ou restringidos desproporcionalmente por atos estatais.

Por fim, não parece que haja uma incompatibilidade ou, mesmo, uma superposição entre o art. 5º, LIV, da CF/88 (cláusula do devido processo legal, mormente em sentido substancial) e o art. 5º, §2º, da CF/88, que veicula uma cláusula de abertura da fundamentalidade material no sistema constitucional pátrio. Isto porque, enquanto esse último permite o reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais além daqueles previstos

---

<sup>479</sup> Veja-se que o próprio autor reconhece possuir a doutrina do devido processo legal substantivo um lado positivo, senão observe-se: “A Corte Warren foi a mais bem-sucedida da história das defesas civis. Boa parte de suas importantes decisões foi tomada com amparo na doutrina do devido processo substantivo, o que demonstra que ela também tem um lado positivo” (DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal substancial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 204).

na Carta Maior, o *substantive due process* confere garantia contra a restrição desproporcional desses direitos por ato estatal. As funções de ambos os dispositivos revelam-se, pois, distintas e complementares.

Desse modo, muito embora não se possam desprezar os fundamentos apresentados pelos autores supracitados, opositores da adoção, no sistema jurídico brasileiro, do devido processo legal substancial, maior razão parece assistir àqueles que defendem entendimento oposto, ou seja, os que sustentam a plena existência e aplicação da cláusula do devido processo legal substantivo no Brasil.

#### **5.4.2 Devido processo constitucional de produção do direito, democracia e princípio da cooperação: a cláusula do *due process of law* como fundamento constitucional do modelo processual cooperativo**

Os objetivos do presente trabalho estão voltados à demonstração dos fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro. Seus limites, portanto, não permitem que se analise, de modo aprofundado, o integral conteúdo da cláusula do devido processo legal, que abrangia não apenas o processo judicial (civil e criminal), mas, ainda, qualquer modo de produção de direito (outros processos estatais – administrativo e legislativo – e o processo negocial, na esfera privada).

Do direito de cidadania se extrai o *status civilis processualis*, este que pode ser vislumbrado como “o reconhecimento do direito fundamental de se participar, ativa e responsabilmente, nos procedimentos que objetivam produzir normas jurídicas, em todos os seus níveis, bem como na institucionalização das respectivas estruturas organizativas”<sup>480</sup>. É dizer: aos particulares se deve garantir o direito de participar na construção das decisões políticas de um modo geral. A produção e a aplicação do direito são fruto de uma atividade processual, pressupondo, para que se faça de modo correto, a participação cidadã nessas etapas. Fala-se, para além de um devido processo legal, expressão consagrada, em um devido processo constitucional de produção do direito, para dar uma mais precisa noção dos atuais

---

<sup>480</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de processo*, São Paulo, ano 26, n. 102, abr./jun. 2001, p. 58.



contornos que a garantia deve abranger<sup>481</sup>.

O devido processo legal não pode ser examinado de forma desvinculada do princípio democrático, que necessariamente lhe confere uma formatação peculiar. À luz da democracia participativa, nenhum processo será “devido”, justo, sem que a ele se integre o componente da participação, sem que, enfim, represente ele um espaço de exercício democrático do poder ou da autonomia da vontade (conforme se trate de processo estatal ou envolvendo apenas particulares, respectivamente).

Por certo que as diversas facetas ostentadas pelo princípio do devido processo legal ao longo da história deram suporte à adoção de modelos processuais distintos. Dessa forma, o modelo processual adversarial revelou-se capaz de concretizar, no passado, a cláusula do devido processo legal, quando esta encerrava seu conteúdo tão-somente no aspecto procedimental.

O processo devido era, pois, aquele formalmente hígido, o que se conduzia em conformidade com os preceitos legais disciplinadores daquela atividade estatal. O modelo adversarial estrutura a atuação do magistrado como um árbitro a quem compete fiscalizar o adequado desenvolver procedimental, ditando, ao cabo deste, aquele que se sagrou vitorioso no duelo judicial. A decisão justa era aquela que refletia o resultado de um procedimento bem conduzido, pouco importando considerações tendentes a perquirir acerca da justiça material do ato decisório. O Estado liberal reflete, em grande medida, essa visão do devido processo legal, ao mesmo tempo em que sobreleva o modelo adversarial como o modelo ideal de processo.

Uma vez, porém, que o Estado passa a congrega outras finalidades, mais amplas, volvendo-se à promoção do bem-estar social, o conteúdo da cláusula geral processual do devido processo legal ganha foros mais largos, conducentes à busca de uma justa solução para o litígio. O órgão jurisdicional tem de assumir, nesse contexto, um papel mais ativo e centralizador, de modo que o modelo inquisitorial passa a ser visto como o que seria mais capaz de concretizar o novo estado ideal de coisas propugnado pelo devido processo legal.

A constitucionalização do processo e o fortalecimento do papel da democracia participativa são fatores que, no Brasil, conferem nova feição à cláusula aberta do devido processo legal. O processo, para ser justo, deve refletir o ideal democrático, a participação na

---

<sup>481</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de processo*, São Paulo, ano 26, n. 102, abr./jun. 2001, p. 58-59.

formação do ato decisório, o exercício da cidadania no âmbito jurisdicional. O modelo inquisitivo não mais se mostra capaz de atender a essa nova demanda de concretização do princípio do *due process*.

A postura do magistrado e a divisão de trabalho entre ele e as partes hão de se conduzir por novos meandros, nem se legando aos litigantes a primazia na condução do feito, com a quase total ausência do juiz nessa atividade (modelo adversarial), nem, tampouco, conferindo ao magistrado uma posição de supremacia na condução do processo, quase que com o alijamento das partes dessa etapa, reduzindo-as à condição de informantes (modelo inquisitivo). Há de prevalecer um modelo processual capaz de consagrar uma união de esforços em direção ao objetivo comum: a justa solução do conflito em tempo razoável.

É preciso, pois, uma divisão isonômica de funções entre partes e juiz na condução do processo. Esta é a garantia de que o magistrado, ao adotar uma postura assimétrica na hora de proferir a sua decisão, tenha não apenas garantido às partes uma ampla possibilidade de influenciar o seu julgamento, como, ainda, que essa influência seja real. O juiz deve efetivamente levar em conta, ao decidir, as alegações e provas adunadas ao feito pelos litigantes.

Assim, o modelo processo cooperativo é “o modelo processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático”<sup>482</sup>. Essa conclusão, a que se chega a partir do exame da cláusula do devido processo legal no direito brasileiro, é alcançada por Fredie Didier Junior também de relação ao ordenamento jurídico português. Analisando a relação entre o art. 266º, 1, do CPC português (cujo texto veicula o princípio da cooperação) e o princípio do devido processo legal, o autor em debate afirma que “o princípio da cooperação é norma definidora do modelo do ‘processo equitativo’ português, garantido pelo n. 4 do art. 20 da Constituição portuguesa”<sup>483</sup>. E mais: reconhecendo a historicidade e a mutabilidade constante da cláusula geral do *due process of law*, Fredie Didier Junior conclui asseverando que “a estruturação de um processo leal e cooperativo parece ser uma nova etapa na concretização do conteúdo do *devido processo legal*”<sup>484</sup>.

Do ponto de vista do devido processo legal procedimental, o modelo colaborativo ordena o processo segundo padrões de lealdade e ética, assegurando às partes que exerçam as suas garantias ao contraditório, à ampla defesa, à produção de provas, à informação etc. de

---

<sup>482</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v.1, p. 79.

<sup>483</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 74.

<sup>484</sup> *Ibidem*, p.79.

modo qualificado. Quer-se com isso dizer que o contraditório a ser exercido não será aquele puramente estático, lógico-formal, mas, sim, um contraditório que se revista de um viés dinâmico, como garantia de informação, de participação e poder de influência no resultado na atividade jurisdicional, ou seja, na decisão final a ser proferida no processo.

A ampla defesa e o direito de produção de provas também ganham novos enfoques, na medida em que não representam apenas a possibilidade de exposição de fundamentos e demonstração das alegações fáticas nas quais eles se sustentam; deve-se garantir que essa atividade possa, de fato, influenciar a solução a ser dada ao caso concreto.

No que tange ao devido processo legal substancial, uma vez que ele se configura como instrumento garantidor da igualdade material no processo, tem-se que os deveres de cooperação impostos ao magistrado, especialmente os de cunho assistencialista (deveres de auxílio e de prevenção), promovem, tanto quanto possível, esse nivelamento das partes no processo.

A potencialização da participação dos litigantes no processo, típica do modelo cooperativo, confere, ademais, maior legitimidade à atuação do órgão jurisdicional, mormente quando se trate de concretizar a cláusula do devido processo legal à luz do caso concreto, quando o magistrado adota posturas como a eleição do procedimento adequado ao direito material a ser tutelado (adaptabilidade do procedimento), a mitigação de regras e princípios processuais e o controle de constitucionalidade de atos estatais.

Além disso, a atividade criativa do juiz (criação da norma jurídica geral aplicável ao caso concreto, a partir da interpretação de textos normativos, especialmente os de textura aberta, como as cláusulas gerais) não pode ficar à margem de qualquer controle. Este, no âmbito do processo, consiste em examinar não apenas a existência desse poder discricionário no caso concreto, como, ainda, em aferir, segundo padrões de proporcionalidade (vista em suas três perspectivas, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e de razoabilidade, a justiça da solução encontrada.

A participação das partes na formação do ato decisório, a necessidade de suficiente fundamentação dessas decisões e o respeito aos deveres de cooperação (a exemplo do dever de consulta, quando o juiz esteja trazendo fundamento ou interpretação não previamente considerada pelas partes) visam garantir que essa atividade discricionária seja feita em

conformidade com o devido processo legal e com o ideal democrático<sup>485</sup>.

É possível, pois, afirmar que do art. 5º, LIV, da CF/88 se retira um fundamento constitucional para a adoção, no Brasil, do modelo processual cooperativo, extraindo-se o princípio da cooperação a partir do sobreprincípio do devido processo legal. Isso porque não apenas o modelo colaborativo revela-se capaz de realizar o estado ideal de coisas delineado pelo princípio do *due process*, como, também, porque é, dentre os modelos estudados, aquele que melhor pode fazê-lo.

## 5.5 CONTRADITÓRIO E MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO

### 5.5.1 Considerações iniciais

A compreensão do conteúdo jurídico da garantia do contraditório não pode prescindir da premissa de que ela, assim como o Direito de um modo geral, não é estanque, sofrendo variações no decurso do tempo e de acordo com as diferentes conjunturas sociais nas quais é aplicada.

Não por outra razão, é possível divisar uma perspectiva do contraditório típica do pensamento jurídico medieval, quando preponderou o processo dito isonômico (*iudicium*).

---

<sup>485</sup> Para Gisele Góes, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais não se confundem com a discricionariedade judicial. Segundo sustenta, a discricionariedade trabalha com juízo de oportunidade, enquanto que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados trabalham com juízo de legalidade. Naquela, há uma pluralidade de soluções possíveis; nestes, há somente uma solução possível, extraível pela interpretação do dispositivo à luz do caso concreto e do princípio da proporcionalidade (GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 92). De igual modo, Maria Elizabeth de Castro Lopes afirma que a discricionariedade judicial consistiria em uma “carga de subjetividade que permitiria ao juiz, além das razões de ordem estritamente jurídica, atender também às razões de conveniência ou oportunidade”. Referida autora não admite a existência da discricionariedade judicial, entendendo que a atividade desenvolvida pelo juiz é de interpretação, não envolvendo, pois, juízos de conveniência e oportunidade (LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 95). Há uma tendência em se relacionar a discricionariedade judicial não aos clássicos critérios de conveniência e oportunidade firmados para a discricionariedade no âmbito administrativo, mas, sim, à tarefa criativa do juiz, ou seja, ao papel de complementar o conteúdo da norma. Pode ser apontado como defensor dessa corrente H. L. A. Hart, o qual sustenta que dita discricionariedade teria lugar quando o juiz se deparasse com casos juridicamente não regulados, pontos de relação aos quais simplesmente o direito não apontasse qualquer solução em nenhum dos sentidos possíveis, ou seja, situações em que o direito se apresentasse parcialmente indeterminado ou incompleto. Nestes casos, o exercício do poder discricionário pelo juiz consistiria na criação do direito aplicável ao caso concreto (HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 335).

Este, sendo pautado por uma racionalidade prática e estando voltado à descoberta de uma verdade provável, centrava-se na dialética para a solução do problema concreto. Para tanto, o contraditório era considerado peça fundamental em um processo estruturado segundo a ideia de paridade entre as partes e implicava a construção de um espaço processual dialético, em que a verdade seria extraída a partir de um esforço conjunto das partes<sup>486</sup>.

A Idade Moderna, por sua vez, consagra uma nova feição ao contraditório, no bojo do denominado processo assimétrico (*processus*). À medida que se abandona a racionalidade prática e passa a ser adotada uma racionalidade teórica, acercando-se o direito do ideal de certeza próprio das ciências exatas, o caminho para a descoberta da verdade deixa de residir no diálogo para ser visto como decorrência de uma pesquisa individual, ao melhor modo cartesiano de busca de “ideias claras e distintas”. O silogismo, então, assume o papel de esquema lógico a ser manejado solitariamente pelo julgador para encontrar a solução do litígio. Nesse panorama, o contraditório perde o seu papel de método exclusivo de descoberta da verdade para se transformar em um princípio estático, de cunho lógico-formal. O contraditório, em suma, enfraquece, se comparado à força que lhe era atribuída no direito medieval<sup>487</sup>.

O resgate do contraditório, que se verificou a partir, especialmente, da segunda metade do Século XX, acompanha a progressiva redução da rigidez procedimental, conferindo-se às partes, novamente, a possibilidade de atuar de modo mais efetivo no processo, uma vez que o contraditório passa a ser tido não apenas como bilateralidade de audiência das partes, mas, também, como direito de influenciar efetivamente o juízo, ganhando, novamente, uma significação “forte”<sup>488</sup>. Essa perspectiva do contraditório como direito de influência confere à garantia em exame um conteúdo peculiar, aproximando-se da visão de contraditório própria do processo isonômico (valorização do pensamento problemático e da dialética<sup>489</sup>, ampliação

---

<sup>486</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 79-83.

