

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

CORALIO PEDROSO GONÇALVES

**OS DEVERES PROCESSUAIS DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: POSSIBILIDADES DE CONTROLE INTERNO DA JURISDIÇÃO NA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-PROCESSUAL**

São Leopoldo

2011

CORALIO PEDROSO GONÇALVES

**OS DEVERES PROCESSUAIS DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: POSSIBILIDADES DE CONTROLE INTERNO DA JURISDIÇÃO NA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-PROCESSUAL**

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre,
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS

Orientador: Professor Doutor Darci
Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

G635d

Gonçalves, Coralio Pedroso

Os deveres processuais do juiz no Estado Democrático de Direito: possibilidades de controle interno na jurisdição na perspectiva constitucional-processual / Coralio Pedroso Gonçalves. – São Leopoldo, UNISINOS, 2011.

201f.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, BR-RS, 2011.

1. Direito Processual Civil. 2. Jurisdição. 3. Juiz – Dever processual. 4. Processo civil – Função – Linguagem. 5. Democracia constitucional – Estabilidade. 6. Estado Democrático de Direito – Direitos humanos. 7. Conselho Nacional de Justiça – Moralidade – Celeridade processual. I. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. II. Ribeiro, Darci Guimarães. III. Título.

CDU 347.9(81)

Bibliotecária Ana Lucia Wagner – CRB10/13

Aos meus pais, com gratidão.

A minha irmã, com carinho.

A minha esposa e filhos, com amor.

Aos Professores Doutores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Darci Guimarães Ribeiro e Véra Maria Jacob de Fradera, em sinal de respeito e admiração.

RESUMO

Esta investigação tem por objeto o papel da jurisdição, uma preocupação crescente nas últimas décadas. Relaciona os deveres do juiz e as exigências de desenvolvimento de uma experiência republicana, realizando a compreensão da função do processo civil para a estabilidade democrática constitucional. Destaca a categoria jurídica do dever processual a partir da análise do seu conteúdo no desenvolvimento interno do processo, inserindo-o, posteriormente, na perspectiva processual constitucional. Aborda aspectos concernentes à linguagem do processo, especialmente a influência da revolução francesa, com seus postulados consagrados na Constituição Federal brasileira – liberdade, igualdade e solidariedade – e a sua repercussão no processo civil, no referente aos deveres do juiz. Perquire sobre o modelo processual adequado ao Estado Democrático de Direito e à proteção dos direitos humanos. Explicita o dever processual do juiz no Código de Processo Civil brasileiro, estabelecendo relações e conexões internas, bem como o contexto que lhe dá significado, dentro da norma e da experiência vivida pelos Tribunais. Analisa os comportamentos e condutas dos juízes exigíveis perante os tribunais, valorizando a sua conformidade com a boa fé objetiva e o caráter público de sua atividade. Contrapõe as duas formas de controle da atuação do magistrado, uma pela via da responsabilidade civil e outra do controle interno, onde se exige um modelo processual participativo, exercendo às partes controle imediato da conformação dos atos do juiz com as normas de estrutura e funcionamento desse poder. Destaca a atuação do Conselho Nacional de Justiça no controle da moralidade e da celeridade processual.

ABSTRACT

This research's aim is the role of jurisdiction, as a part of one growing concern in recent decades. It lists the duties of the judge and the requirements of developing a republican experience, able to perform the understanding of the role of civil constitution for democratic stability. Highlights the legal category of procedural duty, by the analysis of its content in the internal development of the process, then inserting it in the constitutional procedural perspective. It addresses issues concerning the language of the process, especially respect to the influence of the French Revolution, whose principles were adopted by the Constitution - freedom, equality and fraternity - and the repercussions in the civil proceedings in relation to the duties of the judge. It searches one process model suitable for the democratic rule of law and to the protection of human rights. It explains the judge's procedural duty in the Brazilian Civil Procedure Code, discovering relationships and internal connections as well as the context that gives it meaning within the rule and the experience of the courts. It analyzes the behavior and the conduct required by courts concerning the judges in the courts, enhancing compliance with the good faith principle in an objective sense and the public nature of their activity. It contrasts the two ways of controlling the action of the magistrate, firstly by liability and secondly, by an internal control, which requires a participatory process model, exercising immediate control of the parties that constitutes the judge's acts with the structure's rules and the operation of this power. It stresses the role of the National Council of Justice, supervising the attention of morality and promptness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 A NOÇÃO DE DEVER PROCESSUAL: CONFIGURAÇÃO INTERNA, FUNDAMENTOS E AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO COMO CONTROLE INTERNO DA JURISDIÇÃO	19
1.1 EM BUSCA DA NOÇÃO DE DEVER	19
1.2 OS ELEMENTOS INTEGRANTES DO CONTEÚDO DO PROCESSO (PODER, FACULDADES, ÔNUS E DEVER).....	24
1.2.1 Poderes Processuais	28
1.2.2 Faculdades Processuais	30
1.2.3 Ônus Processual	30
1.2.4 Deveres Processuais	34
1.2.5 Dever do Juiz: uma norma de sobredireito	38
1.3 OS FUNDAMENTOS DO DEVER PROCESSUAL DO JUIZ.....	43
1.3.1 Os Fundamentos Constitucionais do Processo	44
1.3.1.1 A linguagem da Direito a partir da Revolução Francesa	47
1.3.1.2 A Garantia da Liberdade nos Deveres Processuais do Juiz.....	49
1.3.1.3 A Garantia de igualdade nos deveres processuais do juiz	54
1.3.1.4 O Primado da Solidariedade: uma visão cooperativa do processo	56
1.3.4 O Projeto de Código de Processo Civil: Os Deveres processuais com Fundamento nos Princípios Formativos do Processo	61
1.3.4.1 O Princípio Lógico do Processo	63
1.3.4.2 Princípio Jurídico do Processo ou Princípio de Justiça do Processo	66
1.3.4.3 Princípio Político do Processo.....	67
1.3.4.4 Princípio Econômico do Processo	68
1.4 AS CONDIÇÕES DE UM CONTROLE INTERNO DA JURISDIÇÃO, PELA VIA DOS DEVERES PROCESSUAIS, A PARTIR DE UMA ABORDAGEM TRANSDISCIPLINAR.....	70
1.4.1 O conteúdo político dos Deveres do juiz e a <i>judicialização</i> da política ...	70
1.4.2 O conteúdo social dos deveres do juiz	74
1.4.3 O controle interno da jurisdição: Debates e Propostas	76
1.4.4 Da Possibilidade de estabelecer Deveres processuais para o Juiz: a Experiência Brasileira	77

1.4.5 O controle interno da jurisdição: Influxos e Expectativas Democráticas ...	81
2 OS DEVERES PROCESSUAIS DO JUIZ, NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	85
2.1 O JUIZ E O ESTADO DE DIREITO	87
2.1.1 O Sistema Judicial delimitado: a Diferenciação do Poder	88
2.1.2 O sistema judicial delimitado: a difusão do poder	93
2.1.3 O papel central da Constituição	96
2.1.4 A proteção dos direitos humanos	98
2.2 OS DEVERES PROCESSUAIS DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	104
2.2.1 Deveres de Legitimação	105
2.2.2 Dever de Efetividade à Tutela dos Direitos	113
2.2.3 O Dever Processual de Estabelecer o Contraditório	120
2.2.4 Deveres de Instrução Processual	126
2.2.5 Deveres Decorrentes da Aplicação do Princípio da Boa Fé Objetiva	129
2.2.5.1 Dever de lealdade	134
2.2.6 Dever de veracidade	136
2.2.7 Deveres de Publicidade e de Fundamentação	140
2.2.8 Dever de Urbanidade	149
2.2.9 Dever de facilitar os métodos alternativos de autocomposição do processo	149
2.3 A ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS POSTOS PELO SISTEMA FACE AO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES PROCESSUAIS DO JUIZ	153
2.3.1 Os meios impugnativos de controle	153
2.3.2 A responsabilização do Estado: uma garantia fraca	155
2.3.3 O CNJ e o controle da atuação judicial: A celeridade e o controle da moralidade	158
2.3.3.1 A Celeridade Processual da Prestação Jurisdicional	159
2.3.3.2 O controle da moralidade: a função do CNJ	165
2.3.4 Os modelos contrapostos	169
CONSIDERAÇÕES FINAIS	170
REFERÊNCIAS	176

INTRODUÇÃO

Cresce, nos dias atuais, uma tendência significativa de ampliação dos poderes do juiz¹, remetendo um desafio para o Estado Democrático de Direito, especificamente aos deveres do juiz no curso do processo, em especial para estabelecer um controle interno desta atuação, sem que isso implique ofensa à independência do poder judicial, apanágio da democracia constitucional.

Há, pois, uma necessária reflexão a ser feita sobre esta crescente afirmação dos poderes processuais do juiz fundada numa ideia perniciosa, a de ser o juiz o exclusivo protagonista do processo.

Uma explicação possível da valorização da situação de poder do juiz e da pouca evidência conferida aos deveres processuais do juiz talvez esteja num apego ao conceito de Jurisdição como “substituição”, conceito esse elaborado por Chiovenda, pelo qual o juiz realiza a ação que outro deveria realizar².

Nessa situação, o juiz “faz bem” o que outros “fizeram mal”. Assim sendo, valorizou-se sobremaneira este aspecto da jurisdição, o da substituição da justiça privada pelo poder do juiz de dizer o Direito, colaborando, em consequência, com a afirmação de um conceito que consagra a ruptura entre a sociedade civil (*que faz mal*) e Estado (*que faz bem*)³.

Parte-se, no entanto, de outra perspectiva, a de que o Poder Judiciário atua como delegação da sociedade civil, que entrega a um terceiro a prestação jurisdicional, conferindo-lhe tanto poderes quanto deveres no âmbito do processo⁴.

¹ Cf. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17. O Autor alerta sobre os perigos do arbítrio no processo.

² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, v.1, 1998, p. 60. Para CHIOVENDA os órgãos jurisdicionais procedem mediante a substituição da atividade alheia pela própria, seja da atividade intelectual (que na sentença se substitui à atividade das partes), seja da atividade material, como na execução.

³ Cf. TESCHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição Voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 13, para quem, na cognição, o conceito de jurisdição como atividade de cognição, consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual, não só das partes, mas de todos os cidadãos.

⁴ A defesa de uma processualização como contraponto à judicialização redefine o papel do processo e do juiz. Ver NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo M. F.; CURI, Ivan Guérios. **Processo Constitucional Contemporâneo. Boletim da faculdade de direito**, Coimbra, v. 535, 2009a, p. 343-373.

A partir desta exigência é que surge uma abertura para o exame de um controle interno da jurisdição. Trata-se de uma questão que está posta também em função da elaboração de um novo Código de Processo Civil, cujo projeto encontra-se em trâmite perante o Congresso Nacional, sendo fonte de intensos debates no meio jurídico, entre acadêmicos, magistrados, advogados e setores organizados da sociedade civil.

Antes, contudo, ao referir a noção de dever, eixo central deste estudo, impõe-se dar significado à investigação proposta, o que pressupõe a análise da separação entre dever jurídico e moral.

A SEPARAÇÃO DEVER JURÍDICO E DEVER MORAL

Os deveres impostos pela moral são situações nas quais – como destaca Kant – o preceito impõe-se como um *prius*, traduzido nestes termos: *tu podes porque deves, assim como deves, podes*. Em tais situações, a moral exige que se assuma uma conduta, ainda que se apresente extremamente difícil ou de improvável cumprimento⁵.

Por outro lado, no dever jurídico⁶, não se pode exigir aquilo que não possa ser cumprido ou omitido⁷. De sorte que a observância não está mais vinculada à consciência e sim ao temor da sanção⁸.

Esse dualismo metodológico existente em Kant (*sein/sollen*⁹) parte de uma distinção entre ser (natureza, que é demonstrável e obedece a uma relação de causalidade – juízos de realidade) e dever ser (relacionado com a sociedade – juízos de valor).

⁵ Cf. BETTI, Emílio. **Enciclopedia Del Diritto**. verbete *Dovere Giuridico*. Milano: Giuffré, v.14, 1965, p. 56.

⁶ Cf. *Ibidem*, para quem na distinção afirmada por Thomasius, entre *forum externum* e *forum internum*, o Direito não perquire a intenção.

⁷ A separação conceitual entre dever jurídico e moral se dá a partir da influência empirista de Locke (1632-1704), em sua principal obra, **Two Treatises of Government** (1689), parte da idéia de estado natural do homem, no qual imperam liberdades e igualdades absolutas. Os homens se associam e formam a sociedade civil, cujo domínio corresponde à maioria. O Estado se justifica nesse direito de domínio. Se o príncipe não cumpre o seu dever, o povo pode depô-lo. Cf. FISCHBACH, Oskar. **Teoria General del Estado**. 4.ed. Barcelona: Labor, 1949, p. 22.

⁸ SCHREIBER, Hans Ludwig, in *Der Begriff der Rechtspflicht*, apud SOLON, Ari Marcelo. **Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 41.

⁹ Ser e dever ser.

Com efeito, na **Introdução à Metafísica dos Costumes**, Kant refere¹⁰:

As Leis da Liberdade, diferentemente das Leis da Natureza, são Leis morais. Na medida em que referem a ações externas e sua legalidade, são chamadas de jurídicas, mas, se também exigirem que, enquanto Leis, sejam elas mesmas os Princípios de uma determinação de nossas ações, são éticas. A concordância de uma ação com as Leis Jurídicas é sua Legalidade, a concordância de uma ação com as Leis éticas é sua Moralidade.

Essa perspectiva encontra-se consagrada na obra “Teoria Pura do Direito” escrita por Hans Kelsen¹¹, evidenciando este dualismo metodológico, estabelecendo então oposições, tais como natureza e sociedade, ser e dever ser, ato e significação jurídica, realidade e valor, ciências da natureza às ciências do espírito, causalidade e imputação, direito e moral e direito positivo e direito natural.

Com fundamento em Kant, Kelsen postula essa pureza racional (apriorística), onde o dever ser estabelece uma relação lógica, porquanto a conduta contrária ao prescrito na norma é o antecedente necessário para a imputação da consequência prevista. Para Kelsen, os conceitos de “bom” e “mau” advêm da moral cristã ou da emoção, desejo de alguém. Não se trata, pois, de dar “bravo” ou “vaiar” a norma; o seu fim é objetivo, é um fim que deve ser realizado em correspondência com ela¹².

Assim, as regras jurídicas seriam imperativos condicionais, como proposto por English, na forma lógica (se a, logo b), distinguindo entre prótase (contendo os pressupostos, de cuja verificação depende o imperativo) e apódose (o próprio imperativo, hipótese legal e consequência jurídica). Tudo aquilo que se refere à hipótese legal está conectado a um dever ser (*sollen*) e a uma consequência jurídica; tudo aquilo que determina o conteúdo deste *dever ser*¹³.

As consequências jurídicas vinculadas a uma hipótese legal consistem em direitos (poderes jurídicos) e deveres, de sorte que passam a ser reconhecidos como jurídicos, pois estão previstos nas regras de direito (imperativos). A partir

¹⁰ KANT, Immanuel. Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. in: MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 238.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Reflexão importante sobre Kelsen, na literatura jurídica brasileira, em ROCHA, Leonel Severo. A Institucionalização do Republicanismo no Brasil: O papel de Rui Barbosa na Constituição de 1981. In: GOMES CANOTILHO, J.J.; STRECK, Lênio Luiz (coord). **Entre Discursos e Culturas Jurídicas**. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 293.

¹² KELSEN, HANS, *Op.cit.* 1987, p. 21.

¹³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8.ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 85.

desse entendimento, a norma jurídica, cujo conteúdo é um dever, possui o sentido de um dever ser da conduta humana, vinculado através do conceito de "valor".

Sem prejuízo dessa distinção, a regra moral ainda afastada do Direito não poderá estar totalmente auto-referenciada, porquanto se trata de fenômeno antropológico, objetivamente demonstrável e, pois, um fenômeno da cultura. Dessa maneira, ela depende sempre de um aprendizado, sendo, nesta medida, imposta do exterior¹⁴.

Com efeito, na sociedade precedente à modernidade, a "liberdade de consciência" era uma característica transcendental do agir humano, pressuposto do juízo moral. Contudo, na sociedade moderna esta ideia não parece mais ser sustentada, especialmente se considerada a atuação judicial, onde a possibilidade de adotar ou refutar os comandos da moral é dado de acordo com a sociedade.

Segundo Corsi¹⁵, com o advento da diferenciação funcional na modernidade, a sociedade altera muito das suas características e, desta forma, paradoxalmente, as melhores intenções podem ter consequências ruins. A ética, neste sentido, passa a ser valorada como uma reflexão imprescindível sobre a moral, reconhecendo, também, ao Direito um conteúdo ético mínimo, abordagem que resgata o influxo da ética no campo jurídico¹⁶.

Diálogo e abertura para o mundo passam a ser exigências do Direito, que se concretizam no processo a partir de valores a ele relacionados, tais como justiça, paz social, segurança e efetividade, re-construídos e reivindicados em cada contexto histórico.

¹⁴ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

¹⁵ BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhman in Glossário**. Milano: Franco Angeli, 1996, p. 159.

¹⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Direito e Moral**. Trad Paulo Gilberto Cogo Leivas. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 118-120, os positivistas defendem a estrita separação entre direito e moral, desde que o direito possui conteúdo diverso do primado da Justiça, enquanto os não positivistas rejeitam esta separação absoluta. A partir deste confronto, ALEXI deferência três problemas da relação entre direito e moral: o problema do abarcamento; o problema da limitação e o problema da fundamentação. O problema do abarcamento diz com a estrutura aberta do direito, de sorte que alguns casos são decididos em virtude de fundamentos morais. Os fundamentos jurídico-positivos respondem a questões práticas e por isso devem considerar a tradição e princípios de justiça. O problema da limitação traz a formulação de uma questão: se a injustiça gritante elimina a validade jurídica ou o caráter do direito, conforme elaborado por Hart, ao tratar a fórmula celebre de Radbruch, que levou a uma retroatividade em direito penal, aplicada pelos alemães após a repressão ao nacional-fascismo, dando primazia à justiça material ante a segurança jurídica, um limite moral extremo no direito. O problema da fundamentação trata da questão da existência de uma obrigação moral de todos os destinatários do sistema jurídico de obedecer o direito somente porque é o direito, de sorte que a moral oferece uma fundamentação ao direito.

Tais referências obrigam a pensar a noção de dever processual como um problema, fundando esse saber na experiência jurídica concreta, no caso o do dever no processo civil, integrando a ética ao discurso jurídico processual.

Em outros termos, o direito está conectado à moral, não se prescindindo, conforme o termo empregado por Apel, de uma ética da responsabilidade, especialmente a obrigação de uma estratégia fixada em longo prazo com o objetivo de “uma aproximação às condições ideais discursivas-consensuais na solução de conflitos”¹⁷ (no caso do processo civil, de colaboração e participação de todos os sujeitos processuais).

O DEVER NO PROCESSO CIVIL

O estudo do dever processual implica a adoção de um ponto de partida, qual seja, o de sua inserção no sistema processual civil, porquanto, no contexto do ordenamento¹⁸ o fenômeno jurídico encontra uma ampliação de seus elementos constitutivos.

Assim, ao utilizarmos a palavra *processo* e o seu atributo *civil* (que exprime a contraposição a outros processos, especialmente o penal)¹⁹, estamos referindo normas jurídicas, encontradas preponderantemente em Códigos de Processo Civil, descrevendo e disciplinando determinados comportamentos, qualificando-os de devidos, lícitos ou idôneos a produzir determinados efeitos jurídicos e assim atribuindo ao sujeito de tais comportamentos as situações de dever, ônus, faculdade e poder.

Neste sentido, preconiza Guimarães Ribeiro a necessidade de analisar a estrutura técnica da norma em cada caso, pois cada comportamento processual

¹⁷ APEL, Karl-Otto. **Ética e Responsabilidade**. Trad. Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 2007, p. 206.

¹⁸ Ver BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Santos. 4.ed. Brasília: Edunb, 1994, p. 28. Bobbio ao responder a pergunta *o que se entende por norma jurídica* amplia o campo da pesquisa, colocando uma nova questão *o que se entende por ordenamento jurídico*, porquanto somente a esta segunda pergunta se consegue dar uma resposta sensata.

¹⁹ Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: ClassicBook, v. I, 2000, p. 389, para quem o processo se chama civil em oposição ao processo penal, que pretende o acerto judicial, mediante a realização da responsabilidade penal. Para WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: EJE, v.2, 1977, p. 04, a jurisdição civil é o poder estatal aplicado a conservar o ordenamento jurídico civil. Trata-se de um conceito obtido por exclusão, pois a expressão civil refere o que não é da esfera penal. Ver, ainda, CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 07, para quem a jurisdição civil é exercida em face de pretensões não penais, com finalidade reparatória (lato senso) ou de resguardo do direito violado ou ameaçado.

recebe qualificação jurídica diversa das demais, podendo gerar, por exemplo, um dever ou um ônus²⁰.

A partir deste entendimento, a norma jurídica processual (dever, ônus, poder ou faculdade) possui o sentido de um dever ser da conduta processual, que valora todo e qualquer ato processual, inclusive o do juiz, termo a seguir explicitado.

JUIZ: UM TERMO E SEUS SIGNIFICADOS

Entende-se por juiz, conforme a definição ampla de Musso, uma pessoa ou colégio de pessoas a quem compete a resolução de uma controvérsia, mediante uma decisão dotada de força jurídica. Em sentido estrito, concentrando a análise a partir do ordenamento estatal, o juiz é aquele que se encontra na condição institucional de uma específica função jurisdicional, pertencente à organização judiciária do Estado²¹.

Este modelo institucional, legitimando a atuação pública dos juízes, encontra-se consagrado na Constituição do Brasil, como um corolário da garantia do juiz natural, ao dizer que "não haverá juízo ou tribunal de exceção", e que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5º, XXXVII e LIII).

O artigo 92 da Constituição nomeia os órgãos do Poder Judiciário:

I. O Supremo Tribunal Federal; II. O Superior Tribunal de Justiça; III. Os tribunais regionais federais e juízes federais; IV. Os tribunais e juízes do trabalho; V. Os tribunais e juízes eleitorais; VI. Os tribunais e juízes militares; VII. Os tribunais e juízes dos estados e do Distrito Federal e territórios.

Dentre as características básicas da atuação jurisdicional, Athos Gusmão de Carneiro arrola as seguintes²²:

- a atuação do juiz é uma “atividade provocada”, pois não há jurisdição sem ação (*Nemo iudex sine actore*);
- a atuação do juiz é “atividade pública”, pois integra o Poder Judiciário, posto amplamente a disposição das partes (CF, artigo 5º, XXXV);

²⁰ GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 128.

²¹ MUSSO, Enrico Spagna. **Enciclopedia del Diritto**. Verbete *Giudice*. Itália: Giuffrè, 1969, p. 931.

²² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op.cit.* 1997, p. 07+14.

- a atuação do juiz exige imparcialidade no exercício da jurisdição;
- a atuação do juiz decorre da natureza indeclinável da jurisdição, a ser exercida pelo “juiz natural”, de sorte que a sentença proferida por quem não for juiz é inexistente como ato jurídico. Neste sentido, o artigo 126 do CPC: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridades na lei (...)”, estabelecendo o dever judicial de julgar.
- os juízes exercem jurisdição na medida de sua competência e mediante um contraditório regular, obedecidos os ritos, formas e garantias previstas na lei processual;
- a autoridade da “coisa julgada material” é atributo específico da jurisdição, pois sua eficácia projeta-se fora do processo em que tal sentença foi proferida.

O Código de Processo Civil utiliza o termo juiz no seu sentido amplo como sujeito a quem incumbe a atividade jurisdicional. A Constituição do Brasil afirma também que o Estado serve à sociedade²³, evitando-se assim uma perspectiva estatista²⁴, que remonta a uma tradição positivista, no sentido de que o fim da sociedade é o Estado²⁵.

A partir deste entendimento, poder e dever representam, de forma irreduzível, uma situação jurídica primordial da conduta do juiz. Na situação jurídica²⁶ de dever, a conduta do juiz é qualificada no contexto de uma valoração, cuja transgressão priva o ato de consequência.

Tem-se assim uma noção do termo juiz e sua relação com os deveres, a ser desenvolvido neste trabalho, cujas referências teóricas são a seguir declinadas.

²³ Por isso a Constituição do Brasil assegura em seu art. 1º e parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”.

²⁴ Exemplo de uma visão estatista é a seguinte afirmação de GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, n. 8, out/dez 2008: “no estado democrático de direito o judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal”.

²⁵ Na perspectiva histórica do constitucionalismo ver ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. 3.ed. Madrid: Trotta, 1999.

²⁶ Cf. CORDERO, Franco. **Novissimo Digesto Italiano**. Itália: Torinese, 1968, p. 882. Para este Autor, a situação jurídica representa o título sob a base a qual é qualificado, em concreto, o comportamento daquele, a quem é imputado. É sempre um instrumento graças ao qual se extrai a regra do caso simples.

SOBRE AS REFERÊNCIAS TEÓRICAS

As referências teóricas apresentadas neste trabalho são aquelas suscetíveis de valorizar o processo como forma específica de interconexão normativa entre os atos que o compõem²⁷, realizados em contraditório²⁸.

Partimos da concepção objetiva de processo de Fazzalari, para quem a função jurisdicional é caracterizada por um dever, especificamente o de gerir os meios necessários e suficientes para obter a cessação da conduta contrária a uma norma por parte do membro da sociedade (sujeito público ou privado), e dar lugar, diretamente ou mediante subrogação, a uma conduta *lato sensu*, restituidora da ordem jurídica²⁹.

Este dever fundamental do Estado, realizado por juízes, visa tutelar um interesse público fundamental, o de assegurar a observância das leis e de tutelar os direitos. O *locus* no qual se desenvolve esta atuação é o processo, como sustenta Fazzalari³⁰:

Tudo isso considerado, constatamos que o direito público não se limita a disciplinar o ato, por assim dizer, final, isto é, não se limita a disciplinar uma determinada “fattispecie”, a qual estão ligados determinados “efeitos” (por exemplo, a autorização dada pela administração pública a um privado), mas também disciplina toda uma série de atividades preparatórias daquele ato (isso porque se exige a possibilidade de poder conhecer e controlar o meio pelo qual o órgão público tenha se decidido a realizá-lo).

²⁷ Vários autores italianos trabalham nesta perspectiva, com destaque, CORDERO, Franco. *Op.cit.* 1956; CORDERO, Franco. *Op.cit.*, 1968a e PICARDI, Nicola. **La Successione Processuale, I. Oggetto e Limiti**. Milano: Giuffré, 1964; GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. **Responsabilità del Giudice**. Milano: Giuffré, 1995; PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 2008.

²⁸ Especialmente FAZZALARI, Elio. **Note in Tema de Diritto e Processo**. Milano: Dott. A Giuffré, 1957; FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. No Brasil, destacam-se GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo**. Curitiba: Genesis, n. 27, 2003; GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 e GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. *Op.cit.*, 1998; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, LEAL, Rosemíro Pereira Leal. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999 entre outros.

²⁹ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 2006, p.28 e 29.

³⁰ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 2006, p.32.

O provimento judicial constitui, assim, a conclusão de um procedimento realizado em contraditório, cuja validade e/ou eficácia é reconhecida, quando precedido por uma série de condutas estabelecidas pela lei, dentre as quais se destacam os deveres processuais do juiz, objeto desta pesquisa.

Outrossim, o dever processual do juiz, na concepção apresentada neste trabalho, extrapola os limites da participação no procedimento, sendo necessária seja legitimado o procedimento mediante a concretização dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, a pesquisa sustenta-se na análise de categoria utilizada por Pontes de Miranda, para qualificar as normas de direito internacional privado, e adotada por Darci Guimarães Ribeiro, para quem o dever contido no processo civil também é uma norma de sobredireito, no sentido de assegurar que todo ato processual será realizado em consonância com a norma que contém o dever processual³¹.

Por fim, a preocupação com o controle interno do processo tem sua principal referência em Picardi, para quem não é tão importante o poder e suas formas de legitimação, quanto o controle do exercício desse poder, impondo uma adequada organização das instituições e compreendendo o juiz e a jurisdição, instituição de garantia por excelência, que corresponde a uma vocação do nosso tempo³².

MÉTODO DE PESQUISA

O método de pesquisa será o hermenêutico-fenomenológico. Invoca-se o fenomenológico³³ para compreender um específico fenômeno processual, estudado a partir das normas do processo civil brasileiro, disciplinadoras dos deveres dirigidos ao Juiz.

Por outro lado, o método fenomenológico não postula a especulação de conceitos e sim investigar determinado objeto relacionado à realidade jurídica, seu desenvolvimento e aplicação, v.g, a compreensão do significado do recente projeto

³¹ GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. *Op.cit.* 2010, p. 121.

³² PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 2008.

³³ Cf. LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. Trad. Fátima Sá Correia e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 397 e s., trata-se do estudo descritivo de um conjunto de fenômenos, tal como eles se manifestam no espaço e no tempo, por oposição às leis abstratas, que é realidade transcendente. Diz-se também do método husserliano, utilizado para descrever aquilo que se pode ver ao adotar certa maneira de olhar.

do Código de Processo Civil e a consideração ao posicionamento da jurisprudência pátria.

Na perspectiva do método hermenêutico³⁴, o processo civil brasileiro expressa determinada realidade jurídica construída e apresentada sob a forma de uma modelagem constitucional-processual, no pertinente à aplicação do direito, cujo conteúdo reflete a cultura e a correlação das forças sociais e econômicas, existentes no Brasil.

Outrossim, a abordagem privilegia uma perspectiva constitucional do processo, visando a aplicação dos institutos do direito processual em consonância com os postulados de ordem constitucional.

Pretende-se, pois, a partir deste método fenomênico-hermenêutico, explicitar o dever processual do juiz, o que exige sempre a busca de relações e conexões internas, a partir da correspondência do dever processual com os fundamentos constitucionais, o modo de existência³⁵ e o contexto que lhe dá significado, dentro da norma e da experiência vivida pelos Tribunais.

Tem-se assim uma perspectiva que, como pretende Morin, parte do pressuposto de que vivemos em uma era planetária, não sendo possível refletir sobre ela sem um pensamento complexo e não fragmentado, pois nenhum sistema ensina sobre como viver na incerteza³⁶. Desta sorte, os problemas fundamentais são invisíveis por causa da sua fragmentação, exigindo, pois, uma atitude superadora, capaz de contemplar a totalidade e realizar um diálogo entre as ciências humanas.

Neste sentido, muito além de uma definição estrita de dever processual do juiz, consistente na imposição ao Juiz, pela norma jurídica, de uma conduta determinada, prevista sanção para o seu descumprimento³⁷; almeja-se uma

³⁴ Cf. GADAMER, Hans Georg, **Verdade e Método**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 44 e s., os conceitos nunca são dados univocamente, não prescindindo de uma complementação produtiva. Por meio da hermenêutica é que se torna possível promover a concreção do Direito. Assim, nosso saber acerca do Direito será sempre determinado produtivamente, *in concreto*, momento integrante de toda compreensão.

³⁵ No **Tractatus Lógico-Filosófico** (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008), Wittgenstein apresenta sua teoria da verdade como correspondência, segundo a qual para sabermos se uma proposição (figura) é verdadeira ou falsa, precisamos compará-la com a realidade: *De acordo ou desacordo de seu sentido com a realidade consiste sua verdade ou falsidade. Para reconhecer-se se a figura é verdadeira ou falsa, devemos nós compará-la com a realidade (2.222-2.223)*

³⁶ MORIN, Edgar. **O Método 6: Ética**. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 111.

³⁷ Cf. WARAT, Luis Alberto. **A Definição Jurídica**. Porto Alegre: Atrium, 1977, p. 29, que a denomina técnica clássica de definição, que vem desde Aristóteles, onde se estabelece o gênero próximo (dever) e a diferença específica (dirigido ao juiz). A utilização dessa técnica é compatível com termos de propriedades complexas, passíveis de serem reduzidos a propriedades mais simples.

compreensão da norma da sua aplicação pelos Tribunais e do seu tratamento pela doutrina processualística, tudo posto em diálogo com outras vertentes das ciências humanas (filosofia, psicologia, antropologia, sociologia, economia etc.).

OS DEVERES PROCESSUAIS DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Nossa primeira tarefa, neste estudo, será a de investigar, logicamente, a categoria jurídica do dever processual, buscando o seu conteúdo (configuração), no desenvolvimento interno do processo. Igualmente, serão suscitadas indagações sobre os seus fundamentos constitucionais e processuais, integrados numa síntese sistemática.

Num segundo momento, serão apresentadas as questões envolvendo o dever do magistrado, no sistema de Processo Civil brasileiro, a sua exigência sob o Estado democrático de direito e as consequências da sua não observância.

Tal abordagem insere-se na preocupação crescente, nas últimas décadas, sobre o papel da jurisdição, abrangendo uma abertura ética no processo civil. A pesquisa, pois, busca atender a exigência de desenvolvimento de uma experiência republicana³⁸, a partir de um alargamento de mentalidade, apto a realizar a análise e a compreensão da função do processo civil para a estabilidade democrática constitucional³⁹.

A importância dessa abordagem demonstra-se quando da crítica a uma atuação sem controle, por parte dos juízes e tribunais, pois o Estado Democrático de Direito impõe sejam conhecidos os fundamentos das decisões dos juízes, o porquê

³⁸ A formação da cultura política brasileira tem sido caracterizada como elitista, autoritária e estatista. Ver SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986, p. 45, para quem o privatismo brasileiro não teve jardim, pela pobreza de certas casas e tampouco uma praça para o povo, um reflexo do período colonial, perdurando ainda hoje um personalismo no nosso espaço público. No mesmo sentido, FAORO, Raimundo. **Os Donos do Poder**, Para Raimundo Faoro o patrimonialismo, como organização política básica, é uma forma burocrática, não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas como apropriação do cargo. A administração local é autônoma para pequenas obras e a sociedade criará uma dependência passiva, morta, estrangulada. Ver, ainda, RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A Formação e o Sentido do Brasil**. São Paulo: Vozes, 1995, p. 452, que irá identificar as raízes do atraso brasileiro no modo de organização da sociedade, pois, o que houve, e o que há, é *uma massa de trabalhadores explorada, humilhada e ofendida por uma minoria dominante, espantosamente eficaz na formulação e manutenção de seu próprio projeto de prosperidade, sempre, sempre pronta a esmagar qualquer ameaça de reforma da ordem social vigente*

³⁹ Cf. BAQUERO, Marcelo; CASTRO, Henrique. **Condicionantes da Consolidação Democrática**. Porto Alegre: UFRGS, 1996, p. 30, a democracia como conteúdo, meio de conquistar justiça social e forma, conjunto de procedimentos para tomada de decisões.

das suas decisões. O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, exige uma reflexão profunda acerca das questões envolvendo a atuação jurisdicional⁴⁰.

Desta sorte, há comportamentos e condutas dos próprios juízes exigíveis perante os tribunais e a solução encontra-se no caráter público de sua atividade, com normas dirigidas ao processo, exercendo as partes controle dessa atuação, mediante a observância da conformação dos atos com as normas de estrutura e funcionamento deste poder.

Passemos, pois, a estudar como o processo conecta-se com a categoria jurídica do dever⁴¹, centrando a análise no movimento interno do próprio fenômeno.

⁴⁰ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Op.cit.*, 2005, p. 51.

⁴¹ PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 1964, p.23. O eminente processualista italiano acentua ser imprescindível o conhecimento da teoria geral do processo para análise da estrutura do processo e das posições subjetivas.

1 A NOÇÃO DE DEVER PROCESSUAL: CONFIGURAÇÃO INTERNA, FUNDAMENTOS E AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO COMO CONTROLE INTERNO DA JURISDIÇÃO

1.1 EM BUSCA DA NOÇÃO DE DEVER

A origem da expressão dever é encontrada na antiguidade clássica, formulada pelos filósofos, especificamente os estóicos⁴², considerada uma corrente filosófica voluntarista. Assim sendo, para esses pensadores, o dever é identificado como virtude e esta, por sua vez, como um valor absoluto. É a virtude, e não o prazer, que nos traz a felicidade, exigindo do homem um agir de acordo com a natureza⁴³.

De acordo com Comte-Sponville, da categoria *dever* decorre uma noção cosmopolita e racionalista, onde "a razão, que faz de nós seres razoáveis, nos é comum"⁴⁴.

Na Antiguidade, portanto, o dever consistia em viver segundo a natureza, conforme a razão, porque o homem vive em comunidade e deve ser útil, cumprindo destarte com o seu dever, junto a sua própria e a felicidade do outro⁴⁵.

No contexto jurídico grego, assinala Giuliani e Picardi, fundamentado na ideia de igualdade, que permeia toda a democracia grega, ninguém é imune do dever de prestar contas da sua função pública ou do modo como exercita a atividade pública⁴⁶.

O dever do magistrado estava relacionado à ordem isonômica do processo, onde o contraditório – instrumento de busca da verdade – constitui a estrutura da

⁴² Escola fundada por Zenão de Cicio, renovada por Crisipo e prolongada por Sêneca, Epiteto e Marco Aurélio, Seu nome vem do lugar em que Zenão ensinava (um pórtico: *stoa*). Os estóicos pretendiam ser discípulos de Sócrates e dos cínicos, cujo ensino sistematizavam (COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 214).

⁴³ Cf.. COMTE-SPONVILLE, André. *Op.cit.*, p. 215, para quem o moralismo dos estóicos é, assim, o oposto do hedonismo epicurista. São os dois racionalistas. Mas a razão estóica não se contenta com explicar, ela julga, comanda, ela governa tanto o sábio como o mundo.

⁴⁴ Idem, p. 214.

⁴⁵ Cf. BETTI, Emílio. *Op.cit.*, 1965, p. 53.

⁴⁶ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 1995, p. 05-08.

forma *probandi*. Ademais, na antiguidade grega, há uma série de controles pelo povo, possibilitando ao cidadão discutir a responsabilidade do magistrado, obrigando-o a prestar contas da sua atuação, assim, também, na arbitragem, uma forma de justiça primordial, onde o árbitro dispunha de uma notável liberdade de decisão, mas submetida a uma pesada responsabilidade.

Mesmo após um processo de evolução, quando encontramos um árbitro público, colaborador do magistrado, uma espécie de juiz conciliador, a sua autoridade está fundada no consenso. O modelo do árbitro era o do homem prudente, capaz de realizar o diálogo entre a ética e a técnica ou a lógica da decisão⁴⁷.

A filosofia grega, por outro lado, não agasalha o *primado da obediência*, pois o magistrado tem o dever de resistência a uma ordem ou a um decreto injusto. Na constituição dos atenienses há uma instituição denominada *epheisis*, faculdade do cidadão de recorrer ao tribunal contra decisão dos magistrados⁴⁸.

Na sociedade romana (período clássico), o dever também possui natureza ética, com o sentido de *officium*, importante para o convívio social, assegurando uma constante conexão com o costume e a moral⁴⁹, tornando-se relevante também para o Direito.

Se no pensamento grego o dever estava ligado a uma concepção de cidadania, permeando todos os aspectos da vida social (política), na sociedade romana, o *officium* adquire o conteúdo de dever de assistência. Porém não se esgota nessa expressão; ele contempla uma esfera pública, formada por um complexo de deveres de incumbência, organizados na tarefa de proteção e de responsabilidade no interesse dos particulares e da sociedade por inteiro, sob a forma de *res publica*.

Desde esta perspectiva do *officium*, informa Betti existir uma gama de relações de direito privado, tais como tutela, mandato, procuração, de sorte a formar, na sociedade, uma rede de princípios de confiança devida de pessoa a pessoa (*fides*) e de um conseqüente empenho de cooperação. Daí decorre, igualmente, os

⁴⁷ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *Op.cit.* 1995, p. 04-08.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cf. BETTI, Emílio. *Op.cit.*, 1965, p. 53, para quem da elaboração da doutrina estoíca é que surge a palavra *officium* relacionada a *opus facere*. Cícero é que traduz o termo.

pontos de vista do *officia*, sob o qual vem considerado o caráter público dos *magistratus*, eleitos pelo povo, que lhes confia a gestão da coisa pública⁵⁰. Neste sentido, o exercício do poder não está relacionado a um juízo de conveniência particular, mas se constitui em dever qualificado pela função desempenhada.

A concepção segundo a qual a razão governa a vontade, presente nos romanos, passa à idade média⁵¹ e, conforme desenvolvido por Hattenhauer, ofício e estado eram idênticos, conceitos dados por Deus, de maneira que o indivíduo deveria provar seu valor no estado em que Deus o havia destinado⁵².

O dever perante Deus, no entanto, difere daquele dever perante os deuses da antiguidade⁵³, onde existiam os mitos nos quais o homem deve ser capaz de obedecer às leis impostas pelos superiores para servir aos deuses, escolhendo entre um comportamento não prejudicial nem a si nem ao outro.

Com a religião monoteísta, o homem ocupa o lugar mais importante na natureza. Ele não teme mais a Deus, ele é seu filho, dotado de uma consciência moral, devendo ser responsabilizado pelos seus próprios atos⁵⁴.

Assim eram colocados símbolos religiosos defronte os olhos do juiz, para fazê-lo recordar da ética da sua função, especialmente o fato de o julgamento final estar reservado a Deus⁵⁵.

A possibilidade do juiz não ser responsável pelos seus atos perante as partes nasce com o jusnaturalismo moderno, que elimina os resíduos da responsabilidade profissional que o direito romano comum havia elaborado, sob a base da classificação romanística dos *quase delicta*⁵⁶.

⁵⁰ BETTI, Emílio. *Op.cit.*, 1965, p. 53. BETTI, ainda refere que, no plano das obrigações, o dever se encontra na romana “bonna fides”, pois na relação contratual se exige um empenho de colaboração.

⁵¹ Terminologia inventada por Petrarca e os humanistas italianos do século XIV – *medius tempus*. Esta divisão ternária da história, presente em Voltaire (antiguidade, idade media, tempos modernos), buscava identificar o triunfo de uma civilização refinada. Posteriormente, tornou-se um termo técnico mais neutro. Cf. LE GOFF, Jacques et al. **Dicionário Temático do Ocidente Medieval**, verbete *idade media*. São Paulo: Edusc, 1999, p. 537.

⁵² HATTENHAUER, Hans. **Los fundamentos historico-ideologicos del derecho aleman**. Trad. Miguel Macias-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981, p. 24.

⁵³ Cf. BORNHEIM, Gerd A. **Os Filósofos Pré-socráticos**. 15.ed. São Paulo: Cultrix, 1997, p. 10, os deuses gregos são reconhecidos em sua presença puramente natural na ordem do mundo, existem assim como existem as plantas, as pedras, o amor, os homens, o riso, o choro, a justiça.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ GARAPON, Antoine. **Bem Julgar Ensaio sobre o Ritual Judiciário**. Trad. Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Piaget, p. 28.

⁵⁶ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 1995, p. 10.

No século XVI, rompendo com o *ordo iudiciarius medioevalis*, os deveres do juiz possuem apenas finalidade profissional, a partir da subordinação do juiz ao soberano. O novo modelo é concebido como um fenômeno burocrático, onde a educação jurídica, voltada para a formação de funcionários, comporta que o conhecimento do Direito, de parte do juiz, é presumido⁵⁷.

A doutrina da responsabilidade do juiz pressupõe a fratura da conduta e a patologia da decisão. É um princípio fundamental do direito natural que não há responsabilidade sem dever, mas um sistema de deveres está fundado somente nos deveres de obediência e de lealdade no confronto com o soberano⁵⁸.

Trata-se de uma ordem assimétrica, sintetizada como um ideal leibniziano do juiz, concebido como *advocatus partium generalis*. O juiz somente é responsável perante o soberano⁵⁹.

Já o iluminismo⁶⁰ foi pleno na crença da humanidade em si mesma, sendo os deveres impostos pelo próprio homem, cuja natureza é, na essência, boa. Num Estado livre, conforme prescreve Montesquieu⁶¹, o dever do juiz é de atuar de tal forma que suas decisões não sejam mais do que um texto exato da lei, pois se fosse uma opinião particular do juiz, viver-se-ia numa sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.

Esta valorização do momento da autoridade acaba por reforçar a justificação da teoria do juiz como destinatário da norma, consagrado no positivismo jurídico. Os deveres do juiz representam um pressuposto necessário da sua condição de funcionário⁶².

A revolução francesa, que teve inspiração iluminista, foi a primeira a definir a liberdade, a igualdade e a fraternidade não como um desejo, mas um dever de todos os homens, que vivem em harmonia com a sociedade. Tal postulado, contudo, pretendia ser uma ruptura com o passado, erigindo tais primados a uma condição de universalidade, desprovida de história, tendo a razão como verdade.

⁵⁷ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 1995, p. 14

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Idem*, p. 15.

⁶⁰ O termo iluminismo indica um movimento de idéias que se desenvolve especialmente no século XVIII, denominado por isso "século das luzes", com o objetivo de difundir o uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos. Identificam a natureza com Deus, não só como um necessidade de oposição às religiões históricas, mas uma necessidade de proclamar a tolerância. Cf. BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 12.ed. Brasília: UnB, 1999, p. 605 e s., verbete *iluminismo*

⁶¹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**, Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 158.

⁶² GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 1995, p. 18.

No século XX, a noção de dever foi permeada pelo estudo da psicanálise, onde preponderam as influências de Freud e Lacan⁶³, valorizando o poder do *ego*, atribuindo ao homem a plena responsabilidade de suas ações, sendo as exigências morais perante terceiros, exigências perante si mesmo.

No contexto do processo civil, a noção de dever adquire importância a partir de polêmicas travadas em dois países (Alemanha e França), especialmente a ideia de que o judiciário encontrava-se rigidamente burocratizado. A radicalização deste propósito, por sua vez, é postulada pela escola de direito livre, onde a proteção à subjetividade do juiz está fundamentada suficientemente no sistema de recursos⁶⁴.

De qualquer sorte, no direito processual moderno há uma maior liberdade do juiz, ampliando os seus poderes processuais, especialmente para a investigação probatória⁶⁵. Em contrapartida, surge uma preocupação correlata sobre os deveres do juiz, decorrente do controle da celeridade processual, do regular e leal desenvolvimento processual.

Assim, torna-se necessidade de distinguir e analisar a recíproca influência entre normas, poderes e deveres, correspondentes à estrutura interna do processo⁶⁶.

⁶³ Jacques Lacan (1901-1981), membro da Sociedade Psicanalítica de Paris (SPP), é excluído de seus quadros por sua prática clínica discordante, traçando novas vias para a formação psicanalítica. Dois enunciados correlativos podem resumir sua contribuição teórica inicial: “o inconsciente é o discurso do Outro” e “o inconsciente é estruturado como uma linguagem”. Ver **Lacan, Você Conhece?**. Palestras do Encontro Jacques Lacan. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Cultura, 1992.

⁶⁴ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 1995, p. 19.

⁶⁵ Conforme preconiza ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op.cit.*, 1997, p. 69 e s., a importância decisiva do advento da codificação austríaca de 1895, especialmente a contribuição de Franz Klein, onde, centrado na coletividade e na rápida solução do litígio, o juiz passa a estabelecer uma relação direta com as partes e as provas.

⁶⁶ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op.cit.*, 2008, p. 116.

1.2 OS ELEMENTOS INTEGRANTES DO CONTEÚDO DO PROCESSO (PODER, FACULDADES, ÔNUS E DEVER)

A noção de dever processual remete, preliminarmente, ao conhecimento do processo civil e do seu conteúdo interno. Convém destacar que, historicamente, o processo esteve sujeito a uma dupla consideração. De um lado, como relação jurídica, como totalidade das relações engendradas entre o Juiz e as partes e de outro, como procedimento, com a finalidade de obter tutela jurídica judicial.

Esta dicotomia restou superada, pois tanto um como o outro integram a noção de processo, regulado pelas normas processuais, dinamizadas pela atuação das partes e do Juiz.

Com efeito, os entendimentos teóricos designando o processo como um complexo de direitos e deveres, integrantes da relação jurídica processual existente, em princípio, entre o Juiz e as partes, foi simplificado por Guasp em três esquemas diversos: a) como direitos e deveres do Juiz frente às partes e das partes perante o Juiz e entre si, considerando como deveres o comparecimento ao Juízo, a obrigação de decidir etc.; b) como deveres e direitos do Juiz frente às partes e somente das partes frente ao Juiz; c) como direitos e deveres das partes entre si, no sentido inverso da configuração anterior⁶⁷.

Esse posicionamento, ainda conforme o mesmo autor, não se mostrou adequado, desde o ponto de vista processual, pois não existiriam verdadeiros direitos e deveres entre os sujeitos, já que o dever do Juiz, de conhecer a demanda, e de decidir sobre ela, é de caráter público, não correspondendo ao conceito de obrigação. Além disso, as partes estão sujeitas a certos ônus⁶⁸.

Outro grande processualista, Calamandrei⁶⁹, é adepto da ideia de que o processo comporta o cumprimento de atos que se sucedem; um *ordenado alternar de três pessoas (actus trium personarum)*, tendo cada um dos personagens sua atuação e *fala* no momento adequado.

⁶⁷ GUASP, Jaime. *Op.cit.*, 1948, p. 20.

⁶⁸ *Idem*, p. 21.

⁶⁹ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Trad. Luiz Abezia e Drina Barbery. Campinas: Bookseller, v. 2, 1999, p. 225.

Estabelece, mediante uma consideração de ordem psicológica, comparação com o jogo de xadrez, onde os jogadores movimentam suas peças, devendo saber o que é mais apropriado ao seu interesse. Contudo, Calamandrei⁷⁰ reconhece que o processo não se esgota na alternância de atuações das partes, numa ordem cronologicamente pré-estabelecida, afirmando a existência de um *nexo psicológico*, característico desta dialética.

Esse conteúdo alcança os sujeitos da relação, constituindo verdadeiro estímulo para o ato processual seguinte. Quando um dos sujeitos atua, altera a situação processual anterior, criando possibilidades, cujas motivações psicológicas podem resultar decisivas para a finalidade do processo, interferindo nos destinos das pessoas.

A luz de uma perspectiva crítica, poder-se-ia definir este posicionamento como sendo de certo romantismo, pois a parte mais astuciosa é a que deve ter sucesso no processo: um bom jogador de xadrez, utilizando a sua astúcia é vitorioso⁷¹, sem levar em consideração valores, algo impossível no mundo do Direito.

Já Goldschmidt concebe o processo como situação jurídica, onde reconhece importantes figuras processuais, afirmando também a existência de deveres processuais, v.g., as partes estão sujeitas ao dever de não mentir, dever este de natureza jurídica e não apenas moral.

O grande aporte dessa doutrina, que considera o processo como uma situação jurídica, é o do entendimento dinâmico de que o processo se resolve num complexo de expectativas, cargas e possibilidades, e não em deveres e direitos. Trata-se de uma dialética a evidenciar forças psicológicas em disputa, de maneira que, em concreto, o processo é visto no contexto do movimento dos sujeitos inseridos na disputa judicial, suas expectativas, estímulos, vitórias e perdas⁷².

⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.*, 1999, p. 225. O Autor vê o processo como situação jurídica mutável, caracterizado pela sua posição dinâmica em que o direito subjetivo se degrada em possibilidade, expectativa, perspectiva e ônus, sendo as expectativas e prospectivas de vitória ou de derrota um modo genial de representação psicológica do processo.

⁷¹ O emprego da astúcia no mundo do Direito não é uma novidade, mas ele é circunscrito a certas áreas, como por exemplo, a dos contratos internacionais, onde se utiliza com sucesso a teoria dos jogos, técnica de negociação, cuja origem é matemático-estatística, podendo ser resumida numa expressão: *com o auxílio da teoria dos jogos o operador jurídico é guiado pela tipificação da esperteza ou da astúcia, obtida pelo emprego de termos matemático-formais*. Sobre o assunto, consultar FRADERA, Vera. Dano Pré-contratual: Uma Análise Comparativa a Partir de Três Sistemas Jurídicos, o Continental Europeu, o Latino Americano e o Americano do Norte. **Revista de Informação Legislativa**, 1997, n. 136, p. 169 a 179, especialmente p. 178.

⁷² GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso – Teoría General del Proceso I**. Buenos Aires: Juridicas Europa-America. 1961. p. 39.

Analisando a conclusão principal de Goldschmidt, verifica-se que a situação jurídica, por ele configurada, não é o processo, mas sim, o objeto do processo. As expectativas e perspectivas de vitória ou de derrota seriam apenas um modo genial de representar a contribuição das partes ao processo, mas não se pode entender essa a essência do processo.

Conforme Liebman⁷³, a controvérsia e o processo são entidades inconfundíveis pela diversidade de suas dimensões: a controvérsia é fato entre as partes, necessariamente estranha ao juiz; a posição do juiz, considerada na forma dinâmica e processual do direito, é externa à situação, por ser ele sobreposto e não submetido ao direito.

Todas essas concepções colaboraram para a construção de uma concepção dinâmica e dialética do processo⁷⁴, mediante uma perspectiva procedimental. A construção do processo desde o ponto de vista normativo é referida por Picardi⁷⁵, ao utilizar o termo *procedimento*⁷⁶ para indicar o processo como sequência de atos valorados ou, em outros termos, de posições subjetivas, acrescentando outro elemento, dando a ideia de totalidade, o elemento temporal, de maneira a construir categorias como os termos dilatatórios, peremptórios e cominatórios⁷⁷.

A noção de tempo conduz e dinamiza o processo, de forma que a sua unidade é dada pela recíproca concatenação de situações individuais internas, podendo ser conceituado como série de atos que se realizam no tempo; uma série de modificações de outras tantas situações jurídicas subjetivas⁷⁸.

⁷³ LIEBMAN, Enrico. Diritto Costituzionale e Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, 1952, I, p. 132 a 146.

⁷⁴ De acordo com as conclusões de TESHEINER, José Maria Rosa. Situações Subjetivas e Processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, 2002, *as situações subjetivas ... não excluem a idéia de relação jurídica, pois dela são momentos. Comportam direitos e deveres, tanto quanto expectativas e ônus. O que há em comum entre as duas concepções é o caráter dinâmico dos fenômenos a que se referem.*

⁷⁵ PICARDI. **La successione Processuale**, v. I. Milano: Giuffré, 1964, p. 63.

⁷⁶ Dentre os juristas que destacaram o processo e a suas concatenações procedimentais, CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano**. Trad Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942, p. 244, propôs distinguir processo e procedimento a partir do sistema decimal: o procedimento é a dezena; o processo é o número concreto, que pode não chegar a dezena, ou pode compreender mais de uma. O procedimento é um tipo de combinação de atos, cujos efeitos jurídicos estão vinculados entre si. O processo é, pelo contrário, o conjunto de todos os atos precisos em caso para a composição da lide ou para o desenvolvimento em uma ou mais procedimentos.

⁷⁷ PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 1964, p.67.

⁷⁸ Cf MANDRIOLLI, Crisanto. **Corso di Diritto Processuale Civile**. 12.ed. Torino: G. Giappichelli, v.1, 1998, p. 37, para quem esta série alternada de situações jurídicas processuais que introduzem atos processuais e dos atos que se realizam constituem uma dinâmica que é própria do processo como procedimento.

O vocábulo processo tem um sentido mais estático, porquanto precisa ser impulsionado pelo diversos atos, poderes, ônus, deveres, integrantes da noção de procedimento. Assim, numa visão empírica do não especialista, poder-se-ia afirmar que o procedimento é o processo em movimento, daí a percepção também empírica do dinamismo do procedimento, em cujas notas conceituais o termo estático não entraria.

Nessa perspectiva, o procedimento é considerado como uma série de faculdades, poderes, deveres, qualificados como *posições subjetivas*, possibilitando compreender a norma de processo. Enfim, apresenta-se como uma série de *atos* como previstos e valorados pelas normas.

Se fossemos visualizar o procedimento, necessariamente precisaríamos fixar a norma integrante da série procedimental. Essa norma fixa seu conteúdo (i.e., a conduta prevista), coloca o ato numa determinada posição naquela série, determina o tempo de seu cumprimento, estabelece a forma (p.ex.: escrita), sempre em função do ato a ser praticado posteriormente.

A diversidade procedimental é percebida na sequência das normas, podendo ser breve ou longa, etc. Porém, o que torna procedimento um processo é a sua estrutura dialética. Neste passo podemos já perceber, no conceito de processo como procedimento, a existência da situação subjetiva, constituída pelo sujeito e pela *fattispecie* normativa de um comportamento.

A participação dos destinatários dos efeitos do ato final, para Fazzalari, dá-se desde a sua fase preparatória, na simétrica paridade das suas posições, na mútua implicação da sua atividade, na sua relevância para o autor do ato, de modo que cada um dos contendores possa exercer um conjunto de escolhas, de reações, de controles e deve suportar os controles e as reações dos demais figurantes.

Exemplifica-se mediante a fórmula que assegura a titularidade do poder de impugnação, exprimindo uma situação subjetiva, identificada no momento da subjetivação daquela norma. Assim, realizado o ato por alguém não legitimado, ou pelo titular do poder, através de modalidade divergente do paradigma normativo, cria-se uma causa de invalidade⁷⁹.

⁷⁹ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 1957, p. 71.

Neste sentido, teríamos uma concatenação entre o conteúdo interno do processo e a ideia de processo como totalidade jurídica⁸⁰: do encadeamento e implicação dos efeitos resulta que o ato final é, ao mesmo tempo, o efeito do último ato da série e também o efeito de todos os atos dela, sendo o efeito final a soma dos efeitos anteriores.

A doutrina, no entanto, é controversa, no referente às classes e principais situações jurídicas. Vescovi, por exemplo, com fundamentos nos ensinamentos de Carnelutti e Barrios, classifica-as em: situações ativas (direito subjetivo, faculdade e mera proteção de interesse). Já para Carnelutti, as situações ativas são constituídas pelo direito (subjetivo) e pelo poder. Numa perspectiva das situações passivas, Vescovi⁸¹ assinala o dever, o poder-dever, a obrigação, o ônus e a sujeição, como seus integrantes.

No contexto do presente estudo, será feita, na série processual, uma necessária distinção de algumas posições subjetivas, especificamente Poder, Faculdade, Ônus e Dever, compondo uma pluralidade de condutas e, através de uma operação lógica, apontar o sujeito da conduta e a conduta prescrita na norma⁸², a começar pelo poder, como se verá a seguir.

1.2.1 Poderes Processuais

As posições subjetivas determinam, pois, logicamente, o *hard core* do modelo normativo da conduta, imputando ao sujeito a valoração contida na norma. Assim, o destinatário ativo da norma, considerada como possível, resulta investido de um *poder*⁸³.

⁸⁰ Cf. MANDRIOLLI, Crisanto. *Op.cit.* 1998 p. 103, para quem esta constatação não implica na perda da autonomia jurídica dos atos singulares, já que o ato precedente ingressa como ato já realizado, ou seja, com seus efeitos.

⁸¹ Cf. VESCOVI. **Teoria General del Proceso**. 2.ed. Bogotá: Temis, 1999, p. 212.

⁸² A expressão *posições ativas* contempla posição jurídica processual autônoma, vinculando o sujeito o algum *poder, faculdade ou dever*. Corroborá este entendimento a obra de PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 1964.

⁸³ Afirma FAZZALARI, *se é verdade que antes do direito subjetivo está a norma, constituindo o fenômeno ao qual algum esforço dogmático deve ser aplicado, não menos exato é por em evidência não só que a norma se traduz em situação jurídica subjetiva, mas antes e sobretudo que no ordenamento a norma substancial converge até o privado para exigir em torno a ele uma autônoma e peculiar proteção, que somente o direito subjetivo pode distinguir mediante uma contrapartida* (FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 1957, p. 56 e 57, tradução livre).

A situação jurídica subjetiva, portanto, condicionante da validade do ato, com relação a sua destinação subjetiva, é o poder, daí resultando ser o processo, na sua essência, uma realidade dinâmica, onde uma série de poderes faz desencadear tanto outros poderes como outros atos. Desde este ponto de vista, a dinâmica processual estaria fundada nas situações subjetivas dinâmicas, introdutórias dos atos, mais precisamente nos poderes processuais⁸⁴.

Desde o ponto de vista da relação de correspondência entre as posições jurídicas de dois sujeitos, poder-se-ia contrapor o direito ao dever, o poder à sujeição, porém isso acarretaria um prejuízo à compreensão exata da experiência jurídica, cujo papel principal seria desenvolvido a partir de tais relações e não do direito, confinado em uma das possibilidades esquemáticas⁸⁵.

A adoção de tais esquemas relacionais não é considerada válida por alguns autores, como Fazzalari⁸⁶, por exemplo, porquanto não exaure e nem serve a todas as posições jurídicas subjetivas. De acordo com esse mesmo jurista, ainda que fosse possível isolar, como correspondente ao dever, uma posição inativa, não seria exato inserir o poder e a faculdade no esquema dessa relação, porque inexistente a posição subjetiva inativa. Desta sorte, contrapor a faculdade ou o poder à sujeição não teria correspondência com a realidade jurídica.

Assim sendo, nesta perspectiva, a correlação *direito* (ou pretensão) e *dever* poderia ser justificada por outro tipo de relação entre as duas posições, especificamente o dever tem por objetivo a realização do direito.

A posição subjetiva formal (abstraída das formas constantes como se apresenta a norma jurídica) é constituída, para Fazzalari⁸⁷, somente da faculdade, do poder e do dever. Consequentemente, não é possível resumir todo o conteúdo interno do processo ao exercício do poder⁸⁸, porquanto restariam sem significado categorias importantes, para uma definição do verdadeiro conteúdo do processo, tais como as faculdades, como se verá a seguir.

⁸⁴ Cf. MANDRIOLLI, Crisanto. *Op.cit.* 1998 p. 59

⁸⁵ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 1957, p. 65.

⁸⁶ *Idem*, 66.

⁸⁷ *Idem*, p. 67.

⁸⁸ Com este pensamento CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Trad. Adrián Sotero Batista. Campinas: Servanda, v.1, 1999, que não trata de deveres processuais do juiz, pois, no seu entendimento, o juiz possui apenas poderes, distinguindo-os em poderes vinculados e em poderes discricionários (p. 344 a 347).

1.2.2 Faculdades Processuais

As faculdades processuais derivam de normas do processo, de direito público, alcançando todos os sujeitos do processo; porém, não podem ser exigidas coercitivamente tampouco implica sanções ou situação desfavorável.

Alguns dissensos sobre a pertinência desta situação jurídica, em função das características da faculdade processual, de natureza intermediária, situam-se numa espécie de limbo, com traços de ordem ativa e passiva, consistindo numa liberdade de fazer⁸⁹.

Tal dubiedade gera uma ausência de característica própria e definidora da faculdade como *fattispecie* normativa de um comportamento livre, consistente na modificação do mundo material, tornando-se, dessa forma, um conceito de pouca utilidade dogmática para exprimir uma atuação judicial⁹⁰, como demonstrou Cordero⁹¹, para quem faculdade seria uma iniciativa exprimindo uma simples possibilidade física.

Daremos a seguir um passo a mais na análise dessas situações jurídicas simples, ingressando na esfera do ônus.

1.2.3 Ônus Processual

No processo civil, ônus indica uma atuação exigida das partes como, por exemplo, o ônus da afirmação, o da prova, da demanda, da exceção, da impugnação etc., integrando determinada situação jurídica.

⁸⁹ VÉSCOVI, Enrique. **Teoria General del Proceso**. 2.ed. Bogotá: Temis, 1999, p. 212.

⁹⁰ O exemplo clássico de faculdade processual seria a indicação, pela parte, de assistente técnico para acompanhar a perícia, designada pelo Juiz. A questão que se põe é a de constituir a realização de nova perícia, determinada pelo magistrado, uma faculdade ou um dever processual do Juiz. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tende a admitir essa situação como uma faculdade processual de que é titular o Juiz, cuja ementa se transcreve:... *II - A realização de nova perícia constitui, em regra, faculdade do juiz, que é o destinatário da prova, cuja conveniência não é passível de revisão nesta instância, em razão da Súmula nº 7 do STJ. Agravo desprovido.* (AgRg no AG 500602/MG; Relator: Ministro CASTRO FILHO, 3ª Turma, publicado no DJ 06.12.2004, p. 286 – grifo nosso)

⁹¹ CORDERO, Franco. **Le Situazioni Soggettive nel Processo Penale**. Torino: G. Giappichelli, 1956, p. 95

Um traçado histórico da figura do ônus, de acordo com Betti, é dado por uma heterogeneidade de significados da expressão *oportere* (oportunizar), a que os antigos recorriam na ocorrência das *formulae de actiones in personam*. Na origem e na linguagem técnica dos clássicos⁹², significava um ônus, uma *necessitas solvendi*, de caráter hipotético, acompanhada de uma coação psicológica, originária da perspectiva de uma sanção pelo seu descumprimento. Essa sanção tinha origem num processo, a *actio in personam* e a execução forçada sobre pessoas e bens, substituída, posteriormente, pela execução forçada de cunho patrimonial⁹³.

No ônus processual a atuação é realizada em função da necessidade decorrente do interesse daquele compelido a agir, em razão do prejuízo que a não atuação ou atuação deficiente lhe acarretaria.

A ação da parte no processo não é imposta à tutela de um interesse de outro, mas é coordenada de modo exclusivo ou prevalente a interesse próprio, pelo efeito útil (de conseguir uma vantagem ou evitar um prejuízo), conhecendo a parte a consequência do não exercício ou de um comportamento incompatível.

A doutrina moderna tende a qualificar os ônus processuais como “grupo de relações jurídicas ativas”, diferenciando-se das faculdades pela circunstância de estarem inseridas na esfera jurídica das partes⁹⁴ e de terceiros, estando dela excluído o Juiz.

A não realização do ato processual, na forma e na oportunidade prevista no ordenamento, acarreta às partes consequências desfavoráveis, com repercussão no acertamento do direito.

Sintetizando esse entendimento, Goldschmidt⁹⁵ refere que se a parte tem de executar um ato para prevenir um prejuízo processual, incumbe-lhe um *ônus processual*. Desta sorte, o ônus é a consideração do resultado prejudicial que se produz pela falta de exercício de um direito subjetivo.

⁹² Convém chamar a atenção para o fato desta expressão não significar o *objeto de prestação*, que a tradicional pandectista acreditava reencontrar na compilação justinianeia.

⁹³ BETTI, Emílio. *Op.cit.*, 1965.

⁹⁴ Com efeito, os efeitos da revelia, para quem não contesta os termos da petição inicial, a ausência de provas do direito deduzido em Juízo, exemplificam a importância do exercício destas posições subjetivas para as partes.

⁹⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Buenos Aires : EJE, 1961, p. 24.

Dificuldades teóricas e práticas⁹⁶ podem surgir se considerarmos que tanto a norma que dá origem ao ônus, como aquela que funda a noção de poder não se distinguem valorativamente. Trata-se, de fato, conforme Mandriolli⁹⁷, de uma necessária subordinação da aquisição de uma posição de vantagem, na realização daquela *fattispecie* de comportamento a que a lei reconhece o efeito jurídico.

Igualmente, com relação ao fator tempo, elemento integrante do procedimento, a lei atribui um poder particular a uma das partes, abrindo-lhe a *possibilidade* de ocupar uma posição de vantagem, comparativamente àquele que não observou o termo previsto para a realização do ato⁹⁸.

As razões para a distinção entre ônus e poder são encontradas na formulação de Goldschmidt⁹⁹, ao caracterizar o processo por um determinado traço, a incerteza. De acordo com essa concepção, o direito da parte assume uma posição dinâmica no processo através de possibilidades, expectativas, perspectivas e ônus, estruturada em torno de uma ideia central de *diritto giustiziale materiale*, categoria nova, cujo escopo é o de superar a antítese entre direito privado material e direito processual formal e público.

Em síntese, Goldschmidt sustenta ser a situação jurídica o conceito mais apto a definir o processo em termos jurídicos, tendo em vista a configuração típica do direito judicial material. Assim sendo, no processo moderno não existe uma obrigação do demandado submeter-se à jurisdição estatal, exclusivamente em um estado de sujeição, onde a *obrigação* do demandado de cooperar com a *litis contestatio* foi substituída pelo *ônus* de comparecer e contestar a demanda¹⁰⁰.

⁹⁶ No Direito brasileiro, diverge a Jurisprudência a respeito da nomenclatura destas figuras processuais, como se observa nos julgados, cujas ementas abaixo se transcrevem: 1. *Cumpra à parte, na atual sistemática processual, o dever de apresentar, além das peças obrigatórias à instrução do agravo (art. 544, § 1º, do CPC), aquelas que sejam indispensáveis à perfeita compreensão da controvérsia, sob pena de o recurso não ser conhecido.* (EDcl no AgRg no AG 596337/RS, Relator: Ministro João Antônio de Noronha, publicado no DJ 21.02.2005 p. 144) *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL E ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DO TRASLADO INTEGRAL. TRASLADO DA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE. VERIFICAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. FISCALIZAÇÃO DAS PEÇAS. ÔNUS DO AGRAVANTE.* (AgRg no AG 628240/PA; Relatora Ministra Laurita Vaz; 5ª Turma; publicado no DJ 28.02.2005, p. 357). Há evidente imprecisão/confusão na utilização dos termos *dever* e *ônus*. Dando ênfase à perspectiva sobre a qual está focado este estudo, vale mencionar a existência do ônus do Agravante, de formar o instrumento, para permitir o conhecimento do recurso pelo Tribunal. Essa exigência não representa um dever e sim um ônus processual, porquanto o seu descumprimento enseja a perda de uma oportunidade de natureza processual, a de recorrer contra a decisão, tornando preclusa a matéria.

⁹⁷ MANDRIOLLI, Crisanto. *Op.cit.* 1998 p. 65.

⁹⁸ PICARDI. *Op.cit.*, 1964, p. 68.

⁹⁹ *Idem*, p. 132.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 23.

Os nexos jurídicos surgidos para as partes não possuem o conteúdo de obrigação, mas constituem o devir processual, em *expectativas* de uma sentença favorável, dependentes, de regra, de um ato processual anterior, ou *perspectivas* de uma sentença desfavorável, dependentes de uma *omissão* de um ato processual da parte interessada.

No entanto, questiona-se: será que o direito afirmado, na perspectiva apresentada por Goldschmidt, não fica relegado a um segundo plano?

Importante, neste aspecto, destacar a aguda crítica formulada por Cordero¹⁰¹ às concepções de Goldschmidt, cujas noções de perspectivas, possibilidades e ônus estariam pintadas com tintas fortemente sociológicas, com a coloração reforçada por um pensamento pragmático e individualista.

Levando o entendimento de Goldschmidt ao limite, chegaríamos à conclusão de que tudo está resumido ao poder, inclusive o ônus, fixando-se o exercício do poder como o único meio para alcançar o fim previsto no processo.

Ressalva-se que, não obstante alguns autores refiram a existência de obrigações processuais, como a necessidade de pagamento de custas, há evidente impropriedade no emprego desse termo, tendo em vista se tratar de responsabilidade econômica frente ao Estado, derivada da Lei, não representando uma obrigação dentro do processo¹⁰². Reflete, na esfera do processo, certo ônus, cuja inobservância acarreta uma perda ao sujeito.

O ônus processual, portanto, pode ser definido como situação normativa onde consta determinada exigência direcionada às partes e, na hipótese de não realização ou prática errônea do ato determinado, a pena de sofrer específico prejuízo.

Do exposto, fica evidente quanta relevância tem a categoria do ônus na dinâmica do processo, especialmente devido a sua natureza. Outrossim, na distinção entre ônus e dever o elemento fundamental é a “mola” da ação, pois no ônus o prejuízo da omissão ou da ação deficiente é logicamente direcionada a quem incumbe agir. No ônus a ação é imposta tendo em vista exclusivamente um

¹⁰¹ CORDERO, Franco. *Op.cit.* 1956, p.20.

¹⁰² RCJF: Art. 13. *O juiz não dará andamento a feito ou a recurso, se não houver nos autos prova do pagamento das custas e contribuições exigíveis.*

interesse próprio. Diversamente, como se verá, o dever está relacionado à tutela do interesse de outro¹⁰³.

1.2.4 Deveres Processuais

Partimos de Kelsen¹⁰⁴, ao assinalar a validade da norma a partir do seu significado para determinado indivíduo, que deve se comportar como prescrito na norma. Assim, determinado indivíduo deve comportar-se de um determinado modo, como previsto na norma, geralmente encontrado na fórmula “deve” ou “não pode” ou ainda “deve abster-se de determinado comportamento”¹⁰⁵.

No âmbito do processo, o dever é imperativo jurídico, podendo existir ainda sem sanção decorrente de seu descumprimento, como demonstra Cresci Sobrinho¹⁰⁶, ao explicar a existência de *leges imperfectae*, hipótese em que o descumprimento dos deveres reveste-se de antijuridicidade, no sentido de conduta que viole o preceito justificador do dever processual.

De acordo com Sentis Melendo¹⁰⁷, acentua-se uma distinção no desenvolvimento do processo entre os ônus processuais das partes e os deveres processuais do juiz. Neste sentido, a exigência de deveres processuais do juiz já está consagrada em Chiovenda¹⁰⁸, a partir da sua concepção concretista, pois, no seu entendimento, há um dever do juiz decorrente de outro dever primordial, de pronunciar-se sobre os pedidos das partes, que é o de rejeitar as demandas infundadas em direito ou em fato¹⁰⁹.

¹⁰³ Cf. BETTI, Emilio. *Op.cit.*, 1965, p. 58.

¹⁰⁴ Cf. KELSEN, HANS, *Op.cit.* 1987, p. 05, o dever é um ato intencional dirigido a conduta de outrem ... incluídos o “ter permissão” e o “poder” (ter competência).

¹⁰⁵ Cf. CORDERO, Franco. *Op.cit.* 1956, p.101.

¹⁰⁶ CRESCI SOBRINHO, Elicio. **Dever de Veracidade das Partes no Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 114.

¹⁰⁷ Cf. Sentis Melendo **Estúdios de Derecho Procesal** (Buenos Aires, 1967), p. 275, apud NOSETE, Jose Almagro. **Responsabilidad Judicial**. Córdoba: El Almendro, 1984, p. 21.

¹⁰⁸ Para CHIOVENDA, o processo civil serve justamente para certificar a vontade concreta da lei, a qual se existente é efetivada com o recebimento da demanda, ou, em caso contrário, efetivada com a recusa.

¹⁰⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op.cit.*, 1998, p. 401.

Em perspectiva diversa, os deveres processuais foram entendidos, ainda, como um direito correlato da parte contrária, como imperativo de conduta no interesse alheio e como projeção e consequência da autoridade do Estado-Juiz para o desenvolvimento justo do *iter* processual.

Comungando deste pensamento doutrinário, Satta¹¹⁰ funde os conceitos de dever e ônus, considerando-os na sua projeção subjetiva, que é o interesse da parte adversa e, na hipótese de fraude, impõe sanção. Nesse caso, a questão apresenta-se quando se concretiza uma lesão ao direito da outra parte, deixando de ser lícita e livre.

Na concepção do mesmo Autor, a atividade do processo é inteiramente livre, como o são todas as ações humanas, não sendo possível exigir que a parte faça qualquer coisa contra o seu interesse. O dever somente surge quando esta atuação vier a invadir a esfera jurídica de outrem, no caso a parte adversa.

Nas palavras de Satta¹¹¹:

acontece na contenção processual aquilo que se dá na guerra, quando uma convenção internacional restringe os meios de ofensa, ou discipline de modo geral os nexos entre contendores para que qualquer ato que venha a transgredir a própria convenção seja ... antijurídico, legitimando-se, e conquanto possível, a sanção.

A validade dessa afirmação, no entanto, possui fundamento diverso daquele proposto neste estudo, pois adota um conceito individualista do processo, aonde a parte conduz no seu exclusivo interesse.

Modernamente, decorrente do avanço publicista da doutrina processual, passa-se a considerar a estrutura do processo, tendo em vista a participação dos destinatários na fase preparatória e nos efeitos do ato final, em condições de igualdade, com mútua implicação de atividades, relevantes para o sujeito do ato, de modo que cada um dos contraditores possa exercer um conjunto de escolhas, de ter certas reações, de realizar controles, suportando essas mesmas atuações realizadas pela contraparte. Trata-se de uma concepção dialética do processo, caracterizada pela presença de poderes, faculdades, ônus e deveres processuais.

¹¹⁰ SATTÀ, Salvatore. *Op.cit.*, 2003, p. 156.

¹¹¹ *Ibidem*.

Neste contexto, correlatamente aos *poderes*, opera-se ainda uma valoração normativa estática oferecendo uma situação subjetiva de dever¹¹². Ou, ainda, correlatamente ao *poder*, o sujeito do comportamento valorado como devido resulta investido de um “dever”, de tal maneira que poder e dever constituem-se em posições subjetivas formais¹¹³.

Sobre a jurisdição, reconhece-se esse influxo publicista e constitucional, especialmente, como sustenta Fazzalari¹¹⁴, porque as sociedades modernas conferem ao Estado uma pluralidade de deveres, especialmente o dever de gerir os meios necessários e suficientes para obter a cessação da conduta contrária à norma, por parte de um membro da sociedade (sujeito público ou privado), dando lugar a uma conduta restituidora da ordem jurídica.

Outrossim, o esquema sobre o qual se constitui dogmaticamente a posição subjetiva de dever contempla tanto uma atuação como uma abstenção, como evidencia, por exemplo, a vedação do juiz de utilizar conhecimento particular, não debatido no processo, quando de sua decisão.

O dever do juiz no desenvolvimento da atividade processual, contudo, implica precipuamente uma conduta positiva, como, por exemplo, o de fundamentação das suas decisões. De acordo com Couture¹¹⁵, tais deveres são imperativos jurídicos, assim como os ônus, com a nota distintiva de que deveres são instituídos no interesse da comunidade e os ônus, determinados em razão de interesse da parte a quem incumbe o ônus.

Também fundamentado nesta distinção, Echandía¹¹⁶ a apresenta uma série de características inerentes ao conceito de dever processual. São elas:

- emanam de normas processuais de direito público;
- surgem por ocasião do processo, como conseqüência do exercício do direito de ação que o origina, do contraditório ou ainda do seu trâmite;
- correspondem a todos os atores do processo, seja ao juiz, às partes e aos terceiros, de acordo com a situação;

¹¹² FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 1957, p. 62.

¹¹³ Conforme FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 1957, p. 56, a posição subjetiva representa um resultado lógico, envolvendo o sujeito e o modelo normativo da conduta, imputando a este uma valoração.

¹¹⁴ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 2006, p.29.

¹¹⁵ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* 1994, p. 209.

¹¹⁶ ECHANDÍA, Devis. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Universidad, 1997, p. 45.

- e dão lugar a sanções e coerções quando não observados.

Assente a existência do dever como situação subjetiva, diversa da ideia de dever como uma figura particular vinculada a um direito contraposto, afigura-se como forma específica de um comportamento¹¹⁷. O conteúdo do dever processual, por sua vez, pode ser positivo ou negativo, isto é de realizar ou se abster de uma atividade.

Os deveres processuais, portanto, são aqueles em que, caracterizada a situação subjetiva, observa-se, no modo objetivo em que opera, de maneira que verificada a *fattispecie* constitutiva do efeito jurídico faz surgir um dever. Somente então estarão criadas as condições necessárias e suficientes para que o comportamento venha afirmado ao objeto desta qualificação jurídica, exaurindo-se, nesta possibilidade abstrata, a situação subjetiva de dever processual¹¹⁸.

Desta sorte, os deveres processuais estariam diferenciados destes outros conceitos, pois constituem imperativos jurídicos estabelecidos em favor da realização do processo¹¹⁹, tendo em vista, primordialmente, o interesse da sociedade, portanto, de natureza cogente, impregnados de um compromisso ético (conteúdo).

Assim sendo, enquanto o ônus regula a atividade processual da parte, o dever processual está direcionado a todas as partes do processo. O juiz, a partir desta compreensão, não possui ônus processual, cujo conteúdo é marcado pela liberdade de escolha, segundo interesse próprio, porquanto não há interesses seus em jogo no processo¹²⁰.

¹¹⁷ Cf. FROSINI, Vittorio. **Novíssimo Digesto Italiano**. Torino: Torinese, v.4, 1957.

¹¹⁸ Cf. CORDERO, Franco. *Op.cit.* 1956, p.81.

¹¹⁹ Como deflui da seguinte ementa: *Embargos de declaração (cabimento). Caráter protelatório (sanção). Partes e procuradores (deveres). Multa (solidariedade). ... 2. Quando de todo sem cabimento os embargos, donde a conclusão de que pretendem retardar se faça, de uma vez por todas, a coisa julgada, ou que não seja ela cumprida a bom tempo e a boa hora (modalidade, tempo, lugar, etc.), os embargos têm caráter protelatório; nesse caso, o embargante está sujeito a sanção processual. 3. É lícito que a sanção alcance não só a parte (o litigante), mas também o seu procurador, uma vez que a ambos compete proceder com lealdade e boa-fé. 4. Embargos rejeitados; declarados, porém, manifestamente protelatórios, a Turma decidiu condenar o embargante (o Estado) e o seu procurador (o Procurador do Estado) a, solidariamente, pagarem aos embargados a multa de 1% sobre o valor da causa.* (EDcl no AgRg no AG 421626 / SP; Relator: Ministro Nilson Naves, 6ª Turma, publicado no DJ 07.03.2005 p. 352).

¹²⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 351.

Nesta perspectiva, Habermas refere serem as proposições que expressam dever elementos centrais da linguagem, onde a moral encontra a sua formulação, prescrevendo ações ou a omissão de uma ação, de sorte que as proibições são autorizações negadas, assim como as autorizações são proibições negadas¹²¹.

Tais características colocam a categoria do dever como central no sistema jurídico processual. Não só o entendimento a ser desenvolvido no presente estudo valoriza a atuação do Juiz a partir da exigência de deveres¹²², até porque o seu conteúdo identificará o processo como instrumento político, aproximando-o do seu objetivo de concretização das garantias constitucionais.

A doutrina, por outro lado, evoluiu no tratamento da matéria dos deveres processuais do juiz, como a seguir desenvolvido.

1.2.5 Dever do Juiz: uma norma de sobredireito

Parte-se de Cícero¹²³, para quem toda investigação em torno do dever é dupla; de um lado, a que se refere a um bem perfeito; de outro, a que determina uma forma prática de agir. Além desta divisão, há outra, a dos deveres perfeitos, relacionados à retidão do agir e dos deveres medianos, que se justifica por uma ação provável.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Trad. Gilda Encarnação. Lisboa: Piaget, 1999, p. 141.

¹²² Em sentido diverso: MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 9.ed. Campinas: Mileniun, 2003, p. 423, para quem o Juiz exerce duas espécies de poderes, os de solucionar o litígio e o de condução do processo. COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3.ed. Buenos Aires: De Palma, 1994, p. 300, para quem os deveres do juiz possuem conteúdo administrativo. A classificação proposta por COUTURE, contudo, retira do agir dos magistrados, dentro do processo, qualquer imperativo, dando um caráter administrativo, estatalista. Recente obra também valorizando os poderes do juiz, SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A Atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Atlas, 2008, contudo, reconhecendo deveres processuais ao juiz. Na alentada obra MEDINA, José Miguel Garcia et al. **Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais. Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: RT, 2008, p. 1210, dentre uma série de estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, apenas dois são dedicados ao tema dos deveres do juiz, especificamente LOPES, João Batista. **Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença**. São Paulo: RT, 2008, p. 259 a 270 e Delgado, José Augusto, "Reflexões Contemporâneas (julho/2007) sobre os Poderes e Deveres do Juiz na imposição dos Princípios da Razoável Duração do Processo e da Moralidade, na Relação Jurídica Formal", p. 271 a 289.

¹²³ CICERO, Marco Túlio. **Dos Deveres**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 33 a 81, para quem o espírito deve ser livre e obedecer apenas à justiça, realizada com sabedoria e prudência.

A norma suprema, determinante da existência de todos os deveres, é a honestidade, coincidente com o termo decoro, probidade. Esse dever primordial contempla espécie de honestidade intelectual, especificamente a da busca da verdade, o desejo de ver, ouvir e aprender algo. A partir destas constatações, tem-se um conteúdo específico para o dever relacionado à justiça, cujo fundamento é a boa fé, ou seja, a fidelidade e a veracidade, de onde procedem as palavras. A injustiça, neste sentido, é o abandono do dever.

A construção teórica de Cícero possui nítido conteúdo ideal; contudo, contém elementos fundamentais para a compreensão dos deveres do juiz, como se depreende da formulação constante na sua obra, quando analisa o provérbio *summum ius summa iniuria*, para definir a atuação judicial que, ao aplicar a lei em seu sentido estrito, realiza interpretação desvinculada deste dever de honestidade intelectual. Outro elemento fundamental é o da associação da justiça a mandado de proteção do ser humano, de defesa de uma comunidade de interesses humanos.

Na perspectiva processualística, Couture refere serem os deveres destinados a) as partes, como os deveres de verdade, lealdade e probidade no processo, b) a terceiros, como o dever de depor como testemunha; c) administrativos, referindo-se aos magistrados e seus colaboradores¹²⁴.

Tal limitação de deveres do juiz a aspectos administrativos não encontra guarida na doutrina clássica, especialmente Chiovenda¹²⁵ ao asseverar que o juiz tem o dever de pronunciar-se sobre os pedidos da parte, o que corresponde ao dever de empreender todo o esforço necessário no caso coreto para receber ou rejeitar, quanto ao mérito, tendo por finalidade a atuação da lei.

Da mesma forma, numa outra perspectiva, o posicionamento de Carnelutti¹²⁶, para quem o poder do juiz, é um poder-dever. O juiz tem um contrato de trabalho para gerir o processo; por conseguinte a norma processual serve sempre à mesma finalidade, composição dos conflitos que revestem a forma de litígio, não apenas quando atribui um poder ao juiz, mas também quando lhe impõe uma obrigação, correspondendo direitos subjetivos em favor das partes.

¹²⁴ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* 1994, p. 300.

¹²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op.cit.*, 1998, p. 80.

¹²⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, v. I, 2000, p. 145.

Contra a posição de Carnelutti¹²⁷, manifesta-se Rocco, fundamentado no seu conceito de ação como um direito público do cidadão dirigido contra o órgão jurisdicional e não contra o Estado. Em relação ao Estado, o juiz possui uma relação de serviço, pois atua cumprindo suas funções nos marcos do ordenamento jurídico. Assim, quando o juiz atua fora destes limites, desempenha uma atividade fora do âmbito estatal.

Em perspectiva diversa, Calamandrei¹²⁸ assevera que o sistema judiciário é um sistema de legalidade, de sorte que todos os deveres processuais do juiz podem ser resumidos num único imperativo: *iudex, iudica secundum ius* (juiz, julga segundo direito). Outrossim, para Calamandrei, os deveres do juiz constituem uma forma específica da relação existente entre o Estado e o magistrado, que se diferencia de outros empregados públicos, pois se encontra vinculado diretamente a um sistema de garantia legal, inclusive no que diz respeito aos seus direitos, especificamente às suas prerrogativas, destinadas a assegurar independência, sem subordinação hierárquica.

Nestes termos, desde o ponto de vista da doutrina processual brasileira, a aguda observação de Dinamarco, para quem o juiz exerce o poder estatal, mas deve cumprir os deveres que tem perante o Estado, na realização do processo justo¹²⁹. Tais deveres processuais constituem-se em mecanismos de controle da função jurisdicional, prevenindo contra eventuais abusos.

Ao visualizar o processo e o seu conteúdo interno, por sua vez, vê-se que ele constitui-se em uma sequência normativa de posições subjetivas e de atos realizados em contraditório (de modo que cada um deles pressupõe o precedente e é pressuposto do seguinte)¹³⁰. Desta sorte, aí também se tem uma exigência de deveres processuais do juiz, compondo um controle procedimental da sua atuação.

Com efeito, o ato processual implica uma modificação da realidade, realizada pelo sujeito processual, conforme o dizer de Fazzalari¹³¹, para quem este ato possui um “conteúdo” (por exemplo, uma sentença), um “objeto”, no que a realidade será

¹²⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Tratado di Diritto Processuale Civile**, II (Torino, 1957), p. 27, apud NOSETE, Jose Almagro. *Op.cit.* 1984, p.21.

¹²⁸ CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.*, 1999, p. 30 e 31.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.*, 2004, p. 351.

¹³⁰ Cf. FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 1957, p. 110.

¹³¹ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 2006, p. 415.

modificada (ex: admissão de uma prova), a “vontade”, que liga o sujeito ao conteúdo do ato e à “forma”, o modo como se expressa na realidade (ex: forma escrita).

No caso dos deveres processuais, sua observância, posta em evidência quando se reflete sobre se aquele ato está obstaculizando ou dificultando os objetivos do processo, é uma noção sempre presente para todos os que pratiquem algum ato processual, inclusive o juiz.

Na perspectiva das responsabilidades processuais, La Rocca¹³² assinala que a sua forma mais importante é aquela que se pode indicar como responsabilidade funcional, o processo em sentido estrito, originado de um comportamento processual que afeta diretamente o funcionamento do mecanismo do processo.

Salienta-se, inclusive, no que concerne aos provimentos judiciais, que a disciplina normativa é mais detalhada pelo papel determinante deste sujeito processual, constituindo-se em comandos. Desta sorte, na aplicação de uma norma processual há sempre uma determinação de dever processual¹³³, decorrente da conduta a ser observada pelo juiz, porquanto os objetivos do processo só se realizam com determinados comportamentos, práticas jurídicas que irão condicionar e legitimar a prestação jurisdicional.

Nestes casos, a norma jurídica que impõe dever é de natureza “cogente” ou de “ordem pública”, incidindo independentemente da vontade dos destinatários ou como sustenta Arruda Alvim¹³⁴, mesmo contra tais vontades, que são impotentes (irrelevantes) para impedir a sua incidência, a qual é, assim, inexorável.

Assim, existem regras que instituem o dever do juiz de adotar determinado comportamento descritivamente prescrito e princípios que instituem o dever do juiz de adotar o comportamento necessário para realizar o Estado de Coisa¹³⁵. A norma, contudo, que prescreve um dever processual do juiz, que funciona como

¹³² LA ROCCA, Manlio. **Profili di un Sistema di Responsabilità Processuale**. Napoli: Morano, 1969, p. 26.

¹³³ Cf. GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. *Op.cit.* 2010.

¹³⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de Direito Processual Civil**. 10.ed. São Paulo: RT, v.1, 2006b, p. 118.