<sup>487</sup> *Ibidem*, p. 84-90.

<sup>488</sup> *Ibidem*, p. 90-92.

<sup>489</sup> “O processo é depositário de um incomparável legado, porque a dialética, como originariamente concebida – arte do diálogo regrado –, só persiste, hoje, no direito processual positivo. Dito mais precisamente: o processo (seja civil, penal, trabalhista, administrativo, tributário etc.) é a única província normativa do Direito que abriga a dialética como uma *conditio sine qua non* para a aplicação de suas normas. E essa exigência já se instaura no nível constitucional (CF de 1988, art. 5º, LV). Sem partes litigiosas (autor, réu), e parte imparcial (o juiz) nenhum processo. O antagonismo de posições das partes não é obstáculo à dialética, antes a viabiliza. A dialética não é a morada do consenso, mas do diálogo regrado. O entrelaço de opiniões é, também ele, diálogo” (BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial*: uma visão dialética. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 74).

da participação das partes na busca da verdade e na solução do conflito posto à apreciação do julgador) sem, no entanto, com ela se confundir.

A atual visão do contraditório, ínsita ao chamado processo cooperativo, tem como premissa a distinção entre indivíduo, sociedade e Estado, o que não era assente no processo medieval. Assim, faz-se mister inserir no bojo do debate judicial também o juiz, alçado à condição de sujeito do contraditório, sendo posto em posição de paridade com as partes no desenrolar do diálogo processual. O processo cooperativo resgata a noção forte e dinâmica de contraditório que preponderou no processo isonômico medieval, ao mesmo tempo em que representa uma versão, como não poderia deixar de ser, evoluída e transformada daquela concepção da garantia.

Feitas essas iniciais considerações, torna-se possível a análise do conteúdo da garantia do contraditório no âmbito do processo civil brasileiro, estudo que viabilizará a demonstração de que esse princípio confere suporte, no país, à adoção de um modelo cooperativo de processo.

### **5.5.2 Conteúdo da cláusula geral do contraditório**

No Brasil, o princípio do contraditório é presença constante em todas as Constituições, muito embora a sua previsão estivesse restrita, até a CF/1969, à esfera criminal, ora como consagração do direito de ser informado (a exemplo do que sucedeu na Constituição imperial de 1824, art. 179, VIII<sup>490</sup>), ora como reconhecimento do direito de ampla defesa, manifestação do contraditório (de que é exemplo o art. 72, §16, da CF/1891<sup>491-492</sup>).

---

<sup>490</sup> “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Vilas, ou outras Povoações próximas aos lugares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta à extensão do território, o Juiz por uma Nota, por ele assinada, fará constar ao Réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as”.

<sup>491</sup> “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §16. Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas”.

<sup>492</sup> Esse posicionamento é o externado por Nelson Nery Junior (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 203-204). Adotando entendimento diverso, no sentido de que o princípio do contraditório não foi consagrado nas Constituições de 1824, 1891 e 1934, somente sendo previsto, pela primeira vez, em sede constitucional, no art.

Na Carta Magna de 1988, o princípio constitucional do contraditório encontra-se previsto expressamente no art. 5º, LV, da CF/88, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos e meios a ela inerentes”. Trata-se de dispositivo inédito na história constitucional pátria, já que, pela primeira vez, o texto normativo contemplou a aplicabilidade desse princípio às esferas dos processos civil e administrativo.

De se notar que o art. 5º, LV, da CF/88 é uma cláusula geral da qual se extrai o princípio do contraditório e da qual podem, além disso, ser retirados subprincípios e regras processuais que objetivem concretizar aquele princípio. O conteúdo normativo desse texto é, portanto, variável no tempo, dinâmico, permitindo-se uma constante releitura do dispositivo de modo a adaptá-lo às cambiantes necessidades sociais e aos valores que subjazem no seio social. Observe-se que o princípio do contraditório deve, no âmbito da República Federativa do Brasil, ganhar feição compatível com a sua estrutura política fundamental, determinativa da interpretação de todo o conteúdo da Constituição: a estrutura da democracia participativa<sup>493</sup>. Daí que se possa vislumbrar o contraditório como verdadeiro “meio assecuratório do princípio político da participação democrática” no processo<sup>494</sup>.

Por essa razão, o fato de inexistir consagração expressa do princípio da colaboração no direito processual civil brasileiro, até o presente momento, não se configura como óbice ao reconhecimento de que esse princípio deve reger e conformar o modelo processual civil pátrio. Já se tendo firmado a ideia de que o modelo cooperativo é o que mais bem realiza o estado de coisas propugnado pelo princípio democrático, ver-se-á que essa conclusão é reafirmada quando se põe em evidência o conteúdo da garantia do contraditório à luz dessa visão democrático-participativa adotada pela Constituição de 1988.

---

122, §11, da CF/1937: CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, São Paulo, n. 126, ago./2005, p. 59.

<sup>493</sup> “O aspecto político do contraditório pode ser extraído do modelo constitucional democrático adotado. O poder do Estado é tripartido em funções, autorizando a participação popular. Não obstante essa participação seja mais perceptível no plano dos poderes legislativo e executivo, dada a peculiaridade do voto e da possibilidade de ação popular para evitar danos aos interesses metaindividuais causados pelos representantes administrativos, ela também ocorre no poder jurisdicional, em que as partes participam do processo, por meio do contraditório, legitimando o provimento estatal que nele se forma”. (GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. O contraditório, as partes e o juiz. *Revista de processo*. São Paulo: RT, ano 32, n. 148, jun./ 2007, p. 287).

<sup>494</sup> GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 24, mar./2005, p. 73.

Eduardo Cambi realça, de modo pertinente, a relação umbilical entre contraditório e democracia<sup>495</sup>:

Portanto, uma vez que o contraditório possa significar a real oportunidade de *participação* das partes na formação da decisão judicial, essa garantia processual vem a ser um modo de concretização da democracia, servindo como um instrumento de legitimação do exercício do poder jurisdicional<sup>496</sup>.

É certo que o princípio do contraditório, visto por essa perspectiva, não pode assumir a pálida acepção de princípio estático, de cunho lógico-formal, talhada pelo modelo assimétrico moderno. Nesse sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, analisando a substância desse princípio no direito brasileiro atual, de matiz constitucional e fundado na prevalência dos direitos fundamentais, enfatiza que o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na mera bilateralidade da audiência e ciência dos atos processuais, senão que está vinculado à efetiva participação das partes no procedimento e na formação do ato jurisdicional decisório. Esse escopo mais amplo somente é atingido, por sua vez, com a ciência e possibilidade de manifestação em tempo hábil acerca dos argumentos trazidos pela parte adversa e dos fundamentos esposados pelo juiz em suas decisões, com a oportunidade de participação na instrução probatória (indicação e produção da prova), ainda quando se trate de prova determinada de ofício pelo juiz e com a possibilidade de participação na formação do juízo de direito (proibição do julgamento surpresa, mesmo em se cuidando de matéria passível de cognição de ofício pelo juiz)<sup>497-498</sup>.

---

<sup>495</sup> Também Fredie Didier Júnior faz essa relação ao asseverar que “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v.1, p. 52.

<sup>496</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 135.

<sup>497</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 144.

<sup>498</sup> “Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: (a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; (b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; (c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; (d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório; e (e) direito a uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesas adequadas e tempestivamente propostas pelas partes (fundamentação racional das decisões)” (THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia



Já José Roberto dos Santos Bedaque apresenta o princípio do contraditório da seguinte forma:

Trata-se de postulado destinado a proporcionar ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do provimento final. Sua observância constitui fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir em seu resultado<sup>499</sup>.

É dizer: a garantia do contraditório não mais pode ser vista como o simples direito da parte de ser ouvida, tampouco limitando-se à fase postulatória da demanda. Ao revés, essa garantia entremeia toda a atividade jurisdicional<sup>500</sup>, consistindo em modo de ser mesmo do processo, o qual não pode ser pensado à margem do princípio do contraditório, que o integra e conforma. Assim, o contraditório faz-se presente tanto na contraposição de uma parte aos argumentos da outra (ou aos do juiz), como em outros momentos processuais, a exemplo da produção da prova, que se deve desenvolver com a plena participação dos contendores, tanto na fase de indicação das provas a serem produzidas quanto nos momentos precedentes, concomitantes e posteriores à realização da atividade probatória.

Aliás, há uma relação intrínseca e indissociável entre o princípio do contraditório e o direito à prova, haja vista que, representando aquele princípio o direito da parte de participar do processo e de influir no resultado do julgamento a ser ao final empreendido, por certo que a atividade probatória, destinada à comprovação do material fático que embasará a futura sentença, é fundamental ao desate da controvérsia. Ou seja: alijar qualquer das partes da instrução ou restringir o seu direito de nela participar constitui flagrante violação ao princípio constitucional do contraditório<sup>501</sup>.

José Carlos Barbosa Moreira, ao tratar da exigência de que a atividade instrutória observe o princípio do contraditório, aponta duplo fundamento para tal determinação: o primeiro, que visa evitar a utilização de expedientes que afetem a dignidade da disputa

---

de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 168, fev/2009, p.126).

<sup>499</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 20.

<sup>500</sup> E, em um sentido mais amplo, que aqui não será focado, toda a atividade processual, isto é, os processos legislativo, administrativo, jurisdicional e negocial.

<sup>501</sup> Tanto assim que Eduardo Cambi afirma que “o direito à prova [...] constitui um aspecto fundamental do contraditório” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 136).

processual, impondo surpresas desleais às partes (uso de “armas secretas”) e o segundo, consistente no escopo maior da atividade cognitiva judicial, que é a busca da verdade real ou do que mais dela se aproxime<sup>502</sup>.

A concretização da garantia do contraditório na atividade instrutória inicia-se já com o direito, concedido a ambas as partes, de formular pedido de produção de provas, ao que se segue a impossibilidade de o juiz se utilizar de critérios díspares, discriminatórios, para o deferimento ou não das provas requeridas. Ademais, ambas as partes deverão poder participar da produção da prova e se manifestar sobre seus resultados, ainda quando a iniciativa probatória origine-se do órgão julgador ou do Ministério Público (em sua atuação como *custos legis*)<sup>503</sup>.

A participação das partes na instrução probatória, todavia, não poderá ser apenas formalmente assegurada. Ao revés, a concretização do princípio do contraditório exige, inclusive, que o juiz, atento ao dever de auxílio inerente ao princípio da cooperação, remova obstáculos que impeçam a real e isonômica participação de uma das partes na atividade instrutória. Pode-se valer, para tanto, por exemplo, da técnica da inversão do ônus da prova, ainda que tal medida não se encontre expressamente prevista em lei – como é o caso do art. 6º, VIII, do CDC. Neste caso, deve previamente anunciar a adoção dessa providência, em respeito aos princípios do contraditório, da boa-fé e do dever de consulta também ínsito ao princípio da cooperação, evitando, com isso, surpreender a parte a quem a inversão prejudica<sup>504</sup>.

É importante destacar, por outro lado, que determinadas condutas judiciais em matéria probatória podem ocasionar inequívoca afronta ao princípio do contraditório, de que são exemplos: a) a promoção do julgamento antecipado da lide baseado na insuficiência de

---

<sup>502</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, jul./set. 1984, p. 231-232.

<sup>503</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, jul./set. 1984, p. 232-233. Destacando o conteúdo da conformação dada ao direito à prova pelo princípio do contraditório, Eduardo Cambi acentua que: “A garantia constitucional do contraditório dá conformidade ao direito à prova, assegurando: i) a *admissão e produção* dos meios de prova, típicos ou atípicos, desde que moralmente legítimos, pertinentes e relevantes; ii) a proibição das limitações probatórias que imponham *obstáculos* que tornem *praticamente impossível* ou restrinjam de modo *não razoável* a prova dos fatos controvertidos; iii) o direito à *prova contrária*; iv) a tutela contra o *perigo de surpresas*; v) o direito à valoração da prova produzida” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 137).

<sup>504</sup> Também aqui Eduardo Cambi traduz lição cuja pertinência impõe a sua transcrição: “Ademais, tratar a regra de inversão do ônus da prova como uma regra de julgamento implica a construção de um critério discriminatório e parcial, contrariando o princípio da *colaboração processual* entre o juiz e as partes e a noção democrática de legitimação da decisão judicial através da *participação*, especialmente pela impossibilidade do efetivo exercício do direito à prova contrária” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 147).

provas, quando não se concedeu prévia oportunidade à sua realização; b) o deferimento de produção de prova e a posterior prolatação de sentença, sem realizá-la e sem justificar o seu afastamento; c) a utilização, pelo juiz, como fundamento decisório, de uma prova juntada por uma das partes ao processo e sobre a qual a outra parte não teve oportunidade de se manifestar<sup>505</sup>.

Não se pode negar, pois, a relação indissociável entre direito à prova e princípio do contraditório, já que somente com a comprovação de suas alegações tem a parte condições de verdadeiramente influenciar no resultado do julgamento a ser realizado pelo órgão jurisdicional.

De se notar que não apenas o conteúdo do princípio do contraditório vem sofrendo ampliação, como também, a sua esfera de incidência. Por sua interação com o Estado Democrático de Direito, tem sido defendida uma progressiva ampliação do âmbito de compreensão do contraditório, com a finalidade de estendê-lo a institutos vistos tradicionalmente como meros procedimentos administrativos, a exemplo do inquérito civil<sup>506</sup> e da jurisdição voluntária<sup>507</sup>.