¹³⁵ Cf. AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 64. Para ÁVILA, os princípios possuem caráter deontico-teleológico. Deontico porque estipula razões para a existência dos deveres; teleológico porque os deveres decorrem de efeitos advindos de determinado comportamento que promovem determinado estado de coisa. As regras, por sua vez, são normas-do-que-fazer, seu conteúdo diz respeito diretamente às ações. Possuem caráter deontico-deontológico. Deontológico pois os deveres decorrem de uma norma que indica “o que” deve ser feito. Assim, as regras instituem o dever de adotar o comportamento descritivamente prescrito, e os princípios instituem o dever de adotar o comportamento necessário para realizar o Estado de Coisa.

fundamento, formal e material para a instituição e atribuição de sentido a todas as normas, constitui-se em sobreprincípio¹³⁶.

Há razões para que normas de dever processual sejam erigidas à categoria de sobreprincípio e sejam explicitadas pelo fato de que tais normas condicionam todo o *iter* processual, exigindo-se a sua observância para que o processo alcance os seus objetivos.

Neste sentido, a argumentação de Guimarães Ribeiro, ao referir que a boa-fé processual possui esta natureza, caracterizando-se como um sobreprincípio do ordenamento jurídico, condicionando, determinando no espaço e no tempo sua interpretação¹³⁷.

Com razão, o eminente processualista tem uma comunicação entre a boa-fé processual e a aplicação das normas processuais, v.g., de agir com retidão e com lealdade.

Com mais amplitude, Fiss¹³⁸ ainda preconiza que a atuação de um juiz deve ser vista como a conferência de significado aos valores públicos e o processo a forma como tal significado é formulado e concretizado.

Assim é que a compreensão deste fenômeno processual tem especial razão de ser no dizer de Chiovenda¹³⁹, ao referir que todas as leis processuais modernas informam-se, ou tentam informar-se, em princípios fundamentais, implicando que, para uma melhor compreensão dos deveres processuais do juiz, é preciso buscar-se os seus fundamentos.

¹³⁶ Cf. AVILA, Humberto. *Op.cit.*, 2003, p. 80 e 81. Mais recentemente ÁVILA tem sustentado que os princípios passaram a significar tudo e desta forma terminam por não significar coisa alguma. Visando dar precisão ao termo, o autor sustenta a existência de três variantes: o princípio como axioma (aplicáveis exclusivamente com o emprego da lógica, como se fossem auto-evidentes); o princípio como postulado (não impõe a realização de um fim, são condições de possibilidade do conhecimento jurídico, conferindo harmonia ao sistema jurídico) e princípio como norma (decorre direta ou indiretamente normas de conduta ou instituição de valores e fins para a interpretação e aplicação do Direito). Assim é que um postulado normativo não se confunde com uma norma-princípio, na medida em que a norma não explica (apenas) as condições de conhecimento, senão que revela o seu próprio conteúdo relativamente ao comportamento ou a aplicação de outras normas constantes no ordenamento jurídico. (**Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, setembro-outubro-novembro de 2007, Salvador, in <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>, último acesso em 23 de junho de 2011.

¹³⁷ GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. *Op.cit.* 2010, p. 127.

¹³⁸ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, p. 44.

¹³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil**, tomo I. 3.ed. Madrid: Réus, 1950, p. 168.

Assim sendo, passaremos a averiguar tais fundamentos e especialmente os dos deveres processuais do juiz¹⁴⁰.

1.3 OS FUNDAMENTOS DO DEVER PROCESSUAL DO JUIZ

Os problemas da validade e da eficácia da norma, conforme preconiza Bobbio¹⁴¹, somente são passíveis de uma solução se considerarmos o ordenamento jurídico como um todo. Desta sorte, ocorre uma modificação no tratamento de alguns problemas, pois a norma jurídica existe onde há ordenamento jurídico, não sendo possível a sua aplicação isolada. É necessário considerar que a norma integra o ordenamento jurídico, sendo sua validade e eficácia examinada na perspectiva deste ordenamento.

Esta constatação conduziu a doutrina a desenvolver sobremaneira a relação entre processo e constituição¹⁴², passando-se a admitir, na doutrina processual, que a arquitetura do processo seja traçada indelevelmente pelo direito constitucional, situados que estão os fundamentos processuais no âmbito constitucional.

Este conteúdo é também a representação do Constitucionalismo moderno, como delimitado por Cappelletti¹⁴³, no sentido de uma grande revolução que, abandonando a ideia da rígida separação de poderes, afirma a ideia de um recíproco controle e equilíbrio dos poderes, tendo em vista o papel institucional da Constituição, assecuratória da legitimidade política do Estado Democrático de Direito.

¹⁴⁰ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1087, para quem tais princípios constitucionalizados constituem-se em fundamento de regras, desempenhando uma função normogenética fundamentante.

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. *Op.cit.*, 1994, p. 29.

¹⁴² Relação já desenvolvida antes mesmo da Constituição de 1988, por GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: RT, 1973, p. 08, onde asseverava que a constituição é o ato originário com que o Estado se coloca e determina não só a organização dos poderes supremos, como também os princípios fundamentais destinados a impregnar todas as instituições e a orientá-la para um funcionamento harmonioso. Ver também TOCKER, Nicolo. **Processo e Costituzione**. (s.c.): Giuffrè, 1990; VERDU, Pablo Lucas. Reflexiones en Torno y Dentro del Concepto de Constitution. La Constitution Como Norma y Como Integracion Política. **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Época) n. 83, 1994.

¹⁴³ CAPPELLETTI. Contituzionalismo Moderno e Ruolo del Potere Giudiziario nelle Società Contemporanee, **Revista de Processo**, São Paulo, n. 68, 1992.

Sob outro enfoque, mas no mesmo sentido, Zagbrelski¹⁴⁴ refere-se à Constituição não como uma lei, mas como o Direito, asseverando ser o constitucionalismo moderno a capacidade de sair da área do poder e do texto escrito para realizar-se na esfera vital das convenções e dos ideais que nos são caros, sem as quais não se pode viver e, por isso, aderimos com fervor.

Tais elementos sistematizadores servem de base para uma nova visão metodológica, com repercussões na visão do processo e na aplicação das normas processuais, em especial dos deveres processuais, resultado da incidência de valores em fundamentos constitucionais. Estes valores infiltram-se no sistema processual interno, possibilitando janelas para o ético.

A influência constitucional, portanto, acrescenta uma perspectiva ética, como sustenta Clavero, para quem o processo precisa de capacidade para desenvolver-se por iniciativa das partes e perante todos os poderes incluídos, sem sujeição a nada que contradiga direitos, isto é, constitucionalmente direitos¹⁴⁵, contexto em que se inserem os deveres processuais dirigidos ao Juiz e os componentes essenciais da Justiça. Esta é a abordagem usada como ponto de partida visando fundamentar constitucionalmente os deveres processuais do juiz.

1.3.1 Os Fundamentos Constitucionais do Processo

O advento da Constituição de 1988, após um período de obscurantismo, decorrente do regime militar, que suprimia liberdades e limitava a atuação política dos indivíduos, representa um marco para a compreensão das normas processuais sob o influxo constitucional¹⁴⁶. Assim, a tutela jurisdicional, pela atual Constituição, passa a ser dotada de forte conteúdo garantista, inclusive sem excluir outras garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

¹⁴⁴ ZAGBRELSKI. *Il Giudice delle Leggi Artifice del Diritto*. Napoli: Scientifica, 2007, p. 126,

¹⁴⁵ CLAVERO, Bartolome. *Codificacion y Constitucion: Paradigmas de un Binomio*. Milano: Quaderni Fiorentini, v.18, 1989, p. 127.

¹⁴⁶ Ressalva-se, contudo, o esforço anterior à Constituição de 1988, empreendido por vários processualistas visando ampliar as garantias do cidadão, v.g., GRINOVER, Ada Pelegrini. *Op.cit.* 1973, p. 14, para quem é na constituição que se deve procurar a solução problema do relacionamento entre a lei, a justiça e a liberdade, que é, em ultima análise, o problema da relação entre individuo, sociedade e Estado.

Numa visão analítica das relações entre Processo e Constituição¹⁴⁷, apregoa Dinamarco¹⁴⁸ uma distinção atualmente reputada clássica a existência de dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem: a) *no sentido Constituição-Processo*, têm-se a *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) *no sentido Processo-Constituição*, a chamada *Jurisdição Constitucional*, voltada ao controle da Constitucionalidade das leis e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (Jurisdição Constitucional das Liberdades), apresentando o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.

Outra possibilidade de relação entre a Constituição e o Processo é apresentada por Cambi: a) uma relação direta, especificamente quando a Constituição elenca os direitos e garantias processuais fundamentais ou quando estrutura as instituições essenciais ou, ainda, ao estabelecer mecanismos de controle jurisdicional; b) uma relação indireta, quando a Constituição tutela determinado bem jurídico (v.g. direitos da personalidade ou interesses coletivos ou difusos) ou, ainda, quando tutela determinada categoria de sujeitos (v.g., crianças, adolescentes, idosos etc), repercutindo nas regras processuais e exigindo uma concreção judicial¹⁴⁹.

Assim sendo, nos princípios¹⁵⁰ fundamentais do processo, no plano constitucional, consagrados está o direito de ação e de ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o juiz natural, o contraditório, o princípio da iniciativa, concatenados diretamente aos poderes e deveres processuais do juiz¹⁵¹.

¹⁴⁷ Questionando com propriedade a distinção que propõe a existência de duas disciplinas diversas e asseverando que a Constituição estabelece uma “verdadeiro modelo constitucional do processo”, estruturante do Direito processual em CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 212.

¹⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 2.ed. São Paulo: RT, 1990, p. 25.

¹⁴⁹ CAMBI, Eduardo. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6.ed. Bahia: Podium, 2008, p. 139. De acordo com CAMBI, o neoconstitucionalismo, ao propor uma nova metodologia jurídica, e o neoprocessualismo, ao incorporar a necessidade de compreender e utilizar as técnicas processuais, a partir das bases constitucionais, trazem novas idéias que permitem revisar posições tradicionais, incapazes de transformar a realidade pela via jurídica (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: RT, 2009, p. 19)

¹⁵⁰ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional, **Revista de Processo**, n. 62, 1991, p 127. Esta autor distingue regras e princípios. Quanto a sua estrutura lógica e deontológica, pela circunstância dos primeiros vincularem a fatos hipotéticos (*tabstande*) específicos, um determinado functor ou operador normativo (proibido, obrigatório, permitido), enquanto os princípios transmitem uma prescrição programática genérica, realizada na medida do jurídica e faticamente possível.

¹⁵¹ Ver PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; CARVALHO DIAS, Ronaldo Bretãs. **Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010; MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004; Mitidiero, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010 e NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2009.

Com efeito, os deveres processuais do juiz deverão ser considerados, no caso concreto, de forma coerente com os princípios que regem o processo. Porquanto, dada também a sua condição de fundamento das regras, servem como garantia do Estado democrático de direito.

Esta solução se dá por uma impossibilidade de pensar os deveres processuais sem vínculo qualquer com a constituição, hipótese paradoxal e incongruente¹⁵². Em outros termos, não é possível uma determinação meramente casuística dos deveres processuais do juiz, o que nos obriga a fazer um retorno aos fundamentos, de forma a reconhecer os deveres processuais por meio de primados constitucionais.

Assim sendo, é na esfera constitucional que se opera o reconhecimento, procedimental e substantivo¹⁵³ dos primados da liberdade, da igualdade e da solidariedade inscrito na Constituição brasileira e que expressam com mais intensidade as conquistas civilizatórias do Estado Democrático de Direito.

Deixa assim o processo de ser mero instrumento de poder político para se tornar o *locus* da cidadania e da democracia participativa, por meio de signos que representam a efetivação do ideário político da Revolução Francesa¹⁵⁴, como a seguir desenvolvido.

¹⁵² Cf. PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Op.cit.* 2009, p. 37, para quem o fenômeno da Constitucionalização do Direito atinge o ramo processual, especialmente pela incorporação de direitos fundamentais e pela aplicação de todas as normas de processo civil vinculada pela valoração de sua constitucionalidade.

¹⁵³ Cf. DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11.ed. Salvador: Podium, 2009, p. 32. Refere, ao falar do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipo de processo, que as decisões jurídicas devem ser substancialmente razoáveis e corretas.

¹⁵⁴ Cf. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. São Paulo: Conceito, 2011, p. 22, que operacionaliza pesquisa destacando valores que consolidam no Estado de Direito a liberdade, na democracia a igualdade e que projetam a utopia da solidariedade como desafio de construção de sociedade fraterna, em nível universal.

1.3.1.1 A linguagem da Direito a partir da Revolução Francesa

Para uma compreensão do significado do controle democrático do exercício da jurisdição¹⁵⁵ é necessária uma incursão nas origens históricas deste fenômeno, que se reconhece na assembleia constituinte francesa de 1790¹⁵⁶.

Por ocasião da revolução francesa, surgem como primados os princípios fundamentais da liberdade, da igualdade e da solidariedade. Tais princípios tornam-se presentes em quase a totalidade dos ordenamentos ocidentais e decorrem da inserção de linguagem jurídica surgida na revolução francesa, provocando uma ruptura com o *ancien regime*¹⁵⁷ e inserindo na cultura ocidental um discurso novo, explicando as relações entre os homens e sua organização social e política.

Outrossim, a ruptura provocada pela revolução francesa, na linguagem do direito, não se deve a uma cega mutação histórica¹⁵⁸, mas a um processo levado a cabo também por juristas, presente, por exemplo, nas declarações dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Com efeito, a declaração dos direitos do homem marca o princípio de uma nova era¹⁵⁹. A partir destes eventos, seguiu-se a afirmação da sociedade capitalista, o seu modo de produção e visão de mundo, engendrando contradições¹⁶⁰, as quais ainda hoje encontram expressão.

¹⁵⁵ Para ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Jurisdição e Administração. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 119, 1993, p. 219, a doutrina de Montesquieu, embora pretendesse proteger contra a tirania, abriu-lhe amplamente as portas, permitindo a supremacia tanto do legislativo quando do executivo.

¹⁵⁶ DENTI, Vittorio. Giustizia e Partecipazione nella Tutela dei Nuovi Diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (coords). **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 11.

¹⁵⁷ Autorizados especialistas como François Furet e o inglês Keith M. Baker argumentam a ruptura da tradição através da linguagem, pois a ação sobre os homens passa por um intento de dominar os sentidos das palavras. Para Furet, o poder está nas palavras, pois a palavra, pública por natureza, é o instrumento que desvela o que quer permanecer oculto. Cf. ENTERRIA, Eduardo Garcia. **La lengua de los derechos**. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza, 2001, p. 39.

¹⁵⁸ A Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04/07/1776 preocupa-se, sobremaneira, com a limitação do poder estatal e a valorização da liberdade individual, influenciando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789). As influências são diversas, desde os iluministas como John Locke até documentos semelhantes, anteriormente elaborados na Inglaterra.

¹⁵⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 113.

¹⁶⁰ As contradições precisam ser analisadas, como faz Vera Maria Jacob de Fradera, com relação aos substratos do Direito, a partir das nuances das palavras, de forma que a interpretação jurídica é uma leitura de significados. FRADERA, Vera Maria Jacob. Langue et Droit au Mercosur. In: JAYME, Erik (Org.). **Langue et Droit, Collection des Rapports Présentés au XVè**. Congrès International de Droit Comparé, Bristol, 1998, p.127.

A contradição mais evidente está na prevalência de um determinado tipo de pensamento jurídico¹⁶¹, o de cunho racionalista¹⁶², desprovido da complexidade necessária para atender às crescentes demandas, decorrentes dessa nova sociedade de massas, impondo-se a realizar a tradução capaz de aproximar a linguagem do processo das expectativas sociais contemporâneas¹⁶³, tendo em vista tais princípios constitucionais diretores.

Neste contexto, de realização de alternativas e possibilidades decorrentes das prescrições políticas existentes na Constituição, com base na livre competição entre opiniões e interesses¹⁶⁴, é que sobressai a importância do espaço jurisdicional e, via de consequência, a responsabilidade do juiz.

Assim sendo, a linguagem jurídica surgida na revolução francesa passa a ser determinante, designando, na pós-modernidade¹⁶⁵, a existência de direitos humanos, reconhecidos constitucionalmente, explicitando a reciprocidade entre os homens de atributos, como consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Tais atributos, construídos historicamente, apresentam-se sob a forma de princípios, pressupondo a existência de um pensamento jurídico sistemático, como se depreende dos fundamentos e fins definidos nos artigos 1 a 3, da Constituição do Brasil, cujo título corresponde aos seus Princípios Fundamentais.

Desta sorte, a Constituição do Brasil determina fins a serem realizados pelo Estado, erigindo os fundamentos da própria República. Tais preceitos vinculam toda e qualquer atuação estatal.

¹⁶¹ Cf. ANDRADE, Fabio Siebeneichler, **Da Codificação**, livreria do advogado, Porto Alegre, 1997, p. 64, o iluminismo era formado de uma base racional, de sorte que entendia a legislação como um produto da razão, superior à tradição.

¹⁶² Cf. PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 2008, que analisa o uso da dialética aristotélica entre os juristas medievais em confronto com a guinada moderna a partir de Pierre de la Ramée, inaugurando o racionalismo dentro do processo civil, como proposto por Giovanni Althusio..

¹⁶³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livreria do Advogado, p. 28.

¹⁶⁴ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 57.

¹⁶⁵ Cf. SANTOS, Ferreira dos. **O Que é Pós-Moderno**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 08, desde o ponto de vista estrito, o nome pós moderno diz-se estar ligado a uma série de mudanças ocorridas nas ciências, nas artes e nas sociedades ocidentais a partir de 1950, quando por convenção estaria encerrado o ciclo do modernismo, iniciado em 1900. Ela nasce com a arquitetura e a computação, nos anos 50, toma corpo com a arte pop nos anos 60. Cresce ao entrar na filosofia, nos anos 70, como crítica da cultura ocidental. E amadurece hoje, alastrando-se para moda, no cinema, na música e no cotidiano programada pela tecno ciência.

No pertinente ao processo civil, Pereira Leal¹⁶⁶ refere que os fundamentos constitucionais não podem ser afastados, não porque estão impregnados na consciência dos indivíduos, mas porque são necessários para o desenvolvimento processual, em um sistema democrático.

No mesmo sentido, Marinoni¹⁶⁷ afirma a importância do Estado constitucional, de sorte que não se pode mais compreender formalmente os princípios constitucionais, pois requerem a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais.

Com efeito, não se trata de princípios abstratos, mas sim construídos historicamente e inscritos como conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático de Direito¹⁶⁸. Ademais, modernamente, o controle democrático passa a ser sinônimo de garantia, renovando e dando novos significados para os postulados republicanos lançados à época da Revolução Francesa, como a seguir busca-se demonstrar.

1.3.1.2 A Garantia da Liberdade nos Deveres Processuais do Juiz

A liberdade negativa comporia uma primeira geração de direitos fundamentais, pois pretende impor um limite à atuação do Estado, funcionando como uma proibição de arbitrariedade e, na perspectiva dos deveres processuais do juiz, como uma proibição de arbitrariedade judicial, cujas raízes são históricas¹⁶⁹ e sociológicas.

¹⁶⁶ Cf. PEREIRA LEAL, Rosemiro. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 31, que utiliza, em sentido diverso do adotado neste trabalho, a expressão dignidade e não solidariedade. Para este Autor seriam atributos inatos e individuais, que, na teoria da democracia, são substituídos pela decidibilidade de cunho discursivo como forma processual ilustrada de institucionalização jurídica da vontade soberana da comunidade.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional, **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre, n. 2, maio 2005, p. 152.

¹⁶⁸ Neste sentido, a preocupação apresentada por STRECK, para quem uma “baixa compreensão” acerca do sentido da Constituição acarreta uma “baixa aplicação”, com repercussão na concretização de direitos fundamentais (STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 388).

¹⁶⁹ Os gregos compreendiam a liberdade como a não-tiranía, pois, se sucumbo à guerra me torno escravo de outro e isto é a ausência de liberdade. Na idade média a carne é tirânica, por isso devemos nos libertar da tirania da carne. Descartes inova ao postular que liberdade e livre-arbitrio são sinônimos. Cf. BORNHEIN, Gerd. **O Homem e a Ética**. Porto Alegre: UFRGS, 1994, p. 25. No processo, ler Nicola PICARDI traz importante estudo histórico sobre o Code Louis (*Ordonnance Civile*, 1667), identificando neste evento a origem da estatalidade do processo (PICARDI, Nicola. *Op.cit.* 2008).

Conceitualmente, a liberdade refere-se às relações de interação, especificamente ao fato de que um ator deixa outro livre para agir de uma determinada maneira. Desta sorte, pode-se também referir a outra relação de interação, a de não liberdade¹⁷⁰.

Desde o ponto de vista processual, encontra-se assegurada a liberdade de atuar perante o Estado-Juiz prevista na norma esculpida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, prevendo que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça ao direito, assegurando a todos a liberdade de agir perante um Juízo¹⁷¹.

Desde o ponto de vista do processo, pode-se afirmar, portanto, constituir a liberdade um produto do agir, que deverá obedecer ao devido processo legal. Como se trata de uma relação de interação, pode-se referir a não liberdade do juiz de atuar de ofício, impondo a iniciativa da parte destinada à tutela de direitos. O postulado da liberdade, portanto, é o reconhecimento ao indivíduo das faculdades de agir, direitos subjetivos ou ainda poderes garantidos pela lei.

Na perspectiva de Alexi¹⁷², a garantia constitucional de acesso ao judiciário é um direito subjetivo fundamental e inviolável, concebido como posição e relação do tipo: *tem direito a ... frente a ...*, inclusive direitos de proteção, fundados em titularidade para fazê-los valer judicialmente.

Essa liberdade, contudo, também exige responsabilidade, como assinalava Ovídio Baptista¹⁷³, ao desvelar a verdadeira essência do processo: quem pretende obter a tutela jurisdicional não pode apenas exigir e esperar que o juiz sozinho exija por ele, deve formular a sua exigência e, ao mesmo tempo, em juízo, agir no sentido de obter a tutela jurídica pretendida.

A liberdade, portanto, nesta compreensão, distancia-se do paternalismo estatal, estabelecendo o dever do juiz de se ater ao pedido e de se ater às espécies

¹⁷⁰ Cf. BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale e outros. 12.ed. Brasil: UnB, v. 2, 1999, p. 708.

¹⁷¹ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais, **Revista Forense**, v. 330, separata, que conceitua o direito de ação como direito autônomo de agir em face do Estado Juiz a fim de por em movimento o aparelho jurídico relativamente a determinada situação jurídica concreta (pré processual), dando origem ao processo. Diversamente da ação, movimento físico que se passa no mundo dos fatos, necessariamente concreto.

¹⁷² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 125.

¹⁷³ BAPTISTA SILVA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, v.1, 1987, p.71.

de medidas jurisdicionais autorizadas pela norma, assim como o dever de não intervir na esfera dos direitos do cidadão sem ser solicitado¹⁷⁴.

Outro exemplo, colhido no processo, ocorre quando a norma de agir estiver dirigida ao Autor do feito, a quem incumbe impulsioná-lo e este abandonar a demanda. Esse comportamento omissivo acarreta a extinção do processo, nos termos do que prevê o artigo 267, II e III, do CPC¹⁷⁵.

Este significado de liberdade de agir é o mesmo proposto por Arendt¹⁷⁶, desde o ponto de vista etimológico, na tradução dos verbos latinos *agere*, que significa pôr em movimento, fazer avançar e *gerere*; que significa trazer, criar, cujo sentido é o de *gestum*, de onde se origina *gesta*. Agir, neste contexto, traduz um movimento para a criação. Diferente de *facere*, que exprime atividade executada num determinado instante, não contemplando um movimento criativo-reflexivo.

Assim o sentido da liberdade de atuar perante o juízo contempla uma reflexão, como a realizada por Josserand¹⁷⁷ no referente à questão dos limites ao exercício do direito, retomando a necessidade de serem os poderes exercidos dentro de certo espírito e para um fim legítimo, não podendo ser desviados de seu fim social.

Desde o ponto de vista constitucional, a necessidade de ser auferida a legalidade de uma conduta, dentro de um devido processo legal (*due process of law*)¹⁷⁸, como concebido por Canotilho e Moreira¹⁷⁹, ao invocarem o princípio da proporcionalidade, é entendido neste estudo como razoabilidade, proibindo

¹⁷⁴ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op.cit.*, 2001, p. 173.

¹⁷⁵ Em anotação realizada por Theotônio Negrão: ""Se o autor não é encontrado, para efeito de intimação pessoal, e se seu patrono, instado oficialmente, não colabora na localização de seu constituinte, procedente a extinção do processo" (Lex- JTA 145/401).

¹⁷⁶ ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. Trad. Mauro de Almeida. 2.ed. (s.c.): Perspectiva, 1972. Nesta perspectiva, a liberdade de agir perante o juiz exige uma reflexão, eis que contempla uma consideração com o outro. Por isso, Hannah Arendt ao abordar o tema da liberdade, refere que a consciência da sua presença ou da sua ausência ocorre sempre na interação com os outros e não no diálogo metafísico do "eu consigo mesmo".

¹⁷⁷ JOSSERAND. **De L'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits**, 2ª edição, 1939, *apud* CHABAS, François. **Leçons de Droit Civil, Obligations**. 9.ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 477.

¹⁷⁸ Cf. HOYOS, Arturo. La Garantia Constitucional del Debido Proceso Legal. **Revista do Processo**, v. 47, p. 45, é o conjunto de garantias constitucionais do processo inaugurados pela Magna Carta de 1215, dando conformação técnico-política ao processo. Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Mario da Silva Velloso, as garantias asseguradas aos litigantes, que dizem respeito, por exemplo, ao contraditório, à produção de provas, ao duplo grau de jurisdição, à igualdade das partes, ao juiz natural, são garantias que se comportam no conceito de devido processo legal (in ALVIM, Jose E. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, apresentação do Ministro Carlos Velloso).

¹⁷⁹ CANOTILHO, J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 134

restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais. Sua restrição, sempre *à posteriori*, depende de um conflito positivo de normas constitucionais, implicando uma conciliação dos interesses em conflito.

Vejamos a hipótese do artigo 340 do Código de Processo Civil ao estabelecer que:

- ... além dos deveres enumerados no Art. 14, compete à parte:
- I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
 - II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária;
 - III - praticar o ato que lhe for determinado.

Numa primeira aproximação estaríamos diante de deveres impostos às partes. Porém, se formos analisar determinadas situações, como a inspeção corporal, verificaremos não ser possível coagir alguém ao exame ou inspeção corporal, para prova no processo cível. Desta sorte, aplica-se a presunção do artigo 359 do CPC, na hipótese de a isto recusar-se a parte, sem motivo justificado, a exame na sua pessoa. Essa situação configura um típico ônus processual, conforme posicionamento adotado na primeira parte deste estudo. Igualmente, afigura-se paradoxal diante do *caput* do artigo 340 (*além dos deveres ...*), do CPC, pois a sua interpretação literal conduziria a uma violação da liberdade e é um dever constitucional do juiz preservá-la.

Determinada hipótese, a do exame de reconhecimento de paternidade, desencadeou com maior intensidade a discussão sobre a aplicação dessa norma, como dever da parte, de forma que, recusando-se o investigado a submeter-se ao exame de pesquisa genética, prova cuja eficácia é quase absoluta em tais casos, deve arcar com as consequências da negativa, não podendo pretender invalidar a prova circunstancial de maior peso, favorecedora do investigador, com elementos de menor valia.

Assim, o comportamento insubmisso do destinatário da norma acarreta uma consequência típica da não submissão a um ônus probatório¹⁸⁰, sob o pálio do princípio da liberdade, somente admitido quando não se trata de dever, por ser inafastável.

¹⁸⁰ Importante contribuição sobre o ônus da prova em CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Para Carpes, a dinamização proporciona ao juiz melhor distribuir os esforços da prova, transferindo o ônus acerca da prova de determinadas circunstâncias de fato que compõem o objeto litigioso, de forma a adequar a atividade probatória das partes à máxima efetividade.

Consequência importante, decorrente da natureza desta norma do artigo 340, é a de estabelecer uma regra do Juízo sobre matéria probatória, pois o ônus da prova¹⁸¹ fica direcionado à parte que se recusa ao exame¹⁸².

Na perspectiva dos deveres do juiz, poder-se-ia considerar o princípio da legalidade¹⁸³ como um limite ao exercício do poder em defesa da sociedade, cuja aplicação é prevista no art. 5º, da Constituição Federal, em seu inciso II, onde é afirmado categoricamente que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei*.

Com efeito, o Estado de Direito garante a todo cidadão a capacidade de prever as consequências de seu comportamento e estabelece garantias processuais em relação aos poderes do Estado, tais como a livre expressão do pensamento, da confissão religiosa, da inviolabilidade do domicílio, da confidencialidade das comunicações pessoais e outras relacionadas aos direitos patrimoniais, como a liberdade de contratar e o direito à propriedade.

Assim, a garantia da liberdade, no contexto dos fundamentos constitucionais do processo, impõe limites para a atuação do juiz, constituindo-se um corolário do exercício das liberdades protegidas como direito fundamental e, ao mesmo tempo, afastando condutas judiciais paternalistas.

No mesmo sentido, para Plínio Gonçalves¹⁸⁴, entre uma decisão “justa” tomada autoritariamente e uma decisão “justa” construída democraticamente há uma grande diferença, quando se crê que a dignidade humana realiza-se na liberdade. No mesmo sentido fundamental, da conduta processual do juiz, ao lado dessas aplicações, no âmbito dos deveres processuais, tem-se a exigência de igualdade.

¹⁸¹ Tal compreensão é corroborada, após 2002, pelas previsões contidas no Código Civil, especialmente o artigo 231 (*aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário na poderá aproveitar-se de sua recusa*) e artigo 232 (*a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*).

¹⁸² Cf. MELENDO, Santiago Sentis. *Naturaleza de la Prueba*. **Revista dos Tribunais**, v. 462, 1974, p. 22, o conceito de liberdade no sentido processual de disponibilidade e de utilização das provas, como fontes, as partes cuidam de conhecer e de oferecer e, como meios, o Juiz devera cuidar de adquiri-las para o processo.

¹⁸³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.*, 1990, p. 179, *no cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da legalidade no exercício do poder*.

¹⁸⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op.cit.*, 2001, p. 174.

1.3.1.3 A Garantia de igualdade nos deveres processuais do juiz

A igualdade comporia uma segunda geração de direitos fundamentais, relacionados aos direitos sociais, constituindo base para a efetivação de todos os demais direitos. Este preceito de igualdade está inscrito como um direito fundamental na Constituição do Brasil, assegurando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*), dirigindo-se a todos os poderes da República. Há que considerar, contudo, que a expressão “igualdade perante a lei” atinge também a “igualdade na lei”, estando o preceito dirigido tanto ao legislador quanto ao juiz, que concretiza a normas de conduta¹⁸⁵.

No campo do processo, na perspectiva deste trabalho, o conteúdo profundo e democrático da noção de Fazzalari¹⁸⁶, distingue o fenômeno «processo» da jurisdição, qualificando o processo pelo contraditório, sendo o módulo eletivo da atividade jurisdicional projeção jurídica de uma exigência político-constitucional. Desta sorte, entre as várias formas de procedimento, há o processo, caracterizado pela participação daqueles interessados ou daquele cuja esfera jurídica o ato final se destina a exercer efeitos e na paridade de suas posições (igualdade).

Com esse objetivo, o artigo 125, I, do Código de Processo Civil brasileiro funciona sob a inspiração do postulado da igualdade, pois entre os deveres do Juiz assegura o de *proporcionar aos litigantes igualdade na demanda*. Por outro lado, o garantia constitucional da igualdade contém um comando de desigualdade ou de diferenciação.

Conforme Greco Filho¹⁸⁷, o conceito de igualdade não pode ser absoluto, já que dar tratamento igual a desiguais seria o mesmo que dar tratamento desigual aos iguais, o que impõe a realização de mecanismos de compensações jurídicas em favor daqueles que merecem proteção especial¹⁸⁸.

Com efeito, a aplicação positiva do princípio da igualdade está prevista no ordenamento processual, especificamente em situações onde o Juiz deverá proporcionar proteção jurídica em favor daqueles que merecem proteção especial

¹⁸⁵ Cf. ENGELMANN, Wilson. **Princípio da Igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008, p. 53.

¹⁸⁶ FAZZALARI, Elio., **Novissimo Digesto Italiano**. v. 13. Turim: UTET, 1966, p. 1067.

¹⁸⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981.

¹⁸⁸ Não viola a igualdade jurídica o tratamento diferenciado concedido aos menores e incapazes, assistidos pelo Ministério Público, ou as presunções probatórias favoráveis ao consumidor, hipóteses de desigualdade pré-processual que necessita ser considerada, no âmbito do direito processual.

(art. 9º, do CPC: *o juiz dará curador especial: I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa*). Outrossim, atente-se para as presunções probatórias constantes no Código de Defesa do Consumidor, onde há uma desigualdade pré-processual a ser considerada¹⁸⁹.

Da mesma forma, o postulado da igualdade, no seu âmbito positivo, contém uma proibição de excessividade, conectada com a ideia de direito justo, como demonstra Larenz¹⁹⁰ que, nestas hipóteses, em sentido contrário ao apresentado neste trabalho, dispensa a comparação com outros casos, afastando o controle interno da jurisdição.

Numa outra posição, Streck¹⁹¹ sustenta que esta discricionariedade não tem o mesmo significado para a argumentação jurídica, pois se trata de um modo de explicar que cada interpretação – que não pode ser solipsista – realiza a construção integrativa do direito, estabelecida nos discursos de fundamentação.

A proporcionalidade, pois, não é sinônimo de proibição de excesso, pois vem ganhando importância a discussão sobre a sua outra utilização, como instrumento contra a omissão ou contra a ação suficiente dos poderes estatais¹⁹², de modo a operar uma aproximação com o valor justiça.

Em função da complexidade inerente à igualdade, Ovídio Baptista argumenta da sua complexidade no plano processual, porquanto o autor e o réu são antagônicos em seus interesses, qualificados por uma inerente diversidade, encontrando-se, em relação ao objeto litigioso, em situação rigorosamente inversa.

Para Ovídio Baptista¹⁹³, a igualdade de tratamento tampouco guarda relação com a noção de paridade de armas, no sentido de que o juiz tem o dever de oferecer as mesmas oportunidades às partes. Em suma, a igualdade processual deve ser considerada substancialmente à luz da possibilidade judicial de proclamar definitivamente que o direito verossímil realmente existe.

¹⁸⁹ Conforme Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto, *Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual*, AJURIS, p. 79, *essa igualdade tantas vezes proclamada e sublinhada, não passa, no entanto, de igualdade puramente formal. A posição que as pessoas ocupam na sociedade, a maior ou menor condição de fortuna, o poder de que desfrutam, influem, desde logo, no próprio acesso à Justiça, na melhor ou pior preparação dos profissionais que as assistem, na facilidade de se proverem de provas e tantos outros elementos decisivos.*

¹⁹⁰ LARENZ. **Direito Justo**. Trad. Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1985, p. 145.

¹⁹¹ STRECK, Lênio. *Op.cit.*, 2009b.

¹⁹² Ver SILVA, Afonso da; VIRGILIO, Luis. O Proporcional e o Razoável, **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002, p. 23-50.

¹⁹³ BAPTISTA SILVA, Ovídio. **Jurisdição e Execução**. São Paulo: RT, 2006, p. 189 e 190.

Trata-se de uma provocação bastante importante. Contudo, deve-se atentar que o mais relevante na compreensão da igualdade será demonstrar que o seu fundamento está situado no diálogo, como pressuposto para afirmação de um momento posterior, o de autoridade, isto porque, após propiciar o debate, o juiz realiza uma escolha entre os diversos argumentos, momento de expressão do seu poder.

Outra garantia associada aos deveres processuais, na perspectiva dos Direitos Fundamentais, é a da solidariedade, sendo possível se pensar, a partir deste fundamento, numa visão cooperativa do processo.

1.3.1.4 O Primado da Solidariedade: uma visão cooperativa do processo

Em confronto com as constituições liberais clássicas que asseveravam serem as funções principais do Estado a de tutela ou garantia, as constituições pós-liberais prestigiam mais frequentemente a função de promoção¹⁹⁴, com destaque para a solidariedade¹⁹⁵.

Com efeito, as Constituições dos Estados ocidentais pós-liberais promovem e favorecem o incremento da solidariedade, cuja tradução para o processo pode ser encontrada na ideia de cooperação, passível de fundamentar deveres processuais decorrentes de uma visão cooperativa do processo.

A solidariedade consubstancia um valor social previsto como objetivo fundamental da República, no artigo 3º, da Constituição Federal, referenciando um comportamento que também repercutirá no estudo dos deveres processuais, pois consagra deveres processuais colimando sejam as atuações do estado e das partes em consonância com o princípio da boa fé objetiva e da lealdade, com profundas implicações a visão cooperativa do processo.

¹⁹⁴ Cf. Norberto Bobbio, *ob. cit.*, p. 1323.

¹⁹⁵ Não se confunde com os direitos de solidariedade, que, de acordo com VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Almedina, 2ª edição, 2001, pag. 62, são direitos de *quarta categoria*, com *uma horizontalidade característica e uma dimensão objetiva fortíssima, já que protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são ao mesmo tempo bens comunitários de que todos são titulares ... na medida em que esteja em causa a sobrevivência da sociedade*.

Ademais, a solidariedade é um valor que se impõe em todas as relações humanas, passível de ser associada, no processo, à noção de cooperação processual. A função da solidariedade, pois, pode ser entendida como uma obrigação de meio, com o fito de impedir a prevalência do individualismo exacerbado. Tem-se assim um postulado constitucional de solidariedade, subjacente ao texto processual.

Resguarda-se, contudo, que a solidariedade possui perspectivas diversas, como formulado por Alpa¹⁹⁶, em seu minucioso trabalho sobre o tema, desde a conotação católica, que se aproxima da compaixão e da piedade, até a posição socialista, atenta às disparidades sociais e econômicas dos indivíduos.

De acordo com esse autor, a solidariedade emerge, na sua dimensão jurídica, da revolução francesa¹⁹⁷, expressada como fraternidade (o terceiro e mais esquecido termo da tríade constante no emblema revolucionário – liberdade, igualdade e fraternidade). A sua adoção se dá de modo vertical, pois valoriza apenas a relação entre Estado e indivíduo.

Por outro lado, a solidariedade como um dever, na sociedade moderna, passa a ter uma função de coesão social, imposta como valor e como princípio a ser observado na relação entre os homens. A norma fundamental vincula o legislador e o aplicador¹⁹⁸, tornando-os intérpretes e executores de uma consciência social.

Corolário desta visão do processo, a solidariedade judicial, como proposta por Allard e Garapon¹⁹⁹, que, ao verificarem a concomitância do direito como um bem intercambiável e a dimensão funcional da globalização do direito, como exigência de um regramento, permite os fluxos financeiros e o comércio com segurança, minimizando os riscos das transações, reivindicando uma nova mentalidade judicial.

Assim, por exemplo, os Juízes anteriormente restritos ao território nacional passam a referir julgamentos estrangeiros em decisões em âmbito nacional, além de atuarem em organismos transnacionais, em sistema de cooperação²⁰⁰, numa “sociedade de tribunais”, onde os intercâmbios formam um elo social, sem implicar

¹⁹⁶ ALPA, Guido. **Solidarietà**. Opinioni, NGCC, 1994, p. 365 e 366.

¹⁹⁷ Na Constituição de 1795 aparece, pela primeira vez, como um dever.

¹⁹⁸ ALPA, Guido. *Op.cit.*, 1994, p. 373, para quem *lo spazio per la solidarietà si sta pericolosamente restringendo e la sensibilità dell'interprete, in particolare del giurista, rischia di svanire, oppressa dall'indifferenza, dal conformismo, dalla sordità della classe politica e della coscienza sociale o dal corporativismo professionale*.

¹⁹⁹ ALLARD, Julie; GARANPON, Antoine Garapon. **Os Juízes na Mundialização. A Nova Revolução do Direito**. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Piaget, 2005, p. 08.

²⁰⁰ Idem, p. 10.

“numa pirâmide de normas ou uma ordem política determinada”, policêntrico e sem hierarquia, uma espécie de rede informal, sem constituir um sistema, garantindo as suas condições de funcionamento²⁰¹.

A colaboração entre Juízes pode tomar formas muito diversas, como é o caso do Tribunal de Justiça (TJCE), criado pelo Tratado de Roma, com sede no Luxemburgo e o Tribunal de Estrasburgo (TEDH), criado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Esses dois tribunais, sem possuírem qualquer relação orgânica entre si, citam-se reciprocamente há bastante tempo²⁰².

Merece também destaque a criação do Mandado de Detenção Europeu, após os atentados de 11 de setembro de 2001, quando os estados europeus deliberaram a criação de um espaço judicial comum, substituindo o instituto da extradição por um processo judicial unificado para todos os países. Nesta hipótese, o princípio da soberania não é abolido, fazendo-se necessário um reconhecimento mútuo entre os países, condição prévia de qualquer intercâmbio, pois não é possível a qualquer deles o isolamento supremo requerido pela soberania tradicional²⁰³.

Conforme Allard e Garapon²⁰⁴:

A colaboração entre juízes, além de institucional, pode ser militante, como no caso da luta contra a corrupção e objetivo comum de reforço da democracia, onde magistrados de Milão, que tinham lançado a operação “mãos limpas”, o procurador geral de Genebra e juízes de instrução espanhóis e franceses denunciaram entraves dos executivos nacionais.

No Projeto de novo Código de Processo Civil, em trâmite perante o Congresso Nacional, há norma prevendo, como dever processual, a colaboração entre os juízes, como se lê:

²⁰¹ ALLARD, Julie; GARANPON, Antoine Garapon. *Op.cit.*, 2005, p. 32.

²⁰² Idem, *ibidem*, p. 20. Conforme os Autores: *o novo comércio entre juízes não é um espaço legislativo à revelia, mas sim um fórum informal de intercâmbios situado, na maior parte das vezes, às margens dos mecanismos institucionais. A sua força motora, a sua eficácia e a sua legitimidade residem em outros fatores: em parte ligados a dispositivos institucionais, como a construção europeia ou os tribunais internacionais, em parte emergentes de uma necessidade objetiva de regulação e de referências normativas, em parte assentes na autoridade da argumentação.* (*Op.cit.*, p. 15)

²⁰³ Idem, p. 27.

²⁰⁴ Idem, p. 28.

DA COOPERAÇÃO NACIONAL

Art. 52. Ao Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, de primeiro ou segundo grau, assim como a todos os tribunais superiores, por meio de seus magistrados e servidores, cabe o dever de recíproca cooperação, a fim de que o processo alcance a desejada efetividade.

Art. 53. Os juízos poderão formular um ao outro pedido de cooperação para a prática de qualquer ato processual.

Art. 54. Os pedidos de cooperação jurisdicional devem ser prontamente atendidos, prescindem de forma específica e podem ser executados como:

I – auxílio direto;

II – reunião ou apensamento de processo;

III – prestação de informações;

IV – atos concertados entre os juízes cooperantes.

Parágrafo único. As cartas de ordem e precatórias seguirão o regime previsto neste Código.

Outra noção a ser resgatada é a de interpenetração dos sistemas jurídicos, tanto na elaboração de um direito processual como, igualmente, na interpretação do direito²⁰⁵, repercutindo, portanto, no campo dos deveres processuais do juiz, em especial no sentido de evidenciar o fato de não estar o juiz isolado no mundo, mas interagindo numa perspectiva mais ampla, quiçá mundial²⁰⁶.

²⁰⁵ Cf. JORDA, Claude, “Le Droit Comparé et l’Internationalisation du Droit”, in **Le Devenir du Droit Comparé en France**, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2005, p. 87.

²⁰⁶ Ver a seguinte decisão do STF, especialmente o brilhante voto da Ministra Ellen Gracie (**ADPF 172-REF-MC**, Rel. Min. Marco Aurélio, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-6-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.): “Gostaria (...) de tecer algumas considerações sobre a Convenção da Haia e a sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro. (...) A primeira observação a ser feita, portanto, é a de que estamos diante de um documento produzido no contexto de negociações multilaterais a que o País formalmente aderiu e ratificou. Tais documentos, em que se incluem os tratados, as convenções e os acordos, pressupõem o cumprimento de boa-fé pelos Estados signatários. É o que expressa o velho brocardo *Pacta sunt servanda*. A observância dessa prescrição é o que permite a coexistência e a cooperação entre nações soberanas cujos interesses nem sempre são coincidentes. Os tratados e outros acordos internacionais preveem em seu próprio texto a possibilidade de retirada de uma das partes contratantes se e quando não mais lhe convenha permanecer integrada no sistema de reciprocidades ali estabelecido. É o que se chama de denúncia do tratado, matéria que, em um de seus aspectos, o da necessidade de integração de vontades entre o chefe de Estado e o Congresso Nacional, está sob o exame do Tribunal. (...) Atualmente (...) a Convenção é compromisso internacional do Estado brasileiro em plena vigência e sua observância se impõe. Mas, apesar dos esforços em esclarecer conteúdo e alcance desse texto, ainda não se faz claro para a maioria dos aplicadores do Direito o que seja o cerne da Convenção. O compromisso assumido pelos Estados-membros, nesse tratado multilateral, foi o de estabelecer um regime internacional de cooperação, tanto administrativa, por meio de autoridades centrais como judicial. A Convenção estabelece regra processual de fixação de competência internacional que em nada colide com as normas brasileiras a respeito, previstas na Lei de Introdução ao Código Civil. Verificando-se que um menor foi retirado de sua residência habitual, sem consentimento de um dos genitores, os Estados-partes definiram que as questões relativas à guarda serão resolvidas pela jurisdição de residência habitual do menor, antes da subtração, ou seja, sua jurisdição natural. O juiz do país da residência habitual da criança foi o escolhido pelos Estados-membros da Convenção como o juiz natural para decidir as questões relativas à sua guarda. A Convenção também recomenda que a tramitação judicial de tais pedidos se faça com extrema rapidez e em caráter de urgência, de modo a causar o menor prejuízo possível ao bem-estar da criança. O atraso ou a demora no cumprimento da Convenção por parte das autoridades administrativas e judiciais brasileiras tem causado uma repercussão negativa no âmbito dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, em razão do princípio da reciprocidade, que informa o cumprimento dos tratados internacionais. (...) É este o verdadeiro alcance das disposições da Convenção.”