Em suma, o que o contraditório significa, atualmente, é não apenas o direito conferido às partes de serem informadas sobre os acontecimentos processuais, mas, também, os direitos de participação e de reação no processo e, ainda, de influência no resultado da atividade jurisdicional. E mais: o contraditório é norma que se volta não apenas às partes, mas, também, ao juiz, que passa a ser visto como sujeito do contraditório, conforme será oportunamente examinado.

Antônio do Passo Cabral salienta a imprescindibilidade do princípio do contraditório para o direito processual, encarando-o como decorrência do princípio da dignidade da pessoa

---

<sup>505</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p.140-141.

<sup>506</sup> Afirram Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, sobre o inquérito civil, que “como se trata de um procedimento administrativo, pré-processual e extrajudicial, não há obrigatoriedade do contraditório. Contudo, revela-se de bom alvitre, quando adequada, a participação dos eventuais destinatários da futura ação na produção das provas e nas investigações, possibilitando inclusive a aplicação futura da regra do art. 427 do CPC (dispensa da prova pericial frente aos elementos já trazidos aos autos pelas partes)”. (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 4, p. 227). Mais adiante, sustentam os autores que o contraditório nesse procedimento administrativo não assume sua forma plena, cingindo-se ao direito à informação e de participação em determinados atos. (*Ibidem*, p. 232).

<sup>507</sup> Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p.117. Também o processo de jurisdição voluntária deve estar embebido do princípio do contraditório, seja por sua natureza eminentemente jurisdicional, seja, ainda, pela circunstância de que pode, sim, existir lide naquele tipo de processo, seja, por fim, em razão de se estar a tratar de um novo paradigma processual, o do Estado Constitucional, em que, havendo a possibilidade de atingimento da esfera jurídica de particulares, não se pode afastar o contraditório nem mesmo se se imaginar tratar-se a jurisdição voluntária de procedimento (leia-se: processo) administrativo.

humana (por obstar a transformação do sujeito processual em mero objeto do processo)<sup>508</sup>.

O autor em comentário contrapõe à visão tradicional haurida daquele princípio (isto é, aquela que o enxerga como sendo um direito à informação da parte acerca dos atos processuais e de sua expressão no processo, de modo a poder influir em seu resultado) a ideia de que, sendo ele um direito fundamental, não teria apenas uma face subjetiva (que se aproximaria da conceituação de direito subjetivo), mas, ainda, uma face objetiva. Sob o ponto de vista objetivo, o princípio do contraditório externaria valores nucleares do sistema jurídico-normativo, os quais deveriam ser por todos observados. Dentre eles, destaca o dever de cooperação, ou, mais especificamente, de condução do processo sob a égide de uma atuação colaborativa *ética* das partes e de seus advogados (não trata o autor da ética judicial), devendo o magistrado privilegiar a dialética, o debate em juízo<sup>509</sup>.

Por certo que, não existindo princípio absoluto, também o contraditório sofre alguns temperamentos. É o que se observa, por exemplo, quando, após realizada a necessária ponderação entre direitos fundamentais contrapostos, como a efetividade da prestação jurisdicional e o contraditório, este cede lugar àquela, o que acontece na concessão de medidas liminares em geral. Cumpre destacar, no entanto, que, mesmo nesse caso, o princípio do contraditório não pode ser anulado, devendo ser preservado seu núcleo essencial, pelo que se diz que não há completo desprezo ao contraditório, mas somente o seu diferimento no tempo. Aliás, justamente para evitar a nulificação do princípio do contraditório é que o Código de Processo Civil veda a concessão de tutela antecipada quando houver risco de irreversibilidade da medida a ser deferida (art. 273, §2º).

Nem sempre, todavia, o princípio do contraditório estará em rota de conflito com os princípios da razoável duração do processo e da efetividade da prestação jurisdicional. Como registram Humberto Theodoro Junior e Dierle José Coelho Nunes, um processo sem contraditório adequado enseja, até mesmo pela ausência de debate claro quanto aos pontos controvertidos, uma proliferação de recursos (inclusive de embargos de declaração), na contramão do movimento que pugna pela concretização dos referidos princípios<sup>510</sup>.

O que importa sobrelevar, no presente momento, é que a visão de contraditório consentânea com o Estado Constitucional não mais pode ser aquela de simples abertura de

---

<sup>508</sup> CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, São Paulo, n. 126, ago./2005, p. 59.

<sup>509</sup> *Ibidem*, p. 60-67.

<sup>510</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 168, fev./2009, p. 116-117.

possibilidade de contraposição de interesses em juízo, associada a uma postura passiva do órgão julgador. Trata-se de um novo paradigma, de uma nova mentalidade processual: o contraditório é, pois, a mola mestra do processo, o caminho por meio do qual as partes poderão influir verdadeiramente no resultado da contenda<sup>511</sup> e o juiz poderá, por sua vez, buscar de fato a solução justa do conflito que lhe foi posto à apreciação, uma vez que os poderes que lhe serão conferidos possibilitarão uma busca mais efetiva da verdade real subjacente aos fatos discutidos judicialmente.

### **5.5.3 O juiz como sujeito do contraditório**

A visão contemporânea de processo não mais se compadece com a perspectiva de um juiz passivo, inexpressivo, mero regulador da contenda judicial, atuando quase que como um árbitro. Hoje, exige-se do magistrado uma postura ativa na condução do processo. Cresce, juntamente com o aumento de seus poderes processuais, os deveres a si impostos com vistas à condução participativa do processo, possibilitando às partes que a ele se integrem democraticamente. Ao mesmo tempo, o próprio magistrado deve contribuir para a formação do material que sustentará, ao final, a sua decisão.

Se o processo não é mero instrumento que atende aos interesses privados das partes, mas é, antes de tudo, foco de interesse social; se, ademais, o processo agora é visto sob o ângulo de concretização de direitos fundamentais, de valores basilares do ordenamento jurídico pátrio, por certo que o juiz desempenha papel essencial na busca do atingimento dessa finalidade, que interessa, sim, às partes, mas também à sociedade e ao Estado.

O juiz passa, pois, a ser visto como um sujeito do contraditório, não apenas pelo aumento dos seus poderes instrutórios, possibilitando-se, por exemplo, a determinação, de ofício, de prova considerada relevante pelo magistrado, mas, em maior medida, por se exigir dele uma postura mais atuante e mais propensa a permitir a participação dos contendores. Nesse sentido, a participação do juiz no contraditório vem em grande parte conduzida pelo

---

<sup>511</sup> Daniel Mitidiero salienta que do direito fundamental ao contraditório se extrai não apenas uma garantia (bilateralidade de instância), mas, ainda, um direito de influência “na conformação da decisão judicial”. Daí que esse direito, a que ele intitula de “dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório”, assiste não apenas ao demandado, como, também, ao demandante de um processo. (MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. *Revista de processo*, São Paulo, ano 32, n. 144, fev./2007, p. 108-109).

chamado princípio da cooperação, que representa, pois, uma concretização do referido princípio constitucional.

Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que a inclusão do juiz como sujeito do contraditório é “uma perspectiva com certo sabor de novidade”, tendo em vista que, do ponto de vista tradicional, o contraditório seria instituto afeto exclusivamente às partes<sup>512</sup>. Defende a autora, ademais, que essa inserção está associada à visão do processo como “método para o correto exercício do poder”<sup>513</sup>. Para ela, a participação do juiz no contraditório consistiria na “necessidade de que o efetivo diálogo havido entre as partes se reflita na motivação da decisão”, ou seja, de que o juiz aprecie, na fundamentação de sua decisão, os argumentos e provas trazidos pelas partes ao processo<sup>514-515</sup>. Destaque-se, no entanto, que nesse aspecto não se esgota o papel do juiz como sujeito do contraditório, já que ele próprio deve submeter à dialética judicial as suas posições, ainda que sobre matéria de ordem pública, quando não tenham sido objeto de prévio debate<sup>516-517</sup>.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque,

Visão moderna e adequada de contraditório, portanto, considera essencial para sua efetividade a participação ativa também do órgão jurisdicional. Tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que sua função atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição. Os valores determinantes do modo de ser do juiz na condução da relação processual não

---

<sup>512</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 168, fev./ 2009, p. 54-55.

<sup>513</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre princípio do contraditório como um dos fundamentos do processo civil contemporâneo. In: CARVALHO, Milton Paulo de. *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 73.

<sup>514</sup> *Ibidem*, p. 78-79.

<sup>515</sup> Ives Braghittoni, no mesmo sentido, afirma que a motivação da sentença deve refletir o exame, pelo juiz, das provas e alegações trazidas ao processo pelas partes. Trata-se, aqui, não de exercício do contraditório, mas, sim, da “demonstração de sua efetividade dentro do processo”. Segundo o autor, “de nada adiantaria, porém, que se permitisse (e se estimulasse até) a ampla participação das partes, durante esse decorrer processual, que se desse a oportunidade de falar e de produzir provas, de argumentar e de contra-argumentar, se ao final todas essas manifestações fossem simplesmente desconsideradas quando da prolação jurisdicional”. A motivação do julgado seria, assim, um real “termômetro do grau de respeito que se teve a esse princípio [do contraditório] num determinado processo” (BRAGHITTONI, R. Ives. *O princípio do contraditório no processo: doutrina e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002).

<sup>516</sup> “Desse modo, o *contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa* que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. Tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, v. 33, nov./dez.2009, p. 17).

<sup>517</sup> Nesse sentido, aliás, a própria Teresa Wambier se posiciona. Ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 168, fev./ 2009, p. 56.

são os mesmos vigentes no início do século. A crescente complexidade das situações regidas pelo direito substancial, a enorme disparidade econômica entre os sujeitos do direito, a integração cada vez maior de culturas jurídicas diferentes, determinada pelo que se convencionou chamar de globalização, tudo isso exige maior preocupação do representante estatal com o resultado do processo. Vem daí a idéia do juiz participativo<sup>518</sup>.

Não se pode negar, pois, atualmente, ser o juiz um sujeito do contraditório. Essa afirmação tem como consequências não apenas um maior ativismo judicial na fase instrutória, com o já proclamado aumento dos poderes instrutórios do juiz. Também se reflete na assunção, pelo magistrado, de poderes-deveres tais como: a) o de buscar esclarecimento às partes sobre questões de fato e de direito concernentes às suas postulações em juízo, b) o de consultar as partes quando for utilizar em sua decisão fundamento fático ou jurídico por elas não previamente debatido; c) o de auxiliar as partes na superação de obstáculos reais (e não criados pela parte a ser ajudada) ao exercício de direitos e faculdades ou ao cumprimento de deveres e ônus processuais; d) o de advertir as partes sobre condutas processuais violadoras da boa-fé objetiva ou sobre eventual deficiência em suas postulações que possa comprometer o resultado da demanda etc.

Falar, pois, em juiz como participante ativo do contraditório é mais do que afirmar sua aptidão para determinar a produção de provas de ofício. É reconhecer seu maior compromisso na condução do processo e na busca da justa solução para o litígio. Ou seja, é falar em juiz que faz valer e que se submete aos ditames do princípio da cooperação. Os poderes-deveres inerentes ao princípio da cooperação reforçam, por conseguinte, o papel do juiz como sujeito do contraditório, criando uma atmosfera processual idônea à concretização do estado de coisas objetivado pelo princípio do contraditório à luz do princípio democrático.

O modelo processual adversarial não se harmoniza com a visão contemporânea de contraditório, porque se assenta em uma igualdade formal que não é capaz de ensejar a superação das reais disparidades havidas entre as partes, o que tolhe, em grande medida, a possibilidade de a parte econômica ou tecnicamente débil participar efetivamente da formação do ato jurisdicional decisório. Esse quadro é agravado pela postura passiva adotada pelo juiz,

---

<sup>518</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 21. Complementa o autor, em seguida, ainda na mesma página: “Não há qualquer incompatibilidade entre o contraditório e a participação mais ativa do juiz na relação processual. Muito ao contrário. Conceito moderno desse princípio processual, que se pretende efetivo e equilibrado, não prescinde da intensa atuação daquele a quem foi conferida a função de conduzir o processo, assegurando aos sujeitos parciais real igualdade de tratamento e de oportunidades”.

a quem é vedada a adoção de qualquer conduta assistencialista tendente a reduzir essa desigualdade, atitude que seria interpretada como uma inaceitável quebra de sua imparcialidade.

Tampouco poderá o princípio do contraditório ver-se concretizado, na sua presente formatação, no contexto de um processo civil de modelo inquisitivo, apesar de tal modelo conduzir o juiz a uma postura de maior atividade processual, inclusive sendo-lhe lícito atuar de modo a reduzir as desigualdades reais existentes entre as partes. Esse modelo não consagra um nível de participação dos sujeitos parciais do processo capaz de lhes garantir efetiva influência no ato jurisdicional decisório. Às partes se reserva uma posição subsidiária, reduzidas, algumas vezes, à condição de meras informantes, enquanto que a verticalização da figura do juiz, que assume uma postura assimétrica mesmo na condução do feito, mantém alijado do processo o verdadeiro diálogo, aquele capaz de garantir que a solução do caso concreto seja fruto de um trabalho conjunto<sup>519-520</sup>.

É o modelo processual cooperativo, assim, aquele que melhor traduz as exigências próprias da atual concepção do princípio do contraditório. Em primeiro lugar, porque garante às partes a possibilidade de influenciarem, efetivamente, na formação do ato jurisdicional decisório, sendo-lhe conferidos, inclusive, mecanismos para garantia de uma igualdade material no processo. Em segundo, o contraditório pleno não pode prescindir da participação do órgão judicial, escopo que no modelo cooperativo se atinge pela inserção do juiz como sujeito do contraditório, sobretudo com a imposição, a ele, de deveres diversos, cujo cumprimento implica, forçosamente, a garantia dessa participação.

Mas não é só. O modelo processual cooperativo, porque arrimado na democracia participativa, garante a atuação das partes em questões que antes passavam ao largo do contraditório: as questões de direito, outrora afetas quase que com exclusividade ao órgão

---

<sup>519</sup> Se a redução do contraditório a um princípio lógico-formal e estático é fruto da concepção jurídica moderna, por certo que esse fenômeno é ainda mais evidente na passagem da fase do processo liberal para o processo social. Neste momento histórico, tamanha era a importância conferida ao papel ativo do juiz no processo que se chegou a imaginar possível a obtenção de uma decisão justa mesmo sem contraditório. Nesse sentido informam: THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 168, fev./2009, p. 112-114.

<sup>520</sup> “Falar em processo democrático é falar em processo equilibrado e dialógico. Um processo em que as partes possam controlar-se, os sujeitos processuais tenham poderes e formas de controle previamente estabelecidos. Não adianta atribuir poder, se a gente não puder controlar esse poder. Não adianta. Isso é balela, isso é demagogia processual, dizer que os problemas do processo vão ser resolvidos com atribuição de poderes ao juiz, sem que nós tenhamos, ao lado disso, instrumentos de controle desses poderes. Então, em síntese: a) diálogo e equilíbrio, palavras-chave para a visão do processo moderno e democrático; b) distinção entre poder agir de ofício e poder agir sem ouvir as partes” (DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Gênese*: revista de direito processual civil, Curitiba, ano VIII, n. 29, jul./set. 2003, p. 509).



jugador, mormente quando passíveis de cognição de ofício. Não tolera o processo cooperativo a chamada decisão-surpresa ou decisão de terceira via (*decisione della terza via*), seja quanto a matéria de fato ou de direito, compelindo o juiz a submeter também seus pronunciamentos ao prévio debate, em autêntico exercício democrático de poder<sup>521-522</sup>. Uma decisão de terceira via é uma decisão viciada, defeituosa, passível de ver decretada a sua invalidade acaso demonstrado o prejuízo à parte pelo cerceamento do seu direito de participação democrática no processo, à luz da regulamentação própria do sistema de nulidades brasileiro.

Os deveres de prevenção e auxílio são manifestações do contraditório, na medida em que tornam efetivo o seu conteúdo fundamental, que não é apenas o de ser a parte informada dos atos do processo, mas o de reação, com a possibilidade de real influência no conteúdo decisório judicial. Essa possibilidade de influência ficaria sobremodo comprometida se a parte, por deficiências em suas alegações e/ou pedidos ou por não poder, justificadamente, suplantar obstáculos ao exercício de seus direitos ou faculdades ou ao cumprimento de ônus ou deveres processuais, ficasse, assim, alijada da dialética processual.

O mesmo se diga do dever de esclarecimento, que pressupõe a imperiosidade de o julgador levar em consideração as manifestações e provas apresentadas pelas partes no processo (havendo, pois, de buscar, junto a elas, quando necessário, as elucidações à adequada compreensão de seus posicionamentos). Ou do dever de consulta, que aproxima ainda mais o juiz do debate judicial, vedando-lhe a via da decisão-surpresa.

É pela concretização do princípio do contraditório sob o viés de um processo civil cooperativo que “o Estado Constitucional revela [...] a sua face democrática, fundando o seu direito processual civil no valor participação, traduzido normativamente no contraditório. O

---

<sup>521</sup> “Enfim, o ‘processo justo’, nas dimensões constitucionais do Estado Democrático de Direito deve ser construído e concluído como obra do esforço e participação das partes e do juiz. Ele não dá margem ao autoritarismo judicial, de sorte que, até mesmo quando a questão é daquelas que o juiz pode enfrentar de ofício, não deverá decidi-la sem antes ensejar a discussão com as partes, e assim permitir-lhes influir, lógica e juridicamente, com seus argumentos, na formação do julgado. O ‘processo justo’, como adverte Comoglio, não convive com a possibilidade de julgamentos ‘de surpresa’, qualquer que seja o seu conteúdo”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico. Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, v. 33, nov./dez. 2009, p. 18)

<sup>522</sup> “Cumpra assinalar, finalmente, que a problemática ora abordada não está ligada apenas ao interesse das partes, mas encontra íntima conexão com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça. O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder oficial do órgão judicial e a aplicação da regra *iuria novit curia* venham a se transformar em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do Direito” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O juiz e o princípio do contraditório. Revista de processo*, São Paulo, ano 19, n. 73, jan./mar. 1994, p. 12).

valor participação, a propósito, constitui a base constitucional para a colaboração no processo”<sup>523</sup>. A confluência entre as ideias de contraditório, democracia, participação e princípio da cooperação permitem, assim, que se extraia do art. 5º, LV, da CF/88 mais um fundamento constitucional para a adoção, no Brasil, do modelo processual cooperativo.

## 5.6 BOA-FÉ OBJETIVA E MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO

### 5.6.1 Boa-fé como fundamento constitucional do princípio da cooperação?

Pode parecer estranha, em um capítulo que objetiva perquirir acerca das bases *constitucionais* do modelo processual cooperativo no direito brasileiro, a inserção do princípio da boa-fé processual no rol desses fundamentos. Afinal, esse princípio sequer contém previsão expressa na Constituição, estando consignado explicitamente no art. 14, II, do Código de Processo Civil, em sede infraconstitucional, pois<sup>524</sup>.

Na verdade, o exame da relação entre o princípio da boa-fé e o princípio da cooperação não pode prescindir do esclarecimento dessa premissa: o princípio da boa-fé encontra acolhida em sede constitucional?

Faz-se mister, inicialmente, elucidar que os princípios constitucionais processuais não são apenas aqueles expressamente disciplinados pela Carta Magna, podendo-se desta extrair, ainda, princípios outros, de natureza implícita. É o que sucede com a boa-fé.

A doutrina diverge quanto a qual seria o fundamento constitucional do princípio da boa-fé no direito brasileiro. Há quem, como Brunela Vieira de Vincenzi, extraia esse princípio a partir da previsão da solidariedade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da CF/88)<sup>525</sup>. A mesma autora reconhece, ainda, a garantia do contraditório

---

<sup>523</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 76.

<sup>524</sup> Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v.1, p.60; VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 98; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 95-96.

<sup>525</sup> “A boa-fé objetiva também está na Constituição Federal. Sem rebuscos, quando o constituinte estabeleceu que são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (art. 1º, IV) e que constitui objetivo fundamental da República, entre outros, *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), está elevando a um grau máximo o dever de cooperação e lealdade no trato social, no desenvolvimento da economia por todos os seus meios” (VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 162-163).

como suporte para o princípio da boa-fé processual, já que aquela, “quando aplicada de acordo com a concepção prática pelo juiz, importa em que as partes devem proceder com lealdade, em cooperação e colaboração para a realização dos escopos da jurisdição”<sup>526</sup>. Antônio do Passo Cabral também encontra no contraditório o fundamento do dever de lealdade processual, afirmando, textualmente, que “devemos pensar esse dever, no Brasil, como cláusula geral constitucional, diretamente decorrente do contraditório”<sup>527</sup>.

Nelson Rosenvald, referindo-se, embora, à esfera obrigacional, testifica, em lição de todo aproveitável para o âmbito do direito processual civil, que “a cooperação segundo a boa-fé densifica e especifica o princípio da solidariedade social – tornando-a operativa”. Em outras palavras, pode-se inferir que também o autor defende ser o princípio da solidariedade fundamento constitucional do princípio da boa-fé<sup>528</sup>. Mais adiante, Rosenvald aponta a solidariedade como uma especificação do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>529</sup>, destacando, ainda, que a boa-fé é manifestação do princípio da dignidade humana em seu viés social (ao qual se soma, na composição do princípio, a dignidade em suas perspectivas individual e afetiva), em que a dignidade é filtrada pelo princípio da solidariedade<sup>530</sup>. Em suma, Nelson Rosenvald enxerga uma relação intrínseca entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da boa-fé, sendo o primeiro fundamento dos dois últimos e o segundo também fundamento do terceiro.

Fredie Didier Junior, após realizar um cotejo doutrinário de posicionamentos que indicam como fundamento constitucional do princípio da boa-fé a solidariedade, a igualdade, o contraditório, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal (esta última solução sendo a adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, para quem o devido processo legal pressupõe um processo leal, com respeito à boa-fé), defende que todas as opções seriam dogmaticamente corretas<sup>531</sup>. De fato, examinando-se o conteúdo da Carta Magna de 1988, é possível extrair o fundamento constitucional do princípio da boa-fé de mais de um dispositivo nela encartado. Em verdade, pode-se afirmar ser a boa-fé objetiva um valor que embasa todo

---

<sup>526</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 172. Registre-se que essa observação vale não apenas para as partes, mas, também, para o juiz.

<sup>527</sup> CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, São Paulo, n. 126, ago./2005, p. 76.

<sup>528</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 176.

<sup>529</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>530</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>531</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 86-89. O autor opta pela posição já consagrada pelo STF tendo em vista já ser pacífica a caracterização do devido processo legal como cláusula geral, esta que é utilizada, nos países de *common law*, como fundamento para a exigência de atuação pautada na boa-fé (*idem*, p. 89).

o ordenamento jurídico, inclusive o constitucional<sup>532</sup>, verdadeiro princípio geral de direito.

Importante destacar que o princípio da boa-fé (boa-fé objetiva), base constitucional do princípio da cooperação, é uma norma de conduta, não se confundindo com a boa-fé subjetiva, que de norma não se trata, mas, sim, de fato<sup>533</sup>. A boa-fé objetiva vincula-se aos paradigmas de lealdade, honestidade e probidade, consistindo na adequação da conduta individual a um modelo objetivo de conduta social, estando, pois, relacionada à ideia de confiança. Já a boa-fé subjetiva, atrelada à ideia de vontade, está vinculada à crença ou ao estado de consciência, ao psiquismo do indivíduo, traduzindo-se pela íntima convicção de atuação conforme o direito<sup>534</sup>. De se notar que a boa-fé objetiva, como princípio e cláusula geral, engloba a boa-fé subjetiva, ou seja, exclui, além de outras condutas<sup>535</sup>, aquelas decorrentes de atuação de má-fé.

A boa-fé objetiva é norma incidente sobre todos os ramos do direito, daí não se excluindo o direito processual civil. Desse modo, um modelo processual, para estar em conformidade com esse princípio constitucional implícito, deve ser capaz de construir um processo calcado em bases de lealdade e ética, conduzindo à adoção de posturas compatíveis com esses valores por todos os sujeitos processuais (inclusive o juiz) e, ainda, por todos aqueles que, de qualquer modo, participem da dinâmica processual.

O princípio da boa-fé não se coaduna com a ideia de um juiz passivo, alheio à disputa diante dele travada, na qual contendem partes na maioria das vezes substancialmente

---

<sup>532</sup> Posiciona-se nesse sentido: PETREL, Mariana Petrel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 51. De igual modo, Humberto Theodoro Junior registra que os valores éticos estão presentes “em todo o sistema normativo do direito”, já que “todo o direito contemporâneo foi permeado pelos valores morais, a começar, obviamente, da macroestrutura constitucional”. Dentre esses valores éticos, o autor menciona a justiça, proclamada no preâmbulo da Constituição como um valor social supremo, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz*. *Revista autônoma de processo*, Curitiba, n. 01, out./dez. 2006, p. 328).

<sup>533</sup> Segundo Fredie Didier Junior, “não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais. A ‘boa-fé subjetiva’ é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é *fato*, portanto. A boa-fé objetiva é uma *norma* de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. ‘Distingue-se, pois, entre o princípio da boa fé e o estado ou situação de boa fé’. Não existe *princípio da boa-fé subjetiva*” (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 81).

<sup>534</sup> Nesse sentido: STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2002, p. 38-41; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 411; CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, São Paulo, n. 126, ago./2005, p. 77-78.

<sup>535</sup> As outras condutas excluídas pelo princípio da boa-fé são mencionadas por Fredie Didier Junior, com base na doutrina alemã: a) proibição do *venire contra factum proprium*; b) vedação de abuso de poderes processuais, e; c) perda de poderes processuais pela inércia, quando esta for capaz de gerar na outra parte a confiança legítima de que tais poderes não mais seriam exercidos (*supressio*). (DIDIER JUNIOR, *op. cit.*, p. 84-85).

desiguais, tendendo a decisão final a representar a mera certificação do poder do mais forte sobre o mais fraco. Essa postura, ínsita ao modelo processual adversarial, resvala no imperativo ético extraído da boa-fé objetiva, que deve abarcar também o magistrado. Segundo essa nova visão, ao juiz devem ser atribuídos poderes-deveres que o conduzem a uma atuação pautada na moralidade, na ética e na boa-fé objetiva, impedindo-o de aceitar uma solução jurisdicional fincada apenas na justiça formal.

Por outro lado, o aumento dos poderes do juiz sem a correspondente fixação de limites seguros de sua atuação, mediante o estabelecimento de deveres que lhe sirvam de contraponto, tal como se observa no modelo inquisitivo, também é realidade que se opõe ao estado de coisas propugnado pela boa-fé objetiva processual. O combate ao abuso de poderes processuais, um dos corolários do princípio da boa-fé, fica em grande medida fragilizado no seio de uma estrutura processual em que ao juiz se confere a primazia na condução do processo, enquanto que às partes se reserva um papel apenas secundário.

É, assim, o modelo processual cooperativo aquele que melhor concretiza o princípio da boa-fé, especialmente porque os deveres anexos de cooperação podem ser vislumbrados como resultado da eficácia integrativa (e, portanto, direta) do princípio constitucional em comento.

### **5.6.2 Boa-fé e exercício inadmissível de posições jurídicas processuais**

Mesmo durante o período privatista do direito (aqui denominado aquele vigente principalmente durante a preponderância dos Estados liberais, que preconizavam o dogma da autonomia da vontade, deixando aos particulares, em grande monta, a regulação de suas condutas intersubjetivas no âmbito das relações privadas, uma vez que competia ao Estado, quanto a elas, abster-se de promover interferências), sempre houve uma preocupação, em maior ou menor intensidade, acerca do exercício do direito pelos seus titulares, sobretudo quando tal exercício implicasse indevida restrição à esfera jurídica subjetiva alheia.