Observa-se, desta sorte, uma aproximação com vistas a afirmar uma concepção moderna do processo, onde o juiz assume uma posição neutra, mas não passiva, valorizando a colaboração das partes com o juízo na formação do comando concreto, como um método judiciário²⁰⁷. Abandona-se, por essa via, a ideia do processo como um duelo, em que as partes antecipam o momento da luta²⁰⁸.

Desta sorte, a colaboração também pode ser vislumbrada na participação das partes, através de uma conduta processual ativa, em função da finalidade do processo, em contraposição ao individualismo exacerbado e ao neoliberalismo²⁰⁹. Esse objetivo, no entanto, não implica supressão das diferenças, através da imposição de uma colaboração entre as partes (entre si)²¹⁰, como almejava o anteprojeto de Código de Processo Civil, quando em trâmite no Senado Federal²¹¹. Com efeito, ninguém está obrigado a colaborar com o outro, em detrimento de interesses jurídicos próprios. Uma regra desta natureza seria uma ofensa à liberdade²¹².

Esse já era o entendimento esposado por Ovídio Baptista²¹³, ao questionar o significado do dever de veracidade voltado para a parte, quando confrontado com o princípio dispositivo; porquanto não se pode gravar como encargo da produção da prova aquele que, limitando-se a negar o fato afirmado pelo adversário, seja obrigado a produzir prova em favor deste. Espera-se, pois, seja alterada esta redação, valorizando a visão cooperativa do processo, na perspectiva da observância dos deveres processuais²¹⁴.

²⁰⁷ CARNELUTTI, Francesco. Diritto e Processo. apud TROCKER, Nicolo. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Dott A Giuffrè, 1974, p. 677.

²⁰⁸ Cf. MILLAR, Robert Wyness. **Los Principios Formativos del Procedimiento Civil**. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, p. 87.

²⁰⁹ Termo utilizado para identificar uma exacerbação da ideologia liberal, cujas pressupostos teóricos encontram-se integrados em uma ideologia de três separações: separação entre política e economia, entregue a uma dinâmica de auto regulação pelo mercado; separação entre estado e moral e entre estado e sociedade civil, local onde coexistem as esferas morais e econômicas. Cf. NOVAIS, Jorge Reis, **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**, Coimbra, 1987.

²¹⁰ **Art. 5º** As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

²¹¹ O Projeto em trâmite agora na Câmara de Deputados alterou a redação, suprimindo este dever de colaboração entre as partes.

²¹² Para HABERMAS, Jürgen. *Op.cit.* 1999, p. 73, o método de formação discursiva tem estreita ligação com a autonomia dos indivíduos inalienáveis e o seu enraizamento em formas de vida partilhadas intersubjetivamente.

²¹³ BAPTISTA SILVA, Ovídio. **Comentário ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, v. 1, 2000, p. 15.

²¹⁴ Cf. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2009.

Em suma, ainda que se refute a perspectiva processual que, conforme Pereira Leal, transforma a lide em pugna, onde as partes são guerreiros, rotulados em vencedores e vencidos e onde o juiz é um comandante em chefe, em favor de um processo, não se pode ignorar o conflito e interesses jurídicos diversos em disputa.

Exatamente por isso a perspectiva cooperativa do processo contempla deveres processuais, visando constituir condutas conducentes à solução da lide, e não um comportamento de colaboração com o interesse do outro.

Buscam-se, também, outros fundamentos dos deveres processuais a seguir desenvolvidos, considerando-se a existência deste novo Código de Processo Civil, cujo anteprojeto elaborado por Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009 tramita no Senado Federal.

1.3.4 O Projeto de Código de Processo Civil: Os Deveres processuais com Fundamento nos Princípios Formativos do Processo

A elaboração de um novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei 8.046/2010, conduz a necessidade de confrontar se as regras contidas neste novo diploma estão em consonância com os princípios formativos do próprio processo, caracterizados como princípios indispensáveis para que um sistema processual funcione bem²¹⁵.

Os princípios formativos do processo constituem-se em designação estabelecida por Manzini, na obra *Commentario al Codice Sardo* e adotada por Alcides de Mendonça Lima, no artigo princípios *Os Princípios Informativos no Código de Processo Civil*²¹⁶. A importância dos informativos do processo pode ser vislumbrada na constatação de Fairen Guillen, ao citar a grande alteração propiciada pela edição da "saepe contigt", por Clemente V, em 1306, suprimindo a *litis*

²¹⁵ Os princípios processuais têm sofrido crítica, cf. STRECK, Lênio. *Op.cit.*, 2009, p. 498, para quem há uma proliferação indiscriminada da sua utilização. Trata-se de um fenômeno denominado "panprincipiologismo". Para STRECK deve-se repensar a relação entre princípios-moral-decisão, para que a decisão judicial possa se estruturar e se legitimar num co-originária relação entre princípios e moral.

²¹⁶ MENDONÇA LIMA, Alcides. Princípios Informativos no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 34. São Paulo: RT, 1984.

contestatio, inspirada nas disposições existentes no direito estatutário italiano, dos quais derivaram princípios de ordem econômica, política e social²¹⁷:

liberação da *litis contestatio*;
 limitação dos recursos interlocutórios;
 liberação da ordem legal dos atos;
 encurtamento dos prazos;
 concessão ao juiz da direção do processo;
 supressão de formalidades supérfluas.

Tais alterações eram devidas em função da necessidade de liberar o processo de formalismos inúteis, que o tornavam custoso e longo, em oposição a princípios informativos do processo²¹⁸.

Os princípios informativos ou formativos do processo, segundo Arruda Alvim²¹⁹, distinguem-se dos direitos fundamentais, pois seriam regras de ordem predominantemente técnica, desligadas de permeação ideológica, enquanto os direitos fundamentais constituem-se diretrizes palpáveis inspiradas por características políticas.

Esse entendimento, ainda que possua o mérito de apontar um nível de abstração mais intenso dos princípios informativos em relação aos princípios fundamentais, fragmenta o fenômeno jurídico, pois toda perspectiva contempla, em última instância, uma concepção de mundo²²⁰.

A elaboração de um Projeto de Código de Processo Civil por certo conduz a investigar se o legislador atentou aos princípios informativos do processo, verdadeiras normas representativas de uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual, as quais o legislador não deve descuidar,

²¹⁷ GUILLEN, Fairen. **El Juicio Ordinario y los Plenários Rápidos** – (los defectos en la recepción del derecho procesal comun, sus causas y consecuencias en doctrina o legislación actuales). Barcelona: Bosch, p. 44.

²¹⁸ Segundo GUILLEN, Fairen. *Op.cit.*, p. 42, tais conformações de natureza econômica e lógica, devem-se às crescentes necessidades de rapidez impostas pelo tráfico comercial que se desenvolvia em torno do mediterrâneo, impondo, em matéria civil, a sumarização do processo.

²¹⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Tratado de Direito Processual**. 10.ed. v. I. São Paulo: RT, 2006, p. 25 e 26.

²²⁰ Cf. CALMOM DE PASSOS, J. J. *Op.cit.* 1988 p. 83, que afirma inexistir pureza no direito, pois o jurídico coabita com o político e com o econômico. Ademais toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. No mesmo sentido, NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo M. F.; CURI, Ivan Guérios. *Op.cit.*, 2009, p. 355. Para estes autores é necessário perceber “qual” eficiência se adequa a uma concepção de processo-constitucional. Usando os ensinamentos de Taruffo, referem dois tipos de “eficiência” no sistema processual: uma primeira, de natureza “quantitativa”, sendo a qualidade das decisões um fator de menor importância; uma segunda perspectiva (qualitativa) seria aquela que conduziria a uma implementação de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e democráticas para aplicação do direito.

compreendendo precipuamente os seguintes princípios: lógico, jurídico, político e econômico²²¹.

No caso dos deveres processuais do juiz, o projeto do Código de Processo Civil contempla um rol de poderes e deveres processuais em seu artigo 107, como a seguir transcrito:

- I – promover o andamento célere da causa;
- II – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias, aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei;
- III – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
- IV – tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;
- V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os as necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico;
- VI – determinar o pagamento ou o depósito da multa cominada liminarmente, desde o dia em que se configure o descumprimento de ordem judicial;
- VII – exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;
- VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para interrogá-las sobre os fatos da causa, caso em que não incidirá a pena de confesso;
- IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outras nulidades processuais.

Em tais dispositivos, encontram-se diversas implicações pertinentes aos princípios formativos do processo, como a seguir desenvolvido.

1.3.4.1 O Princípio Lógico do Processo

O princípio lógico do processo é uma incitação ao aprimoramento técnico-democrático, seja na interpretação das regras processuais, seja na prática do

²²¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992, refere serem princípios meta ou pré-jurídicos. O Autor, também, amplia este rol acrescentando outros dois princípios: o da instrumentalidade, pelo qual o processo ajusta-se a realidade sócio-jurídica através de um instrumentalismo substancial, fundado numa ética social e o da efetividade, através do que o processo civil se impregna de Justiça social. Efetivamente, se considerarmos os princípios informadores como uma aspiração de melhoria do ordenamento processual, a proposta do Autor possui relevante atualidade e utilidade, ainda que se possa argumentar da possibilidade de subsumi-los nos quatro princípios indicados tradicionalmente pela doutrina.

processo, estando representado pela fórmula: seleção dos meios mais seguros para buscar e descobrir a verdade e evitar o erro.

A legislação processual, portanto, deve estar adequada às necessidades concretas de realização do Direito, repercutindo além da técnica²²², cujo fundamento reside exatamente na efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, conciliando segurança e rapidez²²³.

No que se refere aos protagonistas do processo, exige-se uma conduta de acordo com as necessidades do desenvolvimento interno do processo, conforme pretende os artigo 107, do projeto de Código de Processo Civil.

O princípio lógico também atende a uma necessidade de estruturação coerentemente cronológica dos atos do processo, visando uma adequação objetiva²²⁴ relacionada ao direito material afirmado: o objeto a partir do qual o juiz irá desenvolver sua atuação.

Na perspectiva do princípio lógico também haveria uma exigência de clareza das prescrições jurídico-processuais²²⁵, no limite do que é possível em regulação geral-abstrata, prevendo efetivamente deveres para o juiz, sem confundir conceitos jurídicos.

O Projeto de Código de Processo Civil, no entanto, opta pela técnica de busca da verdade apenas mediante a estipulação de conduta processual para a parte, estabelecendo o dever do juiz de “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias, aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei”.

²²² Cf. BAPTISTA SILVA, Ovídio. **Processo e Ideologia**: O paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 297, invocando a relação entre o processo e os padrões da “*ciência*” moderna: a racionalidade kantiana pressupõe a univocidade de sentidos da lei, o que legitima a extraordinária cadeia recursal que nos sufoca e da qual não temos condições de nos libertar.

²²³ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis** (p. 1091): “Não se pode, pois, jamais perder de vista que o processo foi concebido para “dar” direitos a quem os tem; não para “inventar” direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares. Não deve haver, pensamos, esse “fosso” entre a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente”.

²²⁴ Sobre a adequação do processo segundo as exigências de relação do direito material LACERDA, Galeno. O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo, **Revista do IARGS**, 1976; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op.cit.*

²²⁵ Cf. HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 205. O Autor, ao analisar o art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental alemã, refere ser uma exigência imprescindível da ordem estatal-jurídica a clareza das prescrições jurídico-processuais.

Nesta perspectiva do artigo 107, portanto, o Projeto de Código de Processo Civil contemplou em realidade deveres processuais apenas para as partes. Esta omissão, em favor dos Deveres Processuais do Juiz, seria passível de ser superada pela leitura do seu artigo 66, pois todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo, devem expor os fatos em juízo conforme a verdade, proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, tampouco alegar defesa cientes de que são destituídas de fundamento; não produzir provas, tampouco praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

No que diz respeito à estruturação lógica do processo, no sentido de que as questões preliminares devem ser analisadas e apreciadas prioritariamente, inclusive com os recursos pertinentes também o artigo 107 ficou-se silente.

Sobre a estruturação cronológica do sistema, o juiz, de acordo com o Projeto de Código de Processo Civil, passa a ter poderes de dilatar prazos e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, o que de qualquer modo acaba por conferir o dever processual de efetividade à tutela do bem jurídico²²⁶, atendendo ao princípio informativo lógico, com o prestígio da verdade, através da seleção dos meios *aptos*, com o fito de evitar o erro²²⁷.

Deve-se considerar, contudo, se esta pretensão jurídica, para não errar nos julgamentos, especialmente em matéria de fato, não seria uma característica marcante de uma postura tradicional, herdeira de um apego exagerado a um ideal racionalista de certeza e segurança, com implicações a efetividade do processo²²⁸.

Desde o ponto de vista prático, portanto, o formalismo vazio, produto de uma técnica estrita, favorece àquele cujo direito é pouco verossímil. A grande tarefa do processualista, portanto, é conciliar estes interesses conflitantes, não abandonando

²²⁶ Cf. LACERDA, Galeno. O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo, **Revista do IARGS**, 1976, p. 164. Para o autor, na aplicação do direito se chocam dois ideais, o de Justiça e o da paz social, sendo que para o primeiro o fator tempo se mostra relativo, importando a solução verdadeira e justa da lide. Já para o segundo ideal, necessita eliminação imediata e eficaz do conflito, retomando a harmonia do grupo social, no menor tempo possível. A superação dos princípios antinômicos, dispositivo e inquisitório, se dará através da adequação do processo às realidades jurídicas diversas.

²²⁷ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op.cit.*, 2008, p. 124, onde consta referência de direito comparado, demonstrando que a experiência histórica moderna permite estas adequações ao direito material, desde que não acarrete retardamento processual (v.g. Ordenança Processual alemã, § 263, CPC português, artigo 273, dentre outros).

²²⁸ Ver especialmente BAPTISTA SILVA, Ovídio. *Op.cit.*, 2006 e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.*, 1990.

a forma porque ela é útil à obtenção de resultados seguros, mas não a transformando em um fim último do processo²²⁹.

1.3.4.2 Princípio Jurídico do Processo ou Princípio de Justiça do Processo

Outro princípio formativo do processo é o denominado princípio jurídico, destinado a garantir a igualdade no litígio e a justiça na decisão. O que se pretende, em verdade, com esse princípio informativo, é assegurar as garantias contidas na fórmula *devido processo legal*, estabelecendo um dever de igualdade de tratamento às partes, pelo Julgador, como meio de obtenção de justiça na sua decisão²³⁰.

A denominação, portanto, não é a mais apropriada, pois o princípio jurídico não pode ter outro conteúdo que não seja o jurídico. A melhor denominação, portanto, seria a de princípio de justiça²³¹.

Também na aplicação do princípio de justiça, evidencia-se a existência de deveres processuais, cujo alcance dependerá de sua concretização, pois a igualdade desejada não é aquela de caráter unicamente formal, no sentido de submeter as partes a um ordenamento pré-existente, onde a lei antecede os atos processuais, cuja realização se dê com base nela.

Retorna-se, aqui, ao artigo 125, I, do Código de Processo Civil brasileiro, funcionando sob a inspiração deste princípio de justiça, não reprisado no atual Projeto, pois entre os deveres processuais do Juiz está o de *proporcionar aos litigantes igualdade na demanda*.

O Projeto do Código de Processo Civil contempla, também, em seu artigo 7º, previsão de paridade de tratamento às partes, em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em caso de hipossuficiência técnica.

²²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

²³⁰ De acordo com artigo 1º, do Projeto de CPC: *o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*.

²³¹ PISTORI, Edson Lacerda. **Dos Princípios do Processo**. São Paulo: LTR, 2001, p. 77.

Dada a própria acepção, o princípio de justiça impregna todo o desenvolvimento do processo, de sorte que os deveres do juiz deveriam expressar e conformar todo o ordenamento processual, estabelecendo deveres ao juiz a partir de elementos que constituem uma sociedade livre, democrática e solidária. Trata-se da valorização do direito ao processo justo, que significa outorgar o máximo de efetividade, preservando a segurança própria do Estado democrático de Direito.

Exemplo onde se obteve uma harmonização evidente entre a segurança e a efetividade jurídica é o da necessidade de um incidente próprio para descon sideração da personalidade jurídica (artigos 62 a 65), visando harmonizar a segurança e a efetividade jurídicas.

1.3.4.3 Princípio Político do Processo

O princípio político, pois, insere no processo a máxima garantia social dos direitos com o menor sacrifício individual da liberdade, evitando que o processo torne-se instrumento de opressão e autoritarismo. Trata-se, por óbvio, de conciliar as liberdades públicas, na perspectiva de estabelecer relações de preservação da pessoa perante um ente mais poderoso, o Estado. Na perspectiva dinâmica, uma posição ativa do Juiz exige uma contrapartida a de desempenhar de tal forma que possa garantir aos litigantes que a sua liberdade pessoal será sacrificada o mínimo possível.

O princípio político, também, é um instrumento de democracia, pois o juiz como detentor de um poder político possui em cada decisão um compromisso ético e político²³². Da mesma forma, inserido neste princípio, a garantia de participação, como parece ser a previsão contida no artigo 322, pertinente à possibilidade do juiz, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema, objeto da demanda, ou a repercussão social da controvérsia, de ofício ou a requerimento das partes, solicita ou admite participação de *amicus curiae*²³³ ou ainda quando estabelece no

²³² Cf. PISTORI, Edson Lacerda. *Op.cit.*, 2001, p. 72.

²³³ Ver a obra clássica de BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, um Terceiro Enigmático**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

seu artigo 110, o dever do juiz de ouvir as partes antes de decidir sobre matéria passível de ser conhecida de ofício.

1.3.4.4 Princípio Econômico do Processo

O derradeiro princípio informativo é o econômico, exigindo que as demandas não impliquem imposições graves, tampouco que o seu custo torne inacessível a Justiça aos cidadãos mais pobres. Com este objetivo, o legislador processual deverá atentar para que se obtenha o máximo de eficiência com o mínimo de atividade desenvolvida, nos termos em que Chiovenda²³⁴ assentou a matéria: obter o resultado máximo na atuação da lei com o menor emprego possível de atividade jurisdicional (princípio da economia dos juízes).

Com efeito, o princípio informativo não implica apenas referências de acesso à Justiça, ainda que guarde estreita relação, pois a quantidade elevada de atividades processuais acaba onerando o processo, desestimulando o litigante de poucos recursos. No caso, está em evidência, como proposto por Arruda Alvim, a própria concepção de processo, como conjunto de atos, inseridos numa sucessão de momentos, em que estes atos devem ser praticados, de sorte que com o mínimo de atividade desenvolvida, obtenha-se o máximo de rendimento²³⁵.

O projeto de Código de Processo Civil, com a finalidade de simplificação, conforme enunciado na sua exposição de motivos, criou a possibilidade de o réu formular pedido sem precisar formalizar um expediente de reconvenção. Da mesma forma, extingue vários incidentes formais, que passam a constar como preliminares ao mérito, tais como os de impugnação ao valor da causa, ao benefício da assistência judiciária gratuita e de incompetência absoluta.

Outras simplificações, como as modalidades de intervenção de terceiro, modificadas e fundidas parcialmente, e a extinção das ações cautelares nominadas, contemplam a forma inominada, exigindo apenas a demonstração de *fumus boni iuris* e do perigo da ineficácia da prestação jurisdicional para obtenção de medida acautelatória.

²³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op.cit.* 1950, p.168.

²³⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Op.cit.* 2006, p.332 e 33.

Na perspectiva de dar efetividade ao processo, o projeto prevê a tutela à evidência, a ser requerida antes ou no curso do procedimento, nas situações em que a tutela possa ser antecipada pela sua ostensiva juridicidade. Importante referir, conforme as percucientes palavras de Plínio Gonçalves²³⁶, que a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, pois a garantia do contraditório não permite a violação em nome do rápido trâmite do processo.

Esta impropriedade consta especificamente no sistema recursal, onde projeto prevê que possam todas as decisões anteriores à sentença ser impugnadas na apelação, desprestigiando-se o recurso de agravo contra decisão interlocutória, mantido para hipóteses específicas (tutela de urgência, análise de mérito e execução) e possibilitando o retorno de todas as questões, por ocasião da devolução ao conhecimento do Tribunal por meio da Apelação.

Tais considerações evidenciam contradições no Projeto, relativas aos princípios formativos do processo, reforçando a necessidade de postular uma fiscalidade processual dos critérios de legislar e a necessidade de cumprir a Constituição democrática. Assim, no direito democrático, como acentua Rosemiro Leal, o que não é provido pelo devido processo legislativo, fiscalizável processualmente por todos, não é juridicamente aceitável²³⁷.

Por isso não se deve excluir do debate, por exemplo, o dispositivo pertinente a aplicação da lei processual, especificamente o artigo 6º, do Projeto, que prevê: *Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências de bem comum, observando sempre os princípios da dignidade humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.*

Trata-se de uma cláusula geral, exigindo uma participação ativa do juiz para a concretização da norma processual, pois repleta de conceitos indeterminados²³⁸ e que nos conduz à necessidade imperiosa de verificação das possibilidades de controle democrático do exercício desta jurisdição.

²³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op.cit.*, 2001, p. 125.

²³⁷ PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Op.cit.* 2002, p. 38 e 39.

²³⁸ Nos conceitos indeterminados, o juiz fica limitado a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattipecie*, o que se dará a partir da coincidência entre o fato e o modelo normativo e determinando ainda quais os efeitos incidentes ao caso concreto.

1.4 AS CONDIÇÕES DE UM CONTROLE INTERNO DA JURISDIÇÃO PELA VIA DOS DEVERES PROCESSUAIS, A PARTIR DE UMA ABORDAGEM TRANSDISCIPLINAR

Na perspectiva enunciada para o desenvolvimento deste trabalho sobre deveres processuais do juiz, busca-se um diálogo com outras disciplinas²³⁹, especificamente a política e a sociologia, integrando o assunto com outros saberes, visando criar as condições de possibilidade para a inserção de autênticos deveres processuais para o juiz.

A abordagem transdisciplinar está inserida num contexto de diferenciação funcional, como proposto por Vial²⁴⁰, sustentando constituir toda interpretação uma observação, apoiada em distinções que fundamentam o enfoque dado à realidade. Desta sorte, interessa ao nosso estudo a dinâmica dos Deveres de conduta processual do juiz gerada pela ação de vários níveis de realidade ao mesmo tempo.

A seguir desenvolve-se questão atinente ao conteúdo político dos deveres do juiz.

1.4.1 O conteúdo político dos Deveres do juiz e a *judicialização* da política

Se, de um lado, há deveres do juiz decorrentes de sua função, de resolução de controvérsias, de outro, há deveres do juiz decorrentes da estrutura do poder, na sua perspectiva institucional, inseridos na denominação poder judiciário. Tal movimento diz com a complexidade gerada pela circunstância de a linguagem da sociedade tornar-se predominantemente a do Direito e a sua gramática, por

²³⁹ COMISSÃO GULBENKIAN. **Para abrir as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 1996. Tal perspectiva integradora está presente em pensadores como Immanuel Wallerstein, Calestous Juma, Ilya Prigogine, dentre outros, repensaram as Ciências Sociais em um contexto de alta complexidade, vivido na contemporaneidade, superando a tradicional fragmentação dos conhecimentos por meio de uma trans disciplinariedade

²⁴⁰ VIAL, VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia e formas de inclusão: Exclusão política nos sistemas políticos brasileiro, mexicano e italiano. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81.

consequência, a do processo²⁴¹. Assim, ao mesmo tempo em que se ampliam os poderes judiciais, visando à simplificação processual, afeta-se a relação com a política, pois altera o estatuto do jurídico, alçando o juiz a condição de “organizador do mundo”.

Aspectos atinentes ao conteúdo político judiciário deste problema²⁴² exigem uma reflexão em torno da perspectiva institucional, da estrutura do poder, onde se concretizam deveres fundamentais do Estado²⁴³. Assim, no Estado de Direito, o poder de dirimir o conflito é da jurisdição, existindo, por conseguinte, uma preocupação permanente para preservá-la de influências que atinjam a sua independência e perturbem a sua finalidade. São exigências políticas cujo escopo é o de atender à realidade, às situações da vida e não podem ser desprezadas.

Na perspectiva do juiz, ele é incumbido pelo Estado deste mister e diz-se que tem competência jurisdicional, como tem a legislativa e a administrativa. Neste sentido, o poder é qualificado por um dever de dizer à justiça, situação jurídica primordial, implicando uma consideração verdadeiramente política imposta ao juiz.

O conteúdo político integra as funções básicas do juiz, pois, segundo Boaventura de Souza Santos²⁴⁴, reforça as estruturas de poder, inclusive a sua própria e dissemina as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica (justiça e equidade), garantindo os padrões vigentes de legitimidade na vida política²⁴⁵.

Este conteúdo político não se encontra esvaziado, pois a justiça dispõe de condições que nos conduzem a recorrer a ela: a garantia de um “processo” equitativo, a imparcialidade e a possibilidade de prevenir um dano ou reparar

²⁴¹ Cf. GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. O Guardião das Promessas, tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 26.

²⁴² cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op.cit.*, 1997, p. 133.

²⁴³ Cf. FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 2006, p.27, ao conceituar processo, diz ser uma estrutura no qual se desenvolvem, segundo o ordenamento estatal, numerosas atividades de direito público, principalmente deveres fundamentais do Estado.

²⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. SANTOS, Boaventura de Souza, MARQUES, Maria e PEDROSO, João. Os Tribunais na sociedade contemporânea. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>, último acesso em 20-out-2011;

²⁴⁵ Cf. GARAPON, Antoine, afirmando que numa primeira fase, a simbólica judiciária retirou a sua força da natureza. Depois, cristianizou-se à medida em que a igreja foi afirmando o seu poder. Por fim, emancipou-se da religião para se tornar expressão de uma virtude e de uma instituição autônomas (GARAPON, Antoine. *Bem Julgar Ensaio sobre o Ritual Judiciário*, p. 27).

financeiramente, por meio de uma decisão fundamentada e passível de não ser contestada no futuro, quando do trânsito em julgado²⁴⁶.

Com tais predicados, percebe-se um fortalecimento destas funções como o surgimento de um fenômeno novo, denominado e consagrado na expressão “judicialização da política”, decorrente da sua condição de instituição política que, diante de graves questões de desigualdade, necessita atender às exigências sociais e econômicas, sob a égide de uma Constituição preta de direitos fundamentais²⁴⁷.

A crítica que se pode fazer é a de que essa forma de política retira o cidadão da atuação, nas suas agremiações ou nos seus partidos, direcionando-o imediatamente para o Judiciário, resultando nisso em uma elevação do número de demandas²⁴⁸, pois um número cada vez mais expressivo de conflitos passa a ser decidido nesta esfera de poder.

Tal circunstância redundaria no desaparecimento da atuação política do cidadão em favor do ativismo judicial, pois o atendimento de uma reivindicação não está relacionado à luta de organizações sociais perante um governo, porquanto o próprio cidadão pode apresentar diretamente sua postulação perante o Estado, dispensando a organização popular.

Assim, como refere Garapon, o juiz passa a ser um árbitro da moralidade pública e dos conflitos sociais relevantes, “uma instância que nomeia o bem e o mal e fixa a injustiça na memória coletiva”. Contudo, a política não pode ser substituída pela Justiça, situação que conduziria a uma tirania das minorias e a uma crise de identidade²⁴⁹.

Por outro lado, a repartição dos poderes não implica necessariamente uma *soma zero*, quando algum dos poderes se fortalece o outro fica enfraquecido. Para

²⁴⁶ Cf. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 133.

²⁴⁷ Ver SADEK, Maria Tereza. Judiciário: Mudanças e Reformas. **Estudos Avançados**. v.18, n.51, 2004, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200005&script=sci_arttext, último acesso em 20-out-2011. Segundo a autora, de janeiro de 1988 a janeiro de 2004 foram impetradas **3.097** ações de inconstitucionalidade. A participação de partidos políticos, de governadores de Estado e de confederações e entidades sindicais tem sido significativa, superando largamente o percentual de ações propostas pelo Procurador-Geral da República, o único agente, antes da vigência da Constituição de 1988, com legitimidade para propor esse tipo de ação.

²⁴⁸ Cf. SADEK, Maria Tereza. *Op.cit.*, para quem o aumento de demandas também se relaciona com a industrialização e a urbanização abrupta das últimas décadas. Entre 1990 e 2002 houve um aumento de 311% nos julgados. Contudo, os números referentes aos julgados, ano a ano, indicam uma defasagem constante quando comparados aos de ingressados: são julgados em média 72% dos processos entrados (SADEK, Maria Tereza. *Op.cit.*, 2004, p. 87).

²⁴⁹ GARAPON, Antoine. *Op.cit.*, 2001, p. 25. Para este autor, se tudo e todos são réus, espera-se igualmente tudo da justiça, uma “justiça total”.

Picardi, a experiência concreta demonstrou como a jurisdição enfrentou as problemáticas relativas aos assim chamados novos direitos, a extensão das funções “não adjudicatórias” do processo e, em geral, o assim chamado papel promocional do juiz, poderes até então estranhos ao poder institucional²⁵⁰,

Contudo, não se pode perder de vista, que há quem recorra muito ao Judiciário²⁵¹ e outros que não o buscam. Autores como Berizonze alertam, ainda, sobre esta crescente sobrecarga de trabalho dos juízes (“*overload*”), referindo algumas tendências modernas de superação²⁵²:

- transferência de funções de administração e gestão financeira;
- incremento da jurisdição extracontenciosa;
- técnicas de manejo de casos (“*case flow management*”);
- regulação do fluxo de recursos ordinários e extraordinários (“*leave to appeal, certiorari*”).

Contudo, tais soluções técnicas não terão eficácia sem estarem apoiadas numa mudança de mentalidade, mediante a valorização dos meios alternativos de solução de disputa, com destaque para conciliação, a mediação e a arbitragem, onde a própria sociedade cria instrumentos, dentro do Estado de Direito para solucionar seus conflitos.

Neste sentido, o projeto do Código de Processo Civil cria o dever processual de tentar prioritariamente a composição amigável do conflito (art. 107, IV) e institui a necessidade de criação de cargos de conciliadores e mediadores judiciais (art. 134 e

²⁵⁰ Ver PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 2008, p. 30-31.

²⁵¹ Cf. GALANTER. Why the in **Law and Society Review**, v. 9, 1974, p. 95 apud CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 25 e 26, há uma distinção entre o que ele chama de litigantes “eventuais” e “habituais”. Constata “vantagens” para os “habituais”, assecuratórias de mais eficiência: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhe melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; 4) ele pode diluir o risco da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias em muitos casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. No mesmo sentido, SADEK, Maria Tereza. *Op.cit.*, para quem, no Brasil, os que “usam muito” são setores que se utilizam do Judiciário, buscando vantagens, dada as reais deficiências de atendimento. A conclusão dessa Autora está amparada em pesquisa conduzida pelo Idesp, junto a empresários, em 1996, revelando que a *morosidade* judicial nem sempre era avaliada como prejudicial para as empresas. Muitos empresários admitiram que a morosidade é por vezes benéfica. Assim como as empresas, também o governo e agências públicas têm sido responsáveis pelo extraordinário aumento da demanda no Judiciário (o Executivo e o INSS respondem aproximadamente por cerca de 80% das ações judiciais).

²⁵² BERIZONZE. **El Juez Y La Magistratura**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 50.

s.). Outrossim, a existência concomitante de um conteúdo social dos deveres do juiz, como a seguir desenvolvido.

1.4.2 O conteúdo social dos deveres do juiz

Exige-se do juiz uma aptidão social, o que para Eduardo Faria, apoiado nos ensinamentos da sociologia jurídica alemã, está expresso estruturalmente num tríptico dilema (“trilema regulatório”)²⁵³:

- relacionamento recíproco entre o direito e a sociedade;
- atenção a certos segmentos sócio-econômicos, notoriamente desprivilegiados e em situação de hiposuficiência;
- ausência da autonomia das organizações empresariais em relação aos Estados nacionais.

Tais exigências, ainda que de natureza pré-processual, exigem uma postura ativa do juiz, que não pode ser visto como um ser distanciado da realidade vivida pelo povo, cujo resultado geraria desconfiança dos cidadãos²⁵⁴. Desta sorte, a relação entre Judiciário e democracia advém dessa necessidade de uma crença na possibilidade (ou impossibilidade) de consolidação da democracia no Brasil, a partir da confiança depositada nas instituições políticas²⁵⁵.

Nesta relação, contudo, é preciso considerar que a sociedade também deve exercer uma responsabilidade, pois é a própria sociedade que confere ao juiz a função de aplicar a lei. Assim, a sociedade não pode deixar de exigir uma estrutura judicial submetida a controles sociais, de sorte que a independência não se converta

²⁵³ FARIA, Eduardo. Direito, Estado e Sociedade, **Revista do Departamento de Direito da PUC/RJ**, agosto-dezembro de 1996, p. 30. Para José Eduardo Farias, seria necessária a promoção de um acoplamento estrutural (*structural coopting*) da pluralidade de sistemas jurídicos diferenciados e de seus respectivos “espaços sócios legais”, com seu impacto social, cultural e institucional altamente diferenciado em termos setoriais locais, regionais e setoriais (p. 33).

²⁵⁴ ROCHA, Alvaro Felipe Oxley. **Sociologia do Direito**: a magistratura no espelho. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 57 para quem as pesquisas de opinião realizadas no Rio Grande do Sul sobre o Judiciário demonstram que a população possui uma percepção generalizada da magistratura como classe social privilegiada.

²⁵⁵ Importante estudo realizado no Rio Grande do Sul por BAQUERO, Marcelo; CASTRO, Henrique. *Op.cit.*, 1996, p. 30.

em incompreensão com a realidade posta, em especial com a inefetividade constitucional²⁵⁶.

Por conseguinte, Estado e sociedade não podem ser vistos isoladamente, pretensão liberal hoje superada, porquanto se inter-relacionam²⁵⁷. Assim sendo, o ambiente social, ainda que em condições de complementar a regulação estatal, não deve criar situações insuscetíveis de serem absorvidas pelo sistema estatal, enquanto o Estado deve assegurar as condições de coesão, adaptando as novas formas de organização social²⁵⁸.

Na perspectiva do processo civil, a noção do dever do juiz tem a função primordial de assegurar sejam cumpridas as expectativas geradas pelo ordenamento, inclusive constitucional. Com efeito, a Constituição do Brasil delega poderes ao poder judiciário para resolução de conflitos de natureza difusa e coletiva, criando instrumentos pertinentes, tais como a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, viabilizando atender as demandas sociais²⁵⁹.

Neste caso, há um dever de dar efetividade à constituição e, no caso do processo civil, do devido processo legal, de assegurar o exercício do contraditório às partes, da imparcialidade, da fundamentação das decisões, dentre outros deveres do juiz que sedimentam a legitimidade deste poder perante a sociedade²⁶⁰.

²⁵⁶ Cf. Calmon de Passos, ao asseverar, com propriedade, que o senhor a quem devemos reverenciar é a Constituição, pois “o magistrado, numa democracia, nem é o deus que alguns ingenuamente pensam que são, nem monarcas soberbos ou semi-deuses que olham de cima para baixo, com desprezo ou piedade, o restante dos mortais. Nem os senhores absolutos, que muitos desejam ser, mas um servidor indispensável e qualificado a quem se defere a delicada, difícil e desafiadora função de garantir um máximo de segurança para os integrantes do grupo social no avaliarem as conseqüências dos conflitos em que se envolverem, buscando sempre e incansavelmente lograr o máximo de coerência entre as expectativas que o direito positivo colocou para os que interagem na sociedade e as soluções que lhes darão, quando fracassarem as instituições sociais nessa tarefa.” (**Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais**. São Paulo: RT, 2008, ps. 222 e 223.)

²⁵⁷ Ler ROCHA, Leonel Severo. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica In: BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; STRECK, Lênio Luiz (orgs.) **Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico**. Anuário do Mestrado e Doutorado da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 167-182.

²⁵⁸ Ver GARCIA- PELAYO, Manuel. **As Transformações do Estado Contemporâneo**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

²⁵⁹ Cf. ARAUJO, Rosalina Correa. **O Estado e o Poder Judiciário no Brasil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 399.

²⁶⁰ Cf. HOFFE, Otfried. *Sur la théorie du droit et de l'état de Habermas*, **Le Procés**, Archives de Philosophie du Droit, tomo 39, Sirey, 1995, p. 319, para quem deve-se a Habermas a teorização da sociedade e a ética do discurso, demonstrando serem complementares.

Outro aspecto de natureza sociológica dita a aquisição de poder por meio da discricionariedade judicial. Trata-se de questão funcional a desafiar a democracia e diz com o objeto do presente estudo o controle interno da jurisdição.

1.4.3 O controle interno da jurisdição: Debates e Propostas

Ao se referir a um controle interno, também se fala de um novo profissionalismo ou de uma profissionalidade forte, como referido por Giuliani e Picardi que, ao mesmo tempo garante a independência do juiz, fundada sobre regras e técnicas que constituem o patrimônio comum dos operadores jurídicos e, ao mesmo tempo, são controlados pelas partes e outros sujeitos²⁶¹.

A função do juiz não se esgota, portanto, em uma atividade de gestão, ainda que aspectos de sua atuação estejam nela envolvidos, mas de reflexão sobre a democracia e a realização de deveres no próprio processo, com exigências e responsabilidades²⁶², correlatas a sua função e a sua independência. Neste sentido, o próprio judiciário tem encaminhado uma série de debates e de propostas, visando um aperfeiçoamento da atuação judicial, criando deveres a serem cumpridos pelo juiz no curso do processo.

Outra não é a preocupação da Associação Internacional de Direito Processual que, em 1988, na cidade do Rio de Janeiro, aprovou, durante as Jornadas Ibero-americanas, um ante-projeto de Código Processual Civil Modelo para Iberoamérica, escrito pelos eminentes professores Adolfo Gersi Bidart e Luis Torello e Enrique Vescovi, enunciando, entre outros, os seguintes princípios: direção e impulso a cargo do Tribunal (art. 2º), dever do Tribunal de manter a igualdade entre as partes (art. 4º) e o dever de boa-fé e lealdade (art. 5º).

A exigência de deveres processuais destinados ao Juiz constitui-se proposta para enfrentar a necessidade de adequar todas as condutas dentro do processo de

²⁶¹ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *Op.cit.* 1995, p. 200.

²⁶² Sobre a responsabilidade de julgar, importante estudo de Hannah Arendt, demonstrando que na Alemanha nazista, a vontade do Führer era a vontade da lei e a sua ordem era a lei válida e formulando a seguinte indagação: *o que poderia ser mais ilimitado do que a vontade de um homem e mais arbitrário do que uma ordem justificada apenas pelo "eu quero"?* (ARENDRT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 313)

forma isonômica. Foi redigida da seguinte forma:

as partes, seus representantes ou assistentes e, em geral, todos os participantes do processo, ajustarão sua conduta à dignidade da justiça, ao respeito que se devem os litigantes e à lealdade e boa-fé. O Tribunal devera impedir a fraude processual, o conluio e qualquer outra conduta ilícita ou dilatória (art. 5º). Os atos processuais devem ser lícitos, pertinentes e úteis. Deverão ser realizados com veracidade e boa-fé e ter por causa um interesse legítimo (art. 73º).²⁶³

Conforme as conclusões de Oteiza²⁶⁴:

(...) la iniciativa do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal refleja la preocupación compartida por los procesalistas com respecto al principio de buena fé y lealtad procesal, que supone uma pauta ética a la cual deben adecuar su comportamiento los sujetos intervinientes en el debate procesal, entendiendo por tales al órgano jurisdiccional, las partes, y los protagonistas circunstanciales.

Esta orientação de considera a conduta processual de acordo com a boa-fé. Constitui uma tendência de todas as legislações modernas, buscando na cooperação²⁶⁵ e no abandono de uma concepção individualista do processo, valorizando o caráter publico e democrático do processo e estabelecendo, por conseguinte, deveres processuais para o Juiz.

1.4.4 Da Possibilidade de estabelecer Deveres processuais para o Juiz: a Experiência Brasileira

Durante os ásperos tempos da 2ª guerra mundial, entre os anos 30 e 40, vários filósofos, pensadores e juristas europeus emigraram para o continente americano. Para o Brasil, aportaram em São Paulo, alguns eminentes italianos, como Enrico Liebmann e Túlio Ascarelli. Tal fato teve consequências fantásticas para a processualística brasileira, vindo através de um discípulo de Liebmann,

²⁶³ Cf. OTEIZA, Eduardo. Abuso de los Derechos Procesales en América Latina. In: MOREIRA, Jose Carlos Barbosa (coord). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 09, tradução livre do Autor.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ ver GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, v.21, 1966.

Alfredo Buzaid, influenciar nas linhas de pensamento do Código de Processo Civil brasileiro, de 1973²⁶⁶.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil, Alfredo Buzaid, em linhas gerais, ao abordar as inovações constantes no livro II, das execuções, faz referência explícita às influências sofridas pelo ordenamento brasileiro²⁶⁷:

...como observa Liebman, diferentes foram os resultados da evolução histórica nos países de continente europeu. O Direito costumeiro francês reafirmou energicamente a equivalência das sentenças e dos instrumentos públicos (*lettres obligatoires faites par davant notaire ou passées sous Seel Royal*); e reconheceu a ambos a *exécution parée*. Este princípio foi acolhido pelas ordenações reais e depois, pelo Code de Procédure Civile napoleônico, de 1806, do qual passou para a maior parte das legislações modernas. Adotaram, nos nossos dias, o sistema unificado os Código de Processo Civil da Itália (art. 474), da Alemanha (§§ 704 e 794), de Portugal (art. 46) e a Lei de Execução da Áustria (§ 1º). O Projeto segue esta orientação ...

No tocante aos deveres processuais, o expositor alude ao enfoque dado pelo legislador para a inserção dos artigos pertinentes, realçando os vínculos existentes entre o caráter do processo e a necessidade de cumprimento dos deveres processuais²⁶⁸:

Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, e reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever, da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe a disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça.

O vínculo com princípios morais de índole ética são mencionados expressamente na exposição de motivos do Código de Processo Civil ao referir: *tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever das partes ...*, seguindo-se o rol constante no art. 17.

Em estudo apresentado durante a Jornada Canadense da Association Henri Capitant, realizada em Montreal e Quebec, em maio de 1987, Alfredo Buzaid condena, por exemplo, a mentira, enfatizando a necessidade de reprimi-la no processo brasileiro.

²⁶⁶ Cf. SALDANHA, Nelson. **O Pensamento Jurídico Brasileiro Contemporâneo**. Milano: Quaderni Fiorentini, v.23, 1994, p. 537 e 538.

²⁶⁷ O Projeto do CPC de 1973.

²⁶⁸ O Projeto do CPC de 1973.

Percebe-se, neste estudo, um forte conteúdo moral na sua ideia, fundamentada na filosofia de matriz católica e com a sua proverbial erudição. Com efeito, Buzaid invoca Tomas de Aquino para definir a verdade como a conformidade da coisa com a inteligência. Também se serve da análise filosófica de Bacon, para quem um comportamento claro e franco honra a natureza humana.

Por outro lado, a moeda da falsidade é semelhante as demais moedas, compostas de uma liga de ouro e prata que, tornando o metal mais próprio para o uso, por isso mesmo o avilta. *Por cursos sinuosos e tortuosos vai o rastejar da serpente, a qual caminha sobre o ventre*, conclui Buzaid²⁶⁹. Essa, portanto, é a orientação ideológica e filosófica da verdade, nas palavras do legislador brasileiro, cujo repúdio moral à mentira reflete a dimensão da profundidade da exigência de deveres de conteúdo ético no processo civil. Tem-se assim uma perspectiva subjetiva, valorizando aspectos da consciência das partes.

O processo, nesta perspectiva ideológica e filosófica, é, por conseguinte, um sistema que coloca sobremaneira em destaque a consciência subjetiva dos sujeitos processuais. No sentido da atuação do julgador, o Código Buzaid reflete essa tendência de considerar apenas os seus poderes, sem a mesma consideração a uma situação correlata, especificamente os deveres processuais, pois quem atua de modo errado é a sociedade (cursos sinuosos e tortuosos); ao juiz incumbe o agir correto, inscrito na sua consciência (conformidade da coisa com a inteligência).

Várias são as distorções provocadas por este entendimento. Aqui vale referir o que se passou a denominar *decisionismo* por parte dos juízes e tribunais, o que é antidemocrático. Desde o ponto de vista hermenêutico, Streck busca demonstrar a impossibilidade de que se atribua sentidos arbitrários aos textos, cindindo-o da norma e a possibilidade de controle pela mudança de paradigma, do representacional para o paradigma do neoconstitucionalismo, fundamentado na linguagem e na compreensão compartilhada do mundo.