A partir dessa preocupação, surge a teoria do abuso de direito, de cunho notadamente subjetivista, que visava impedir que o titular do direito pudesse exercê-lo a seu bel prazer, sem quaisquer limites, ainda que tal exercício pudesse ocasionar prejuízo a terceiro. É importante gizar que essa teoria, além de priorizar a intenção lesiva (dolosa ou culposa) do titular do direito a ser exercido, volvia-se à ideia de “ilicitude de fins”, ocorrendo a prática do ato ilícito, assim, quando verificada a violação de direitos de terceiros, nas esferas contratual

e/ou extracontratual, ensejando, como consequência, o surgimento de uma pretensão ressarcitória por parte do lesado, que buscaria em juízo a indenização pelo dano causado (normalmente ao seu patrimônio).

Com a evolução política que conduziu à transição da filosofia do Estado liberal para a do Estado social, também a matéria atinente ao exercício irregular de direitos sofreu profundas modificações, retomando-se, em parte, conceitos vigorantes na Roma clássica. Altera-se, por conseguinte, a análise do exercício de direitos por seu titular, substituindo-se, pouco a pouco, a subjetivista noção de abuso de direito pela de exercício inadmissível de posição jurídica (ou exercício inadmissível de direitos).

Sobre a distinção entre os institutos do abuso de direito e do exercício inadmissível de posições jurídicas, discorre Judith Martins-Costa:

A principal distinção de ordem prática entre o abuso de direito e o exercício inadmissível de posição jurídica está, pois, em que esse último *prescinde da culpa como elemento de suporte fático* da regra. [...]

Trata-se [o exercício inadmissível de posições jurídicas] de uma ilicitude situada, derivada dos meios (ou do modo) pelos quais é o direito subjetivo exercido, sendo objetiva, porque – em contraponto à ilicitude subjetiva – não perquire a voluntariedade do ato, mas atém-se à desconformidade com a norma legal que determina a verificação, *in concreto*, da concordância, ou não, entre o ato (comportamento) e certos valores ou finalidades tidos como relevantes pelo Ordenamento, tais como a conduta segundo a boa-fé, a adstrição ao fim econômico-social do negócio jurídico ou a obediência aos bons costumes<sup>536</sup>.

Vê-se, por conseguinte, que a teoria do exercício inadmissível de posições jurídicas, buscando igualmente coibir o exercício irregular de direitos, funda-se, todavia, em análise objetiva desse exercício, não lhe sendo relevante a análise de eventual intenção lesiva do titular do direito, mas, tão-somente, a adstrição da conduta exercente de um direito com as prescrições do ordenamento jurídico, as quais modelam, configuram o direito subjetivo<sup>537</sup>. A ilicitude não está, neste caso, no fim a ser alcançado (lesar a outrem, por exemplo), mas, sim, nos meios utilizados para o alcance de um fim, ainda que este seja lícito. O foco de exame dessa teoria volver-se-á, pois, ao momento do exercício do direito e aos meios para tanto

<sup>536</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do “venire contra factum proprium”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 376, 2004, p. 124.

<sup>537</sup> Ainda tomando-se por base as lições de Judith Martins-Costa, “[...] se o direito subjetivo é atribuído *com certas configurações* (que modelam e modulam o dever-ser) não haverá adstrição ao direito (isto é, licitude), mas concreta antijuridicidade (*rectius*: ilicitude) se o direito for *exercido* em manifesta desconformidade com aquelas configurações” (*Ibidem*, p. 124).

empregados. Perquirir-se-á, assim, a “ilicitude de meios”, em lugar da “ilicitude de fins” consagrada na teoria do abuso de direito antes mencionada<sup>538</sup>.

Em decorrência dessa mudança de perspectiva, a tutela a ser buscada judicialmente transmuda-se da pura e simples pretensão indenizatória (tutela ressarcitória) para ensejar, igualmente (e sem prejuízo de também aquela tutela ser perseguida), a dedução de pedidos de concessão de tutelas de remoção do ilícito e de inibição de condutas, ou, de forma mais ampla, tutelas específicas.

A doutrina do exercício inadmissível de posições jurídicas, que se fundamenta em grande medida na teoria da confiança (em lugar da teoria da vontade, a que se atrela o abuso de direito), engloba uma série de tipos que nela se enquadram. Podem ser citados os seguintes: a) a *exceptio doli*; b) a proibição de *venire contra factum proprium*; c) a inalegabilidade de nulidades formais; d) a *supressio* e a *surrectio*, e; e) a fórmula *tu quoque*.

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro conceitua a *exceptio doli* como sendo “o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por ter este incorrido em dolo”<sup>539</sup>. Trata-se, para o referido autor, de exceção de direito material, de cunho, como o próprio nome sugere, defensivo, apta a ensejar a extinção da pretensão, embora a ela diretamente não se dirija, mas, sim, à conduta dolosa praticada pelo autor no momento da celebração do pacto (*exceptio doli praeteriti* ou *specialis*) ou no momento da discussão da causa (*exceptio doli praesentis* ou *generalis*)<sup>540</sup>.

Suas fluidez, grande extensão e escassa compreensão foram apontadas por Menezes Cordeiro como fatores que contribuíram para que essa espécie de exercício inadmissível de posição jurídica fosse, pouco a pouco, sendo desprezada em favor de outros institutos menos extensos e mais ricos em conteúdo para a concretização da boa-fé. Assim, sem olvidar o seu

---

<sup>538</sup> Judith Martins-Costa afirma que o art. 187 do Código Civil não prevê hipótese de abuso de direito, mas, sim, de exercício inadmissível de posição jurídica (MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do “venire contra factum proprium”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 376, 2004, p. 122). Fredie Didier Junior, Leonardo Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira defendem, por seu turno, que o art. 187 do CC/02 “consagra uma *cláusula geral* sobre o abuso do direito”. Para eles, pois, o artigo em comento teria conferido ao abuso de direito uma feição objetiva (DIDIER JUNIOR, Fredie et. al. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 5, p. 57). Ainda que se denomine de abuso de direito também essa versão objetivada do art. 187 do CC/02, a que Judith Martins-Costa intitula de exercício inadmissível de posição jurídica, o fato é que se trata de categoria diferente do clássico e puramente subjetivo abuso de direito.

<sup>539</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 721.

<sup>540</sup> *Ibidem*, p. 720-738.

inescondível relevo histórico, conclui o autor que foi a *exceptio doli generalis*, pouco a pouco, merecendo decrescente atenção da jurisprudência e da doutrina<sup>541</sup>.

Anderson Schreiber, por sua vez, conceitua a *exceptio doli* como sendo o “meio processual genérico de defesa criado pelos romanos para impedir ações fundadas no dolo do autor, e, pouco a pouco, ampliado para abranger qualquer forma de atuação iníqua ou contrária a *bona fides*”<sup>542</sup>. Registra o autor que, por sua forte concepção processualística, o instituto em tela foi, por muito tempo, desprestigiado pelos juristas modernos, que somente retomaram o interesse por ele no momento em que reavivado o instituto da boa-fé objetiva. Acentua, então que “os autores que admitem a sua validade dogmática nos sistemas jurídicos atuais freqüentemente aludem à *exceptio doli* como um meio de defesa contra os resultados repugnantes que possam advir da aplicação do direito estrito”<sup>543</sup>.

Todavia, também realçando, tal como o fizera Menezes Cordeiro, a natureza difusa, fluida da *exceptio doli*, Schreiber reforça a ideia de declínio desse instituto após a fase inaugural de ressurgimento do instituto da boa-fé objetiva, perdendo espaço para outras modalidades de exercício inadmissível de posições jurídicas, a exemplo da proibição do *venire contra factum proprium*, objeto específico de seu estudo<sup>544</sup>.

No que tange à proibição de *venire contra factum proprium*, cuida-se de máxima de conduta que veda comportamentos contraditórios. Todavia, não se trata de proibição, pelo direito, de toda e qualquer conduta contraditória, o que poderia levar ao equivocado entendimento de existir, na ciência jurídica, uma “proibição genérica de contradição”, conclusão de plano rechaçada por Menezes Cordeiro<sup>545</sup>. Segundo o referido autor, “*venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos entre si e diferidos no tempo. O primeiro – *o factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”<sup>546</sup>. Bem se extrai, pois, que sendo ilícita uma das condutas contraditórias, por certo que inaplicável será ao caso o instituto sob análise.

---

<sup>541</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 741.

<sup>542</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 169.

<sup>543</sup> *Ibidem*, p. 170-171.

<sup>544</sup> *Ibidem*, p. 171-174.

<sup>545</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 749.

<sup>546</sup> *Ibidem*, p. 745.



A intenção primordial da proibição do *venire contra factum proprium* reside na vedação genérica à deslealdade, como enfatizado por Judith Martins-Costa<sup>547</sup>. Não é toda contradição comportamental passível de ser disciplinada pelo instituto, mas somente aquela que se revele desleal. Note-se que a noção de deslealdade não é aqui posta em possível acepção subjetiva, ou seja, não visa a que se perscrute a consciência do sujeito atuante de modo a se constatar ter ele incorrido em contradição com o específico escopo de lesar alguém. Ao revés, a deslealdade relaciona-se com a quebra do dever de confiança no trato jurídico e com o desrespeito à boa-fé objetiva, a que visa o *venire* concretizar. Como bem o revela Judith Martins-Costa, “a coibição é à *deslealdade* impregnada no ato contraditório e o *telos* é a proteção da parte que *confiou fundamentadamente* na primeira conduta (*o factum*)”<sup>548</sup>.

Um segundo elemento caracterizador do *venire* é, então, vislumbrado: somente se aplica o instituto quando a segunda conduta, contraditória à primeira, consubstancie-se em deslealdade, rompendo a confiança<sup>549</sup> inculcada na parte contrária em decorrência do *factum proprium*.

A autora em exame cita, ainda, outros pressupostos e requisitos para a invocação do *venire*, a saber: a) identidade de partes, mesmo que por vínculo de sucessão e de representação; b) que a situação contraditória decorra de uma mesma situação jurídica ou entre situações intimamente coligadas; c) que a primeira conduta tenha um significado social minimamente unívoco; d) que o *factum proprium* tenha aptidão para gerar na parte contrária uma confiança fundada; e) que o *factum proprium* seja vinculante; f) o caráter residual do instituto, somente sendo invocado quando inexistente outra solução legal expressa para a regulação da conduta contraditória<sup>550</sup>.

Ao lado do *factum proprium*, da legítima confiança de outrem e do comportamento contraditório violador da confiança, Anderson Schreiber menciona, ainda, um quarto pressuposto de aplicação da proibição do *venire contra factum proprium*, não expressamente

---

<sup>547</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do “*venire contra factum proprium*”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 376, 2004, p. 110.

<sup>548</sup> *Ibidem*, 120.

<sup>549</sup> Confiança esta que é tida aqui como “uma adesão ao sentido objetivamente extraído do *factum proprium*” e não como um “estado psicológico, subjetivo”, como bem o explicita Schreiber. Apesar de essa fundada confiança somente poder ser aferida em cada caso concreto, o autor aponta os seguintes indícios que podem comprová-la (sem prejuízo da possibilidade de ser ela presumida pelo juiz, à luz das provas constantes em um dado processo): “(i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*; (ii) a divulgação pública das expectativas depositadas, (iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial, (iv) o grau elevado de sua repercussão exterior, (v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 134-136).

<sup>550</sup> MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 121.

destacado por Judith Martins-Costa, qual seja, o dano, consumado ou potencial, resultante da contradição<sup>551</sup>.

Por sua própria configuração, não é possível determinar-se, aprioristicamente, que condutas enquadrar-se-iam na vedação imposta pelo *venire*. O enquadramento das hipóteses fáticas do instituto somente é possível diante de cada caso concreto.

No âmbito processual, a proibição do *venire contra factum proprium* está consagrada na figura da preclusão lógica, conceituada por Fredie Didier Junior como consistindo “na perda de faculdade/poder processual por se ter praticado ato incompatível com o seu exercício”. Sendo mais específico, o autor cita como exemplos de configuração do *venire* no processo: a) a impugnação à decisão após a parte tê-la (sem reserva) aceitado expressa ou tacitamente; b) pretensão à realização de prova sobre fato confessado. Registra, ademais, hipóteses em que a preclusão lógica alcança o magistrado: a) impossibilidade de o juiz não condenar a parte por litigância de má-fé após ter concedido tutela antecipada com base no abuso do direito de defesa; b) descabimento de declaração da improcedência da demanda por falta de prova quando o juiz, sem dar a oportunidade de sua produção, julga antecipadamente a lide<sup>552</sup>.

A inalegabilidade de nulidades formais, a seu turno, em muito se assemelha e se relaciona com a antes mencionada proibição de *venire contra factum proprium*. Ela “não busca atacar a nulidade em si, fazendo do ato nulo um ato válido, mas tem por escopo frustrar os efeitos jurídicos pretendidos a partir do reconhecimento da nulidade que representariam uma afronta à confiança legitimamente despertada”<sup>553</sup>. Incidirá essa espécie de exercício inadmissível de posição jurídica quando um determinado ato ou negócio jurídico, a despeito de contemplar vício formal, tendo sido inicialmente reputado válido e cumprido, é objeto de posterior alegação de nulidade pela parte, que busca furtar-se de certas obrigações dele decorrentes. Não importa que o vício tenha ou não decorrido de conduta dolosa ou culposa da parte; basta que o reconhecimento da nulidade do ato ou negócio jurídico, no caso, venha a ocasionar um rompimento com o princípio da boa-fé.

Novamente envolvendo-se a análise para o campo processual, destaca Fredie Didier Junior a questão relacionada com a aplicação do art. 243 do CPC, que estabelece que “quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser

---

<sup>551</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 124.

<sup>552</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação do *venire contra factum proprium* no processo civil. *Revista autônoma de processo*, Curitiba, n. 03, abr./jun. 2007, p. 211-212.