Daí a importância da interpretação. A revolução copernicana representada pelo neoconstitucionalismo tem em outra revolução a sua condição de possibilidade, isto é, a ontologische Wendung aponta para a superação do esquema sujeito-objeto, que sustenta(va) o paradigma representacional. Sendo mais claro, mais do que uma guinada lingüística o que aconteceu foi um giro ontológico, pela introdução do ser-no-mundo na compreensão.²⁷⁰

²⁶⁹ BUZOID, Alfredo. Processo e Verdade no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 47, p. 92 e 2.

²⁷⁰ STRECK, Lênio. *Op.cit.*, 2009, p. 180.

Outra faceta desta distorção, decorrente da necessidade de limitar o poder discricionário, é o da hipertrofia legislativa, que impede o sistema de cumprir as suas funções de gerar segurança jurídica e efetividade, implicando o esvaziamento da eficácia da própria lei²⁷¹ e a ampliação do espaço de argumentação e fundamentação da sentença judicial, mas, em contrapartida, elevam-se as possibilidades de decisões divergentes, gerando expectativas negativas em relação ao Judiciário.

Evocando a voz do mestre Miguel Reale, talvez devêssemos considerar a importância de sua obra para o enfoque adotado pelo nosso Código de Processo Civil, de índole valorativa. Porquanto a discussão sobre cultura e valores, contida na sua filosofia do Direito, veio determinar no país uma reflexão sobre valores no âmbito do Direito e da sua aplicação.

De acordo com Saldanha:

.. dir-se-ia que em certa medida a ligação de Reale com a cultura italiana protegeu-o dos extremismos doutrinários ... permitiu-lhe conservar sempre aberto o seu sistema ...e acolher e passar para dentro da teoria tridimensional algumas formulações surgidas depois de criada a doutrina, como por exemplo a teoria dos modelos, proveniente da teoria neopositivista das ciências e também da lógica ... incorporou a concepção capogrossiana de experiência jurídica ... recolheu igualmente a temática da teoria da comunicação, através da correlação entre a teoria dos modelos e a problemática da semântica jurídica ... atestando a vitalidade do pensamento realiano.²⁷²

Ainda assim permanecem imprecisas as estruturas normativas, como demonstra, por exemplo, as reiteradas reformas do processo civil brasileiro, de sorte que não teria mais identidade com o projeto de Buzaid, passando a ser considerado outro Código, o Código de Processo Civil reformado.

Dentre estas reformas é que ficou assentado um grande avanço na exigência de lealdade e boa fé para todos os integrantes do processo, representando um considerável avanço na matéria dos deveres processuais do juiz, pois se constituíam em aspectos objetivos, em consonância com os princípios constitucionais e passíveis de consideração recursal, em especial nas situações de surpresa processual ou julgamento por armadilha.

²⁷¹ Segundo pesquisa feita pelo tributarista Ives Gandra Martins, o número de normas, até outubro de 2007, alcança 3 milhões e 600 mil, editadas nos últimos 19 anos (artigo publicado em lawyer48.wordpress.com/.../inflação).

²⁷² SALDANHA, Nelson. *Op.cit.*, 1994, p. 537 e 538.

1.4.5 O controle interno da jurisdição: Influxos e Expectativas Democráticas

Tendo a democracia passado a ser o centro das atenções, abrangendo exigências novas para a jurisdição e sendo o Estado-Juiz um poder da república, os aspectos referentes ao cumprimento dos deveres processuais assumem importância decisiva para sua legitimação e, em especial, para a consecução da democracia.

Ao enfrentar esta questão, Guimarães Ribeiro²⁷³ refere ser o juiz um ator determinante na solução das expectativas sociais, de sorte que a própria democracia realiza-se quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário.

Assim é que Guimarães Ribeiro²⁷⁴ propõe uma releitura do adjetivo democrático, trazendo a tônica para o cidadão e com isto relacionar os meandros processuais às garantias constitucionais, buscando o aprimoramento do debate democrático com vistas à realização de uma sociedade justa e solidária.

Com efeito, a jurisdição não está desprovida de controle interno de sua atuação, o que auxiliará na superação das tensões anteriormente apontadas, acrescentando algo ao debate jurisdicional e superando uma perspectiva fechada de participação processual, perspectiva que a aproximaria da vivência concreta da democracia, nos termos apresentados por Müller, como determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo²⁷⁵.

Igualmente, a aplicação de deveres processuais ao juiz implica que ele deve estar atento a toda série procedimental, legitimando-se, ao adaptá-las em função de elementos essenciais, tais como a confiança e a segurança jurídica e elementos periféricos, suscetíveis de, em função do caso concreto, assumirem um papel fundamental.

Neste contexto de abertura para a contemporaneidade²⁷⁶, as expectativas quanto ao papel do Juiz e o cumprimento de deveres processuais colocam-no a serviço da sociedade. Estes influxos e expectativas conduzem a uma visão de futuro sedimentada numa nova mentalidade, como previsto por Picardi, reconhecendo a

²⁷³ GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. *Op.cit.* 2010, p. 96.

²⁷⁴ *Ibidem.*

²⁷⁵ MÜLLER, Friedrich. *Op.cit.*, 1998, p. 57.

²⁷⁶ Para Hermes Zanetti Jr, utilizando-se da conclusão de Norberto Bobbio, sobre a importância do dissenso nas sociedades democráticas, o processo atua, entre outros tantos meios possíveis (*demodiversidade*) como espaço vocacionado para solução e composição deste dissenso, constringendo ao diálogo (PASSOS, Calmon de. *Op.cit.* 2008, p. 204).

vocação do nosso tempo para a jurisdição e afirmando que o juiz, hoje, alça-se a controlar o correto exercício das funções por parte poderes estatais²⁷⁷.

Este já era o entendimento de Ovídio Baptista para quem o Poder Judiciário, no contexto histórico brasileiro, tornou-se o mais democrático dos poderes da república, desde que o livre acesso ao judiciário, consagrado constitucionalmente, tornou-se espaço autêntico de exercício da cidadania.

Na esteira deste pensamento, Guimarães Ribeiro²⁷⁸ conclui que a verdadeira prática democrática²⁷⁹ pressupõe a efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais, que ganham vida no processo, constituindo-se assim em um elemento vivo das aspirações da própria sociedade civil.

De qualquer sorte, o desafio mais importante para a magistratura é o de estabelecer uma associação permanente entre justiça e democracia no próprio processo; a democracia vitalizada pelo processo, o que pode exigir a institucionalização de procedimentos e pressupostos comunicativos.

Conforme postulado por Habermas²⁸⁰, não se prescinde de conceber um processo de comunicação e que, pela sua forma, possam todos os intervenientes ser exortados a assumir papéis ideais, num acontecimento público em que todos os participantes intervêm de forma conjunta e intersubjetiva²⁸¹.

A partir deste entendimento, Zanetti Jr. refere existência de um modelo participativo, diferenciando as posições normativas da democracia ligadas à distribuição do poder no processo. Esta lógica participativa contrapõe-se a duas posições antagônicas e dominantes:

- a do liberalismo total, com a inatividade judicial e;
- a do progresso social, com o ativismo judicial para prevalência de interesses sociais.

²⁷⁷ PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 2008, p. 32.

²⁷⁸ GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. *Op.cit.* 2010, p. 106.

²⁷⁹ Identifica-se, nas formulações de Darci Guimarães Ribeiro, a preocupação em demonstrar as vantagens da democracia direta, porquanto sendo a tutela jurisdicional prestada mediante a participação direta das partes interessadas, o espaço de sua construção, o processo jurisdicional, torna-se o mais democrático dos espaços institucionais.

²⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Op.cit.* 1999, p. 141.

²⁸¹ Habermas fala frequentemente de uma “democracia radical”, de uma “democracia fundamental” e de uma associação de membros de uma comunidade jurídica livre e igual em direitos (cf. HÖFFE, Otfried. *Sur la théorie du droit et de l'état de Habermas*. **Le Procés**, Archives de Philosophie du Droit, tomo 39, Sirey, 1995, p. 332)

Ambas, a partir desta compreensão, são geradoras de relações assimétricas. A expressão modelo participativo teria, assim, a condição de superação deste antagonismo, no sentido da existência de deveres de condutas para todos os integrantes do processo. Nesta perspectiva, foi publicada importante contribuição de Mitidiero, sobre os diversos modelos processuais civis, sob o influxo do modelo colaborativo de índole democrática capaz de superar outros paradigmas de organização do processo civil²⁸².

Ao referir a Jurisdição, é importante assinalar que, ainda, no diálogo, tendo um fundamento igualitário, faz-se necessário afirmar o conceito de autoridade, isto porque, num determinado momento, é realizada uma escolha dentre os diversos argumentos. Este momento é do Poder, cuja legitimidade e autoridade decorrem do início da ação conjunta²⁸³.

Assim, os deveres decorrentes do modelo democrático cumprem um objetivo específico: propiciar o diálogo e a atuação ativa dos integrantes do processo, com vistas à realização da justiça, conformando a atuação dos sujeitos processuais, conducentes a um processo leal e de acordo com a boa fé objetiva.

Trata-se de um processo essencialmente dialógico²⁸⁴, que necessita de um espaço da ação, da palavra, da oralidade. É uma forma que se desenvolve de maneira dinâmica pela atuação dos sujeitos processuais. O juízo que será formulado não é obtido através de postulados universais, mas de um diálogo específico e persuasivo.

²⁸² MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.*, 2009, p. 101. Para o autor, o modelo colaborativo se apresenta em contraposição aos modelos isonômico e assimétrico. O modelo isonômico, de certa forma, não distingue sociedade civil, Estado e indivíduo e estaria fundamentado no contraditório, na boa fé subjetiva e na busca da verdade, como desiderato das partes. No modelo assimétrico, por sua vez, o juiz está hierarquicamente acima das partes, estrutura fundada na radical separação entre Estado, sociedade civil e indivíduo. Neste caso não é possível exigir qualquer conduta processual do Estado, apenas daqueles que estão em uma hierarquia inferior, notadamente a exigência de boa fé subjetiva. No modelo cooperativo, convivem ambas as estruturas, paritária no diálogo, assimétrica na decisão.

²⁸³ Cf. ARENDT, Hannah. *Op.cit.*, 1972, p. 23.

²⁸⁴ Conforme a perspectiva apresentada por Celso Lafer sobre uma “mentalidade alargada”: (...) a sua área de jurisdição não é a do pensamento puro, do diálogo do eu consigo mesmo, mas sim o do diálogo com os outros, com os quais devo chegar a um acordo. Este juízo, portanto, não tem validade universal, mas sim validade específica, limitada às pessoas com as quais dialogo para chegar a um acordo. Este diálogo requer um espaço – o espaço da palavra e da ação – que constitui o mundo público onde surgem estes tipos de juízo. Habilidade política, o *insight*, é a capacidade de perceber e formular estes juízos, o que não é a mesma coisa que a sabedoria dos filósofos ... pois, se trata de um pensamento tópico, extraído de opiniões e não de proposições universais. Conforme se verifica, o modo de asserção da política, nesta perspectiva, implica num elemento de persuasão. (Prefácio à obra de ARENDT, Hannah. *Op.cit.*, 1972, p. 18.)

Esta perspectiva assegura que o processo constitua-se na mais democrática estrutura, cumprindo sua finalidade de assegurar a concreção dos direitos fundamentais²⁸⁵. Assim, não se trata apenas de garantir a participação das partes no processo, mas de reconhecer que a democracia não se cinde em formal (juiz liberal) e substancial (juiz social), mas funde ambos os horizontes, tendo em vista a necessidade de efetivar os direitos fundamentais do cidadão.

Outrossim, seria um paradoxo existisse um modelo democrático destinado a negar a efetivação de direitos fundamentais do cidadão, porquanto, conforme proposto por Sarlet²⁸⁶, no âmbito da vinculação dos juízes aos direitos fundamentais não se pode ignorar que os atos judiciais atentatórios a estes direitos são objeto de controle jurisdicional.

Tem-se assim um paradigma processual interno de índole democrática que estabelece deveres de conduta para o juiz, como a seguir desenvolvido, a partir do estabelecido no ordenamento processual civil.

²⁸⁵ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op.cit.*, 2001, p. 173, para quem o processo terá a finalidade de proteger os direitos substanciais se a sua existência se confirmar, no *iter* que prepara a formação da sentença. Nesta hipótese o juiz não poderá negar a proteção requerida, desde que observando os deveres da jurisdição, aplique as medidas no limite que o ordenamento jurídico as comporte.

²⁸⁶ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 345 e s.

2 OS DEVERES PROCESSUAIS DO JUIZ, NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O “Estado de Direito”, em sua formação original, especificamente no século XIX, na doutrina jurídica alemã (*Rechtsstat*), representa uma oposição ao Estado absolutista, sendo sua principal função a de estabelecer e conservar o Direito que, por sua vez, servirá de limite à própria atuação estatal²⁸⁷.

Tem-se, desta forma, uma conquista civilizatória, onde se busca assegurar a democracia política formal. No entanto, a democracia não prescinde de avanços sociais, formulação devida a Heller, nos anos 20 e 30, do século XX, a partir do ideário social-democrata²⁸⁸.

Posteriormente, em decorrência dos eventos que redundaram na segunda guerra mundial (fascismo e nazismo), essa concepção formal dá lugar à outra, de natureza substantiva, constituída por valores e princípios fundamentais, aos moldes da *Rule of Law* britânica²⁸⁹.

Em 1949, a concepção de Estado Social Democrata foi constitucionalizada pela primeira vez pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, nos seguintes termos previstos no seu artigo 28, onde se define: “um Estado Democrático e Social de Direito”²⁹⁰.

Desta sorte fortalece-se um vínculo indissolúvel entre Estado de Direito e democracia, sendo que, na atualidade, apresenta-se uma nova cidadania afetando os modos de organização e de exercício de poder, especialmente pela intervenção dos afetados nos processos de decisão.

A denominação *Estado Democrático de Direito*, contudo, não significa apenas a fusão formal dos conceitos de Estado de Direito e da Democracia; representa a qualificação do Estado que preserva os valores da democracia política e social e os infiltra em toda ordem jurídica.

²⁸⁷ Cf. GARCIA- PELAYO, Manuel. *Op.cit.*, 2009, p. 39.

²⁸⁸ Cf. Idem, p. 04, para quem, na história da idéias de Estado Social, devem-se mencionar também certas tendências iniciadas por LASSALE e continuadas, *mutatis mutandis*, por posições marxistas revisionistas.

²⁸⁹ Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Op.cit.*, 2009, p. 202.

²⁹⁰ Cf. GARCIA- PELAYO, Manuel. *Op.cit.*, 2009, p. 05.

Com efeito, no Estado Democrático de Direito, onde há previsão não apenas do direito de ação, mas também o direito de defesa e possibilidade de recurso contra a sentença, a Justiça não significa “vencer” a demanda. Por outro lado, o problema da Justiça não se resolve reforçando os poderes do juiz²⁹¹.

A concretização da atuação do juiz, neste sentido, está diretamente relacionada à orientação da ordem jurídica, determinada pela concepção de Estado Democrático de Direito. Assim é que a atuação do juiz dar-se-á com respeito à organização e ao procedimento, sob pena de nulidade. Trata-se daquilo que a doutrina alemã denomina *Recht auf Organization und auf Verfahren* para designar todos os direitos fundamentais a serem protegidos, observados determinados procedimentos e mediante a intervenção dos interessados²⁹².

Desta forma, deveres processuais do juiz são compreendidos dentro dessa noção específica – a do Estado Democrático de Direito, consagrada na Constituição do Brasil, no seu artigo 1º, caput:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania, II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana ...

Assim sendo, a prevalência da Constituição e dos direitos fundamentais, em especial a garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, como se depreende dos incisos II e III, do artigo 1º, ao fundar a República na cidadania e na dignidade da pessoa humana²⁹³, impregnando valorativamente o processo civil. Vejamos, inicialmente, algumas relações entre a figura do Juiz e do Estado de Direito²⁹⁴.

²⁹¹ Cf. CIPRIANI, Franco. **II Processo Civile nello Stato Democrático**. Milano: Scientifiche Italiana, 2000, p. 24-25, para quem o problema do processo civil está relacionado a prover uma estrutura adequada às exigências estruturais do Judiciário.

²⁹² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, “Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional”, Revista Jurídica virtual, nº 14, julho/2000, para quem isto ocorre quando se impõe que determinados atos processuais somente poderão ser praticados com a presença do advogado do acusado.

²⁹³ Ver SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 86 a 96, para quem a noção de dignidade repousa – ainda que não de forma exclusiva (tal como parece sugerir o pensamento de inspiração kantiana) – na autonomia pessoal, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade), na igualdade – as pessoas não podem ser submetidas ao tratamento discriminatório e arbitrário – e, também, nos denominados direitos sociais, econômicos e culturais – objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade e nos direitos políticos – relacionados aos direitos de cidadania e nacionalidade.

²⁹⁴ Ver, comparativamente, o artigo 202, da Constituição de República Portuguesa, que assevera serem os tribunais órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.

2.1 O JUIZ E O ESTADO DE DIREITO

O Estado de Direito estabelece, como referido por Ávila²⁹⁵, estados de coisas, como a existência de deveres e responsabilidades. Assim, a realização de determinadas condutas processuais constituem-se em deveres do juiz indispensáveis para a configuração do Estado de Direito.

A partir deste entendimento, o “Estado de Direito” passa a ser a expressão mais importante da atividade judicial, possibilitando o mais elevado desenvolvimento da ciência jurídica, especialmente por ser a justiça o mais relevante de todos os valores²⁹⁶. Por outro lado, desde o ponto de vista histórico, o “Estado de Direito” submetido à égide da justiça tornou possível a superação do liberalismo, ensejando uma evolução que alcança também o Estado social.

O “Estado de Direito”, assim considerado, dará significado à atividade judicial e especialmente confere compreensão mais aprimorada ao fenômeno jurídico, já a partir do patamar constitucional. Encontra-se, também, a expressão “Estado de Direito”, conforme Ferrajoli²⁹⁷, utilizada com dois sentidos diversos a seguir considerados.

Em sentido amplo ou formal, o Estado de Direito diz com o ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos, correspondendo ao uso alemão de *Rechtsstaat*.

Em sentido substancial, o Estado de Direito diz com os ordenamentos nos quais os poderes públicos estão igualmente sujeitos, limitados e vinculados à lei, não apenas em relação à forma, mas ao conteúdo do exercício do poder, correspondente ao modelo neojuspositivista do Estado constitucional de Direito²⁹⁸.

Em ambos os significados, a função básica do Direito é a de proporcionar segurança e certeza na vida social, pois as normas jurídicas criam expectativas e é

²⁹⁵ AVILA, Humberto. *Op.cit.*, 2003, p. 63

²⁹⁶ Cf. ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Op.cit.* 2006a, p.170.

²⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o Passado e o Futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. Trad. Carlo Alberto Bastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 417 a 418.

²⁹⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit.*, 2006, p. 418, para quem o *rule of law* inglês, mesmo representando a primeira experiência de Estado de Direito, no verdadeiro sentido, permanece ligado à tradição da *common law*, não sendo possível reconduzir aos modelos continentais.

necessário que elas se cumpram, o que está em consonância com o que se passou a denominar Estado de Direito.

Em verdade, nenhum Estado pode deixar de existir sob o Direito, ainda que, conforme Miranda²⁹⁹, o Estado não se esgote no Direito, assim como o Direito não se reduz simplesmente à forma de Estado. A partir destas observações, pode-se dizer que se o Estado é objeto do Direito e o Juiz, como um poder do Estado, está submetido ao Direito, sendo permanentemente avaliado pelo Direito, legitimando a sua atuação, com a finalidade de garantir segurança e justiça para a comunidade.

Estas expectativas, de acordo com Zolo³⁰⁰, caracterizam o Estado de Direito como uma figura jurídico-institucional, decorrente de uma evolução histórica afirmativa, ocorrida no interior da estrutura do Estado moderno europeu a partir de dois princípios fundamentais: o da “difusão do poder” e o da “diferenciação do poder”.

2.1.1 O Sistema Judicial delimitado: a Diferenciação do Poder

Afirma-se, assim, que a nossa civilização ocidental distingue-se das outras por ser essencialmente historicizante, pois, concebida como estando em processo, tem-se que homem do Ocidente possui o sentimento de que progride em direção ao futuro e, assim, ele é naturalmente levado a considerar o passado³⁰¹. Desta forma, o judiciário é considerado o resultado de uma construção histórica longa e complexa, desembocando em uma especialização do direito e da prática jurídica.

Entre os gregos, conforme o resgate de Oxley da Rocha³⁰², a titulação de “magistrado” era concedida a qualquer cidadão, escolhido através de eleição e

²⁹⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo III, 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 24 e 25, para quem o Estado é comunidade e Poder juridicamente organizados, pois só o Direito permite passar, na comunidade, da simples coexistência à coesão convivencial e, no poder, do fato à instituição.

³⁰⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org) **Estado de Direito: História, Teoria e Crítica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 31.

³⁰¹ Cf. DUBY, George, **Ano 1000, Ano 2000 Na Pista de Nossos Medos**, tradução Eugênio Michel da Silva e Maria Borges-Osório, São Paulo, Editora UNESP, 1998, p.16.

³⁰² ROCHA, Alvaro Felipe Oxley. **Sociologia do Direito: a magistratura no espelho**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 25.

sorteio, que assumia cargos na Cidade-Estado, cargos que incluíam funções públicas de comando, tanto militar quanto civil.

De acordo ainda com Oxley da Rocha³⁰³, a magistratura romana, inicialmente seguidora dos mesmos moldes gregos, tinha como referência etimológica a palavra *magistratus*, que significaria, na sua origem, o chefe, o representante do grupo na organização política, escolhido entre membros da mesma classe, com mandato de um ano. Mais tarde, algumas das principais magistraturas foram ocupadas apenas por conhecedores do Direito, mas sem perder a característica de representante do grupo. No contexto do Império romano, os magistrados irão perder gradualmente seu caráter representativo, até se tornarem pouco mais do que funcionários do imperador.

Um ponto de grande importância no direito romano³⁰⁴ é referido por Ovídio Baptista³⁰⁵, para quem não era o juiz privado, o *iudex*, que tinha a missão de *dicere ius*, mas o pretor, que indicava o direito a ser aplicado pelo *iudex*. Esta faculdade exercida pelo pretor conduziu a uma confusão perpetrada pelos modernos, quando reduzem a função do juiz a uma mera declaração de direito.

Na Idade Média, sob a ação da igreja, convive o sistema de suserania a um mesmo rei e os tribunais eclesiásticos, com ampla jurisdição sobre os cidadãos. A sociedade medieval, portanto, era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada um dos quais dispo de um ordenamento jurídico próprio³⁰⁶.

No entanto, de acordo com Le Goff e Claude Schmitt³⁰⁷, a sociedade medieval permaneceu, durante mil anos, uma sociedade em que a vingança foi um meio fundamental para resolver conflitos, pois a honra ferida poderia acarretar até o derramamento de sangue.

³⁰³ ROCHA, Alvaro Felipe Oxley. *Op.cit.*, 2002, p.25.

³⁰⁴ Ver LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Direito na História**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.29. sobre a divisão tradicional aceita inspirada da história do direito romano, abrangendo o *direito arcaico* (753 a.C até cerca do segundo século antes de Cristo, ou seja a adoção do processo formular e a atividade dos pretores), Depois o período *clássico*, abrangendo a República tardia e indo até o principado e finalmente, o período *tardio*, do século III d.C ao fim do império, de ocaso da jurisprudência.

³⁰⁵ BAPTISTA SILVA, Ovídio. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 271. Para Ovídio Baptista, na experiência romana, o pretor concedia a *actio* com base em uma concreta situação de fato, cuja ilicitude era alegada pelo autor e que o magistrado tinha, numa análise sumária, como digna de ser protegida pelo direito.

³⁰⁶ Entendimento esposado por BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

³⁰⁷ GOFF, Le; SCHMITT, Claude. **Dicionário Temático do Ocidente Medieval**. Trad. Hilário Franco Júnior. São Paulo: EDUSC, 2002, p. 56.

A igreja, neste contexto, detinha um poder limitador da violência, procurando, na medida do possível, restabelecer a paz, quando violada. Os reis eram divinizados pela própria igreja, tendo como responsabilidade essencial manter a paz e a justiça. Era isso que prometia o rei, quando sagrado em Reims³⁰⁸. Desta sorte, no Ocidente medieval³⁰⁹, a separação entre poder eclesiástico e secular tenta lentamente tomar forma³¹⁰.

Assim sendo, temos um longo processo de monopolização do direito, iniciado na antiguidade clássica, onde o *jus gentium* contrapunha-se ao *jus civile*, prosseguindo na Idade Média, na contraposição entre o *jus commune*, frequentemente originário do encontro entre direito romano e direito canônico, e o *jus proprium*, onde cada grupo social possuía o seu próprio direito. No direito feudal, a concorrência se dá também entre o direito das corporações e o direito das comunas ou *civitates*³¹¹. Tendo em vista esta fragmentação, o juiz tinha a difícil tarefa de encontrar a norma aplicável, dentre as inúmeras existentes, bem como pesquisar as múltiplas opiniões.

O termo final do particularismo jurídico será representado pelas codificações (final do século XVIII, princípio do século XIX), quando então se busca alcançar a unidade do direito. Contudo, não se pode olvidar que, anteriormente, na Inglaterra, já o poder do Rei e do parlamento era limitado pela *Common Law*, fundamentado numa distinção existente na Inglaterra medieval, onde o poder do soberano revestia-se em poder de governo e *jurisdictio* (poder de aplicação das leis).

Tampouco se deve perder de vista, que o Rei, ao exercer essa *jurisdictio* (por intermédio de seus juízes), era obrigado a aplicar a *Common Law*, funcionando como um limite ao seu poder. Com base nesta realidade é que o princípio da separação dos poderes desenvolve-se na Inglaterra, tendo sido, posteriormente, objeto de investigação e teorização por Montesquieu.

Os contrastes entre o sistema político inglês e o francês evidenciam-se particularmente, porque, enquanto na Inglaterra havia a Magna Carta, o direito comum e um parlamento, na França, havia uma miscelânea de costumes locais e

³⁰⁸ DUBBI, George, Ob. Cit., p. 105.

³⁰⁹ Cf. GOFF, Le; SCHMITT, Claude. *Op.cit.*, 2002, p. 61, na França, o rei não aspira a exercer o monopólio da violência, pois, como vimos, as formas privadas de resolução, se mantiveram até o fim da idade média. Os reis, contudo, são juízes e árbitros, se inclinam mais ao perdão, após obtida a confissão obrigatória do crime, torna-se o culpado um súdito real. A paz social é seu objetivo.

³¹⁰ LIMA, Alcides de Mendonça. *Op.cit.*, 1989, p. 58.

³¹¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Op.cit.*, 1995.

Estados provinciais. Enquanto a Inglaterra era uniforme e centralizada, a França mostrava-se variada e regionalizada³¹². Esta origem conduziu a doutrina a referir a *Common Law* como uma família de direito considerada como um direito feito pelos Juízes³¹³, que têm de resolver litígios particulares.

Do outro lado do Canal da Mancha, na França o desenvolvimento do Direito adquire outros rumos³¹⁴, especialmente por ocasião do absolutismo real, onde encontraremos as raízes do que veio a se tornar a magistratura relativa ao Direito continental europeu.

Com a Revolução francesa de 1791, a magistratura passou a ser eletiva por mandato temporário, o que não prosperou, de modo que se procurou adaptá-la aos princípios da teoria da separação dos poderes de Estado, nos termos apregoados por Montesquieu, em sua obra *Espírito das Leis*.

A partir dos estudos realizados por Weber³¹⁵, chega-se à conclusão de que o corpo burocrático moderno, que se formará, será um quadro social superior aos anteriores e mais adequado à organização capitalista da produção e de uma sociedade adaptada aos fins dessa produção.

Ainda de acordo com Weber³¹⁶, somente o Ocidente conheceu a justiça desenvolvida em seu estágio mais elevado, decorrente desta união entre o poder econômico e o poder principesco, com a derrubada dos poderes estamentais, para, em seguida, rebelar-se contra ele.

Para Weber, o estágio de um direito baseado na *formação jurídica* especializada foi alcançado graças às forças econômicas, em especial à “segurança

³¹² MACFARLANE, Alan. **A Cultura do Capitalismo**. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Zahar, 1989, p. 227.

³¹³ Cf. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, ao analisar aspectos dessa tradição no âmbito jurídico tem-se, em vista que os direitos possuem origens diversas. Assim, desenvolveu uma sistematização a partir de famílias ou ramos de Direito, para os objetivos desse trabalho interessa a seguinte oposição: a família romano-germânica e a família da *Common Law*. A família romano-germânica agrupando os países nos quais a ciência do direito se forma sobre a base do direito romano. Neste agrupamento, o direito é concebido como sendo regras de conduta. São direitos elaborados, antes de tudo, por razões históricas, com vistas a regular as relações entre os cidadãos, partindo dos princípios do “direito civil”, o centro da ciência do direito romano germânico

³¹⁴ Cf. René DAVID, a criação da família de direito romano-germânico está ligada ao renascimento que se produz nos séculos XII e XIII no Ocidente, quando se deixa de confundir a religião e a moral com a ordem civil e o direito. Diferencia-se por isto do direito inglês, onde o desenvolvimento da *Common Law* está ligado ao progresso do poder real e à existência dos tribunais reais fortemente centralizados. O sistema de direito romano foi fundado sobre uma comunidade de cultura (*Op. cit.* 1993, p. 32-34)

³¹⁵ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Trad. Régis e Karen Barbosa. Brasília: UnB, 2009.

³¹⁶ Idem, p. 144.

de tráfico”, formas especiais de negócios, mas não exclusivamente, pois neles interferem motivos políticos³¹⁷. A segurança jurídica, portanto, é uma decorrência do Estado de Direito, obtida mediante a proteção da confiança e da legalidade³¹⁸.

Enfim, como conclui Zolo³¹⁹, a magistratura judicante “separa-se” das outras funções do Estado, emanando decisões com base no pressuposto de sua autonomia política e imparcialidade, submetidas apenas à lei, num espaço neutro e independente. Trata-se de uma concepção clássica da separação de poderes, cujo equilíbrio assegura um estatuto de liberdade ao cidadão.

Contudo, na realidade, a separação absoluta dos poderes não existe. Conforme Garapon³²⁰, os poderes só podem manter o equilíbrio se partilharem as mesmas áreas, pois todos os poderes legislam, administram e julgam, porém de uma maneira particular e contínua. Neste sentido, a particularidade da Justiça é a de ser a guardiã do direito, “dos pactos anteriores aos quais somos ligados”.

Igualmente, Coppeti³²¹ alerta sobre uma nova situação de tensionamento entre os poderes públicos, pois a concretização de direitos sociais constitucionalizados conduz a uma alteração do quadro clássico de divisão de atribuições, situação que, diversamente do que se poderia imaginar, fortalece o Estado Democrático de Direito, potencializando as razões coletivas inseridas na Constituição.

A diferenciação, no entanto, exige que o juiz, em função da interpretação dos princípios fundamentais, ainda que realize a antecipação da ação legislativa das maiorias parlamentares, não substitua os sujeitos individuais ou coletivos. Da mesma forma, quando atua em função da defesa de grupos minoritários, deve expressar uma dialética de elaboração de direito compatível com a dignidade dos “de baixo”, de sorte que possa representar um princípio “antimajoritário”, mas não “antidemocrático”³²².

Na perspectiva do processo, a diferenciação traduz-se pelo fato de o juiz investir-se de um tipo de procedimento que é constitutivamente diverso daqueles

³¹⁷ Cf. WEBER, Max. *Op.cit.*, 2009, p.144.

³¹⁸ Neste sentido CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 375, ao referir que estes princípios apontam para a necessidade de conformação material e formal dos atos legislativos, de sorte que associados a preocupação de concretizar o Estado de Direito.

³¹⁹ ZOLO, Danilo. *Op.cit.*, 2006, p. 47.

³²⁰ GARAPON, Antoine. *Op.cit.*, 2001, p. 178.

³²¹ COPPETI, André, **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 119.

³²² Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit.* 2006, p. 547.

próprios do poder legislativo e executivo. O processo legislativo caracteriza-se pela crítica e pelo debate, enquanto o processo administrativo atua mediante sistemas de garantia e controle e o processo judicial fica reservado ao campo da racionalidade, da opinião e da persuasão, dos setores da responsabilidade, da informação e da tutela do ambiente e dos direitos humanos³²³.

O processo judicial, portanto, conclui-se com a sentença, momento da afirmação da autoridade do juiz, que porá fim ao diálogo que caracteriza o contraditório. É o próprio contraditório que ao mesmo tempo legitima a autoridade do juiz e constitui a verdade³²⁴.

Não discrepam, contudo, os autores que o princípio da diferenciação do poder se expressa de duas formas: a primeira forma, diferenciando o Estado de outros subsistemas, em especial o ético-religioso³²⁵ e o econômico e a segunda forma, delimitando as distintas funções estatais³²⁶.

2.1.2 O sistema judicial delimitado: a difusão do poder

De acordo com Zolo³²⁷, o princípio de difusão tende a limitar os poderes de Estado para dilatar o âmbito das liberdades individuais. Assim, “o princípio da diferenciação do poder” apresenta dois aspectos essenciais: 1) autodiferenciação do subsistema político-jurídico em relação aos outros subsistemas funcionais; b) o da diferenciação interna ao subsistema político, em um processo que aumenta a sua complexidade, especialização e eficiência, dando vida a uma pluralidade de estruturas e de modalidades diversas do poder.

Com tal propósito, a diferenciação opera como critério geral de atribuição de situações jurídicas, tais como poderes e faculdades aos sujeitos individuais e, por conseguinte, deveres aos poderes do Estado. Para isso, o ordenamento jurídico irá

³²³ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 1995, p. 275. Para estes autores, o juiz, desta forma, se coloca como externo ao aparato de governo, atuando como um poder imparcial, mas não passivo. Assim, o juiz tem um dever primordial de resistência nos confronto com os governantes, reconhecendo a função de barreira do uso impróprio dos poderes.

³²⁴ Cf. GARAPON, Antoine. **Bem Julgar Ensaio sobre o Ritual Judiciário**, tradução Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997, p. 153.

³²⁵ Questiona-se se as atribuições da justiça não veio ocupar, com sua liturgia, áreas consideradas, antigamente, como do domínio religioso. Cf. GARAPON, Antoine. *Op.cit.*, 2001, p. 184.

³²⁶ Cf. ZOLO, Danilo. *Op. cit.*, 2006, p. 43 e s.

³²⁷ Idem, p. 43.

criar vínculos processuais onde fiquem estabelecidas garantias ao cidadão, em especial de não interferência em sua esfera pessoal.

Para conter a vocação despótica dos poderes, prescrevem-se esferas de não interferências³²⁸ e, por conseguinte, interferências na esfera estatal, o que, no caso do processo, dá-se pela forma da exigência de deveres processuais ao juiz. De um lado, a titularidade dos poderes passa a ser compartilhada socialmente; de outro, o compartimento social de poderes cria vínculos de dever para os órgãos do poder do governo político do Estado³²⁹.

O denominador comum desses sentidos é que o Estado já não pode mais ter a pretensão de regular a sociedade civil por meio de instrumentos jurídicos tradicionais, sendo necessário atender primordialmente a um dever de proteção de direitos constitucionais fundamentais.

Com efeito, a partir da idade moderna, na Europa continental, os esquemas processuais impuseram-se como uma ordem assimétrica, de natureza estatista, realizado por um juiz funcionário, dotado de amplos poderes. Neste caso, a sua atuação é burocrática³³⁰. No entanto, na atualidade, há uma preponderância dos valores fundamentais do processo isonômico, com a participação efetiva das partes no debate judicial, no sentido do *due process*, reforçando o sentido ético e político das garantias processuais³³¹.

Trata-se de um feixe de garantias que redundam na proteção da confiança da sociedade no Judiciário, como um desdobramento da segurança jurídica. Isto porque, como explica Martins Costa, a confiança é crédito social, é a expectativa, legítima, na proteção da pessoa humana:

³²⁸ Cf. CAMBI, Eduardo. *Op.cit.*, 2008, p. 149, que refere a “reserva do possível” e a “reserva da consistência”. A “reserva do possível” diz respeito a observância dos recursos disponíveis tendo em vista as condições materiais mínimas de dignidade da pessoa humana (“mínimo existencial”). A “reserva da consistência” refere a necessidade de argumentos consistentes para afirmar que o ato ou omissão do agente público é incompatível com a jurisdição.

³²⁹ Cf. ZOLO, Danilo, ob. cit., p. 85, ao referir uma ordem política mínima, “o Estado de Direito poderia ser visto como um sistema político não despótico, não-plebiscitário e não totalitário, que seja capaz de uma eficaz regulamentação dos riscos coletivos e que garanta, ao mesmo tempo, espaços suficientes de autonomia social e de liberdade individual”

³³⁰ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 1995, p. 219.

³³¹ Idem, p. 220.

A confiança do cidadão é constituinte do Estado de Direito, que é fundamentalmente, estado de confiança. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança.³³²

Considerando, ainda, a posição assumida por Zolo³³³, ao retomar a ideia de novas liberdades contra antigos poderes, poder-se-ia afirmar que a sociedade civil, e no processo, os representantes da cultura jurídica, não pode delegar somente poderes aos órgãos do Estado de Direito, mas empreender uma luta para o cumprimento efetivo das expectativas sociais em relação ao juiz, de sorte a possibilitar uma nova forma de energia política e de normatividade jurídica.

Há, pois, um dever do juiz de proteger esta confiança legítima do cidadão na realização da justiça, incumbência do Estado Democrático de Direito. Em suma, o controle interno da jurisdição, com vistas a proteger a confiança legítima e a liberdade do cidadão, está intimamente vinculado ao processo, pois este é que dá concretude à atuação do juiz.

A relação entre os poderes e a necessidade de preservar o equilíbrio entre os seus domínios tem, portanto, uma medida, a do processo, como referido por Fiss:

O direito do juiz ao pronunciamento e a obrigação de atendê-lo que possuem os demais não depende de seus atributos pessoais ou do conteúdo da sua mensagem, mas da qualidade de seu processo, ou seja, da sua capacidade de estar distanciado e separado das partes e do corpo político e, ao mesmo tempo, dar total atenção à demanda proposta, sendo predisposto a dar respostas em termos que transcendam preferências e sejam suficientes para fundamentar um julgamento considerado “constitucional”.³³⁴

Vê-se aqui o papel central da constituição como a seguir desenvolvido.

³³² MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-Significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 145.

³³³ ZOLO, Danilo. *Op.cit.*, 2006, p. 92.

³³⁴ FISS, Owen. *Op.cit.*2004, p. 46.

2.1.3 O papel central da Constituição

O centro das preocupações relacionadas à unidade política é a Constituição, passando a ser uma questão mais relevante do que a da teoria do Estado, de sorte que os juízes, num espaço procedimental de participação, irão assumir a tarefa de concretizar a constituição³³⁵. Assim, o agir judicial está vinculado substantivamente ao estabelecido na Constituição³³⁶, que passa a ter esse papel central no que diz respeito à jurisdição.

Por outro lado, não se pode considerar o processo como instrumento da jurisdição, mas espaço compartilhado de fiscalidade da constitucionalidade do Direito, tendo em vistas as garantias de ação, ampla defesa, contraditório e isonomia³³⁷. Com efeito, a Constituição do Brasil possibilita se pensar em um modelo processual moderno, atendendo à necessidade de participação e democracia processual.

Outrossim, o próprio Estado democrático de direito contém exigências decorrentes dessa nova centralidade de constituição, como apregoa Bolzan de Morais³³⁸, onde, além de seus conteúdos e estratégias, são percebidas como documento jurídico-histórico-cultural, pondo em evidência a necessária atribuição de sentido ao texto constitucional e ao cumprimento das expectativas sociais vinculadas a sua efetividade.

Ou seja, a possibilidade de cumprimento das expectativas sociais, estampadas na Constituição, renova a noção de Estado de Direito para uma

³³⁵ Ver BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. **Revista da História das Idéias**. v. 26, 2005. Bercovici, admite a proposta de Herman Heller, sobre a teoria do Estado, como ciência da realidade, enquanto formação real e histórica, como a totalidade da vida social dentro de uma ordenação territorial.

³³⁶ Cf. STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a, p. 36 e s., para quem se torna necessário um debate acerca do papel do Direito e dos Tribunais no Estado Democrático de Direito, especialmente porque a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. Assim, em contraposição ao *procedimentalismo*, baseado em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade, retoma-se o *substancialismo*, a partir do pressuposto de que os direitos aos procedimentos têm como base a dignidade pessoal, valorizando a atuação de juízes e cidadãos para assegurar a efetividade constitucional.

³³⁷ Cf. PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Op.cit.* 2002, p. 68.

³³⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Crise do Estado, Democracia Política e Possibilidades de Consolidação da Proposta Constitucional In: GOMES CANOTILHO, J.J.; STRECK, Lênio Luiz. **Entre Discursos e Culturas Jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 27.

significação mais substancial, especificamente a noção de Estado constitucional de Direito, trazendo profunda alteração no papel a ser desempenhado pelo juiz. Assim sendo, teríamos um constitucionalismo levado a sério, como pretende Ferrajoli³³⁹:

... a interpretação e a aplicação da lei são também sempre um juízo sobre a própria lei que o juiz tem o dever, caso não seja possível interpretá-la em sentido constitucional, de censurar como inválida por meio de sua denúncia de inconstitucionalidade.

Alguns autores passaram, inclusive, a referir um neoconstitucionalismo³⁴⁰, pretendendo exprimir as profundas mudanças paradigmáticas, sobretudo hermenêuticas, que ocorrem no âmbito da aplicação do Direito.

Nesta perspectiva, valorizando a hermenêutica filosófica, Streck³⁴¹ sustenta a necessidade de mais do que assegurar os procedimentos da democracia é preciso entender a Constituição como algo substantivo. Deste modo, a atuação do juiz não pode prescindir de uma correta aplicação da norma, pois a constitucionalidade da decisão é uma condição da legalidade e da Justiça.

Daí a ideia de o processo ser um direito constitucional aplicado, como pretende Álvaro De Oliveira, à medida que o processo não se esgota na realização do direito material, de sorte que os direitos fundamentais passam a ser “máximas processuais”, direta ou indiretamente conformadoras do processo, influenciando as posições subjetivas dos seus integrantes³⁴².

Assim é que, de acordo com a percuciente conclusão de Wetzel de Mattos, o direito fundamental ao devido processo legal deve ser concebido como direito fundamental a um processo justo, explicitado nos seguintes termos³⁴³:

...como direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais, realizado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto e, enfim, voltado para a obtenção de uma proteção judicial efetiva.

Com efeito, não se pode olvidar a relação processo e direito, o que conduziu a doutrina a referir a Constituição brasileira como tendo adotado uma nova

³³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit.* 2006, p. 426.

³⁴⁰ Cf. CAMBI, Eduardo. *Op.cit.*, 2008, p. 139.

³⁴¹ STRECK, Lênio. *Op.cit.*, 2009b., p. 113.

³⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op.cit.*, 1997, p. 83 e s.

³⁴³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 201.

concepção, qualificada não apenas de uma “constituição garantista”, mas, sobretudo, de uma “constituição dirigente”, pois define fins e programa a ação dos Poderes³⁴⁴.

Neste sentido, de democracia constitucional, tem-se um sistema político talhado no tempo social³⁴⁵, onde o juiz concretiza direitos numa estrutura procedimental norteada pelo processo constitucionalizado³⁴⁶, constituindo-se em uma condição de possibilidade para a proteção dos direitos humanos.

2.1.4 A proteção dos direitos humanos

O conceito de direitos humanos esteve vinculado, desde o ponto de vista histórico, ao jurnaturalismo, cuja tradição vinculou os direitos humanos à própria existência do homem, em oposição aos direitos civis, cujo conteúdo está associado à condição de ser membro da sociedade. Hodiernamente, como preconiza Perez³⁴⁷, os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, de liberdade e de igualdade humana, passando a serem reconhecidos positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Tal Direito erigido sobre uma base humanística, na perspectiva da capacidade de ser reconhecido como uma ordem positiva de defesa da humanidade, apresenta-se no fim da primeira guerra mundial e se aprofunda significativamente sua proteção após a segunda guerra mundial.

Outrossim, ainda que se reconheça serem os direitos humanos uma noção imprecisa³⁴⁸, pode-se afirmar que estão intimamente relacionados à função

³⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6.ed. São Paulo: RT, 1990, p.

6.

³⁴⁵ Cf. STRECK, Lênio. *Op.cit.*, 2009, p. 117.

³⁴⁶ Cf. PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Op.cit.* 2002, p. 197, para quem uma vez concluído este estágio de procedimentalidade, que possibilite prevalecer o melhor argumento, é que despontaria uma comunidade jurídica de compartilhamento efetivo de garantias, direito e deveres, co-instituídos e passíveis de correção e fiscalidade processual continuada..

³⁴⁷ LUÑO, Antonio E. Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 48.

³⁴⁸ A origem dos direitos humanos tampouco deixa de ser controvertida, tendo em vista suas diversas influências históricas, tais como a história constitucional inglesa, a revolução francesa e a constituição dos Estados Unidos e influências filosóficas, tais como o pensamento grego, o iluminismo, o

jurisdicional, a qual deve se pautar pela preservação da dignidade de cada ser humano. Por isso, Renutti³⁴⁹ afirma uma evolução do direito ao juízo ao direito à justiça, sintetizado na expressão do direito ao verdadeiro juiz, no sentido do juiz atento à proteção dos direitos humanos.