<sup>553</sup> SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios: da proibição de “venire contra factum proprium”*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 85.

requerida pela parte que lhe deu causa”. A questão que se coloca diante do dispositivo em tela relacionar-se-ia com a possibilidade ou não de afastar a decretação de nulidade absoluta, que, como é cediço, é cognoscível até mesmo de ofício, ou se, ao revés, a norma em tela apenas incidiria quando a hipótese versasse sobre nulidades relativas ou anulabilidades.

De relação às anulabilidades, Fredie exemplifica com a impossibilidade de o autor, após a propositura da demanda, suscitar a incompetência relativa, já que foi dele a escolha do foro. Ou, ainda, com a impossibilidade de o executado pretender a nulidade de penhora incidente sobre bem por ele mesmo indicado, ainda que impenhorável. Defende o autor, entretanto, que, mesmo nas nulidades, a solução do *venire* (aqui sob a forma específica da inalegabilidade de nulidades formais) poderia ser aplicada, uma vez que a boa-fé a ser concretizada pelo *venire*, sendo também uma faceta do interesse público, tornaria necessária a ponderação de interesses em conflito (boa-fé x segurança jurídica), mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, caso a caso<sup>554</sup>.

Os institutos da *supressio*<sup>555</sup> (em alemão, *Verwirkung*) e da *surrectio* são complementares, representando duas visões acerca de um mesmo fenômeno. Fredie Didier Junior explicita seus conteúdos:

A *supressio* é a perda de uma situação jurídica de vantagem, pelo não exercício em lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo a expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida; o exercício tardio seria contrário à boa-fé e abusivo. A *surrectio* é exatamente a situação jurídica ativa, que surge para o antigo sujeito passivo, de não mais submeter-se à antiga posição de vantagem pertencente ao credor omissis<sup>556</sup>.

Schreiber caracteriza a *supressio*, remontando ao seu surgimento histórico no primeiro Pós-Guerra, atrelado a questões atinentes à cobrança tardia de correção monetária em época de inflação galopante, como sendo a “inadmissibilidade de exercício de um direito por seu

---

<sup>554</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação do *venire contra factum proprium* no processo civil. *Revista autônoma de processo*, Curitiba, n. 03, abr./jun. 2007, p. 205-209.

<sup>555</sup> Trata-se de expressão sugerida por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, com o objetivo de extremar esse instituto de outros como a caducidade, decadência, preclusão etc., buscando maior rigor científico na nomenclatura a ser utilizada. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 797-798).

<sup>556</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do “duty to mitigate the loss” no processo civil. *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, ano VI, n. 32, set./out. 2009, p. 33.

retardamento desleal”<sup>557</sup>, registrando, ademais, que a deslealdade, na *supressio*, não reside no fato em si do retardamento, mas, sim, na violação às legítimas expectativas de quem imaginou que o direito não mais seria exercido<sup>558</sup>. Sem adentrar o debate sobre se seria ou não a *supressio* uma subespécie de *venire contra factum proprium*, impende destacar, todavia, a dificuldade de aplicação do instituto em países que, como o Brasil, possuem uma ampla disciplina da perda da pretensão e do direito em virtude do decurso do tempo (prescrição e decadência). Essa circunstância afastaria, a princípio, a legitimidade da expectativa do terceiro enquanto não ultimado o prazo prescricional ou decadencial, após o que tampouco poder-se-ia fazer uso da *supressio*.

Para tal questão, Schreiber apresenta a seguinte sugestão de solução:

Parece, todavia, razoável admitir que, neste confronto com os prazos legais (prescricionais ou decadenciais), o valor da segurança que os inspira ceda em favor da tutela da confiança naquelas hipóteses em que ao simples decurso do tempo se somem comportamentos do titular do direito – caso em que o *venire contra factum proprium* deixa, a rigor, de ser omissivo e adquire sua feição mais comum – ou circunstâncias de fato, imputáveis a ele ou não, que justifiquem uma tutela da boa-fé objetiva independentemente e acima dos prazos fixados em lei, em uma espécie de *prescrição de fato*<sup>559</sup>.

A ausência de exemplificação das hipóteses apresentadas torna difícil a visualização do posicionamento do autor, especialmente no segundo caso por ele citado, deixando dúvidas, ainda, sobre se no primeiro caso não estaria desconfigurada a *supressio* e caracterizada a hipótese mesma de *venire contra factum proprium* em sua feição específica. A questão, todavia, de fato enseja dificuldades na aplicação da *supressio* no direito brasileiro.

Buscando demonstrar a aplicabilidade do instituto no âmbito do processo civil pátrio, Fredie Didier Junior levanta questão relacionada à *astreinte* (multa coercitiva), indagando sobre se a parte credora da multa teria o dever de impedir o seu desnecessário aumento e, ainda, acerca do modo como o princípio da boa-fé processual incidiria, no caso, sobre a posição jurídica do credor da multa.

Avaliando dois casos concretos à luz do dever do credor de minimizar suas perdas (*duty to mitigate the loss*), o qual seria decorrente do princípio da boa-fé, interpreta que a não

---

<sup>557</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 178.

<sup>558</sup> *Ibidem*, p. 180

<sup>559</sup> *Ibidem*, p. 185.

adoção, pelo credor, de diligências que impeçam o aumento considerável do valor de seus prejuízos a serem pagos pelo devedor enquadrar-se-ia como conduta abusiva de direito e, pois, violadora da boa-fé processual. A consequência a essa violação poderia residir, assim, ante a natureza de cláusula geral do princípio processual da boa-fé (nela não estando previstas as consequências para a sua mácula), na perda da posição jurídica de vantagem, com fundamento na *supressio*, qualificando o ilícito da parte como caducificante<sup>560</sup>.

Também aqui se há de levar em consideração, no entanto, a já explicitada dificuldade de aplicação da *supressio* no direito brasileiro, à vista das regras que estabelecem os prazos “razoáveis” para exercício dos direitos (decadência) ou das pretensões (prescrição)<sup>561</sup>.

Por fim, o *tu quoque* (“até tu” ou “também tu”), juridicamente, “vem referido como o emprego, desleal, de critérios valorativos diversos para situações substancialmente idênticas”<sup>562</sup>. Mais uma vez é importante afastar, também para esse instituto, qualquer natureza subjetiva ou intencional do agente que faz incidir esses diversos critérios valorativos a situações idênticas. O que se tutela é a confiança. Um exemplo de *tu quoque* ocorre quando uma parte, a despeito de haver violado uma norma, pretende exercer, com base nela, uma posição jurídica. É o caso comum, no direito material, da *exceptio non adimpleti contractus*. A parte que não cumpre o pactuado não pode, após, pretender a aplicação, à outra parte, de sanção por seu não cumprimento.

---

<sup>560</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do “duty to mitigate the loss” no processo civil. *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, ano VI, n. 32, set./out. 2009, p. 39-42.

<sup>561</sup> Fredie Didier Junior e Daniela Bomfim esclarecem a diferença entre o instituto da *supressio*, de um lado, e os da prescrição e decadência, de outro: “A *supressio* não se confunde com a prescrição e com a decadência. A prescrição e a decadência, como já se disse, são atos-fatos jurídicos cujo efeito é a perda da eficácia (e não a extinção) de uma situação jurídica ativa (em se tratando de prescrição) ou a perda do próprio direito (em se tratando de decadência) por força do seu não exercício durante determinado lapso de tempo. Não se tutela, aqui, a confiança da outra parte. A *supressio* é decorrente da incidência do princípio da boa-fé nas relações jurídicas. É a situação da confiança daquele que adere à imagem de não exercício que é tutelada para que sejam extintas as situações jurídicas ativas (e não apenas atingida a sua eficácia)”. Mais adiante, afirmam ser “plenamente possível que se irradie a *supressio* quando ainda pendente o prazo prescricional concernente a um determinado direito a uma prestação (depois de operada a prescrição, sequer haveria, em princípio, utilidade de verificar a incidência do princípio da boa-fé)”. DIDIER JUNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e *supressio*. *Revista brasileira de direito processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul./set. 2010, p. 212-213. O parecer em comento aponta como exemplo de *supressio* a omissão de uma empresa transportadora em cobrar, durante 17 (dezesete) anos, uma prestação correspondente a 0,25% sobre o valor das mercadorias transportadas, como contraprestação pela assunção do risco de perecimento dessas mercadorias. Sua inércia perdurou durante todo o curso do contrato (1988-1993) e nos sete anos que se seguiram à extinção do vínculo contratual, comportamento este que, no entender dos autores, gerou na outra parte uma legítima expectativa (confiança) de que tal situação jurídica ativa não mais seria exercida, autorizando-se, pois, que se repute caracterizada, no caso, a *supressio* (*Ibidem*, p. 189-190 e 211-212).

<sup>562</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 175.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem dado aplicação à regra do *tu quoque* inclusive em âmbito processual, podendo ser citados os seguintes exemplos: 1) Apelação Cível nº 70027693548, DJ de 30/01/2009: sob o fundamento de vedação ao *tu quoque*, o Tribunal rejeitou preliminar de nulidade da citação suscitada por empresa por entender não ter ela observado, anteriormente, o entendimento pretoriano de que a citação de pessoa jurídica recebida por empregado desta é válida (teoria da aparência), não se acautelando quanto a procedimentos internos para o recebimento de citação; 2) Apelação nº 70025205105, DJ de 30/12/2008: também sob o fundamento de vedação ao *tu quoque*, o Tribunal rejeitou pedido indenizatório formulado pela parte que questionava o levantamento de montante por advogado, quando, precedentemente, ela não informou ao juízo acerca da revogação do mandato; 3) Agravo de Instrumento nº 70026076927, DJ de 04/12/2008: calcado na vedação ao *tu quoque*, o Tribunal rejeitou pretensão de declaração de nulidade de intimação do assistente técnico da parte que não cuidou previamente de alertar o juízo acerca da alteração cadastral daquele assistente.

Bem se vê, em suma, que as diversas modalidades de exercício inadmissível de posições jurídicas (à exceção, ao que parece, da *exceptio doli*, cujo uso vem sendo paulatinamente restringido mesmo no âmbito do direito material) são aplicáveis ao direito processual.

### **5.6.3 Princípio da cooperação e a concretização do princípio da boa-fé**

O modelo processual cooperativo é o que se revela mais apto a concretizar o estado ideal de coisas dimensionado pelo princípio da boa-fé, uma vez que sua estrutura está toda alicerçada sobre valores de solidariedade, ética e lealdade processuais.

Em primeiro lugar, os deveres de cooperação podem retirar seu fundamento de validade do princípio da boa-fé, na medida em que objetivam eles fornecer ao processo balizas éticas na atuação das partes e do juiz.

Assim, ao impor ao magistrado que conceda às partes a possibilidade de manifestação acerca de questões que deva conhecer de ofício, antes de sobre elas decidir, o dever de consulta insere o juiz numa perspectiva de atuação leal, evitando que as partes sejam tomadas de surpresa por uma decisão que contenha fundamentos por elas não debatidos.

Os deveres de esclarecimento e prevenção neutralizam, em grande medida, a possibilidade do abuso de poderes processuais pelo juiz<sup>563</sup>. Assim, por exemplo, em lugar de simplesmente se submeter à cômoda solução de extinção do processo sem resolução do mérito, com base na ausência de um requisito processual (como a petição inicial apta a produzir efeitos e acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da demanda), o magistrado estará obrigado, nesse modelo processual, a tentar “salvar” o processo. No âmbito de uma conduta judicial ética, tudo deve fazer o magistrado para que o mérito da demanda seja examinado, mormente porque a extinção do feito sem exame da questão de fundo não contribui para a pacificação social.

Estão intrinsecamente relacionados os princípios da boa-fé, do contraditório e da cooperação. Demonstrando tal realidade, Fredie Didier Junior aponta concretizações do princípio do contraditório que, ao mesmo tempo, representam atuações leais do magistrado em uma determinada demanda. Um exemplo consiste na prática, bastante difundida em diversos tribunais pátrios, de entrega de memorial ao relator de um recurso em seu gabinete, antes do julgamento do processo. Para resguardar o princípio do contraditório (e, ainda, agir com lealdade), o julgador deve, antes de submeter o feito a julgamento, determinar a juntada do memorial apresentado aos autos, conferindo à parte adversa a oportunidade de sobre ele se manifestar. Da mesma forma, refere-se o autor às tradicionais conversas informais mantidas pelo advogado de uma das partes no gabinete do juiz, afirmando que a lealdade processual pressupõe que o advogado da outra parte também seja convidado a dela participar<sup>564</sup>.

---

<sup>563</sup> Nesse sentido, defendendo a possibilidade de abuso de poderes processuais pelo juiz, tem-se a lição de Michele Taruffo: “A first point that is worth stressing is that procedural rights may be abused also by judges. [...] The abuse committed by judges is typically an abuse of discretion that is committed mainly by a bad use of the judge’s managerial powers concerning the development of judicial proceedings (undue delays, violation of the parties’ rights to a correct and speedy process, and so forth), but also by making evidently wrong decisions [...]. Sometimes it is said, however, that an abuse committed by judges cannot be conceived since judges are bound to act according with constitutional provisions concerning the fair development of proceedings [...]. On the contrary, it may be considered that judges may easily abuse their powers although such powers are functionally oriented to a fair and correct management of judicial proceedings [...]”. Em tradução livre: “Um primeiro ponto que merece realce é que os direitos processuais podem ser objeto de abusos também pelos juízes. [...] O abuso cometido pelos juízes é tipicamente um abuso de discricionariedade que é praticado principalmente pelo mau uso dos poderes gerenciais do juiz referentes ao desenvolvimento dos procedimentos judiciais (atrasos indevidos, violação dos direitos das partes a um processo correto e rápido etc.), mas também tomando decisões evidentemente erradas [...]. Algumas vezes se diz, todavia, que um abuso cometido por juízes não pode ser concebido porque juízes são obrigados a agir de acordo com as disposições constitucionais referentes ao justo desenvolvimento dos procedimentos [...]. Ao contrário, deve-se considerar que os juízes podem facilmente abusar de seus poderes apesar de estarem tais poderes funcionalmente orientados para uma leal e correta direção dos procedimentos judiciais [...]”. (TARUFFO, Michele. General report. Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. In: \_\_\_\_\_. (coord.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 19).