Com efeito, relacionar o processo, a jurisdição e os direitos humanos, no contexto das expectativas sociais contemporâneas, na forma de direitos fundamentais³⁵⁰, possibilita a adoção de critérios de interpretação³⁵¹, especialmente na criação de vínculos específicos de argumentação jurídica, no processo³⁵².

A emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que implementou a denominada reforma do judiciário, acrescentou o § 3º, do artigo 5º, da Constituição do Brasil:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emenda constitucionais.

A inserção desta disposição de cunho procedimental; contudo, não encerra as discussões acerca da hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos³⁵³. Igualmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é o da:

supremacia da CF sobre todos os tratados internacionais. O exercício do 'treaty-making power', pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da CF. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. Precedentes (**MI 772-AgR**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 24-10-2007, Plenário, DJE de 20-3-2009.)

racionalismo e o socialismo. De qualquer sorte, as influências são muitas, destacando-se a das religiões, especialmente, a do cristianismo.

³⁴⁹ RENUCCI. **Droit Européen des Droits de L'homme**. 2.ed. Paris: L.G.D.J, 2001, p. 185.

³⁵⁰ O § 1º do art. 5º da Constituição do Brasil estabelece que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

³⁵¹ Cf. JORDA, Claude. **Le Devenir du Droit Comparé en France**. Aix-en-Provence: D'Aix-Marseille, 2005, p. 87.

³⁵² Ver LIPARI, Nicolo. Valori Costituzionali e Procedimento Interpretativo. **Rivista Trim. di dir. e proc. civ**, 2003, p. 874.

³⁵³ Ver SARLET, Ingo. A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Algumas Notas Sobre o Novo § 3º do Art. 5º da Constituição", **Direito, Estado e Democracia**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 183 e s. Tal dispositivo reabre debate sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Para SARLET, a doutrina, antes da reforma, já admitia status constitucional aos tratados de direitos humanos, em virtude do preceituado no § 2º do mesmo art. 5º da Constituição: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Por outro lado, existe no âmbito dos direitos humanos uma ampla admissão da doutrina e jurisprudência sobre a prevalência da norma mais favorável ao ser humano³⁵⁴, como dispõe o artigo 29, do Pacto de São José da Costa Rica:

Nenhuma disposição da presente convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

A seguir relacionamos alguns diplomas legais pertinentes ao processo, constante em declarações relacionadas aos Direitos do Homem³⁵⁵.

- A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU³⁵⁶, garante, em seu art. VIII, que “todo homem tem direito de receber dos tribunais nacionais competentes *remédio efetivo* para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.
- A Convenção para a Proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma, em 04.11.1950: “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, eqüitativa e publicamente, num *prazo razoável* por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sob o fundamento de qualquer acusação, em matéria penal dirigida contra ela”.

³⁵⁴ Cf. o voto esclarecedor do Ministro Gilmar Mender, no **RE 466.343**, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-12-2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009: “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do Novo CC (Lei 10.406/2002).” **No mesmo sentido: RE 349.703**, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009. **Vide: AI 601.832-AgR**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-3-2009, Segunda Turma, *DJE* de 3-4-2009; **HC 91.361**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 6-2-2009.

³⁵⁵ Cf. KOSIKOVSKI, Sandro, obtido em <http://www.abdconst.com.br/especializacao/161.doc>, Acesso em 13/11/2010.

³⁵⁶ A Declaração Universal de 1948 é reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

- A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica”), firmada em 22.11.1969, incorporada pelo Decreto n. 678 (09.11.1992): “toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.
- Outros diplomas buscam esgotar o rol de garantia, como o disposto no art. 6º, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, prevendo cinco garantias: a) o acesso à justiça; b) uma audiência justa, incluindo b.1.) o direito à paridade de armas; b.2.) direito a uma apresentação imparcial da prova; b.3.) o direito ao depoimento; b.4.) direito a um julgamento fundamentado; c) a publicidade dos atos processuais; d) razoável duração do processo; e) Tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei³⁵⁷.

Sobre a jurisdição de Tribunais Internacionais, a emenda Constitucional nº 45, acrescentou o § 4º, do artigo 5º, da Constituição brasileira: “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Nesse contexto, há uma tendência de entender como inexistentes as fronteiras, no tocante ao respeito aos direitos humanos.

Isto pode ser constatado na formação de Tribunais Penais Internacionais, em especial, decorrentes da aplicação do princípio da *complementariedade*. Com efeito, quando comparado com as fórmulas já existentes, como as de Nüremberg, a formação destes tribunais ocorrerá nos casos em que os tribunais nacionais não puderem, ou não quiserem, julgar um processo³⁵⁸.

Da mesma forma, juízes internacionais compõem tribunais mistos. Isso foi o que aconteceu no Kosovo, na Serra Leoa, no Camboja e, provavelmente, no Iraque. Trata-se de forma de solidariedade transnacional entre juízes, colimando combater determinados crimes particularmente hediondos, onde o julgamento e a condenação

³⁵⁷ Cf. ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil**. São Paulo: RT, 2009, p. 42.

³⁵⁸ Cf. ALLARD, Julie; GARANPON, Antoine Garapon. *Op.cit.* 2005, p. 20.

de seus autores, dada essa natureza, são considerados processos de *competência universal*.³⁵⁹

Outro exemplo tratado por Allard e Garapon³⁶⁰ diz com a intervenção de *amici curiae* internacionais, em discussão judicial nacional, como é o caso de processo julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sobre constitucionalidade, referente à primeira Emenda, garantidora da liberdade de expressão, de uma lei que visava estabelecer limites máximos para as despesas de campanha eleitoral (2002). Neste caso, foi apresentado um *brief of amici curiae international experts in support of appellees* (memorando) apresentado ao Tribunal por uma Associação Americana e por um centro de investigação, com sede na Inglaterra, mas com vocação internacional.

Da mesma forma, a importância da Comissão e da Corte Europeia dos Direitos do Homem, onde há um esforço de desenvolver a noção de processo *equo*. Neste caso, deve-se atentar a disposições existentes, prevendo um processo sem dilações indevidas, tendo em vista a crescente e excessiva duração do processo, o que, de regra, não pode ser atribuído aos juízes, tratando-se de uma tendência mundial, por isso mesmo a preocupação da comunidade mundial³⁶¹.

Outras tendências mundiais dizem com a cultura pós-moderna, nas percucientes palavras de Erik Jayme³⁶², o Mestre de Heidelberg, caracterizada por valores centrais, cuja tomada em consideração é capital para a compreensão do direito nos dias atuais. Desta sorte, constatamos a emergência de idênticos valores

³⁵⁹ Idem, pp. 21-22. Os Autores ainda citam ainda lei belga que prevê a possibilidade de processo contra qualquer oficial americano envolvido em casos de tortura no Iraque.

³⁶⁰ Idem, p. 25.

³⁶¹ Exemplo de uma visão que valoriza o processo de universalização dos direitos humanos, em SUDBRACK e PIOVESAN, para quem o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por Tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irredutível” (SUDBRACK, Umberto Guaspari; PIOVESAN, Flávia. *Direito à Saúde e o Dever de Informar: Direito à Prova e a Responsabilidade Civil das Empresas de Tabaco*. in HONSI, Clarissa Menezes (coord). **Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 109).

³⁶² Erik Jayme *Identité Culturelle et Intégration: le Droit International Privé Postmoderne*, **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1995, tome 251, nota 806, p. 247. Segundo o pensamento de Erik Jaime, a nossa atual civilização é marcada por um pluralismo de valores, antes desconhecidos. Dá como exemplo mais emblemático dessa situação o direito à diferença e, em consequência, o surgimento do dever de tolerância; no campo do direito, surgem as por ele denominadas normas narrativas, normas que descrevem valores humanitários.

em todos os âmbitos da cultura, de um modo geral, atingindo isso o Direito, cuja natureza é a de produto cultural.

Esta realidade cultural, na perspectiva do Estado moderno, implica uma busca de harmonizar a lógica de eficácia³⁶³ com a da humanidade, como defende Bolzan de Moraes³⁶⁴, ao afirmar um pensamento universal democrático que não se expresse como uma fórmula homogeneizante e, muito menos, apresentando-se como um momento de desconstrução das estruturas políticas do Estado social.

A partir desta visão, Bolzan de Moraes, Espindola e Saldanha³⁶⁵ percebem ser imprescindível repensar todo o direito a partir dos direitos humanos, pois este não se restringe a uma operação simples de dizer quem tenha e quem não tenha a sua pretensão reconhecida perante o Judiciário de estabelecer um ganhador e um perdedor.

No contexto do processo civil brasileiro, a importante contribuição de Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao exortar o judiciário, como Poder ou atividade estatal a assumir este papel de participante do processo evolutivo das nações, também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa³⁶⁶ copartícipe, em suma, da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e fraterna³⁶⁷.

³⁶³ Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Op.cit.*, 2009, p. 83 a 87: Da mesma forma, a noção de “interesse geral”, porquanto este não é mais monopólio do Estado e tampouco seu signo distintivo. Passa-se do dogma do interesse geral para o imperativo da eficácia, em especial através da racionalização dos métodos de gestão pública, aportando recursos do privado e implicando uma outra inversão, a do novo gerenciamento público, compromisso entre a exigência de eficácia e as particularidades da gestão pública.

³⁶⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Op.cit.* 2006, p. 21.

³⁶⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; ESPINDOLA, Angela Araújo de Silveira; SALDANHA, Jania Maria Lopes. Jurisdição constitucional e participação cidadã. Por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Constituição e processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 71. Para o Autor, ganhadores e perdedores podem ser todos, o que faz desaparecer o sentido mesmo de ganhar e perder

³⁶⁶ Cf. ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil**. São Paulo: RT, 2009, p. 42.

³⁶⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo **A Formação do Juiz Contemporâneo**, Trabalho apresentado, em 30.8.1997, no XIV Seminário Roma-Brasília (com dados atualizados), onde o Autor defende a idéia de que o juiz da ordem interna do seu respectivo país deve integrar-se também na ordem comunitária, interpretando e aplicando as normas daquela e dessa, cumprindo destacar a singular e expressiva observação dos especialistas europeus no sentido de que a “União Européia” somente conseguiu implantar-se - e aí está uma das marcas do seu sucesso - no momento em que os países nela envolvidos compreenderam a indispensabilidade de um sistema jurídico bem corporificado a sustentá-la, com normas e Judiciário.

No mesmo sentido, Guimarães Ribeiro³⁶⁸ para quem o juiz utiliza os valores do que é socialmente justo para aplicar o direito no caso concreto. Trata-se de uma nova compreensão da atuação judicial, como afirma Morello³⁶⁹, pois há uma manifesta humanização do processo. Essa mudança apresenta-se de forma notória, especialmente quando se reflete sobre a crescente importância dos direitos humanos, constituindo-se, por que não, também em um dever processual do juiz.

No ponto seguinte serão apresentados os deveres do juiz numa perspectiva sistemática a partir das normas do Código de Processo Civil.

2.2 OS DEVERES PROCESSUAIS DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Desde o ponto de vista da estrutura processual brasileira buscou-se, conforme Dinamarco, com apoio em Liebman definir o juiz pela sua condição de sujeito desinteressado³⁷⁰, em contraposição às partes, sujeitos interessados na relação processual, ou os sujeitos do contraditório, instituídos perante o Juiz.

Esta pessoa a quem as partes se dirigem representa o Estado; são os juízes e os Tribunais, no sentido emprestado no título IV, do CPC. Assim sendo, os juízes e tribunais são sujeitos processuais. Desta definição resulta ser o Juiz, assim como a parte, no processo, titular de deveres inerentes à relação jurídica processual³⁷¹.

Desde uma consideração lógico-formal, consideramos a questão normativa o padrão de valoração da conduta processual do juiz, especificamente extraindo da norma processual civil a conduta descrita ao juiz como uma posição subjetiva de dever uma ponte entre o juiz e o ato processual concreto.

O Código de Processo Civil relaciona na seção 1, do seu capítulo IV, os poderes, os deveres e a responsabilidade do juiz, destacando que o juiz tem o primordial dever processual de prestação da tutela jurisdicional, que consiste em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

³⁶⁸ GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 64.

³⁶⁹ **Morello El Proceso Civil Moderno**, libreria editora Platense, la Plata, 2001, pág. 469.

³⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.* 2004, p. 246.

³⁷¹ *Idem*, p. 249.

- a legalidade (artigo 125, *caput*) e as possibilidades de uso da equidade (artigo 127, do CPC);
- a iniciativa da demanda (artigo 128, do CPC);
- a limitação do objeto litigioso (artigo 128, do CPC);
- a boa-fé objetiva (artigo 125, III, do CPC);
- a iniciativa probatória (artigo 130, do CPC);
- a responsabilidade fundada no dolo (artigo 133, do CPC).

Neste sentido, vê-se que³⁷² enquanto no artigo 125, do Código de Processo Civil, destacam-se deveres relacionados à direção do processo, à igualdade de tratamento, à rápida solução do litígio, aos atos atentatórios à dignidade da justiça. No artigo 128, do Código de Processo Civil, assegura-se o princípio dispositivo e limita-se o objeto da decisão judicial.

Desta forma, desde o ponto de vista da sua localização no Código de Processo Civil, ter-se-iam esgotados os deveres processuais do juiz. Contudo, não é assim. O Código ao arrolá-los desta maneira não o fez com o objetivo de esgotar os deveres processuais do juiz, apenas com o fito de arrolar o que lhe pareceu mais relevante³⁷³.

A seguir trataremos dos deveres processuais do juiz como inseridos no Código de Processo Civil brasileiro, propondo uma compreensão mais ampla do fenômeno processual, que abarque as possibilidades e limites do sistema.

2.2.1 Deveres de Legitimação

Desde uma perspectiva sociológica, Bordieu³⁷⁴ utiliza a expressão “campo jurídico” para referir a necessidade de legitimação do poder judiciário como um lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito. Desta sorte, os seus agentes investidos de competência, ao mesmo tempo social e técnica, que se encontram

³⁷² Cf. ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil**. São Paulo: RT, 2009, p. 42.

³⁷³ Cf. DALL'AGNOL, Antônio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: RT, v. 2, 2007.

³⁷⁴ BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 10.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 212.

habilitados para interpretar, de maneira autorizada, o texto da lei, devem garantir para o destinatário uma ideia de justiça.

Este poder de dizer o direito pertence ao Estado³⁷⁵, que, por sua vez, almeja que os órgãos judiciários³⁷⁶, integrantes de sua estrutura de poder atuem para consecução dos seus objetivos. Assim, forma-se um *habitus*³⁷⁷, mais precisamente, uma capacitação de juízes, com o objetivo de fazê-los acreditar na possibilidade da existência de um espaço social e mental, onde se efetive a imparcialidade³⁷⁸. Nessa perspectiva sociológica, os juízes, integrantes de um dos poderes do Estado, mas submissos e limitados pela lei, receberiam, em retribuição, as garantias da inamovibilidade e da independência³⁷⁹.

Na perspectiva jurídica, diz-se que as garantias da magistratura têm uma finalidade política garantidora da independência da função jurisdicional e uma

³⁷⁵ Cf. René DAVID (*in Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 2ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1993) ainda que o legislador reconhecesse expressamente que a lei pode não ter previsto tudo, o juiz deve necessariamente pronunciar uma decisão, não se pode refugir, atrás da fórmula *non liquet*, como era permitido ao juiz na época romana, quando o direito era incerto (p. 118).

³⁷⁶ No Brasil, o artigo 92 da Constituição Federal instituiu os órgãos do Poder Judiciário: “I. O Supremo Tribunal Federal; II. O Superior Tribunal de Justiça; III. Os tribunais regionais federais e juízes federais; IV. Os tribunais e juízes do trabalho; V. Os tribunais e juízes eleitorais; VI. Os tribunais e juízes militares; VII. Os tribunais e juízes dos estados e do Distrito Federal e territórios”.

³⁷⁷ Cf. BORDIEU, Pierre, *Op. cit.*, 1989 p. 61, para quem um conhecimento adquirido é também um capital.

³⁷⁸ Cf. ROCHA, Alvaro Felipe Oxley. *Op.cit.*, 2002, p. 41.

³⁷⁹ Cf. constou no informativo nº 614/2011, do STF: Plenário iniciou julgamento de mandado de segurança impetrado por juiz substituto contra ato do Conselho Nacional de Justiça - CNJ que julgara improcedente pedido de providências por ele formulado, sob o fundamento de que o instituto da inamovibilidade (CF, art. 95, II) não alcança os juízes substitutos, ainda que assegurados pela vitaliciedade. Na espécie, o magistrado alega que, ao ingressar na magistratura do Estado do Mato Grosso, fora lotado em uma determinada comarca, mas, posteriormente, tivera sua lotação alterada, várias vezes, para comarcas distintas. O Min. Ricardo Lewandowski, relator, concedeu parcialmente a ordem para anular a decisão do CNJ por entender que a garantia da inamovibilidade se estenderia aos juízes substitutos. Asseverou que a Constituição, ao falar de juízes, faria referência às garantias da magistratura, condicionando apenas a vitaliciedade, no primeiro grau, a dois anos de exercício. Dessa forma, a irredutibilidade de subsídio e a inamovibilidade estariam estabelecidas desde o ingresso do magistrado na carreira, ou seja, aplicar-se-iam imediatamente. Em seguida, tendo em conta o que disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/79) quanto à inamovibilidade (“Art. 30 - O Juiz não poderá ser removido ou promovido senão com seu assentimento, manifestado na forma da lei, ressalvado o disposto no art. 45, item I. Art. 31 - Em caso de mudança da sede do Juízo será facultado ao Juiz remover-se para ela ou para Comarca de igual entrância, ou obter a disponibilidade com vencimentos integrais. ... Art. 45 - O Tribunal ou seu órgão especial poderá determinar, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus membros efetivos: I - a remoção de Juiz de instância inferior;”), reputou que a regra seria o juiz que ostenta o predicamento da inamovibilidade ser removido apenas com seu assentimento, consistindo exceção isso ocorrer quando, por escrutínio secreto, o tribunal ou seu órgão especial assim o determinar por motivo de interesse público. MS 27958/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 3.2.2011. (MS-27958)

finalidade técnica, garantidora da imparcialidade do juiz no processo, de modo que não tenha ele receio de pressões advindas de outras autoridades ao decidir³⁸⁰.

Sob o enfoque garantista, tem-se, ainda, de acordo com Ferrajoli³⁸¹, a garantia do “juiz natural”, indicador da legitimidade de quem julga, pré-constituído pela lei, além da impossibilidade de derrogação e da indisponibilidade das competências (alteração discricionária das competências judiciárias). Todas estas garantias estão diretamente relacionadas à garantia de imparcialidade, assegurando o direito de ter os mesmos juízes e os mesmo procedimentos (igualdade).

Sob o enfoque institucional, há uma tendência de reavaliação da imparcialidade, contra a personalização da função do juiz, propiciando o re-encontro da ética e da representatividade. Para cumprir este objetivo, a comunidade exige que a instituição tenha independência de políticas, entendida como a disputa pelo poder, realizada por agremiações partidária. Neste caso, a norma de imparcialidade é entendida como a proibição de que a atuação judicial seja a expressão da preferência do juiz, vinculada a uma das partes.

Não se trata de desumanizar a pessoa do juiz, vedando-lhe uma compreensão do que ocorre no âmbito político-partidária, mas de delimitar o espaço público da jurisdição. Há esta exigência inclusive no sistema norte-americano, onde os juízes estaduais são eleitos, aumentando a sua vulnerabilidade às preferências do corpo político. Ainda assim, a atuação do juiz é vista como a de dotar de significados os valores constitucionais, não sendo determinada pelo jogo interno do poder e pelas acomodações realizadas pelas burocracias partidárias³⁸².

Nesse caso, não se prescinde seja o juiz responsável perante a comunidade, bem como haja uma evolução da cultura jurídica, o que se pretende por meio da racionalização da parcialidade (regras claras, realistas e o seu escrupuloso respeito)³⁸³.

Eis a razão porque há uma permanente mobilização, em especial decorrente da criação do Conselho Nacional de Justiça, v.g. o Código de Ética do Magistrado Nacional, visando legitimar o Judiciário perante a sociedade e incrementar a

³⁸⁰ Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

³⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et alle. 3.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 543.

³⁸² Cf. FISS, Owen. *Op.cit.* 2004, p. 44.

³⁸³ Cf. GARAPON, Antoine. *Op.cit.*, 2001, p. 245.

confiança da sociedade em sua autoridade moral, especificamente, no que diz respeito ao processo: a independência, a imparcialidade e a transparência.

Assim sendo, o Código de Ética da Magistratura, aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, refere alguns princípios norteadores do exercício profissional do magistrado nacional:

Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.

Vejamos o que dizem outros artigos do referido Código, cujo mérito consiste em identificar precisamente os deveres do magistrado:

Art. 4º Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais.

Art. 5º Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos.

Art. 6º É dever do magistrado denunciar qualquer interferência que vise a limitar sua independência.

(...)

O capítulo III trata de imparcialidade, outro dever inerente ao exercício da judicatura, nos seguintes termos:

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.

Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado:

I - a audiência concedida a apenas uma das partes ou a seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado;

II - o tratamento diferenciado resultante de lei.

A própria Lei Orgânica da Magistratura, em seu artigo 35, estipula deveres para o magistrado, decorrentes de sua atuação, especialmente em seu inciso I,

exigindo conduta de cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício³⁸⁴.

Percebe-se, pois, a presença de uma série de deveres de legitimação, decorrentes das atividades institucionais do juiz, de sorte que a própria atuação processual deverá suportar tais exigências, com o objetivo de legitimar suas decisões e o próprio exercício da jurisdição.

No direito processual brasileiro, observa-se que a imparcialidade tem conteúdo objetivo, que se traduz na igualdade de tratamento das partes e conteúdo subjetivo³⁸⁵. Porquanto é necessário que o juiz seja verdadeiramente um estranho à causa e às partes. Assim sendo, sobre o conteúdo subjetivo, há razões que comprometem, ou pelo menos colocam em risco, a imparcialidade do juiz, de sorte que o sistema processual prevê razões de impedimento e de suspeição³⁸⁶.

No que diz respeito às causas de suspeição e de impedimento, Satta³⁸⁷ menciona tratar-se de um dever do juiz de se dar por impedido, especificamente quando se identifica vínculo pessoal com uma das partes. Este dever é ainda uma manifestação de um poder de rejeição estabelecido em favor da parte.

A ideia de *récusation des juges*, por sua vez, encontra seu momento supremo a partir da experiência francesa, de acordo com o espírito do Código de 1806, identificando algumas hipóteses de natureza direta: a) se há vínculo de parentesco ou afinidade entre o juiz e uma das partes ou ambas, com o grau de primo inclusive, b) se a esposa do juiz é parte no processo c) se a mulher do juiz é parente da parte ou se a esposa do juiz está morta, há filhos do casamento, ou se o juiz é sogro ou genro de uma das partes; d) se a parte, parente do juiz, além do vínculo é o seu herdeiro, e) se o juiz é o tutor ou curador de uma das partes; f) se o juiz ou sua esposa, os pais e aliados na medida em que se tenha conhecimento, a parte, perante o Tribunal, ele mesmo é um juiz; g) se o juiz é credor ou devedor da parte;

³⁸⁴ Da mesma forma vedação contida no art. 36, inciso III, da atual Lei Orgânica da Magistratura Nacional: "É vedado ao magistrado: [...] III – manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério."

³⁸⁵ Em perspectiva diversa, GUIMARÃES RIBEIRO assevera que o juiz deve ser objetivamente imparcial, no sentido de cumprir a carga argumentativa necessária à solução do caso posto, nos seguintes termos: *será mais imparcial o juiz quanto mais ele fundamentar, mais ele objetivará suas convicções íntimas, que são subjetivas* (GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. *Op.cit.*, 1998, p. 21).

³⁸⁶ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Op.cit.*, 2003, p. 232 e 233.

³⁸⁷ SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 105.

h) se o juiz é o herdeiro ou donatário da parte i) se o juiz recebe ou é comensal de uma das partes; j) se o juiz é um diretor de uma unidade, uma parceria ou uma liderança da parte; k) se o juiz ou sua esposa, seus pais e seus aliados tenham desencadeado disputa sobre um assunto tão controvertido quanto o que tramita entre as partes; l) se o juiz intervém como testemunha no caso m) se o juiz tenha sido previamente juiz ou árbitro do caso em apreço, n) se há um julgamento civil ou penal entre a parte e o juiz. Segundo, as de natureza indireta, vinculadas à aparência de imparcialidade: a) se o juiz tivesse bebido ou comido em uma festa com a parte, uma vez que o julgamento tenha início; b) se o juiz tiver recebido dádivas da parte durante o curso do processo, c) se o juiz e a parte são inimigos notórios d) se o juiz tenha insultado ou ameaçado a parte³⁸⁸.

Neste sentido, as vedações contidas no artigo 134, do Código de Processo Civil brasileiro, pertinentes aos impedimentos do juiz para exercer suas funções e que reproduzem apenas parcialmente as hipóteses do sistema francês, sem valorizar as hipóteses de aparência, como se lê:

É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do n. IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Há, pois, um dever processual do juiz de afastamento do feito, declarando impedido, mesmo sem ter sido oposta a exceção. Por se tratar de matéria de ordem pública, o Tribunal poderá conhecê-la de ofício, anulando a sentença proferida por juiz impedido, devolvendo o processo para julgamento por outro juiz³⁸⁹.

³⁸⁸ BERNABÉ, Boris. **La Récusation des Juges**. Paris: lextenso, 2009, p. 316-334.

³⁸⁹ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Op.cit.*, 2003, p. 235.

As partes, nas hipóteses de impedimento, podem promover a qualquer tempo a alegação de impedimento, pois não estão sujeitas à preclusão, conforme se depreende da sua inclusão como causa para ação rescisória (artigo 485, II, CPC).

Já em relação à suspeição, também há o dever processual do juiz de abster-se do julgamento da causa, como previsto no artigo 135, do CPC:

Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:
 I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;
 II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;
 III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;
 IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;
 V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.
 Parágrafo único - Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo

Nestas hipóteses, as partes podem alegar a suspeição, deduzindo a matéria a partir de procedimento de exceção (artigos 137, 313 e 314).

Ainda sobre o conteúdo subjetivo da imparcialidade, é de ser considerada a aproximação da imparcialidade com o escrúpulo, designativa do esforço do juiz com a alteridade em relação a si mesmo, especialmente porque o ato de julgar, produto de uma série de pequenas decisões, está relacionado a um juízo prévio, muitas vezes inconsciente, exigindo uma atitude reflexiva e prudente³⁹⁰. Tal condição ficará inscrita e juridicamente visível quando a fundamentação é profunda e a argumentação juridicamente consistente.

No tocante ao conteúdo objetivo da imparcialidade, há um dever de tratamento igualitário com as partes (artigo 125, I, do CPC), bem como a incidência do princípio da demanda, indicando o momento em que a atuação jurisdicional é exigida e do princípio da correlação entre o conteúdo da sentença e o litígio deduzido em juízo, a ser examinado em toda a sua extensão (artigo 128, do CPC).

Sobre a imparcialidade e a aplicação do princípio dispositivo³⁹¹, vinculado à ideia de substanciação, que associa a atuação do juiz ao objeto do processo,

³⁹⁰ Cf. GARAPON, Antoine. *Op. Cit.*, p. 320. Para este Autor, há duas operações envolvidas na condição de imparcialidade para julgar. A primeira, quando é necessário fechar os olhos e se perceber espectador de si mesmo, abstraindo-se de suas próprias visões, tornando-se mais disponível para o julgamento. A segunda operação é a de reflexão, o diálogo ético íntimo, dando a conhecer à consciência as diversas soluções.

³⁹¹ Ver ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o Princípio da Demanda. **Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira**, disponível em

indicando a forma específica de tratativa processual da demanda, mas também outros fatores, como identificado por Cappelletti:

- a) a conexão de sua atividade com os “cases and controversies” e, portanto, com as pessoas de tais casos concretos;
- b) a atitude de imparcialidade do juiz, que não deve ser chamado para decidir in re sua, deve assegurar o direito das pessoas serem ouvidas (...) e deve ter, de sua vez, grau suficiente de independência em relação às pressões externas e, especialmente, aqueles provenientes dos “poderes políticos”³⁹²

Outro aspecto a ser considerado diz com o conhecimento próprio de fatos da demanda. Neste sentido, a jurisprudência pacífica dos nossos Tribunais:

Se o juiz que profere a sentença julga segundo conhecimento próprio dos fatos ou de parte deles o processo é nulo, pois, não se tratando de máxima de experiência ou de fato notório, atua como testemunha extrajudicial, estando impedido de exercer suas funções jurisdicionais, ante a ausência de pressuposto processual da imparcialidade
RT 630/140

Nesta hipótese, vê-se a ausência do pressuposto processual de validade processual relacionado à imparcialidade³⁹³.

A partir de debates sobre o sistema judicial argentino, Carlucci³⁹⁴ sistematiza alguma das normas relacionadas ao pressuposto de legitimação processual da imparcialidade, com aplicação no nosso direito interno: a) proibição de entrevistas e alegações unilaterais, em espaços privados; b) restrições ao direito de associação (hipóteses que comprometam a independência do juiz, v.g., a vinculação político-partidária); c) causas de suspeição e de impedimento.

Cumpra, portanto, à cidadania atuar de forma veemente e sem concessões contra o descumprimento deste dever vital, exigindo que o juiz seja rigorosamente imparcial, agindo com impessoalidade, sem dolo ou fraude e reprimindo qualquer ato

http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/153638/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda, último acesso em 20-out-2011. Para o autor, se o princípio da demanda está presente em quase todos os ordenamentos processuais atuais, o princípio dispositivo já não é encontrado em sua forma pura (assim como o princípio contraposto, o inquisitório),

³⁹² CAPPELLETTI, Mauro. *Op.cit.*, 1993, p. 75.

³⁹³ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades da Sentença**. São Paulo: RT, 2007, p. 41, para quem seria pressuposto processual de existência, a jurisdição e pressuposto processual de validade: a) Juízo – competência; b) Imparcialidade – ausência de impedimento. Em outro sentido DALL’AGNOL, Jorge Luis. **Pressupostos Processuais**. Porto Alegre: Lejur, 1988, p. 33, para quem seriam apenas dois os pressupostos processuais, a demanda e o órgão investido de jurisdição.

³⁹⁴ CARLUCCI, Aida Kemelmajer. **Ética de los jueces**. Análisis pragmático. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Argentina, v. 10, 2006, p.64 a 72

atentatório contra a respeitabilidade e o prestígio que deve gozar a justiça (artigos 125, III e 129, do CPC).

Há, numa perspectiva comparatista, uma aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law*, como busca demonstrar Goldstein³⁹⁵, ao examinar os novos princípios de direito processual transnacional (Ali-UNIDROIT). Com efeito, o princípio 1.3 prevê: *a Corte deve ser imparcial. Um juiz ou qualquer pessoa dotada de autoridade decisória não deve tomar parte do processo se existir razoável motivo para duvidar de sua imparcialidade.*

Deve-se ressaltar, ainda, que o momento do julgamento é o instante supremo da imparcialidade do juiz, pois é quando irá formar a sua convicção sobre a situação, resolvendo então a controvérsia, mediante comando jurisdicional. Para Fazzalari³⁹⁶, o juiz é, neste último momento, “parcial”, porquanto favorável a quem ele haja dado razão. Esta constatação decorre da própria posição do juiz, paritário no diálogo e assimétrico na decisão³⁹⁷, tendo em vista a necessidade de dar efetividade aos direitos, o que será a seguir considerado.

2.2.2 Dever de Efetividade à Tutela dos Direitos

A situação de dever é particularmente valorizada na atividade do Juiz, envolvendo uma perspectiva funcional, especificamente a tutela dos direitos, ou, mais especificamente, a reação a uma violação do direito, no sentido de impedir ou eliminar os seus efeitos nos limites do possível³⁹⁸.

Esta função apresenta-se para o Estado-Juiz³⁹⁹, tendo em vista a vedação da auto-tutela, implicando um correlato dever do Estado de realizar a prestação jurisdicional, cumprindo assim sua função. Nesta perspectiva, ressaltamos dois

³⁹⁵ GOLDSTEIN, Stephen. Giudice manager e giudice conciliatori. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n.3, set 2009, p. 1000.

³⁹⁶ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 2006, p.489. Conforme o autor: ... *o juiz, no final, não pode senão depor a balança e empunhar a espada.*

³⁹⁷ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.*, 2009, p. 102.

³⁹⁸ Cf. MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di Diritto Processuale Civile**. 12.ed. Torino: Giappichelli, 1998, p. 11.

³⁹⁹ BETTI, Emílio. *Op.cit.*, 1965, p. 53, do ponto de vista do *officia* romano, sob o qual vem considerado o caráter público dos *magistratus*, a quem o povo confia a gestão da coisa pública.

outros deveres primordiais do magistrado: o dever de exercício da jurisdição (art. 1º) e o de abstenção de procedimento ex-officio (art. 2º).

Deste ponto de vista, o primordial dever do juiz é o de exercer o poder jurisdicional, como previsto no Código de Processo Civil brasileiro, impondo o poder de prestar aquela tutela jurídica a que, originalmente, comprometeu-se, sendo vedada alegação de ausência de regramento sobre a questão deduzida⁴⁰⁰. O cumprimento do dever de dizer o direito, portanto, é inescusável, não podendo o Juiz alegar lacuna, obscuridade ou ausência de lei, para não cumpri-lo.

Por outro lado, de acordo com a diferenciação dos poderes, a liberdade de interpretação não se reveste de discricionariedade ou de criação, pois as derradeiras lacunas no processo civil são de natureza *intra legem*, devendo buscar-se no sistema, em conformidade com as regras de ética judiciária⁴⁰¹.

Correlatamente aos deveres do Juiz na direção do processo, surgem deveres do Juiz para decidir as demandas, como evidencia o artigo 128, do Código de Processo Civil, onde o legislador estabelece dever decorrente de princípio fundamental do processo, o de *adstrição do juiz ao pedido da parte*.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

O art. 128 cria um dever processual de impedir o Juiz de conhecer questões para cujo conteúdo a lei exige a iniciativa da parte. Assim, no momento de decidir o Julgador tem o dever de limitar-se aos pedidos feitos pelas partes; caso contrário, estará julgando *extra petita* (decidindo fora do pedido), hipótese em que a decisão terá de ser anulada ou *ultrapetita* (decide além do pedido)⁴⁰², motivo de reforma da decisão para adequá-la aos limites quantitativos do pedido.

400 Cf. art. 126, do CPC: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

⁴⁰¹ Regra semelhante existe na Lei de Introdução ao Código Civil. Cf. FRADERA, Véra, em perspectiva comparada, a maioria dos países da União Européia não possuem regra idêntica a do artigo 4º da LICC. O *Code Napoleon*, artigo 4º contempla o dever do juiz de julgar, independentemente de silêncio, obscuridade ou insuficiência da Lei. (FRADERA, Véra Maria Jacob. **Reflexões sobre a Contribuição do Direito Comparado para a Elaboração do Direito Comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 78)

⁴⁰² Cf. Informativo do STJ: "A Turma deu provimento ao recurso especial sob o entendimento de que o pedido deve ser inferido a partir de uma exegese lógico-sistêmica do completo teor da petição inicial, razão pela qual não pode ser considerado como ultra petita o julgado que o interpreta de forma ampla e concede à parte aquilo que foi efetivamente pretendido com o ajuizamento da ação.

Outra faceta do dever de efetividade diz com a abrangência do artigo 14, do CPC, conforme postulado por Cândido Rangel Dinamarco⁴⁰³:

Os deveres indicados no novo dispositivo situam-se em duas vertentes, porque ele fala em cumprir e em não criar embaraços à efetivação dos provimentos que indica. O dever de cumprir, obviamente, é exclusivo do sujeito que for titular da obrigação de fazer ou de entregar, que haja sido objeto da determinação judicial (obrigação de fazer, de não-fazer ou de entregar coisa). O de não embaraçar tem eficácia erga omnes, de modo a abranger as próprias partes, seus advogados, o juiz da causa e eventual deprecado, a Fazenda, o Ministério Público, auxiliares da Justiça de todas as classes. Infringe o inc. V não apenas aquele que, tendo o dever de dar efetividade ao provimento ou o de contribuir para sua efetivação, deixa de fazê-lo ou cria dificuldades ilegítimas à sua efetivação; infringe-o também quem quer que, mesmo não tendo dever algum relacionado com essa efetivação, interfere no iter de sua produção mediante condutas que a impossibilitem ou dificultem.

Este entendimento foi adotado no voto vista do Ministro Luis Fux, cuja ementa é a seguir transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO. MULTA DO ART. 14 DO CPC. APLICABILIDADE.

1. O dever de não embaraçar o cumprimento das decisões judiciais previsto no artigo 14, V, do CPC, é extensivo a quem quer que cometa o atentado à jurisdição, seja parte, auxiliar do Juízo ou terceiro estranho à lide.

2. É que esse dever "tem eficácia erga omnes, de modo a abranger as próprias partes, seus advogados, o juiz da causa e eventual deprecado, a Fazenda, o Ministério Público, auxiliares da Justiça de todas as classes. Infringe o inc. V não apenas aquele que, tendo o dever de dar efetividade ao provimento ou o de contribuir para sua efetivação, deixa de fazê-lo ou cria dificuldades ilegítimas à sua efetivação; infringe-o também quem quer que, mesmo não tendo dever algum relacionado com essa efetivação, interfere no iter de sua produção mediante condutas que a impossibilitem ou dificultem". (Cândido Rangel Dinamarco in *A Reforma da Reforma*, 6ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60)

3. Recursos especiais desprovidos, acompanhando a E. Relatora. (REsp 757895 / PR, RECURSO ESPECIAL 2005/0095324-8, Relatora Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, DJe 04/05/2009)

Também no contexto da efetividade, encontramos um processo sem dilações indevidas contido na Constituição Federal. Cruz e Tucci referem que o "direito ao processo sem dilações indevidas", além de qualificar-se como prerrogativa reconhecida por importantes Declarações de Direitos (Convenção Americana sobre

Precedentes citados: AgRg no Ag 784.710-RJ, DJe 6/10/2010; REsp 1.159.409-AC, DJe 21/5/2010; AgRg no Ag 1.175.802-MG, DJe 15/3/2010; REsp 1.107.219-SP, DJe 23/9/2010, e AgRg no REsp 737.069-RJ, DJe 24/11/2009." REsp 1.049.560-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/11/2010.

⁴⁰³ **A Reforma da Reforma**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60

Direitos Humanos, art. 7º, n. 5 e 6; Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, art. 5, n. 3, v.g.), representa expressiva consequência de ordem jurídica, decorrente da cláusula constitucional asseguratória a todos da garantia do devido processo legal⁴⁰⁴. Com efeito, o dever de efetividade contempla o direito de obter do juiz uma decisão de mérito, estabelecendo o dever ao juiz de afastar os óbices formais desnecessários e dar uma proteção efetiva aos direitos.

No direito comparado, especificamente o direito inglês, as *Civil Procedure Rules* prevêm as seguintes responsabilidades⁴⁰⁵: determinar o que é relevante e o que é prioritário, ajudar a identificar as questões do caso, tomar decisões sumárias, decidir sobre o início das audiências sumárias (seção 24 das CPR), promover o fluxo ágil do processo, dar instruções que levarão o caso a julgamento mais rápido possível, dentre outras responsabilidades.

No Código de Processo Civil brasileiro, compõem deveres processuais do juiz relativos à efetividade, o não adiamento injustificado de atos processuais (art. 29), o dever de reunião de ações conexas (art. 105); o dever de zelar pela rápida solução do litígio ⁴⁰⁶ (art. 125, II)⁴⁰⁷; o dever de prevenir e reprimir qualquer ato contrário à Justiça (art. 123, III); o dever de coibir o uso do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido na lei (art. 129); o dever de julgar a lide se concluiu a audiência (arts. 132); o dever de abster-se de procedimento com dolo ou fraude (art.

⁴⁰⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo** - Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual - civil e penal. São Paulo: RT, 1998, p. 87/88.

⁴⁰⁵ Cf. ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil** – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: RT, 2010, p. 74.

⁴⁰⁶ *JULGAMENTO ANTECIPADO DE LIDE. Ao juiz é permitido proferir o julgamento antecipado da lide quando a prova já se apresentar suficiente para a decisão e a designação de audiência se mostrar de todo desnecessária. (...) Recurso parcialmente conhecido e nessa parte provido (Recurso Especial 306470/CE, 4ª Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 07.06.01, DJU 17.09.01, p. 169 – in Informa Jurídica 25). No mesmo sentido: Não pode haver produção de provas inúteis ao deslinde da controvérsia. O Juiz na direção do processo determina as provas necessárias e se a prova de fato não depende de conhecimento especial ou é desnecessária tem o dever de indeferir (Agravo de Instrumento nº 30.237-9 D, Relator Ministro Garcia Vieira, j. 10.03.1993). Outro julgado: ... I – Não implica nulidade do processo a ausência de realização da audiência de conciliação se houve o julgamento antecipado da lide. Presentes as condições para tanto, é dever do juiz conhecer diretamente do pedido (CPC, art. 330). Precedentes. (AgRg no Ag 481607 / DF; Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO TERCEIRA TURMA DJ 12/04/2004 p. 205)*

⁴⁰⁷ *PROCESSUAL CIVIL. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO MULTITUDINÁRIO. DESMEMBRAMENTO. PODER DO JUIZ. SÚMULA 07/STJ. 1. O desmembramento do feito, em virtude da formação de litisconsórcio facultativo multitudinário, traduz-se em poder do juiz, instrumento ao cumprimento do dever de velar pela rápida solução do litígio. 2. Nesse mister deve valer-se o julgador do disposto no parágrafo único do art. 46, que prevê a possibilidade do desmembramento quando a pluralidade de litigantes comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. (REsp 573828 / PR Ministro LUIZ FUX PRIMEIRA TURMA DJ 22/03/2004 p. 248)*

133, I); o dever de observar prazos (arts. 189, 187, 198); o dever de decretação de prescrição de ofício (art. 219, § 4º); o dever de prolação da sentença após o encerramento da instrução e oferecidos os memoriais⁴⁰⁸ (art. 456) e o dever de determinação de atos executivos⁴⁰⁹ (art. 577).

Ressalta-se que o processo deve servir para discutir o que é controvertido, não para negar a evidência, mediante argumentação desprovida de vínculo com a realidade, de forma a *render pelo cansaço o adversário que tenha razão*⁴¹⁰.

O Código de Processo Civil de 1973 contempla soluções para propiciar a efetividade dos direitos, cuja evidência impõe-se. São tutelas preventivas, com fundamento na verossimilhança do direito, tais como a tutela antecipada, no artigo 273, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação e a tutela antecipatória de urgência decorrente de “justificado receio de ineficácia do provimento final”, do artigo 461,-abrangendo as tutelas inibitória e a de remoção do ilícito.

⁴⁰⁸ Em sentido contrário ao exposto neste trabalho, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (grifo nosso): *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CAUSA DE GRANDE COMPLEXIDADE. APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS. ART. 454, § 3º, DO CPC. PREJUÍZO ALEGADO NÃO-DEMONSTRADO. 1. O art. 454, § 3º, do CPC confere uma faculdade ao juiz condutor da causa, e não um dever. Por isso, não há nulidade na sentença se, em momento posterior e em razão de sua discricionariedade na condução do processo, o magistrado não autoriza a juntada de memoriais e não há prejuízo para a parte (no que tange ao exercício do contraditório e da ampla defesa). Precedente. 2. Tanto no recurso especial, como no agravo de instrumento e no agravo regimental, a parte ora agravante não demonstrou quais teriam sido os efetivos prejuízos causados pela não-apresentação dos memoriais, limitando-se a afirmar genericamente o seu direito de juntá-los antes da sentença. 3. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag 987853 / PE AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007/0280283-9 Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES SEGUNDA TURMA DJe 17/12/2008)*

⁴⁰⁹ No mesmo sentido deste trabalho, o seguinte julgado do STJ (grifo nosso): *RECURSO ORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. PRECATÓRIO. ATUALIZAÇÃO DE VALORES. ERROS MATERIAIS. CORREÇÃO PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. NÃO-PROVIMENTO DO RECURSO. 1 - Constitui dever legal e constitucional do magistrado verificar se a execução está sendo realizada em conformidade com o estabelecido na sentença e, portanto, cabe-lhe, também apontar e não concordar com irregularidades constatadas na execução ainda quando a parte interessada não a tenha embargado ou percebido os erros cometidos. 2 - "In casu", o acórdão impugnado reconhece a existência de erro de fato nos cálculos e reduziu o valor do precatório complementar de R\$ 18.924.593,88 para R\$ 4.626.447,75, após a atualização. O erro material reconhecido pelo decisório foi comprovado pelos cálculos elaborados pela Seção de Apoio de Cálculo Judiciário. 3 - Recurso ordinário não-provido. (RMS 20755 / RJ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0156902-9 Ministra DENISE ARRUDA Ministro JOSÉ DELGADO PRIMEIRA TURMA DJe 04/08/2008)*

⁴¹⁰ Cf. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto; CASTILLO. *Proceso, autocomposición y autodefesa: contribucion al estudio de los fines del proceso*. Mexico: Imprensa universitaria, 1947, pp. 211 e 212. Nesta perspectiva o julgado do STJ, reconhecendo a existência de um dever de conhecer diretamente do pedido, no RESP 112427 / AM Ministro José Arnaldo da Fonseca Quinta Turma Dj 26/05/1997 P. 22557: *Processo Civil. Julgamento Antecipado da Lide. Questão de Direito. Dever do Juiz. - O Art. 330, do CPC, Impõe ao Juiz o dever de conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, Se presentes as condições que Propiciem o julgamento antecipado da causa, descogitando-se de cerceamento do direito de defesa. - Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença de 1. grau.*

Estas disposições encontram-se alteradas no projeto de Código de Processo Civil. Em crítica e propostas ao Projeto do CPC, ao não reprisar a disposição constante no § 3º do artigo 273, Marinoni e Mitidiero⁴¹¹ afirmam deixar o projeto de realizar a distinção entre tutela inibitória e tutela integratória. Como consequência, o Projeto carece de constitucionalidade, já que, por omissão, não prevê tutela contra o ilícito.