<sup>564</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Gênese*: revista de direito processual civil, Curitiba, ano VIII, n. 29, jul./set. 2003, p. 511. O autor apresenta outros exemplos de atuação do

Por certo que tais concretizações dos princípios do contraditório e da boa-fé processual melhor se efetivam no bojo de um modelo processual regido pelo princípio da cooperação, uma vez que este sujeita o magistrado ao atendimento de uma série de deveres que tornam imperiosa a adoção dessas posturas, não deixadas ao alvedrio do julgador.

A conduta cooperativa também é capaz de dificultar o abuso de poderes processuais pelas partes. Assim, uma vez que partes e juiz entrem em consenso prévio no que diz respeito à designação da data de uma audiência, por exemplo, essa circunstância inibirá a conduta desleal de apresentação de repetidos requerimentos objetivando a redesignação da assentada. Do mesmo modo, cômico o magistrado de seu dever de esclarecimento, inclusive no que diz respeito a pronunciamentos seus que padeçam de omissão, contradição ou obscuridade, deverá acolher os embargos de declaração da parte quando efetivamente presente um desses vícios. Em contrapartida, uma postura mais séria do poder judiciário nesse aspecto permite que com maior legitimidade possa ser reconhecida a *supressio* processual, impondo-se a perda do direito processual de recorrer à parte que tenha oposto reiterados embargos de declaração com propósito protelatório. Essa solução, inclusive, pode ser extraída diretamente do princípio da boa-fé, em razão de sua eficácia integrativa.

Em suma, para se harmonizar com o princípio da boa-fé processual, o modelo de processo a ser adotado não pode se contentar em exigir das partes uma atuação conforme a boa-fé subjetiva. Faz-se imperioso levar em consideração a boa-fé enquanto norma de conduta, independentemente da intenção do agente, estendendo o dever de sua observância além das partes, para atingir também o juiz e demais participantes da relação jurídica processual (auxiliares da justiça, Ministério Público, advogados etc.). Nem o processo é puramente técnica, nem se produz independentemente da cultura humana, imersa em valores, dentre os quais os morais e éticos.

A estreita vinculação do modelo processual cooperativo com os valores da democracia participativa, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana testifica a sua potencialidade para concretizar o princípio constitucional implícito da boa-fé, do qual é também expressão. Daí se afirmar que esse princípio configura-se como mais um fundamento constitucional que dá suporte à adoção, no Brasil, desse modelo processual colaborativo.

---

magistrado que se conformam com o princípio da boa-fé processual: a) prévio anúncio às partes acerca de eventuais mudanças (adaptações) procedimentais que pretenda realizar; b) prévio aviso às partes acerca da inversão judicial do ônus da prova, em tempo hábil a conferir à parte onerada a possibilidade de efetivamente produzir a prova; c) a previsão constante do art. 431-A do CPC, que determina que as partes sejam previamente avisadas da data, hora e local onde se iniciará a prova pericial (*Ibidem*, p. 512-513).



## CONCLUSÃO

---

Com base nas premissas desenvolvidas ao longo do presente trabalho, conclui-se que o modelo processual cooperativo é o que mais bem se compatibiliza com o sistema jurídico brasileiro, cujas peculiaridades sequer permitem a sua completa subsunção a uma das tradições jurídicas ocidentais.

A adoção desse modelo no Brasil já se vislumbra, embora de forma tímida, por manifestações típicas da legislação infraconstitucional e por referências jurisprudenciais. Ela se acha, ademais, plenamente fundamentada na Carta Magna de 1988, uma vez que o princípio da cooperação, base do modelo em debate, pode retirar da Constituição o seu fundamento de validade a partir não de um, mas de diversos princípios ali explícita ou implicitamente consagrados. É o que ocorre com a democracia participativa, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, o devido processo legal, o contraditório e a boa-fé.

Chega-se, assim, a partir do desenvolvimento da pesquisa realizada, às seguintes conclusões, que reforçam a conclusão principal acima apresentada:

1. Os estudos de direito comparado acerca das famílias jurídicas são precipuamente direcionados ao exame de duas principais tradições, surgidas no mundo ocidental: a *civil law* e a *common law*. A primeira, que se origina na Europa continental sob uma decisiva influência do direito romano, é classicamente alicerçada nos pilares do racionalismo e do dogmatismo, com predomínio do raciocínio teórico-dedutivo na construção dos seus sistemas jurídicos. A *common law*, por sua vez, proveniente da Inglaterra, tem cunho empirista e antidogmático, valorizando a experiência histórica e o pensamento indutivo. Nos tempos atuais, tem sido constatada uma progressiva miscigenação entre as duas famílias, reduzindo-se as diferenças classicamente apontadas entre elas.

2. Frutos de influências culturais distintas, às tradições da *civil law* e da *common law* costumam ser vinculados diferentes modelos processuais. O modelo adversarial, em que a primazia na condução do processo é legada às partes, é apontado como tradicionalmente relacionado à *common law*, enquanto que o modelo inquisitivo, no qual predomina a

condução judicial do feito, é classicamente identificado com família romano-germânica. Uma vez que as tradições sob exame têm sofrido múltiplas e recíprocas influências ao longo dos tempos, também no âmbito processual essa interação se faz sentir.

3. No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, embora comumente se afirme estar ele vinculado à tradição da *civil law*, o fato é que se trata de sistema peculiar, que reúne características da família romano-germânica e da tradição da *common law*, revelando, no campo processual, um verdadeiro paradoxo metodológico, fruto da convergência de aspectos de ambas as tradições.

4. O estudo dos modelos processuais pressupõe o esclarecimento de algumas premissas básicas: a) referidos modelos são construídos a partir de realidades jurídicas; com elas, no entanto, não se confundem. Não há, no mundo real, modelos puros; b) não é correto afirmar que o modelo processual adversarial é exclusivo dos países integrantes da *common law* e que os sistemas que compõem a *civil law* adotariam o modelo processual inquisitivo.

5. O modelo processual adversarial caracteriza-se por conferir primazia às partes na condução material e formal do processo. Tomando-se por parâmetro o relacionamento *inter partes*, tem-se que este é estabelecido sob as bases de uma igualdade meramente formal ou abstrata, não estando inseridas no modelo adversarial preocupações com a redução de desigualdades reais que levem a um desequilíbrio entre as partes no processo. Já quando se examina a posição das partes no bojo do procedimento, pode-se constatar o predomínio de sua atuação tanto no que diz respeito à instauração da demanda (seu ajuizamento e a fixação do objeto litigioso do processo) quanto no que se refere à atividade instrutória (definição e produção da prova). No modelo adversarial, prepondera o princípio dispositivo em seus sentidos material e processual.

6. A posição ocupada pelo juiz no modelo adversarial é reduzida, uma vez que as suas passividade e neutralidade são exigências para garantia de sua imparcialidade. Sendo o objetivo principal do processo adversarial a resolução do conflito submetido à apreciação do magistrado, o juiz fá-lo-á com base no material probatório adunado ao processo pelas partes, com predomínio da justiça processual (observância do procedimento) em detrimento da justiça substantiva (conteúdo da decisão). Os altos custos do processo adversarial e suas lentidão e complexidade têm ensejado um crescente incremento da atividade judicial em sistemas processuais tradicionalmente vinculados a esse modelo, a exemplo dos Estados Unidos da América e da Inglaterra.

7. Em países integrantes da tradição da *civil law* também se identificam sistemas processuais subsumíveis ao modelo adversarial, especialmente sob a égide do Estado liberal, a exemplo do Código de Processo Civil francês de 1806, do qual se extrai uma estrutura processual calcada na primazia da atuação das partes em detrimento do papel do juiz. O liberalismo clássico, aliás, embora não tenha ensejado a criação do modelo adversarial, que a ele antecede, enxerga esse modelo como ideal, por ver nele refletidos os seus dois pilares: a liberdade individual (livre iniciativa das partes na instauração e no desenvolvimento do processo) e a igualdade formal.

8. O surgimento do Estado social, firmado em premissas ideológicas de intervencionismo estatal e de busca da redução de desigualdades sociais, forneceu o solo propício à conformação do modelo processual inquisitivo, em que o processo é visto como uma relação jurídica de direito público e não mais como uma mera “coisa das partes”. O Código de Processo Civil austríaco de 1895, obra de Franz Klein, constitui importante contribuição para o desenvolvimento desse modelo de processo, pautado numa maior atuação judicial.

9. O modelo inquisitivo estrutura-se sobre as bases do ativismo judicial e da verticalização da relação jurídica processual, assumindo o juiz a posição de autêntico órgão de poder, superior às partes. Essa verticalização é sentida, sobretudo, pela ampliação dos poderes do magistrado, especialmente os instrutórios. Realça-se a criatividade judicial, na medida em que o juiz é chamado a concretizar normas de textura aberta (cláusulas gerais). A prova é vista como meio de descoberta da verdade, para alcance da decisão justa. Esse movimento de ativismo judicial alcança, inclusive, sistemas processuais tradicionalmente vinculados ao modelo adversarial (ex.: Estados Unidos da América – processo estrutural; Inglaterra – *Rules of Civil Procedure*).

10. O papel das partes, no modelo inquisitivo, é apequenado em comparação com o modelo adversarial. Assumem elas posição secundária no processo, no qual se relativiza a autonomia dos litigantes e se afasta o dogma da igualdade formal, em busca de um “nivelamento social do processo civil”.

11. O modelo inquisitivo desenvolveu-se tanto em estruturas políticas democráticas como em outras de caráter autoritário ou totalitário. Há, no entanto, quem reconheça um fundo necessariamente autoritário ao modelo em tela, tendo em vista a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, tal como ocorre com o movimento do garantismo processual, que enxerga o poder como algo maléfico, dignificando o pensamento liberal de respeito à liberdade, com a

correspondente limitação do poder estatal. O garantismo inclina-se, pois, à adoção do modelo processual adversarial.

12. A polaridade existente entre os modelos adversarial e inquisitorial dificulta o reconhecimento da existência de um modelo processual deles distinto, havendo a tendência de se enquadrar os sistemas processuais vigentes em uma dessas estruturas. Essa discussão, referindo-se à existência ou não do modelo processual cooperativo, é travada, por exemplo, pela doutrina lusitana no âmbito do ordenamento processual civil português.

13. O modelo cooperativo é um novo modelo de direito processual, cujas principais características são a condução do processo sem protagonismos, a inclusão do juiz como sujeito do contraditório, a previsão de deveres de cooperação para as partes e para o julgador e a adoção, pelo magistrado, de uma postura paritária no diálogo e assimétrica no momento de julgar.

14. O modelo cooperativo objetiva transformar o processo em uma verdadeira comunidade de trabalho, imprimindo mudança paradigmática na divisão de tarefas entre partes e juiz, de relação aos modelos anteriores. Esse ambiente de interação e colaboração, que permite às partes influir no resultado do exercício do poder jurisdicional, erige o princípio da cooperação à condição de veículo efetivador da cidadania no processo. Além disso, a participação dos sujeitos processuais, fruto do diálogo judicial, contribui para conferir legitimação democrática ao exercício da função jurisdicional e ao ato criativo do direito consagrado na decisão judicial. Tal visão processual, extraível do modelo cooperativo, resulta de uma nova concepção de processo, o neoprocessualismo, que se lastreia no reconhecimento da força normativa da Constituição e na constitucionalização dos direitos e garantias processuais.

15. Do princípio da cooperação, base sobre a qual se alicerça o modelo processual cooperativo, podem ser extraídos diversos deveres. Sob a perspectiva dos deveres das partes para com o órgão jurisdicional (e, indiretamente, para com a parte adversa), destacam-se o dever de respeito à boa-fé, o dever de prestar esclarecimentos, o dever de comparecimento em juízo, o dever de correção e urbanidade e o dever de veracidade. Os principais deveres do magistrado em relação às partes, por sua vez, são: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consulta e dever de auxílio. De se destacar que a eficácia do princípio da cooperação é ampla e a sua função integrativa permite que dele se extraiam outros deveres, ainda que atípicos.

16. No Brasil, o princípio da cooperação é norma implícita. Há, entretanto, expressas manifestações típicas do referido princípio no âmbito da legislação infraconstitucional, a exemplo do que ocorre com os arts. 284, 295, V, 515, §4º, e 599, II, do CPC (dever de prevenção), com a aplicação do dever de consulta às hipóteses previstas nos arts. 17, 18, 243 e seguintes e 330 do CPC e no art. 40, §4º, da Lei nº 6830/80, com as manifestações do dever de esclarecimento constantes dos arts. 342, 440 e 535, I, do CPC e com os arts. 355, 360, 600, IV, 655-A e 656, §1º, do CPC e 6º, VIII, do CDC (dever de auxílio). Quanto aos deveres de cooperação das partes, citem-se os arts. 14, I e II, 17, 340, I e 342, todos do CPC.

17. A democracia participativa é um dos fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro. O direito fundamental à democracia exercita-se pela participação, esta que é potencializada no modelo processual em comento, especialmente em razão da postura isonômica assumida pelo juiz na condução do procedimento, colocando-se como sujeito do contraditório. Referido papel adotado pelo julgador possibilita uma mais efetiva participação das partes na formação do ato jurisdicional decisório.

18. O princípio da cooperação é extraível, ainda, do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo estado ideal de coisas propugna, no campo do processo, por uma atuação leal por parte de todos os sujeitos processuais, inclusive o juiz. O modelo cooperativo, ao favorecer a busca por uma decisão justa, em tempo razoável, segundo procedimento que resguarde uma igualdade material entre as partes, compatibiliza-se com os escopos visados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

19. O princípio da cooperação realiza, no processo, o objetivo almejado pelo princípio da solidariedade, de transformação da sociedade em um espaço dialético e colaborativo. O processo, à luz dos deveres de cooperação, é visto como uma comunidade de trabalho, um meio de se atingir um objetivo comum – a justa solução do litígio em tempo razoável – e não como um instrumento para servir a fins egoísticos.