Por outro lado, o projeto de Código de Processo Civil fortalece a ideia de que o juiz tem o dever de adotar o procedimento e a técnica adequada para dar efetividade ao direito material, conforme deflui do seu artigo 118, V:

Art. 118 – o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico;

Outra possibilidade seria aquela preconizada por Bedaque⁴¹², seguindo a orientação do processo civil europeu que, ao invés de preocupar-se com a cognição superficial ou incompleta, utiliza-se da previsão de atos processuais em tempo relativamente curto, com eliminação de atividades repetidas (ou dispensáveis), além da possibilidade de adaptação do procedimento às exigências do caso concreto. Trata-se de uma flexibilização, não implicando sumariedade da cognição ou comprometimento do contraditório.

Nesses casos, a tendência é subsistir apenas um processo, em que seriam admissíveis todas as modalidades de tutela, com as respectivas atividades próprias de cada uma delas. É o processo sincrético. Todas as variações possíveis nesse modelo único estariam ligadas ao procedimento. Processos exclusivamente executivos e cautelares existiriam apenas para os títulos extrajudiciais e para as tutelas cautelares antecedentes⁴¹³.

Outrossim, a garantia constitucional do *due process of law* exige a capacidade do Juiz de cumprir o seu dever de conferir celeridade aos procedimentos judiciais,

⁴¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC. Crítica e propostas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2010, p. 27.

⁴¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op.cit.*, 2006, p. 52.

⁴¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op.cit.*, 2006, p. 53.

como refere o seguinte precedente jurisprudencial, emanado do Supremo Tribunal Federal:

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional. (...). (RTJ 187/933-934, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Nessa perspectiva, Chiovenda⁴¹⁴ sintetiza dentre os deveres fundamentais do Juiz: a) dever de sentenciar sobre o mérito da demanda, quando se constituiu regularmente a relação processual; b) dever de declarar a razão pela qual não pode prover o mérito, quando a relação processual constituiu-se irregularmente por falta de pressupostos processuais; c) dever de realizar, se legalmente requerido ou ainda de ofício, quando previsto na lei, tudo quanto for necessário para habilitar-se a julgar.

A existência do dever de efetividade, igualmente, está intimamente relacionada a um cuidado, o de impedir que o processo converta-se em uma “máquina de impedir”, o que, na maioria das vezes, é proporcionado por formalismos estéreis⁴¹⁵.

Igualmente, como preleciona Vignera⁴¹⁶, a atividade jurisdicional somente pode ser efetiva quando são concedidas ao titular de uma situação jurídica de vantagem as seguintes condições: a) o poder de valer-se do arco do tempo necessário para a plena cognição dos fatos e do direito, provocando em seu favor a adoção de medidas assecuratórias do seu direito; b) a concreta possibilidade de valer-se de um adequado provimento jurisdicional; c) direito a uma decisão de mérito sobre a própria demanda; d) o poder de influir no convencimento judicial; e) o direito à tempestividade da prestação jurisdicional.

Na perspectiva dos direitos fundamentais, portanto, o juiz tem o dever de conferir esta tutela efetiva e adequada. Além desta adequação, visando a efetividade do direito, deve-se considerar, ainda, que o processo se legitima pela participação, realizando uma estrutura normativa que se caracteriza pelo contraditório.

⁴¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op.cit.*, 1998, p. 403-404.

⁴¹⁵ Cf. CARLUCCI, Aida Kemelmajer. *Op.cit.* 2006, p. 85.

⁴¹⁶ VIGNERA, Giuseppe. *Il Giusto Processo Regolato Dalla Lege. Giusto Processo e Riti Speciali*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 43 e 44.

2.2.3 O Dever Processual de Estabelecer o Contraditório

A antiga expressão *audiatur et altera parte* costuma ser identificada como a base sobre a qual se erigiu o princípio do contraditório, sendo imanente ao processo. Com efeito, a redução do contraditório implica uma ordem processual assimétrica, como evidencia a *Prozess-ordnung* (1781) prussiana, limitada à bilateralidade da audiência e a contradita de direito⁴¹⁷.

O contraditório é uma exigência do Estado democrático de Direito⁴¹⁸, existindo como uma lembrança efetiva de que não basta que o Juiz tenha certeza da justeza de suas decisões; são necessários limites processuais permitindo verificar, dialogar e confrontar a solução apresentada pelo julgador, seja pela sua intrínseca força de persuasão, seja mediante a colaboração com o Juízo⁴¹⁹.

O Juiz, pois, na perspectiva do contraditório, é também um *interlocutor* que possibilita a colaboração das partes para o aperfeiçoamento da Justiça, garantindo, ao mesmo tempo, a efetividade do Direito e o controle do Poder. Esse já era o entendimento de Calamandrei⁴²⁰ afirmando o caráter dialético do processo, concebendo os atos que o formam como manifestação de uma relação contínua entre distintas pessoas, cada uma das quais determinada a atuar no modo prescrito na lei, em consequência e em vista desta relação pessoal em que se encontra com as outras.

A seu turno, Fazzalari refere que, para a formação do provimento, há uma série de atos preparatórios, denominados *pressupostos*, essência do processo, entendido como um procedimento no qual, além do Juiz, responsável pelo ato final, participam, em contraditório, entre si, os interessados, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato⁴²¹.

⁴¹⁷ Cf. 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, n. 168, 2009a, p. 114.

⁴¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2.ed. São Paulo: RT, 1987, p. 93.

⁴¹⁹ TROCKER, Nicolo. *Op.cit.*, 1974.

⁴²⁰ CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.*, 1999, p. 267.

⁴²¹ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 2006, p.33.

Reputa-se também clássica a distinção realizada por Fazzalari⁴²², ao distinguir o fenômeno «processo» da jurisdição, já que o processo é qualificado pelo contraditório, sendo o módulo eletivo da atividade jurisdicional, porém este último não lhe deteria a exclusividade. Para este autor, a presença da relação jurídico-processual no processo significa a projeção jurídica e instrumentalização da exigência política-constitucional do contraditório.

Desta sorte, entre as várias formas de procedimento há o processo, que se caracteriza pela participação daqueles interessados ou daquele cuja esfera jurídica o ato final destina-se a exercer efeitos e na paridade de suas posições (igualdade).

Há, neste sentido, uma série de deveres postos ao julgador que, em última instância, estão relacionados ao dever de estabelecimento do contraditório, envolvendo não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de o indivíduo ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

Exemplo paradigmático deste dever pode ser encontrado na ZPO alemã, especificamente o §139, sobre a direção material do processo⁴²³:

O Tribunal tem que discutir com as partes a questão material e litigiosa, tanto quanto necessário, em seus aspectos fáticos e jurídicos, e tem de colocar questões. Tem então de provocar que as partes se manifestem em tempo hábil e plenamente sobre todos os fatos consideráveis, especialmente que possam completar declarações insuficientes para os fatos que são levados em conta, indicar os meios de prova e colocar proposições relevantes;

No caso de a parte não ver ou tomar como irrelevante uma opinião (Gesichtspunkt), só pode o Tribunal – desde que não se trate de uma demanda reconvenção (Nebenforderung) – sustentar sua decisão se isto tiver sido indicado por ele e se tiver sido dada oportunidade para exposição. O mesmo vale para uma opinião que o Tribunal avalie diferentemente das duas partes.

O Tribunal tem de chamar a atenção para os equívocos no (Bedenken) que concerne aos pontos que ex-officio podem ser levados em consideração.

Avisos acerca dessas instruções têm de ser transmitidos tão cedo quanto possível e tem de se fazer registrar nos autos. Sua transmissão só pode ser provada por meio do conteúdo dos autos. Contra o conteúdo dos autos só é admissível a prova da falsidade.

Se para uma parte não é possível uma pronta explicação para uma posição judicial, então deve o Tribunal determinar um prazo no qual a explicação possa ser dada por escrito.

⁴²² FAZZALARI, Elio. *Op.cit.* 1966, p. 1067.

⁴²³ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. *Op.cit.*, 2009, p. 123, tradução livre dos autores.

Com fundamento no conteúdo da Ordenança Processual Alemã, o Ministro Gilmar Mendes, no MS 25787/DF, afirma que a pretensão à tutela jurídica corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contendo os seguintes direitos (grifos nossos):

- 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. Grundrechte - Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. Einführung in das Staatsrecht. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtungspflicht), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional — BVerfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 97).

O dever de informação contempla, nas palavras de Grunsky⁴²⁴, ao tratar da eficácia do direito processual civil na Alemanha, uma das inovações mais importantes do ZPO, que é o do dever de o Juiz aclarar e informar às partes (art. 139, par. 1 ZPO). Essa norma impõe ao Tribunal o dever de possibilitar que se formulem petições pertinentes, assim como a completa exposição de seus direitos, constituindo-se em um dever do Juiz, sem que isto signifique dever o Juiz levar o processo pela parte.

Deve-se referir, por oportuno, que o dever de audiência encontra previsão na Lei Fundamental alemã, contendo preceito de audiência judicial correspondendo a uma condição constitucional (art. 103, alínea 1), pois requer a dignidade humana

⁴²⁴ GRUNSKY. **Para un Proceso Civil Eficaz**. Bella Terra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 152.

que a parte possa falar e, desta forma, concorrer para o procedimento e influir sobre a decisão⁴²⁵.

Com efeito, na Alemanha, o princípio do contraditório concretiza-se nas situações subjetivas processuais, assegurando à parte os seguintes direitos (*Rechtsschutzeffektivität*), como elencado por Comoglio⁴²⁶:

- o direito de receber adequadas e tempestivas informações sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso do processo;
- o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia;
- o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão.

No mesmo sentido, o *Code de Procédure Civile* francês, art. 16, estabelece um dever do magistrado de observar o contraditório, proibindo o juiz de decidir com base em questão de direito, mesmo de ofício, sem ouvir as partes a respeito⁴²⁷.

Ou, ainda, o conteúdo do artigo 3.3., do Código de Processo Civil Português, que prescreve o dever do juiz de *observar e fazer cumprir, ao longo de todo processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciar*.

Outrossim, a estipulação do contraditório veda uma série de condutas processuais do Juiz que se oponham a sua concreção, em especial situações de

⁴²⁵ Cf. HECK, Luís Afonso. *Op.cit.*, 1995, p. 215.

⁴²⁶ COMOGLIO. **Enciclopedia Giuridica**, XXV, verbete *Contraddittorio*, Roma, Instituto della Enciclopedia Italiana, 1997, apud NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo M. F.; CURI, Ivan Guérios. *Op.cit.*, 2009, p. 365-366.

⁴²⁷ Art. 16. *Le juge doit, em toutes circonstances, faire observer lui-même le principe de la contradiction (...)*

surpresa processual⁴²⁸, onde inevitavelmente haveria favorecimento a um dos contendores⁴²⁹.

Estas implicações do princípio do contraditório, assegurados constitucionalmente⁴³⁰ no artigo 5º, LV, da Constituição Federal brasileira, foram propostas analiticamente por Dinamarco⁴³¹ como *informação necessária, reação possível*, evitando riscos de medidas em desacordo com os juízos axiológicos da própria sociedade.

O Projeto do Código de Processo Civil valorizou sobremaneira esta face do contraditório, o que pode ser considerado um avanço jurídico apreciável, consubstanciado no artigo 5º, reconhecendo o direito das partes de participar ativamente do processo e estabelecendo, no artigo 9º, o dever processual do juiz de não proferir sentença ou decisão contra uma das partes, sem que esta seja previamente ouvida, salvo em se tratando de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento do direito.

Também como decorrência do dever de estabelecer o contraditório, o projeto do Código de Processo Civil, em seu artigo 10, estabelece o dever ao juiz de dar oportunidade às partes de se manifestarem, em qualquer grau de jurisdição, caso vá decidir com base em fundamento não debatido judicialmente, ainda em se tratando de matéria sobre a qual tenha de decidir de ofício, evitando-se a surpresa processual.

O dever processual de estabelecer o contraditório aparece novamente no parágrafo único do artigo 110 do Projeto de CPC, exigindo sejam as partes previamente ouvidas a respeito das matérias a serem conhecidas de ofício pelo juiz, valorizando o diálogo judicial. Este enfoque coaduna-se com aquilo que a doutrina alemã diz sobre a formação racional das decisões, especificamente a possibilidade de influenciar a decisão judicial (*Einwirkungsmöglichkeit*), valorizando o fato de a

⁴²⁸ Ver ANDREWS, Neil. *Op.cit.* 2010, p. 57, que refere o “julgamento por emboscada”, quando uma das partes não está em condições de responder adequadamente a uma revelação surpresa na audiência final.

⁴²⁹ Ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Juiz e o Princípio do Contraditório, **Revista de Processo**, v. 73, 1994, p. 07, postulando o dever do Juiz de não inovar nas questões de direito, proporcionando às partes a oportunidade de discuti-las. Este posicionamento foi acatada por ocasião da redação do anteprojeto de Código de Processo Civil.

⁴³⁰ Aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.

⁴³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.* 1987, p. 93.

participação da parte no processo não se reduzir à aparência, mas gerar uma efetiva contribuição⁴³².

Sobre o termo diálogo judicial, importante a contribuição do direito norte-americano, onde, conforme Fiss, ao juiz somente é permitido exercer seu poder após um *special dialogue*, com as seguintes características:

a) os juízes não tem controle de suas agendas, mas são obrigados a lidar com demandas que prefeririam ignorar; b) os juízes não possuem controle total sobre quem devem ouvir e são limitados por regras que determinam que eles ouçam diversas pessoas ou representantes; c) são obrigados a responder às demandas e a assumir individualmente a responsabilidade por tal resposta; d) os juízes devem, ademais justificar as suas decisões.⁴³³

A capacidade de diálogo é sumamente valorizada, conforme desenvolve Asfor Rocha⁴³⁴, adotando citação de Guimarães Rosa (“mestre não é o que sempre ensina, mas o que de repente aprende”) para assinalar que o juiz tem sempre algo a aprender, ainda que com um advogado modesto, devendo ter disposição de recebê-lo e dar-lhe o melhor da sua atenção.

O dever de estabelecer o contraditório, nesta perspectiva, está relacionado, ainda, ao direito à igualdade⁴³⁵, porquanto se considerarmos que o processo há de ser feito sempre em contraditório⁴³⁶, respeitada estará a igualdade entre as partes e observadas as garantias inerentes à cláusula do *due process of law*.

Noutra perspectiva, Dinamarco assevera não existir perfeita coincidência entre igualdade e contraditório, pois, além da igualdade de critérios do juiz, há ainda a participação da partes, a oportunidade de viver o processo.

Vejam, existe toda uma trama de incertezas, probabilidades e riscos no direito processual. Para aumentar a segurança e, com isso, a austeridade da justiça, possibilitando decisões e soluções mais justas e adequadas ao

⁴³² Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. *Op.cit.*, 2009.

⁴³³ FISS, Owen. *Op.cit.* 2004, p. 42.

⁴³⁴ ROCHA, Alvaro Felipe Oxley. **Sociologia do Direito: a magistratura no espelho**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 142.

⁴³⁵ *PROCESSUAL CIVIL - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO – INTIMAÇÃO OBRIGATÓRIA AO AGRAVADO PARA OFERECER RESPOSTA. O juiz tem o dever de dirigir o processo, assegurando às partes igualdade de tratamento. É ele obrigado a intimar o agravado a oferecer sua resposta, sob pena de ser violado o princípio do contraditório. Recurso provido.* (REsp 199565 / SP, Ministro GARCIAVIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ 03/05/1999).

⁴³⁶ “À abertura de possibilidade da parte se manifestar no processo, obrigatoriamente deverá responder a abertura do contraditório; se não existir tal obediência, impõe-se a reforma do julgado” (STJ -1ª Turma, REsp 8.153-SP, rel. Min. Pedro Aciole, j. 8.5.91, deram provimento, v.u., DJU 27.5.91, p. 6.940, 1ª col., em.).

direito material, é que está aí a garantia do contraditório como instrumento de que se vale o legislador para evitar os riscos de medidas que não estejam de acordo com o juízos axiológicos da própria sociedade⁴³⁷

Tais questões, portanto, desdobram-se quando da instrução do processo, o que se demonstra a seguir.

2.2.4 Deveres de Instrução Processual

Em perspectiva histórica, o procedimento civil, a partir do direito romano (em suas diversas fases de evolução histórico), implementou-se através do procedimento dispositivo, o que restou acentuado com a revolução francesa, cujo conteúdo, marcadamente individualista, consagrou, no seu *Code de Procédure Civile* de 1804, a supressão de faculdades judiciais. Esta orientação, de limitação dos poderes do Juiz, expandiu-se no continente europeu (*ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 1855) e guiou a maior parte dos Códigos americanos⁴³⁸.

Algumas experiências surgidas ainda no século XIX, no entanto, já assinalavam uma posterior mudança nos rumos do processo civil. Em 29 de setembro de 1819, o *Code de Procédure Civile* do cantão de Genebra, em seu artigo 150, facultava ao Juiz alguns poderes instrutórios, determinados *ex-officio* (ouvida de testemunhas, perícias, exame de documentos etc), quando necessários à averiguação da verdade. No mesmo sentido, a notável reforma processual realizada por Franz Klein, na Áustria, em 1895.

Esta faculdade de dirigir o processo, gradativamente, adquiriu um conteúdo de dever a ser cumprido pelo Juiz, tendo em vista o caráter e a finalidade pública do processo, organizado em torno de que se denominou ativismo judicial.

Evidentemente, existem limites a este ativismo, como assinala, com força persuasiva, Cappelletti⁴³⁹:

⁴³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.* 1987, p. 100.

⁴³⁸ cf. MASCIOTRA, Mario. **La Conducta Procesal de las Partes**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005, p. 13 e 14.

⁴³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993, p. 80.

o Juiz que decidisse a controvérsia sem pedido das partes, não oferecesse à parte contrária razoável oportunidade de defesa, ou se pronunciasse sobre seu próprio litígio, embora vestindo toga de magistrado e a si mesmo se chamando de juiz, teria na realidade cessado de sê-lo.

Neste sentido, o Código de Processo Civil, em seu artigo 125, prevê sua regra de ouro, consagrando os deveres do Juiz na direção do processo:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

- I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II - velar pela rápida solução do litígio;
- III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça;
- IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Como deveres do Juiz na direção do processo, Pontes de Miranda descreve⁴⁴⁰: a) o dever judicial de interrogatório e esclarecimento (arts. 413 e 416); b) a acareabilidade do ofício (art. 418), bem como, na audiência, ou fora dela, a formulação de perguntas pelo juiz, a indicação de pontos controvertidos que não foram suficientemente discutidos, a indagação da ordem das ações cumuladas, de quem é parte ou assistente, a determinação do depoimento de parte ou das partes, ou de terceiro (art. 341); c) a atendibilidade dos fatos constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (art. 131), e a determinabilidade de diligências necessárias⁴⁴¹ à instrução do processo⁴⁴² (art. 130). De acordo com este regramento, há o dever judicial de não buscar fatos fora do processo, não provocar afirmações das partes, tampouco provocar manifestações sobre objeções ou exceções não feitas.

De acordo com o Código de Processo Civil vigente, referimos, ainda, com

⁴⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 365 e s.

⁴⁴¹ *PROCESSUAL CIVIL - PROVA PERICIAL - DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ-POSSIBILIDADE, NÃO DEVER - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA*. 1. Os arts. 130 e 1.107 do CPC, mitigando o Princípio da Demanda, conferem poderes instrutórios ao Juiz, mas não lhe impõem o dever de investigação probatória. Mesmo porque, nos fatos constitutivos do direito o ônus da prova cabe ao autor (CPC, art. 333, I). 2. A faculdade outorgada para instrução probatória do Juízo milita em favor duma melhor formação da convicção do Magistrado. No entanto, o Juiz não pode substituir as partes nos ônus que lhe competem, inda mais quando a perícia não se realizou por inércia da parte no pagamento dos honorários do perito. (REsp 471857 / ES Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS PRIMEIRA TURMA DJ 17/11/2003 p. 207)

⁴⁴² *Ação Monitoria. Embargos. Prova. Momento. Poderes Instrutórios Do Juiz. Ordem Judicial De produção de prova documental Expedida no curso da audiência designada em conformidade com o Art. 125, IV, do CPC, Atende os deveres impostos ao Juiz no Art-130, e não informa nem contraria o questionado Princípio dispositivo. Decisão mantida.* (Agravo de Instrumento nº 197272610, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 19/03/1998)

liberdade de alteração, o trabalho apresentado por Benetti⁴⁴³, identificando as situações jurídicas subjetivas exercidas dentro do processo, permeando toda a série procedimental instrutória, tal como: o dever de direção do processo de acordo com o sistema processual constitucional; o dever de assegurar as partes igualdade de tratamento (art. 125, I); o dever de determinar provas necessárias à instrução do processo⁴⁴⁴ (art. 130); o dever de indeferir as diligências meramente protelatórias (art. 130, 2º parte); o dever de apreciação da prova (art. 131); o dever de não recusar, omitir, retardar providência que deva tomar de ofício ou a requerimento da parte (art. 133, II); o dever de polícia nos autos quanto às cotas marginais ou interlineares (art. 161); o dever de documentação mediante assinatura e rubrica (art. 164); o dever de impulso oficial do processo (art. 262) e o dever de fixar os pontos controvertidos, após ouvidas as partes (arts. 451 e 331, § 1º), como ponto de partida para a atuação instrutória, evitando-se, também, a surpresa processual.

Limitação imposta aos deveres de instrução tem sua fonte na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI, determinando serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Em suma, sendo incumbência do Julgador a obtenção da verdade jurídica substancial⁴⁴⁵, pode-se perquirir sobre um dever de não obscurecer a realização da Justiça pela adoção de um excessivo ritual obscurantista, como um comportamento processual do Julgador em consonância com a moderna doutrina processual do formalismo valorativo.

⁴⁴³ BENETTI, Sidnei, **Da Conduta do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴⁴⁴ Cf. Informativo de Jurisprudência do STJ: “A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmou que o julgamento antecipado de uma ação, sem a necessária produção de provas, constitui cerceamento de defesa e ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. A Quarta Turma considerou, ainda, que a violação desses princípios é matéria de ordem pública, por isso pode ser conhecida de ofício pelo órgão julgador, isto é, independentemente de ter sido apontada pela parte interessada, pois o juiz não indeferiu as provas requeridas, a tempo oportuno, pela autora. Na verdade, o julgador passou ao exame direto da lide, julgando-a antecipadamente, dando pela improcedência do pedido por ausência de provas”. Esse procedimento “caracteriza, além de cerceamento ao direito de defesa da parte, também ausência de fundamentação da sentença”.

Sobre a possibilidade de o tribunal anular a sentença por iniciativa própria, independentemente de pedido do interessado, o ministro afirmou que “a efetividade do processo não é princípio disponível pelas partes”, razão por que “a instrução probatória, questão de ordem pública, deve ser observada”.

O relator concluiu que, “evidenciada a necessidade da produção de provas pelas quais protestou a autora, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da demanda e violação aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal” – todos, segundo ele, “preceitos de ordem pública”. (REsp 7.14467, 4 Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão)

⁴⁴⁵ Cf. BERTOLINO, Pedro J. **La Verdad Jurídica Objetiva**. Buenos Aires: Depalma, 1990.

2.2.5 Deveres Decorrentes da Aplicação do Princípio da Boa Fé Objetiva

Do ponto de vista dos deveres jurídicos, apresenta-se um de fundamental importância, advindo da aplicação do princípio da boa-fé objetiva. No âmbito do processo, constituem-se limites denominados ético-juridicizados, de sorte que o exercício de uma posição jurídica contém estes limites, observáveis em cada ato ou série do processo⁴⁴⁶.

A boa fé objetiva encontra-se positivada em nosso sistema processual, como acentua Arruda Alvim⁴⁴⁷, gerando uma situação na qual o próprio sistema jurídico fornece os parâmetros para ser avaliada, especificamente o artigo 14, do Código de Processo Civil em vigência. Estará o Juiz, no contexto do artigo 14, também vinculado a uma exigência de atuar de acordo com a boa fé objetiva?

Ao responder a questão sobre quais pessoas estão sujeitas às regras do art. 14, do CPC, Freitas Câmara⁴⁴⁸ estabelece confronto entre a redação original (anterior à Lei nº 10.358/2001), onde o dispositivo enumerava quais eram os deveres das partes e de seus procuradores e a redação atual, a partir da segunda etapa da reforma do CPC, onde o alcance da norma foi subjetivamente ampliado. Com a nova redação, o art. 14 elenca deveres das partes e de “todos aqueles que de qualquer forma atuam no processo”:

Os deveres enumerados no art. 14, pois, são deveres das partes. E por partes devem-se entender todos os sujeitos do contraditório. Em outros termos, o conceito de partes a que alude o art. 14 não se refere apenas às partes da demanda (demandante e demandado), mas a todas as partes do processo (incluindo-se aí, também, portanto, os terceiros intervenientes e o Ministério Público que atua como custos legis).

É mais amplo ainda, porém, o alcance do art. 14. Isto porque não só as partes, mas todos aqueles que de qualquer forma participam do processo têm de cumprir os preceitos estabelecidos pelo art. 14. Assim sendo, incluem-se no rol dos destinatários da referida norma processual, além das partes, o próprio juiz, seus auxiliares (como o escrivão, os escreventes, o oficial de justiça, o perito, o contador judicial etc.) e até mesmo terceiros que, embora estranhos à relação processual, de algum modo participam do

⁴⁴⁶ Ver MOREIRA DA SILVA, José Carlos. **Hermenêutica Filosófica e Direito. O Exemplo Privilegiado da Boa Fé Objetiva no Direito Contratual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 230 a 231, para quem a boa fé como limite ao exercício de “posições jurídicas” se apresenta mais consentânea do que “direitos”, diante da forte influência napoleônica, vinculada aos “direitos subjetivos”.

⁴⁴⁷ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Deveres das Partes e dos Procuradores no Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, 1993, v. 69/7, p. 09.

⁴⁴⁸ FREITAS, Câmara. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 18, p. 9-19, set. 2004.

processo, como o representante legal da parte; o pai, tutor ou curador da parte civilmente incapaz; a autoridade coatora no processo do mandado de segurança; a testemunha; a empresa que, intimada a reter a verba alimentícia devida por um de seus empregados para pagamento ao credor, não o faz etc.

Vê-se, deste modo, que é absolutamente impossível apresentar uma relação completa dos destinatários dos preceitos contidos no art. 14 do CPC. Por tal razão, aliás, é que o legislador se valeu de fórmula tão ampla como a encontrada no texto da lei: todos aqueles que de qualquer forma atuam no processo.

Desde o ponto de vista positivo, portanto, o artigo 14 é o mais pleno de abertura para o ético, estabelecendo⁴⁴⁹ deveres de veracidade, lealdade e boa-fé *para todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*. Esta exigência da boa-fé importa na inserção de valores de maior amplitude, em especial à ideia de exercício de cidadania dentro do processo.

A boa fé objetiva, no entanto, parece se algo mais que um parâmetro de avaliação de conduta dentro de determinadas situações indicadas no sistema jurídico⁴⁵⁰. A sua aplicação constitui-se em verdadeiro imperativo advindo da convivência, como exigência de respeito à esfera de interesse dos outros, assegurando a própria ideia de colaboração processual⁴⁵¹.

Desde o ponto de vista da sua aplicação, o saudoso jurista Couto e Silva⁴⁵² refere que o princípio da boa fé tem função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico dedutivo do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, janelas para o ético.

⁴⁴⁹ De acordo com o art. 14: *são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

⁴⁵⁰ Cf. FERRAZ JR, Tercio Sampaio, **Conceito do Sistema no Direito**, RT, 1976, SP, com fundamento em Emil LASK, não admite a concepção positivista de sistema, não só enquanto estrutura formal fechada e acabada, mas também enquanto estrutura formal fechada e acabada, mas também enquanto instrumento metódico de pensamento jurídico. Em relação à primeira, o direito se revela a ele, enquanto realidade complexa, numa possibilidade de dimensões, que apontam necessariamente para uma estrutura necessariamente aberta, de uma historicidade imanente. Em relação ao segundo, o simples transporte de esquemas lógicos, como a dedução, a redução, a indução, a classificação, das ciências da natureza para o campo do Direito, pode falsear as nuances do pensamento jurídico, constituindo grave prejuízo para sua metodologia.

⁴⁵¹ cf. BETTI, Emílio. *Op.cit.*, 1965, p. 54.

⁴⁵² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 42.

Com fundamento neste critério técnico-jurídico, Martins-Costa percebe a boa-fé objetiva como um princípio a ser aplicado para a solução de cada caso concreto, de sorte que a boa fé objetiva é uma norma proteifórmica, que convive com o sistema aberto, ensejando a sua permanente construção e controle⁴⁵³.

A norma da boa-fé objetiva no processo civil, portanto, pode ser qualificada como princípio geral e não como *standard* jurídico⁴⁵⁴, pois não postula ser um critério de julgamento⁴⁵⁵.

Com efeito, como função concretizadora, especialmente quanto aos valores de cunho ético-sociais, como a lealdade, a razão, a justiça, a solidariedade, a equidade e os princípios constitucionais, seria uma espécie de diretiva do comportamento de todos os integrantes do processo, autorizando um efetivo controle, através dos instrumentos judiciais postos à disposição do Juiz pelo sistema.

No processo civil brasileiro, a boa fé objetiva tem valor autônomo, cuja função precípua é ser individualizadora, conforme proposto por Couto e Silva, não correspondendo a uma esfera subjetiva, de vontade, mas a aspectos concretos, inerentes ao desenvolvimento do processo em direção a uma prestação jurisdicional justa⁴⁵⁶, criando deveres processuais.

Por um lado, Chiovenda⁴⁵⁷ afirma a compreensão do dever de boa-fé no processo civil mediante as seguintes expressões aplicadas unicamente às partes: a) não sustentar teses manifestamente inconsistentes; b) não realizar afirmações conscientemente contrárias à verdade; c) comportar-se em relação ao juiz e ao adversário com lealdade e correção.

Por outro lado, sentido adotado neste estudo, sendo o processo civil um sistema de regras a serviço do direito material, deve assegurar a sua efetividade,

⁴⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 413.

⁴⁵⁴ Para FRADERA, Vera Maria Jacob. **Cadernos do Programa de pós-graduação em Direito**, PPGDir/UFRGS, nov 2003, p. 125 a 140, como *standard*, a boa fé objetiva pode receber acepções muito variadas, distintas segundo a matéria onde é aplicada, pois o *standard* dá uma medida média de conduta social, suscetível de se adaptar às particularidades de cada hipótese determinada. Neste caso, a Boa Fé Objetiva é um conceito de *geometria variável*, cuja constância é duvidosa, mas cuja vantagem é a flexibilidade, sendo particularmente utilizada no comércio internacional.

⁴⁵⁵ Cf. MARTINS COSTA, Judith. *Op. cit.*, 2005, p. 410, para quem a boa-fé objetiva, no direito material, funcionaria ora como regra de interpretação das declarações de vontade; ora como fonte de deveres instrumentais ou secundários que compõem a relação contratual; e outras vezes é limite ao exercício dos direitos subjetivos.

⁴⁵⁶ Cf. COUTO E SILVA, Clovis. O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: RT, 1980.

⁴⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op.cit.*, 1998, p. 438.

podendo-se afirmar a tendência de o processo adotar plenamente o princípio de boa-fé, pois, sendo um direito onde prevalece a natureza conflitual, nele predomina o interesse da preservação da paz social, impondo o comportamento de acordo com a boa fé objetiva a todos os participantes do processo.

Essa noção de boa-fé objetiva consolida-se a partir de uma noção moral para uma norma jurídica, dotada de sanção, representando a recepção de uma demanda de positividade de valores morais, privilegiando uma concepção cooperativa da relação processual.

Este entendimento é reforçado pela nova redação do artigo, pela Lei 10.358, de 27/12/2001 que, diversamente da redação anterior, que mencionava serem deveres às partes e aos seus procuradores, estabeleceu um conteúdo mais abrangente aos deveres processuais, impondo a todos os participantes, naquilo que for passível de enquadramento, comportamento compatível com a verdade, a lealdade e a efetividade da justiça.

A vedação do exercício inadmissível de posições jurídicas no processo é complementada, portanto, pela aplicação do princípio geral da boa-fé, regra de direito privado (§242 do BGB), tendo a jurisprudência catalogado situações onde proíbe, por exemplo, a conduta contraditória com os próprios atos do processo (*ne venire contra factum proprium*)⁴⁵⁸.

Estes deveres vão encontrar guarida no processo civil, a partir da previsão legal de aplicação da boa-fé objetiva no processo, instituindo deveres para todos os seus participantes⁴⁵⁹. Desta sorte, ao mencionarmos a aplicação da boa-fé objetiva no processo civil, imposta a todos os sujeitos da relação processual, estamos nos deparando com uma perspectiva processual, valorizadora do caráter isonômico do

⁴⁵⁸ Cf. DE VINCENZI, Brunela Vieira. **A Boa-Fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 130, que sumariza, de acordo com a doutrina alemã, a interpretação e a aplicação de regras procedimentais, capazes de prevenir o exercício inadmissível de posições jurídicas no processo: a) rejeição de demandas intentadas com objetivo escuso ou irrelevante; b) princípio da lealdade processual, obrigando as partes a atuarem conforme a verdade; c) imposição de ônus processuais à parte que tenta impedir a efetiva instrução probatória; d) desconstituição da coisa julgada, quando obtida por meios desleais; e) funcionalização de cláusula geral na execução (§756 da ZPO).

⁴⁵⁹ Um exemplo contrário desta aplicação no seguinte Informativo do STJ: “Na espécie, a Min. Relatora, via telefone, comunicou ao advogado que não julgaria o recurso do qual era patrono na sessão previamente marcada. Contudo, o processo foi julgado sem a presença do advogado, que pugnou pela sustentação oral da tribuna. Assim, a Min. Relatora propôs, em questão de ordem, o cancelamento do pregão e conseqüente anulação do julgamento para que outro se realize a fim de que o advogado possa fazer a sustentação oral. A Turma, por maioria, entendeu não ser possível a anulação do julgamento, pois ele tem solenidades formais imprescindíveis e uma deficiência de comunicação não acarreta seu cancelamento por meio de questão de ordem.” QO no REsp 833.950-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, em 19/10/2010.

processo, mediante uma participação leal das partes, fruto de uma atuação conjunta para o aperfeiçoamento das finalidades do processo. Neste caso, a sentença final somente pode resultar de um trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo⁴⁶⁰.

Como referido por Fradera, a terminologia empregada no direito brasileiro em relação às consequências da incidência do princípio da Boa Fé Objetiva permite qualificá-los como **deveres**, derivado da consideração dos «deveres acessórios» como algo externo às partes, não originado da vontade, que convencionou, pelo exercício da autonomia da vontade, obrigação principal, decorrente de contrato. Com efeito, a incidência do princípio da Boa Fé Objetiva impõe deveres (e não obrigações), porquanto inafastáveis pelos sujeitos do processo.

Cria-se, por intermédio da aplicação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva no processo, um vínculo entre a esfera privada e a esfera pública, conciliando-se os interesses individuais com o interesse coletivo da paz social, ínsita à noção de processo. Ainda que cada um dos participantes da relação processual possua objetivos distintos, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva estabelece parâmetros para a disputa e a atuação judicial.

Conforme o magistério de Larenz, o ordenamento jurídico protege a confiança suscitada no comportamento do outro, porque pode confiar – uma condição fundamental para as relações jurídicas⁴⁶¹.

O sistema, portanto, põe à disposição de todos um instrumento privilegiado de exigência cooperativa, através da tutela da confiança, consagrada no âmbito do direito positivo. Desta sorte, os participantes do processo dispõem de um instrumento jurídico normativo, precisamente a exigência de observância de deveres jurídicos, sancionados em caso de descumprimento, permitindo assegurar a sua aplicação na esfera processual.

A complementação ao disposto no artigo 14, do diploma processual civil vigente, está posta no texto do artigo 17, onde o legislador aponta algumas condutas como contrárias à boa-fé, à lealdade e à veracidade. Na perspectiva do magistrado, exemplos típicos da aplicação do princípio da boa-fé, é o sentido de evitar qualquer

⁴⁶⁰ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op.cit.*, 2003.

⁴⁶¹ LARENZ. *Op.cit.*, 1985, p. 91.

sorte de surpresa processual, conduzindo, eventualmente, à quebra do contraditório e à proibição de conduta processual contraditória⁴⁶².

Também se inclui no contexto dos deveres advindos da aplicação do princípio da boa-fé objetiva algumas exigências relacionadas ao dever de informação e esclarecimento⁴⁶³. No direito alemão há um postulado de *fairen Verfahren*, literalmente um procedimento honesto, significando que o juiz deve organizar o procedimento como as partes nesses procedimentos podem dele esperar, não sendo admitido um comportamento contraditório⁴⁶⁴.

No caso dos deveres processuais do magistrado, cujo sentido é dado pela própria dinâmica do processo, não há como a norma esgotar o acervo de condutas. Desta sorte, a norma processual que prevê a aplicação do princípio da boa-fé objetiva possui conteúdo que sempre carecerá de concreção para uma atuação justa no caso concreto. Igualmente com sede na boa fé objetiva, descortina-se outro importante dever, a que estão submetidos os sujeitos do processo, o de lealdade.

2.2.5.1 Dever de lealdade

Em Kant há um realce para a lealdade, como uma condição que não poderia deixar de ser exigida a todo homem, porque este dever reside na ideia de uma razão, que determina a vontade por fundamento⁴⁶⁵. A lealdade, nesta perspectiva filosófica, assume a condição de afirmar a consciência humana e a liberdade do homem.

Desde o ponto de vista sociológico, a exigência de um ideal de comportamento humano está fundada na confiança que sedimenta a sociedade e permite a sua coesão. A partir de um comportamento social de lealdade é possível aferir o grau de confiança que os atores sociais possuem em relação ao outro, tornando-se indispensável nas relações humanas. Tais características permitem

⁴⁶² O chamado *venire contra factum proprium*, conduta processual contraditória com o comportamento anterior.

⁴⁶³ Ver CRESCI SOBRINHO, Elicio. *Op.cit.* 1988.

⁴⁶⁴ Cf. HECK, Luís Afonso. *Op.cit.*, 1995, p. 220.

⁴⁶⁵ KANT, Emanuel. **Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres**. Trad. Manuel Garcia Morente. 8.ed. Madrid: Espasa-Calpa, 1983, p. 52.

inscrevê-la entre os direitos do homem, como uma necessidade intrínseca à dignidade humana, situada no âmago dos direitos.

Na perspectiva jurídica, como analisado por Boursier⁴⁶⁶, a lealdade é um termo polimórfico, possuindo formas e conteúdos diversos de acordo com as situações. No processo civil, a lealdade carece ainda de uma maior especificação, antes que possamos exigí-la como um elemento indispensável, imperioso, dentro da relação jurídica processual. Representa a transição da moral ao direito, tornando-se um instrumento jurídico indispensável para a realização do processo.

A lealdade processual introduz, em verdade, os valores morais no campo do Processo, construindo uma ponte entre a norma jurídica e a moral, sendo a racionalização da lealdade assegurada na sua positivação dentro do ordenamento processual, afastando-a de perquirições meramente jusnaturalísticas⁴⁶⁷ e retirando-a da intimidade para o âmbito da conduta social, no caso, dentro da relação processual.

A partir desta compreensão, Boursier⁴⁶⁸ refere, em seu estudo, ser preferível a adoção do primado do princípio da lealdade no processo civil, em detrimento da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, noção mais familiar ao direito material, referente ao *bonus pater familiae* e aos seus deveres de conduta no plano contratual.

Tendo em vista a natureza específica do direito processual, o princípio da lealdade teria função mais de acordo com as suas peculiaridades, em especial a finalidade do direito processual e a noção inerente à lealdade, estabelecendo um direito relacional de cooperação, equilibrando os interesses antagônicos existentes.

A dogmática processual civil brasileira consigna a lealdade como uma condição que deve ser exigida de todos os participantes do processo, de forma que o Código de Processo Civil Brasileiro é explícito nesta exigência (art. 14, II), nos

⁴⁶⁶ BOURSIER, Marie-Emma. **Le Principe de loyauté en Droit Processuel**. Paris: Dalloz, 2003, p. 27, que assinala a característica vaga do termo, de forma que o instrumento se torna capaz de assemelhar-se sob uma denominação geral, ainda que existentes diversas formas de lealdade.

⁴⁶⁷ Cf. BOURSIER, Marie-Emma. *Op. cit.*, p. 25, para quem o direito natural, como conjunto de regras ideais, conforme a natureza do homem e das coisas, forma a noção de lealdade como uma instituição da razão natural que governa os homens. A lealdade, para a Autora, extrapola estes limites, representando uma forma comum de superação de litígios nos ordenamentos dos Estados democráticos.

⁴⁶⁸ BOURSIER, Marie-Emma. *Op. cit.*, p. 27, 30, 31 e 32, pois como princípio geral do direito, a lealdade seria capaz de preencher as diversas formas, fundando esta diversidade em um conceito único, contemplando as inúmeras situações nas quais a lealdade se faz necessária e válida os comportamentos processuais.

seguintes termos: *são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: II) proceder com lealdade e boa-fé.*

Esta já é a tendência prevalente no direito comparado, como se pode observar no novo Código de Processo Civil italiano, cujo artigo 88 estabelece o dever de se "comportar em Juízo com lealdade e probidade", conferindo ao Juiz uma série de poderes de condução do processo, especificamente para o desenvolvimento leal do procedimento⁴⁶⁹.

Para o Juiz, este dever está associado à confiança que todo jurisdicionado tem na jurisdição, conforme apregoa Larenz⁴⁷⁰, ao referir a consecução da paz social como sendo um elemento fundamental do Estado de Direito, consentâneo ao princípio da segurança e da confiança:

O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.

Assim o Juiz deve preservar a situação processual de confiança, cujo componente de ética jurídica está contido no princípio da boa fé. Conforme diz Larenz⁴⁷¹:

Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se acreditou nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo a opinião atual, [este princípio da boa fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público.

Dessa forma, o julgador está obrigado a manter uma coerência no desenvolvimento do processo, evitando atitudes conflitantes com a orientação anterior, o que o faria incidir em uma espécie de *venire contra factum proprium*.

Há nessa exigência um dever de veracidade, como a seguir desenvolvido.

2.2.6 Dever de veracidade

⁴⁶⁹ O artigo 175 prevê: *Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi ao più sollecito e leale svolgimento del procedimento.*

⁴⁷⁰ LARENZ. *Op.cit.*, 1985, p. 91

⁴⁷¹ LARENZ. *Op.cit.*, 1985, p. 95 a 96.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 impõe um dever de veracidade em seu artigo 14, incisos I e III, pois as partes devem *expor os fatos em juízo conforme a verdade* e é vedada a formulação de pretensões ou de alegação de defesa, *cientes de que são destituídas de fundamento*. O dever de veracidade, nesse dispositivo, portanto, está voltado para a atuação da parte, pois se pressupõe que o juiz não irá contra a verdade no processo⁴⁷².

No entanto, pode-se pensar no dever de veracidade do Juiz a partir da ideia de que o processo não é *sache der Parteien*, no sentido de reservar o monopólio da atividade instrutória exclusivamente à parte. Desta sorte, estaria o juiz obrigado a impulsionar o processo e especialmente comprometido com a veracidade das informações que sejam imprescindíveis no processo e no julgamento, dando um sentido de sinceridade⁴⁷³ à matéria probatória.

Esta superação já fora vislumbrada por Pontes de Miranda⁴⁷⁴, para quem a possibilidade de coexistência entre o dever de veracidade e o princípio dispositivo, ficando o princípio dispositivo qualificado pelo dever de verdade, pois ao ter monopolizado a justiça e prometido a todos os homens e às pessoas jurídicas a tutela jurídica:

tinha o Estado de estabelecer regras jurídicas que criassem deveres às partes, aos seus representantes e procuradores, inclusive advogados, bem como das testemunhas, dos peritos, dos intérpretes, dos funcionários e serventuários de justiça e dos próprios juizes.