20. O conteúdo atual da cláusula do devido processo legal, para ser corretamente atingido, pressupõe a participação das partes no exercício da atividade jurisdicional. Essa nova feição do *due process of law*, calcada na constitucionalização do processo e no fortalecimento da democracia participativa, confere fundamento à adoção do modelo cooperativo no processo civil brasileiro, este que não apenas assegura às partes o exercício qualificado de garantias processuais (contraditório, ampla defesa, direito à prova, informação etc.), como, ainda, promove a igualdade material entre os litigantes e legitima, pela

participação dos envolvidos, a atuação do órgão jurisdicional, concretizando, sob os aspectos procedimental e substancial, a cláusula geral estatuída no art. 5º, LIV, da CF/88.

21. A garantia do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), hoje entendida não apenas como direito de participação (informação e reação), mas, também, como poder de influência, materializa-se pelo princípio da cooperação, que conduz o juiz a participar ativamente do debate judicial, como sujeito do contraditório. Essa inserção do juiz no contraditório constitui uma visão moderna da garantia constitucional e que é concretizada pela imposição, também ao magistrado, de poderes-deveres de cooperação. Ao lado disso, às partes são conferidos instrumentos que garantem a igualdade material no processo, possibilitando que influenciem, efetivamente, na formação do ato jurisdicional decisório. O contraditório é, assim, outro fundamento constitucional que alicerça a adoção, no Brasil, do modelo processual cooperativo.

22. A boa-fé objetiva, princípio geral do direito extraível implicitamente da CF/88, também é fundamento para a adoção, no país, do modelo processual cooperativo, vez que este constrói um processo calcado em bases de lealdade e ética, valores a serem respeitados por todos os sujeitos processuais (partes e juiz) e pelos demais participantes do processo. A conduta cooperativa evita, ainda, o abuso de poderes processuais.

23. Os modelos processuais adversarial e inquisitivo ora não se amoldam aos princípios constitucionais invocados, ora não se revelam como os mais adequados à concretização do estado de coisas por cada um deles propugnado, o que somente reforça a ideia de que o modelo cooperativo é o que mais bem se ajusta ao ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a sua adoção no país se encontra plenamente fundamentada na Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

---

AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 129-165.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. O que é “devido processo legal”? *Revista de processo*, São Paulo, n. 163, p. 50-59, set./2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. *Notas ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2000.

BATISTA, J. Pereira. *Reforma do processo civil: princípios fundamentais*. Lisboa: Lex, 1997.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de processo*, São Paulo, n. 27, p. 186-199, jul./set.2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 13-52.

BENABENTOS, Omar A. *Teoría general unitaria del derecho procesal*. Rosario: Editorial Juris, 2000.

BERNHARDT, Wolfgang. O domínio das partes no processo civil. Tradução: Revista Forense. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. [?], p. 68-70, jun./1939.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008.

BRAGHITTONI, R. Ives. *O princípio do contraditório no processo: doutrina e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito constitucional*. 27. ed. Tradução: Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

BUZAID, Alfredo. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002.

CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. Da relação entre o princípio da isonomia e o contraditório no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, ano 13, n. 52, p. 225-228, out./dez 1988.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, São Paulo, n. 126, p. 59-81, ago./2005.

\_\_\_\_\_. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 99-124.

CAENEGEM, R. C. Van. *The birth of the english common law*. 2. ed. New York/USA: Cambridge University Press, 1988.

\_\_\_\_\_. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica européia*. Tradução: Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALAMANDREI, Piero. Gli orientamenti originali del nuovo código. In: \_\_\_\_\_. *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1970, v. 4.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.



\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 205-237.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

\_\_\_\_\_. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. *O processo civil no direito comparado*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

\_\_\_\_\_. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad: contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*. Tradução: Tomás A. Banzhaf. La Plata: Platense, 2002, v. 1.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça – acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento. In: \_\_\_\_\_. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução: Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, v. 1.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHURCHILL, Wiston S. *História dos povos de língua inglesa*. Tradução: Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, 2005, v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: RT, 2004.

CIPRIANI, Franco. El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 51-64.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade no processo civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 107-114.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

D'AMICO, Pietro. *Common law*. Torino/Italia: G. Giappichelli Editore, 2005.

DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. The common law/civil law divide: residual truth of a misleading distinction. In: CHASE, Oscar et al. (coord.). *Common law-civil law: the future of categories of the future*. Toronto: International Association of Procedural Law, 2009, p. 01-13.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal: direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 126, p. 260-294, ago./2005.

\_\_\_\_\_. Devido processo legal substancial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 192-213.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.175-182.

DESCARTES, René. *Regras para a direção do espírito*. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Gênesis: revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 21, p. 530-541, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Gênesis: revista de direito processual civil*, Curitiba, ano VIII, n. 29, p. 505-516, jul./set. 2003.

\_\_\_\_\_. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de processo*, São Paulo, n. 127, p. 75-79, set./2005.

\_\_\_\_\_. Alguns aspectos da aplicação do *venire contra factum proprium* no processo civil. *Revista autônoma de processo*, Curitiba, n. 03, p. 203-213, abr./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do “duty to mitigate the loss” no processo civil. *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, ano VI, n. 32, p. 32-42, set./out. 2009.

\_\_\_\_\_; BOMFIM, Daniela. Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e *suppressio*. *Revista brasileira de direito processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 189-214, jul./set. 2010.

\_\_\_\_\_. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, p. 69-83, set./2010.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 3.

\_\_\_\_\_; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 4.

\_\_\_\_\_ et. al. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 5.

ENGELMANN, Arthur. The later development in Austria. In: \_\_\_\_\_. *A history of continental civil procedure*. Buffalo, New York: William S. Hein & Co., Inc., 1999, v. 7.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. 2005. 212f. Relatório de doutoramento (Doutoramento em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005.

FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

FISS, Owen. As formas de justiça. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil: estudos norteamericanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. As bases políticas e sociais da adjudicação. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 161-178, set./ 2008.

GALVEZ, Juan F. Monroy. Y al final del día, qué es el garantismo procesal civil? *Revista Iberoamericana de derecho procesal*, Buenos Aires, ano 06, nº 09, p. 07-20, 2006.

GAVIORNIO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. O contraditório, as partes e o juiz. *Revista de processo*, São Paulo, ano 32, n. 148, p. 283-292, jun./ 2007.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, v. 1.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GODECHOT, Jacques. *As revoluções (1770-1799)*. Tradução: Erothildes Millan Barros da Rocha. São Paulo: Pioneira, 1976.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 87-93.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 172, p. 32-53, jun./2009.

\_\_\_\_\_. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 333-347.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgar*, Coimbra, n. 01, p. 47-65, jan./abr. 2007.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Pádova, v. XXI, p. 581-609, 1966.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 24, p. 71-79, mar./2005.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 164, p. 29-56, out./2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, ago./set. 1999.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 155, p. 335-364, jan./2008.

HOGUE, Arthur R. *Origins of the common law*. Indianápolis/USA: Indiana University Press, 1966.

HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The common law*. New York/USA: Dover Publications, Inc., 1991.

JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 372, p. 135-147, mar./abr. 2004.

\_\_\_\_\_. A. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, n. 135, p. 161-178, maio/2006.

KARNAL, Leandro et al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *O caminho desde a estrutura: ensaios filosóficos, 1970-1993, com uma entrevista autobiográfica*. Tradução: Cesar Mortari. São Paulo: UNESP, 2006.

LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. A importância da colaboração das partes. In: BRITO, Rita (coord.). *Regime processual experimental: simplificação e gestão processual*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 121-135.

LEITÃO, Helder Martins. *Dos princípios básicos em processo civil*. 2. ed. Porto: Almeida & Leitão, Lda., 1998.

LIMA, Maria Rosinete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, p. 24-67, jul./set. 1984.

\_\_\_\_\_. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 94-98.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 379-394.

MACHADO FILHO, Sebastião. O sistema da *common law*. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, Faculdade de Direito, n. 04, p. 19-84, ago./dez. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *Revista Baiana de Direito*, Salvador, ano 01, nº 01, p. 229-265, jan./jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Idéias para um renovado direito processual. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 125-146.

\_\_\_\_\_. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista brasileira de direito processual*, Belo Horizonte, n. 68, p. 11-60, out./dez.2009.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. Apresentação. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 07-10.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 139, p. 05-22, jul./set. 1998.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do “venire contra factum proprium”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 376, p. 109-129, 2004.

MATOS, José Igreja. O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário). *Julgar*, Coimbra, n. 02, p. 87-106, maio/ago. 2007.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. *In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 684-706.

MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. *In: AROCA, Juan Montero (coord.). Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 381-438.

\_\_\_\_\_. Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*, Coimbra, n. 01, p. 67-98, jan./abr. 2007.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

MILSOM, S.F.C. *A natural history of the common law*. New York/USA: Columbia University Press, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, t. I.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 33, p. 484-510, jul./set.2004.

\_\_\_\_\_. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. *Revista de processo*, São Paulo, ano 32, n. 144, p. 105-111, fev./2007.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

MOCCIA, Luigi. *Glossario per uno studio della "common law"*. Milano/Italia: Edizioni Unicopli, 1983.

MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de filosofia do direito e do estado*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2004, v. 1.

MONTELEONE, Girolano. Principios e ideologías del proceso civil. *In: AROCA, Juan Montero (coord.). Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 97-107.

MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, p. 231-238, jul./set. 1984.

\_\_\_\_\_. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual civil*: segunda série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Duelo e processo. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, p. 41-56, 1º semestre de 2003.

\_\_\_\_\_. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 65-86, 2004.

\_\_\_\_\_. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 03-18, 2005.

\_\_\_\_\_. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 309-320.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Tradução: Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 59-75, jul./set. 2005.

NAY, Oliver. *História das idéias políticas*. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.



NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*, São Paulo, ano 19, n. 73, p. 07-14, jan./mar. 1994.

\_\_\_\_\_. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 132-150.

\_\_\_\_\_. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 27, p. 22-51, jan./mar.2003.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de processo*, São Paulo, n. 137, p. 07-31, jul./2006.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2001.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando o que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de processo*, São Paulo, ano 26, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001.

\_\_\_\_\_. Direito à solidariedade. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). *Direitos constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 231-238.

PEREIRA, Rafael Caselli. A compatibilidade do princípio dispositivo e o da imparcialidade com a iniciativa probatória do juiz. *Gênesis - revista de direito processual*, Curitiba, n. 40, p. 376-395, jul./dez. 2006.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PETREL, Mariana Petrel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PICÓ I JUNOY, Joan. La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado. *Revista uruguaya de derecho procesal*, Montevideo, n. 03, p. 573-590, 2007.

PORTANOVA, Rui. Princípio igualizador. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 62, p. 278-290, nov./1994.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *MPMG jurídico*, n. 18, p. 08-15, out./dez. 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

REGONINI, Glória. Estado do bem-estar (verbetes). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução: Carmen C. varriale et. al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, v. 1.

REICHELT, Luis Alberto. A repercussão geral do recurso extraordinário e a construção do processo civil na era da solidariedade social. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 189, p. 88-100, nov./2010.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALVADOR, Alexandre. A vida no fundo do poço. *Revista Veja*, São Paulo, ano 43, n. 35, p. 134-141, set./2010.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Prólogo à teoria do estado: ideologia e ciência política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Contribuição ao estudo das relações entre processo civil e cultura. *Revista da Ajuris*, Rio Grande do Sul, v. 34, n. 107, p. 111-121, set./2007.

\_\_\_\_\_. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. *Revista jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 56, n. 366, p. 77-104, abr./2008.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 77, v. 628, p. 07-18, fev./1988.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Princípios fundamentais do processo civil. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direitos dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A nova interpretação do Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *O devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: JusPodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: JusPodivm, 2009.

SOUSA, António Pais de; FERREIRA, J. O. Cardona. *Processo civil*. Porto: Reis dos Livros, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Revisão do processo civil – projecto. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 55, p. 353-416, jul./1995.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios: da proibição de “venire contra factum proprium”*. Salvador: JusPodivm, 2008.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de processo*, São Paulo, ano V, n. 17, p. 138-149, jan./mar. 1980.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2002.

STUBBS, William. *Germany in the Early Middle Ages (476-1250)*. New York: Longmans, Green, and Co., 1908.

TAKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, ano 17, n. 66, p. 293-310, jan./mar. 2009.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

\_\_\_\_\_. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979.

\_\_\_\_\_. General report. Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. In: \_\_\_\_\_. (coord.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Boston: Kluwer Law International, p. 03-29, 1999.

\_\_\_\_\_. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, p. 141-158, abr./jun.2003.

\_\_\_\_\_. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, p. 239-266, mar./ 2006.

\_\_\_\_\_. *Icebergs do common law e civil law?* Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Tradução: Hermes Zaneti Junior. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 181, p. 167-172, mar./2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. *Revista autônoma de processo*, Curitiba, n. 01, p. 323-343, out./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, v. 33, p. 05-18, nov./dez.2009.

\_\_\_\_\_; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 168, p. 107-141, fev./ 2009.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo Código*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 217-247.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VERDE, Giovanni. Apostilla. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 167-171.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre princípio do contraditório como um dos fundamentos do processo civil contemporâneo. In: CARVALHO, Milton Paulo de (coord.). *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 71-80.

\_\_\_\_\_. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 168, p. 53-65, fev./ 2009.

YUNG-TAY NETO, Pedro de Araújo. O princípio da cooperação e a nova redação do art. 265 do CPP. *Revista de doutrina e jurisprudência*, Brasília, n. 90, p. 29-33, maio/ago. 2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *In*: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 115-164.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.