⁴⁷² Desde o ponto de vista histórico, CRESCI SOBRINHO, Elicio. *Op.cit.* 1988, para quem o dever de veracidade tem origem remota no juramento de calúnia, elaborado pelo direito romano, tendo como uma das suas finalidades evitar a mentira processual, passando para o processo germânico, por via do processo romano-canônico. Após a decadência do prestígio do *iusiurandum calumniae*, a AGO prussiana (*Allgemeine Gerichtsordnung fuer die Preussischen Staaten*, com modificações depois pela VO. de 19 de dezembro de 1799) impôs as partes o dever de veracidade e o *Codice Giudiziario nelle cause civile per il principato di Trento* (de 1788, permanecendo em vigor até 1807), que previa sanções pecuniárias a quem faltasse com o dever de veracidade. Por obra de Franz Klein a ZPO austríaca consagrou o *wahrheitspflicht* para as partes⁴⁷², passando para a ZPO alemã em 1933 e para o nosso Código de Processo Civil.

⁴⁷³ Cf. MIRANDA, Pontes de. *Op.cit.* 1996, no seu sentido etimológico, a palavra *sinceridade* vem do latim *sincerus*, isto é, sem cera. Historicamente, diz-se que os escultores, no momento de esculpir, preenchem com cera os buracos do mármore nas estatuas. Após a realização da venda e com o passar dos anos, a cera se dissipava. Na perspectiva do processo, a importância dos atos em série, que se realizam no tempo e que buscam a autenticidade original.

⁴⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. *Op.cit.* 1996, no entanto, assinala que a veracidade preexiste ao processo, de modo que já o pode infringir quem expõe fatos em petição inicial ou em ação preparatória. Argumento bastante discutível, tendo em vista, que a litigância de má-fé somente pode ser aplicada no processo e não fora dele, vedado ao Juiz inclusive trazer informações estranhas aos autos.

Por outro lado, este dever de verdade não se amplia como uma condição de indicar qual a regra jurídica aplicável ao caso. Isto não é exato, pois a veracidade é conteúdo da norma, prevê um dever específico, cuja observância indica um critério para a atividade do Julgador.

Assim, o dever jurídico de verdade do juiz está relacionado ao convencimento, a ser observado no curso do processo, especificamente a de atentar a todas as circunstâncias do processo. A verdade, neste contexto procedimental, é objeto de descobertas e averiguações, estando a atuação do juiz orientada para determinar a verdade dos fatos relevantes.

O dever de veracidade do juiz existe também para explicitar que os deveres do juiz não estão limitados a concretizar as garantias procedimentais. A finalidade do processo também exige do juiz que esteja atento que a habilidade profissional dos advogados não implique obscurecimento da verdade. É oportuno, contudo, como preconizado por Taruffo⁴⁷⁵, evitar a distinção verdade absoluta e verdade relativa⁴⁷⁶, bastando recordar que a verdade absoluta diz respeito ao âmbito religioso ou metafísico.

Por outro lado, não se pode abandonar a noção de *rastro*, como referido por Ricceur⁴⁷⁷, que abrange não só o rastro documentário e o cortical (marcas exteriores, o da instituição social para o arquivo e o da organização biológica para o cérebro), mas o mais significativo e problemático, consistente na persistência dos acontecimentos marcantes e da sua marca permanente na história.

Com efeito, ainda existindo um livre convencimento do juiz, os argumentos jurídicos invocados ao caso concreto devem atentar a uma coerência desta

⁴⁷⁵ TARUFFO, Michele. Poteri probatori del giudice e delle parti in Europa. **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**, Milano, 2006, p. 475.

⁴⁷⁶ Fala-se, por exemplo, em *veriphobia* para indicar um profundo ceticismo e repúdio da idéia de verdade. Em defesa da *Veriphobia*, CAVALLONE, Bruno. In Difesa della Veriphobia (Considerazioni Amichevolmente polemiche Su um Libro Recente de Michele Taruffo). **Rivista di Diritto Processuale**, Milano, CEDAM, v.115, n. 1, 2010, p. 14, para quem o juiz não tem um “laboratório da verdade” e tampouco realiza “recolhimento místico”.

⁴⁷⁷ Ver GAGNEBIN, Jeanne Marie. **Lembrar, Escrever, Esquecer**. São Paulo: 34, 2006, p. 56. Nesta perspectiva de memória, o Juiz, assim como o detetive, o arqueólogo e o psicanalista, buscam profundidade cognitiva para encontrar esses rastros, na singularidade concreta, intuindo-os no devir processual.

liberdade com a verificação *in concreto* dos fatos históricos atinentes à controvérsia⁴⁷⁸.

Neste sentido, a disciplina da ZPO tudesca que distingue uma *Wahrheitspflicht* (dever de veracidade) e *Vollständigkeitspflicht* (dever de completude), o que remete a uma necessidade de que o ato processual realize-se de modo completo e conforme a verdade.

Por outro lado, possui conteúdo prático, verificável por ocasião do próprio processo e, no sentido do que fora apregoado por John Stuart Mill, em seu estudo sobre liberdade, depende do estabelecimento de um equilíbrio entre dois grupos de argumentos contraditórios⁴⁷⁹. Desta sorte, o dever de veracidade é uma necessidade de ação por respeito à realização da Justiça.

Desta forma, o dever de veracidade não implica um conceito estreito, mas sobre ele repousa todo o desenvolvimento processual, tendo em vista a perspectiva objetiva do seu tratamento, portanto associado à boa fé objetiva⁴⁸⁰. De sorte que, se o magistrado omite algo que deveria apreciar, estará incorrendo em desobediência aos deveres de veracidade e completude⁴⁸¹.

A obtenção do real, através da atuação do Juiz, representa, desta forma, a adoção de um valor, o da verdade, assim mesmo considerado. No entendimento de Bertolino⁴⁸², há exigência de uma conduta adequada, primordialmente, a do Juiz

⁴⁷⁸ Notícia do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 19/11/2010, referente ao Resp 906794 admitiu a possibilidade do Tribunal converter julgamento em diligência e determinar a baixa dos autos para realização de nova perícia, mesmo em grau de apelação. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou este entendimento ao julgar um caso de pedido de indenização por erro médico em que as provas periciais não serviram para formar o entendimento do julgador. O relator do processo no STJ, ministro Luis Felipe Salomão, apontou que o tribunal de origem afirmou expressamente que não foram realizadas as oitivas da suposta vítima do erro médico, das testemunhas e do próprio médico. O ministro afirmou que o juiz é o principal destinatário da prova, cabendo a ele determinar as diligências que entenda necessárias para a formação de seu convencimento. O relator abordou que tal aplicação se faz indispensável na busca da verdade real, a fim de que se alcance um correto e justo julgamento da causa. Em outro ponto, o ministro Salomão esclareceu que o julgador não poderia suprir deficiência da parte, violando o princípio da imparcialidade.

⁴⁷⁹ Apud BOUDON, Raymond. **O Justo e o Verdadeiro**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

⁴⁸⁰ Contra o sentido subjetivo, da decisão obtida mediante consenso na comunidade, FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit.* 2006, p. 70, para quem é necessário um nexó entre legitimidade e verdade. Esta elaboração possui forte conteúdo garantista, assecuratória de serem as provas obtidas por meios lícitos.

⁴⁸¹ A completude, no entanto, não implica em uma objetividade dedutiva, como pretende demonstrar SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. A autora resgata a contribuição teórica de Boaventura de Souza Santos, na crítica à razão indolente, em especial à razão metonímica e à proléptica. .

⁴⁸² BERTOLINO, Pedro J. *Op.cit.*, 1990, p. 15.

devendo ser plena e integral, sendo a renúncia à verdade uma conduta incompatível com o adequado serviço da justiça.

Admite-se, assim, a possibilidade de obter uma determinação verídica dos fatos relevantes para a decisão, através de métodos probatórios que averiguem a verdade histórica, repudiando a concepção de que no processo o juiz busca tão somente uma verdade formal⁴⁸³.

Em outro sentido, aquele conferido por Ovídio Baptista⁴⁸⁴ em sua obra, o dever de veracidade não se confunde com o que denomina ideologia da ordinariade, situação em que o julgador, ao iniciar o procedimento, com um grau elevadíssimo de probabilidade de vitória do Autor, privilegia a posição do demandado, em nome de uma verdade absoluta e abandonando os juízos de verossimilhança.

A crítica do eminente e saudoso processualista está endereçada à herança cartesiana⁴⁸⁵, notoriamente contrária a quaisquer “prejuízos” e juízos de verossimilhança⁴⁸⁶; aspectos relacionados, também, ao dever de fundamentação, como a seguir desenvolvido.

2.2.7 Deveres de Publicidade e de Fundamentação

A Constituição do Brasil assegura, em seu artigo 93, IX, que:

⁴⁸³ Cf. TARUFFO, Michele. Verdade Negociada?. **Revista de Derecho**, n. 1, Jul 2008, Chile. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502008_0001000_06&scr ipt=sci_arttext, Acesso em 03 abril 2011. Para TARUFFO, a verdade dos enunciados relativos aos fatos da causa existe ou não existe em função de como se desenvolvem os acontecimentos no mundo real e não é objeto de negociação ou de acordo entre as partes. A oposição a um fato não torna verdadeiro o que é falso e tampouco faz verdadeiro o que já é verdadeiro por si.

⁴⁸⁴ BAPTISTA SILVA, Ovídio. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11. Segundo o Ovídio Baptista, a aversão que a ciência processual tem por todas as formas de juízo fundados na verossimilhança diz com filosofia cartesiana, contra a autoridade e a tradição.

⁴⁸⁵ O esquema sujeito-objeto está fundado na fragmentação técnica e instrumental. Contra este esquema, KAUFMAN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 151, que defende o resgate do comum do mundo em que vivemos, pois aquele que compreender está ligado ao que é transmitido e está em contato ou estabelece contato com a tradição, do qual brota o que é comunicado.

⁴⁸⁶ BAPTISTA SILVA, Ovídio. *Op.cit.*, 2002, p. 10.

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir, limitar a presença em determinados atos às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes⁴⁸⁷.

Tem-se neste dispositivo constitucional duas exigências que representam verdadeiros pilares do Estado democrático de Direito, possibilitando uma verdadeira fiscalização popular sobre a atuação do juiz: a publicidade e a fundamentação⁴⁸⁸.

Algumas formas de publicidade são elencadas por Couture:

exibição dos autos: os autos podem ser consultados pelas partes e seus advogados, assegurada a sua natureza pública;
publicidade das audiências;
publicidade das sessões de julgamento perante os Tribunais, inclusive com o seu telejulgamento, no caso do Brasil, as sessões do Supremo Tribunal Federal;⁴⁸⁹

A publicidade, contudo, pode ser relativizada em relação a pessoas não interessadas, especialmente tendo em vista o caráter privado de muitas questões, afetando a privacidade e a disponibilidade da própria pessoa, especificamente a intimidade.

Assim sendo, em regra, a audiência é aberta à participação do público em geral, excepcionado, contudo, nos casos de segredo de justiça. Em hipótese alguma se admite a vedação à presença da partes e seus advogados⁴⁹⁰. Além da publicidade, a Constituição Federal assegura serem fundamentadas todas as decisões.

Num primeiro momento, faz-se a distinção entre motivação e fundamentação, sendo a fundamentação do juiz, cujo status é constitucional, condição que supera a formalidade técnica da motivação, de natureza endoprocessual, alçando-se a uma

⁴⁸⁷ *ABSOLUTA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ACÓRDÃO QUE SE LIMITA A MANTER OS FUNDAMENTOS DO JUIZ E ADOTAR O PARECER MINISTERIAL. NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O dever de motivar as decisões implica necessariamente cognição efetuada diretamente pelo órgão julgador. Não se pode admitir que a Corte estadual limite-se a manter a sentença por seus próprios fundamentos e a adotar o parecer ministerial, sendo de rigor que acrescente fundamentação que seja própria do órgão julgante. 2. A mera repetição da decisão atacada, além de desrespeitar o regramento do art. 93, IX, da Constituição Federal, causa prejuízo para a garantia do duplo grau de jurisdição, na exata medida em que não conduz a substancial revisão judicial da primitiva decisão, mas a cômoda reiteração. 3. Ordem concedida. (HC 76850 Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA DJe 31/05/2010).*

⁴⁸⁸ Cf. TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Pádua: Casa Editrice Dott, 1975, pag. 351. Para Taruffo a vinculação da publicidade e da motivação possui fundamentação teórica em Jeremy Bentham, postulando um controle público sobre o exercício do poder: "good decisions are such decisions for which good reasons can be given".

⁴⁸⁹ COUTURE, Eduardo. *Op.cit.* 1994, p. 193.

⁴⁹⁰ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 375-376.

finalidade de controle democrático da imparcialidade e da publicidade das decisões, não só em relação às partes e aos Tribunais, mas perante a própria sociedade⁴⁹¹.

Trata-se de uma mudança de perspectiva, pois o juiz hoje procura a sua própria legitimação também na comunidade⁴⁹². Ao juiz é concedida, consoante às regras do Código de Processo Civil, a liberdade para apreciar as provas, no momento do julgamento; contudo, é seu dever motivar claramente e convincentemente suas escolhas⁴⁹³.

Este é o sentido, do artigo 131, do CPC:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Esta exigência vem do processo romano-canônico, em especial a *Clementina Saepe*, relacionada à impulsão judicial. A liberdade de apreciar a prova, no entanto, está limitada por um dever: o de argumentar racionalmente, tentando estabelecer um convencimento também para as partes.

Com efeito, a norma processual refere o dever do Juiz fundamentar suas decisões ao ordenar diligências reputadas necessárias à instrução do processo, e aquele em que indefere diligências tidas por inúteis ou manifestamente protelatórias. Assim sendo, as partes terão ciência das razões adotadas pelo Juiz.

Esta era, sem dúvida, uma das principais preocupações de Ovídio Baptista⁴⁹⁴, para quem era imperioso repensar a prova como argumentação ou, mais especificamente, a prova dialeticamente construída na controvérsia judicial. Assim imprescindível seja a decisão judicial fundamentada, sendo este o meio mais eficiente de controle da Jurisdição. Trata-se de um dos cânones do sistema processual, observável em cada ato judicial.

⁴⁹¹ Cf. LOPES, João Batista. *Op.cit.*, 2008, p. 269.

⁴⁹² PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 2008, p. 32.

⁴⁹³ Sendo *dever* de todo *juiz* exercer com zelo e adequação a prestação jurisdicional invocada pelo jurisdicionado mister o retorno dos autos à instância de origem quando o acórdão recorrido não indica o erro constante das contas elaboradas pelo Contador Judicial, o que, por certo, inviabiliza a possibilidade da parte de lançar mão do recurso cabível, situação que afronta o devido processo legal. (REsp 731240 / SP Ministra LAURITA VAZ QUINTA TURMA DJ 20/06/2005 p. 376)

⁴⁹⁴ BAPTISTA SILVA, Ovídio. **Direito, Estado e Democracia**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 330.

No caso da apreciação da prova, o juiz não possui liberdade absoluta para sua apreciação⁴⁹⁵. Porquanto, ainda que livre a sua apreciação, esta se encontra relativizada pela exigência de expor racionalmente a sua convicção, a partir dos “fatos e circunstâncias dos autos”.

Esta exigência de exposição racional atende a dois vetores. O primeiro sentido é de que o fundamento não está relacionado a uma preferência pessoal, seja das partes, seja do juiz, mas a fatos e circunstâncias dos autos. O segundo sentido é o da racionalidade, pois o dever de fundamentação na sentença expressa que não basta ao juiz a convicção ou o convencimento acerca da controvérsia, porque deve declinar os motivos da sua decisão, estruturada de forma lógica como prevê o artigo 458, do CPC, possibilitando o seu controle.

Esta exigência tem para Streck⁴⁹⁶ um conteúdo concreto, pois a Constituição, ao estabelecer o dever de fundamentar, não o fez no plano de uma “repetição” dogmática histórica do conceito, mas no contexto do constitucionalismo, que traz para dentro do direito os conflitos sociais e a invasão da filosofia pela linguagem, que redundou na derrocada do esquema sujeito-objeto.

Em face desta realidade, Streck⁴⁹⁷ conclui que é vedado ao juiz adotar exclusivamente princípios de conduta pessoal para concretizar uma decisão, de maneira que o juiz possa ser o “senhor do texto”. A proibição decorre da constatação de que interpretar é dar sentido e não reproduzir sentido. Esta constatação, ao contrário do que possa parecer, não implica o subjetivismo judicial.

Diversamente, deve-se partir de uma reconstrução integrativa do direito aplicável ao caso, que considere a interpretação coerente com as regras, princípios e decisões judiciais pré-existentes. A atuação do juiz, neste contexto, levará em conta, precipuamente, a estrutura das instituições e decisões da comunidade, refletindo o direito histórico e o direito vigente.

⁴⁹⁵ Exemplo desta assertiva é o entendimento firmado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Resp 1036289, em ação de desapropriação, onde o juiz adotou os valores apresentados pelo INCRA, quando da impugnação ao laudo pericial. Na hipótese, o STJ esclareceu que se acaso o juiz entendesse pelo desacerto da perícia técnica deveria promover a realização de nova perícia, pois ainda que o magistrado não esteja vinculado às conclusões do laudo oficial, a prova pericial é indispensável para a sua decisão, conforme prescreve o parágrafo 1º, da Lei complementar n. 76/1993.

⁴⁹⁶ STRECK, Lênio. *Op.cit.*, 2009b., p. 405. Para o Autor, mais do que fundamentar uma decisão é necessário explicitar o que foi fundamentado.

⁴⁹⁷ STRECK, Lênio. *Op.cit.*, 2009b., p. 229.

Na hipótese do Juiz verificar estas lacunas ou obscuridades da lei, decorrentes de seu dever, a norma processual indica um método de raciocínio para dirimir o conflito, de tal forma a realizar verdadeira fusão do político, na aplicação da lei e do técnico, no método de interpretação.

Como proposto por Álvaro de Oliveira⁴⁹⁸:

... o juiz para compreender uma regra, sistema jurídico, realidade jurídica, posta a sua apreciação, deverá levar em conta, ao mesmo tempo, as necessidades e fins significativos das ações humanas que estiverem em sua origem e elucidar essas ações práticas, essa situação concreta, a partir das realidades jurídicas que lhe conferem significado.

A fundamentação, vista sob este ângulo, está diretamente vinculada à ideia de um processo justo⁴⁹⁹. A partir da consideração de um processo justo, pode-se refletir melhor sobre o julgamento fundamentado na equidade, previsto na Lei processual como um dever, nos termos do art. 127, do CPC:

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

A referência à equidade representa um processo equilibrado entre as partes, consignando um ideal de justiça, já que a noção de equidade vem, etimologicamente, da palavra *aequum* significando equilíbrio no tratamento, com o alcance dado pela *equity* inglesa dos séculos XIV e XV⁵⁰⁰.

A equidade já constava no processo brasileiro no Código de Processo Civil de 1939, no seu art. 114, autorizando o Juiz a decidir por equidade, a ser estabelecida *como se fosse o legislador*. No Código de Processo Civil de 1973, fixam-se limites precisos, onde a ressalva do art. 127, do CPC, tem conteúdo limitador e não autorizador, estabelecendo condições para que se dê a aplicação da equidade.

⁴⁹⁸ OLIVEIRA, Alvaro de. **Alienação da Coisa Litigiosa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 55 e 56.

⁴⁹⁹ Ver PERELMAN, Chaim. **La Lógica Jurídica y La Nueva Retórica**. Trad. Luiz Maria Díez-Picazo. Espanha: Civitas, 1988, para quem não há identidade da lógica com a lógica formal, pois reduziria os raciocínios habituais dos juristas, tais como os raciocínios *a pari*, *a contrario* ou *a fortiori*, a estruturas formais, quando se trata de algo completamente distinto.

⁵⁰⁰ Cf. MIRANDA, Pontes de. *Op.cit.* 1996, p. 375 e s.. Para PONTES DE MIRANDA, o conceito da equidade é, de sua natureza e origem, indeterminado, sendo que os romanos distinguiam *ius* e *aequitas*, sem se saber bem se essa havia de informar àquele ou aquele a essa. Por aí aparecem todas as muitas teorias do direito justo. Na Idade Média, permanece o termo equivoco identificada com o direito natural. Ainda para Pontes de Miranda, também ao direito do rei de fazer justiça: o rei tinha “reservas” de direito para os casos de lacuna (*equily* em oposição a *Common Law Side*).

Desta sorte, o sistema jurídico processual contempla novos parâmetros para a resolução do caso, desde o ponto de vista da fundamentação das decisões, limitadora da discricionariedade judicial. Essa tendência tinha já sido observada por Cappelletti⁵⁰¹, quando citava Lord Radcliff, para quem o Juiz, ainda quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assume elas em sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII e XIX, de sorte que, neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação.

Neste sentido, Dworkin⁵⁰² já havia observado, ao analisar e comentar, em um contexto histórico, uma série de casos, do início do século XIX, referente ao direito de uso de água, onde duas pessoas possuem terras em diferentes alturas de corrente e a possibilidade de cada uma delas usar a água. Citando Horwitz e os tribunais de Massachusetts e de outros estados, identifica a diferença de posicionamento, em momentos históricos diversos. Havia um período no qual não permitiam que um dos proprietários fizesse algo que prejudicasse o uso do outro, por mais valiosa que fosse a utilização feita e, numa outra época, era questão de equilibrar o aquilo perdido pelo demandado. E havia outros momentos em que os Tribunais foram ao outro extremo: o proprietário poderia usar a água da forma como julgasse mais proveitosa para si.

Em cada um desses períodos, o efeito a ser produzido dizia respeito à expansão da indústria capitalista, adotando critérios *consequencialistas*. Assim, à medida que as práticas e circunstâncias econômicas mudavam, os juízes mudavam seu entendimento, para se adaptar a elas, propiciando o desenvolvimento capitalista. Contudo, Dworkin⁵⁰³ deixa em aberto a possibilidade de os Juízes terem adotado um critério de equidade e que, quando refletem sobre as consequências do resultado da demanda, a maneira como o fazem e os pontos enfatizados diferem de um juiz para outro, de uma situação histórica para outra, tal como a vida ordinária difere de uma pessoa a outra. Tem-se, pois, ao se abordar a necessidade de fundamentação, uma preocupação com a discricionariedade judicial.

⁵⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Op.cit.*, 1993, p. 23.

⁵⁰² DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997, p. 23.

⁵⁰³ DWORKIN, Ronald. *Op.cit.*, 1997. p.421 a 423

No Brasil, a proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais constitui dever dos Tribunais Superiores, conforme preconizado por Marinoni, pelo que a limitação dos efeitos das decisões que revogam precedentes ou jurisprudência consolidada não está sequer à discrição do STJ⁵⁰⁴:

Esse Tribunal, para dar cumprimento a sua missão constitucional de dar unidade ao direito federal, tem o dever de utilizar a técnica de limitação dos efeitos retroativos, como todo tribunal que, ao decidir, fixa normas que orientam a conduta dos jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade para trabalhar e viver.

O juiz, portanto, ao fundamentar, deve considerar que a decisão pretende ser reconhecida, situação verificável apenas no espaço público da fundamentação, comunitária e positiva⁵⁰⁵, reduzindo o espaço individual e negativo da discricionariedade⁵⁰⁶, mantendo a unidade do direito e gerando previsibilidade.

Em perspectiva constitucional, Canotilho⁵⁰⁷ refere uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa:

justificando a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais da Constituição.

Numa perspectiva integrada de fundamentação e publicidade das decisões, Carlucci refere a exigência de motivar as decisões de modo claro, para ser entendido por todos os “auditórios”. Esta exigência de conduta argumentativa clara está de acordo com Ferrajoli⁵⁰⁸, para quem um dos aspectos suscetíveis de afetar o Estado de direito, diz com a crise decorrente do desequilíbrio da linguagem, expressa com imprecisão, obscuridade e ambiguidade, acarretando uma imprecisão valorativa da lei, com referências descoordenadas e contraditórias, consumindo a atividade jurisdicional e conduzindo a algumas escolhas comprometedoras.

⁵⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, vol. 906. São Paulo: RT, 2011, p. 283.

⁵⁰⁵ Cf. CARLUCCI, Aida Kemelmajer. *Op.cit.* 2006, p. 80 a 82, há o dever do juiz de estar atualizado e de investir em seu aprimoramento intelectual e cultural. A regra, de acordo com a magistrada argentina, é a de *abrir a mente*. Trata-se, pois, de um imperativo ético que o magistrado deva ampliar a sua cultura, não somente a literatura jurídica e aspectos relacionados a sua função, mas de abertura mesmo para o mundo.

⁵⁰⁶ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 485.

⁵⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op.cit.*, 1999, p. 1153.

⁵⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit.* 2006, p. 431.

Os fundamentos do Estado de Direito rejeitam estas fórmulas obscuras, adversárias do controle da comunidade, conduzindo o juiz ao cumprimento de deveres de argumentação. Na perspectiva da hermenêutica jurídica, o sentido da norma não é captado na “consciência” do julgador, mas na linguagem de sorte que os pré-juízos que conformam a sua pré-compreensão não são jamais arbitrários⁵⁰⁹.

Este cuidado permite que possa a decisão judicial ser controlada na sua fundamentação, como refere Stein, para quem nós que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem, eis que a compreensão e explicitação do ser já exigem uma compreensão anterior⁵¹⁰. Esta seria uma contribuição da Jurisdição para a construção da democracia, devendo os juízes estar qualificados para fundamentar de forma satisfatória e clara⁵¹¹.

Alocando o dever de fundamentar as decisões de modo claro, Carlucci⁵¹² apregoa o dever do juiz de ser entendido por todos os tipos de “auditórios”, utilizando-se de um exemplo da mitologia: a sentença de Zeus que condena Prometeo a uma pena perpétua, executada por dois irmãos: o “poder” e a “violência”, ambos filhos da “força”. A “violência” é silenciosa; olha apenas para o sofrimento da vítima. O “poder” explica com razões nítidas e compreensíveis. Há, por conseguinte, um dever ético de ser claro.

Com igual preocupação, Theodoro Junior⁵¹³ diz ser incompatível com a garantia do “processo justo” certa posição jurisprudencial que considera a decisão fundamentada, ainda que de maneira deficiente, pois o julgador não estaria obrigado a responder “um a um todos os argumentos, ou ainda ‘mantendo o julgado por seus próprios fundamentos’ ou, o mais graves, ‘pelas razões invocadas pela parte’”.

Com efeito, fundamentar não se confunde com explicar os motivos do convencimento ou declinar a sua preferência por uma das versões probatórias. Conforme asseverado por Ovídio Baptista, o juiz não pode “esquecer” de examinar

⁵⁰⁹ Um dos sentidos de Logos é o discurso, pois para eu entender preciso explicar, assim como outro sentido é o da leitura deste logos (legis = ler é o reconhecimento da ordem das coisas), cf. SCHULER, Donaldo (2000, p. 18-20).

⁵¹⁰ STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**. Ijuí: UNIJUI, 2001, p. 139.

⁵¹¹ Para Humberto Teodoro Júnior, a fundamentação pode ser sucinta, resumida, mas não pode deixar de ser um demonstrativo claro e preciso da construção racional do provimento jurisdicional. Assim, clareza e precisão apresentam-se como requisitos da sentença (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op.cit.*, 2009a, p. 257).

⁵¹² CARLUCCI, Aida Kemelmajer. *Op.cit.* 2006, p. 76 e 77.

⁵¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op.cit.*, 2009a, p. 258 a 259.

criticamente a versão contrária, porquanto, via oblíqua, ofende o direito ao contraditório:

... o direito ao contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e de produzir alegações e provas perante o tribunal, mas compreende, antes de mais nada, o direito de ver as alegações e provas produzidas, também pelo sucumbente, examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes.⁵¹⁴

Em síntese, o dever de fundamentação tem funções específicas no que se refere aos deveres processuais do juiz, conforme Wambier⁵¹⁵: a) oferecer elementos para controle da imparcialidade do juiz; b) possibilitar a verificação das legalidades das decisões; c) permitir que as partes se certifiquem de que suas alegações foram analisadas e de que as provas produzidas foram avaliadas.

Por outro lado, de acordo com Taruffo, o dever de motivação constitui garantia constitucional, que integra ou modifica normativas ordinárias, nos seguintes termos⁵¹⁶:

- Na perspectiva da norma ordinária a motivação se explica apenas como um dever de persuadir racionalmente as partes, implicando apenas em um elemento de autoridade da decisão entre as partes; Na perspectiva constitucional o dever de motivação aparece como uma garantia de efetividade dos direitos. Emerge, deste modo, uma exigência geral de motivação como necessidade de determinar o conteúdo exato da sentença, uma *ratio* de conteúdo geral;
- Na perspectiva da norma ordinária o dever de motivação tem a utilidade de propiciar a impugnação da sentença. Na perspectiva constitucional, se apresenta como um fator de racionalidade do sistema, como obrigatoriedade de motivação pública;
- Como conexão entre o dever de motivação e o controle de legalidade na esfera recursal, possibilitando que este controle possa ser exercido em concreto;

⁵¹⁴ BAPTISTA SILVA, Ovídio. *Op.cit.*, 2006, p. 338.

⁵¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades da Sentença**. São Paulo: RT, 2007, p. 313.

⁵¹⁶ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Pádua: Casa Editrice Dott, 1975, pags. 374 a 392

- Como dever de possibilitar uma visão global de *ratio* coerente com a questão posta, propiciando um controle externo e difuso da opinião pública.

Nestes termos, o dever de fundamentação está relacionado, como preconizado no artigo 93, IX, da Constituição do Brasil, à publicidade dos atos⁵¹⁷, representando assim uma garantia constitucional de controle difuso sobre a atuação judicial.

Com efeito, o cumprimento destes deveres resulta num pressuposto idôneo para que a comunidade possa saber qual a posição assumida pelos tribunais perante determinado problema específico, de modo que por meio da publicidade e da motivação verifica-se a coerência das decisões, aspecto de especial relevância para o controle interno da jurisdição, relacionado à previsibilidade e adequação das condutas sociais.

Da mesma forma, está enquadrada na definição de transparência, como prescreve o código de ética, no capítulo IV:

Art. 10. A atuação do magistrado deve ser transparente, documentando-se seus atos, sempre que possível, mesmo quando não legalmente previsto, de modo a favorecer sua publicidade, exceto nos casos de sigilo contemplado em lei.

Art. 11. O magistrado, obedecido o segredo de justiça, tem o dever de informar ou mandar informar aos interessados acerca dos processos sob sua responsabilidade, de forma útil, compreensível e clara.

Outra conduta exigida ao juiz é a da urbanidade.

2.2.8 Dever de Urbanidade

⁵¹⁷ Cf. Informações do STJ: “Depois do julgamento do MS, mas antes da publicação de seu respectivo acórdão, o impetrante, lastreado no art. 103, § 1º, do RISTJ, formulou pedido de que lhe fossem fornecidas as notas taquigráficas do julgamento. Anote-se que não houve a interposição de qualquer recurso quando da publicação daquele aresto ao fundamento de que se esperam as notas. Diante disso, a Corte Especial decidiu, por maioria, fornecer as notas, pois há que resguardar o princípio da publicidade, quanto mais se sopesado o princípio da transparência que rege o Judiciário. Anotou-se que, segundo a Lei do Mandado de Segurança, as notas taquigráficas podem substituir o acórdão se ele não é publicado em trinta dias (art. 17 da Lei n. 12.016/2009).” QO na Pet no MS 14.666-DF, Rel. Min. Presidente Ari Pargendler, julgada em 28/10/2010.

No ordenamento processual há uma exigência de condutas éticas, todas com o intuito de impedir comportamento adequado com a Justiça, impondo a todos os sujeitos processuais e especialmente ao juiz a necessidade de utilizar expressões compatíveis⁵¹⁸ com a sua função.

No que se refere às partes, a urbanidade de tratamento não significa um estreitamento da sua atuação combativa, no sentido de assegurar possibilidades de uma sentença favorável, mas impede-as de utilizar o processo para ofender e atingir moralmente a contra-parte.

Vedar a má-postura, portanto, não implica que a parte não possa questionar juridicamente questões deduzidas nos autos, o que é feito com argumentos científicos e embasados em fatos da demanda. O que é vedado é o rótulo ou expressão injuriosa, seja a que pretexto for, devendo o juiz determinar que seja riscada ou, se proferida em defesa oral, após advertência, mantido o comportamento, cassada a palavra⁵¹⁹.

O dever da parte de comportar-se convenientemente em audiência encontra-se previsto no artigo 446 combinado com art. 445, do diploma processual brasileiro, nos seguintes termos:

Art. 446. Compete ao juiz em especial:

III - exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade.

Parágrafo único. Enquanto depuserem as partes, o perito, os assistentes técnicos e as testemunhas, os advogados não podem intervir ou apartear, sem licença do juiz.

Art. 445. O juiz exerce o poder de polícia, competindo-lhe:

I - manter a ordem e o decoro na audiência;

II - ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente;

III - requisitar, quando necessário, a força policial.

Como se depreende o juiz exerce um dos poderes constitucionais inerentes à soberania estatal, daí dispor de poderes para assegurar que o processo de desenvolva com elevação⁵²⁰ e urbanidade. Desta sorte, o dever de urbanidade incumbe a todos, inclusive aos magistrados, pois não teria sentido conceder ao juiz

⁵¹⁸ Conforme a redação dada ao Art. 15, do Código de Processo Civil: É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

⁵¹⁹ Nos termos do § único, do artigo 15, do Código de Processo Civil.

⁵²⁰ HECK, Luís Afonso. *Op.cit.*, 1995, p. 220, refere existir, no direito alemão, orientação de não utilizar a testemunha como mero objeto para investigação da verdade.

o poder de polícia, por exemplo, nos excessos de linguagem (art. 15, do CPC) se acaso não estivesse implícito, nesta exigência, que, para o juiz, esta situação possui maior significância, pois cumpre a ele zelar pela sobriedade da linguagem, evitando o excesso e prestigiando a urbanidade.

A linguagem do juiz, conforme as lições de Asfor Rocha, deve ser sempre respeitosa e polida, ativa e energética, jamais insultuosa ou agressiva, submissa ou bajuladora⁵²¹. Este dever de urbanidade encontra-se devidamente estipulado pela Lei Orgânica da Magistratura, em seu art. 35, inciso IV, especificamente à conduta de tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência reclamando e possibilitando a solução de urgência.

Este também é o sentido do disposto no § 1º, artigo 416, do Código de Processo Civil, impondo que as partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes ou vexatórias. Igualmente, o juiz tem dever processual de deferência com as partes, assim como dever de facilitar a autocomposição, visto a seguir.

2.2.9 Dever de facilitar os métodos alternativos de autocomposição do processo

Desde a perspectiva do Estado, a intervenção do Estado deve se dar de maneira supletiva nas hipóteses de falha dos mecanismos de regulação social, compreendendo situações de privilegiar métodos mais próximos dos problemas (proximidade) e de apelar à colaboração dos atores sociais (parceria)⁵²². Neste sentido, o dever do juiz de facilitar os métodos alternativos de autocomposição do processo está em consonância com o modelo processual cooperativo.

⁵²¹ ROCHA, César Asfor. **Cartas a um Jovem Juiz**. Cada Processo Hospeda uma Vida. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 129.

⁵²² CHEVALLIER, Jacques. *Op.cit.*, 2009, p. 59-60.

Conforme Couto e Silva⁵²³, partindo da concepção de relação jurídica como organismo, de autoria de Savigny, foi possível considerá-la como totalidade, realmente orgânica, mediante o conceito de *vínculo como ordem de cooperação*, formador de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.

No processo civil, essa observação repercute com mais intensidade, dada a sua natureza dinâmica e, ainda que as partes relacionem-se antagonicamente com objetivos diversos, estão sujeitos a deveres comuns. Assim, faz-se necessário um procedimento que possibilite pensar os termos fora das dicotomias usuais. Essas dicotomias pensam as soluções judiciais como se não houvesse outras formas de composição⁵²⁴.

O dever de facilitar os métodos alternativos de autocomposição em qualquer momento do processo define a busca de um equilíbrio entre os direitos das partes, de valorização da cidadania, com a presença de um juiz paritário, capaz de propiciar o diálogo processual, como uma condição indispensável para a realização da Justiça.

No âmbito do Direito comparado, Carlucci⁵²⁵, Ministra da Suprema Corte de Justiça de Mendoza, Argentina, enumera, dentre outros, o dever processual de facilitar os métodos alternativos de autocomposição do processo. Refere ser da essência da função do juiz dizer o direito; contudo, é ético que o magistrado realize a justiça do acompanhamento, podendo constituir-se também em verdadeiro remédio a problemas ocasionados pelo próprio sistema processual.

Ainda no plano do direito comparado, as *Civil Procedure Rules* alista, com destaque, entre as inúmeras funções de gestão do processo, auxiliar as partes a chegar a um acordo quanto à controvérsia ou quanto a parte dela, encorajar soluções alternativas para as controvérsias e, se necessário, promover a suspensão do processo para permitir que tais negociações ou discussões fora dos tribunais ocorram⁵²⁶. O Código de Processo Civil contém previsão de dever judicial de tentar a qualquer tempo conciliar as partes, em seu artigo 125, IV.

⁵²³ COUTO E SILVA. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Bushatski, 1976, p. 6 a 9.

⁵²⁴ Neste sentido, para deslinde de litígios, no âmbito do direito empresarial, a valorização da arbitragem, estimulando-se órgãos institucionais de arbitragem Vide, a valorização da arbitragem Vide, a respeito, o excelente estudo de COUTO E SILVA, C. O Juízo Arbitral no Direito Brasileiro. **AJURIS**, v.41, 1980 e segs. Vide, igualmente, PORTO, Sérgio J. *Op.cit.*, n. 638, dez./88, p. 42 e segs.

⁵²⁵ CARLUCCI, Aida. *Ob. cit.*, 2006, p. 83.

⁵²⁶ Cf. ANDREWS, Neil. *Op.cit.* 2010, p. 74.

A audiência de preliminar, prevista no artigo 331, do CPC, constitui-se em momento privilegiado para esta tarefa de pacificar os conflitos, mediante concessões, geralmente mútuas, superando uma visão imprópria de que o processo sempre terá apenas um vencedor, como se tratasse de um campo de batalha.

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, por sua vez, agrega novos meios para esta finalidade, ao estabelecer o dever processual de tentar, prioritariamente, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 107, IV). De acordo com o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, em seus artigos 134 e seguintes, cabe a cada Tribunal constituir um setor de conciliação e mediação, sendo a sua realização estimulada pelos magistrados (art. 135).

2.3 A ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS POSTOS PELO SISTEMA FACE AO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES PROCESSUAIS DO JUIZ

O sistema processual brasileiro assegura o direito a um duplo grau de jurisdição⁵²⁷, de sorte que o descumprimento de deveres processuais é, em regra, passível de controle interno pela via recursal.

2.3.1 Os meios impugnativos de controle

De acordo com Fazzalari⁵²⁸, o provimento jurisdicional será considerado inválido, quando carecer de um dos elementos constitutivos indicados na norma de dever processual, vinculado a princípio de natureza constitucional, não podendo ser sanado. Caso o ato processual contenha o elemento constitutivo do dever processual, porém com algum vício, sobrevivem como provimentos, mas

⁵²⁷ Trata-se de uma garantia relacionada ao Estado Democrático de Direito, encontrando inclusive amparo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assegurando o direito de recorrer da sentença.

⁵²⁸ FAZZALARI, Elio. *Op.cit.*, 2006, p.519.

anuláveis⁵²⁹. Em se tratando de ato preparatório, anulado o ato, devem ser renovados todos os atos dele dependentes.

É o caso, por exemplo, de uma decisão judicial que desconsidere a natureza dialética do processo, utilizando-se de uma surpresa processual e desatendendo ao dever processual do juiz de garantir o contraditório, devendo ser decretada a sua nulidade.

Com efeito, conforme propõe Theodoro Junior e Nunes⁵³⁰, toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de estabelecer o contraditório, o provimento será invalidado, considerada a sua relevância, especificamente o ponto de fato ou de direito que se constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*).

Em termos esquemáticos, Barbosa Moreira⁵³¹ propõe, desde o ponto de vista dos efeitos, poderem os vícios apresentados pelas sentenças ser agrupados em três classes: a) os que não resistem à eficácia preclusiva da coisa julgada e, por isso, não alegados em recursos, tornam-se irrelevantes; b) os que, após o trânsito em julgado, podem servir de fundamento à desconstituição, mediante ação rescisória, mas não impedem a decisão de produzir, neste ínterim, todos os efeitos normais; c) os que, dispensando o exercício da rescisória, são alegáveis como óbices à execução, através de embargos.

Há a existência de um nexo indissociável entre sujeição à lei, independência e responsabilidade dos juízes, identificada por Ferrajoli como uma garantia. Esta forma de responsabilidade decorre do próprio sistema jurídico e está fundamentada como uma *garantia forte* a conduzir a nulidade dos desvios, pois a fiscalização sobre o mérito da função judicial deve ter um curso que não implique dependência a outro órgão.

Para Ferrajoli⁵³² há ainda outras formas decorrentes de sanções aos desvios cometidos em prejuízo do cidadão denominadas *garantias fracas*, pois a relação

⁵²⁹ V.g. a seguinte decisão do STJ, no REsp 12.174/RJ, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU 12.04.1993: *é nulo o acórdão que, por não examinar claramente as questões envolvidas na lide, gera perplexidades (CPC, art. 458, II)*.

⁵³⁰ 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, n. 168, 2009b, p. 123.

⁵³¹ MOREIRA, Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p.113.

⁵³² FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit.* 2006, p. 344 e 345.

entre dano patrimonial e culpa é muito mais apropriada para a administração dos negócios.

2.3.2 A responsabilização do Estado: uma garantia fraca

A responsabilidade do Estado por ato judicial tem uma especial valorização pelo legislador Francês, conforme referido por Giuliani e Picardi⁵³³, pois o magistrado tem a posição de um funcionário, justificando, em hipóteses específicas, a responsabilidade decorrente de dolo e culpa grave.

Trata-se, portanto, de uma *garantia fraca*, que serve exclusivamente para situações que pela sua geram efetivamente uma hipótese de responsabilização civil. Porquanto, a responsabilidade do Estado é inerente ao Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, v.g., se, por um lado, a observância da imparcialidade constitui um dever, por outro, a conduta contrária ao contemplado na norma, diferente da forma “devida”, é a de ilícito, ensejando a sua responsabilização.

Da mesma forma, se o juiz não está legitimado, em razão de uma atuação processual que transborde o exercício da sua função, deixa de atender a um requisito essencial imposto pela Constituição Federal e os efeitos são os previstos na norma processual, administrativa e penal⁵³⁴.

Neste caso, como sustenta Dergint⁵³⁵, o magistrado, que se deslegitima, fica igualado a um operador de serviço público, um agente do Estado, devendo ser os

⁵³³ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *Op.cit.* 1995, p. 202.

⁵³⁴ Cf. Notícia do Superior Tribunal de Justiça em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99912, último acesso em 23/11/2010: *a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou o recebimento de denúncia contra juiz mato-grossense acusado de corrupção passiva, em caso que envolve permuta de bem de menor. (...) Segundo o MP, depois de um primeiro processo com decisão contrária ao pedido do autor, a advogada teria proposto o ingresso de nova ação, com o mesmo objeto, na comarca onde o seu marido atuava como magistrado. Para isso, seria usado o endereço do pai de um dos acusados. Para evitar o impedimento, a petição teria sido apenas assinada por um advogado amigo pessoal do casal. (...) Para o relator, a decisão do TJMT pelo arquivamento foi precipitada, já que os indícios enquadram-se no tipo penal alegado, autorizando o seguimento da ação penal. O ministro ressaltou que a decisão não retrata juízo de valor sobre os fatos, mas apenas determina que sejam devidamente apurados, com o necessário respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.*

⁵³⁵ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: RT, 1994, p. 240. Para o autor não seria de se admitir a irresponsabilidade estatal sob o argumento

seus atos integrados na noção de responsabilidade adotada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Nestes casos, prescinde-se de ação rescisória, devendo ser demonstrado o nexo causal entre o seu irregular funcionamento e o dano.

As consequências para este tipo de atuação negativa judicial estão previstas no artigo 133, reprisada agora no anteprojeto do novo Código de Processo Civil (artigo 113):

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

A interpretação da norma do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, que impõe a responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares, suscita divergências sobre a responsabilidade objetiva de todas as pessoas jurídicas de Direito Público.

Com efeito, não se tem admitido a imputação de responsabilidade objetiva, dada a necessária independência que o juiz deve ter para julgar, conforme pontificou o Ministro Ilmar Galvão, por ocasião do julgamento do RE 219117/PR (j. 03.08.1999):

... não há que se cogitar de total irresponsabilidade dos órgãos judiciários, esses poderão no exercício de suas funções serem responsabilizados por erros que vierem a realizar, entretanto, essas hipóteses autolimitadoras da soberania desse Poder deverão ser expressas em lei. Atualmente estão regradas, principalmente, no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal (regulamentado pelo artigo 630 do Código de Processo Penal), além do artigo 133 do Código de Processo Civil, este no entanto, como frisa o recorrente, define a responsabilidade subjetiva do magistrado, exigindo deste modo do jurisdicionado a comprovação do dolo ou culpa do órgão judiciário responsável pela ação ou omissão que eventualmente lhe acarretou o dano, o que incorre no caso em comento, haja vista a recorrida perseguir a configuração da responsabilidade objetiva do Estado.

Desta sorte, se por um lado a Constituição Federal de 1988 assevera em seu art. 37, § 6º, que:

da soberania, pois os outros poderes também são soberanos e se admite a sua responsabilização, especialmente o executivo.

as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A questão quando confrontada nos Tribunais encontra firmado o entendimento segundo o qual "a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei."

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

Responsabilidade objetiva do Estado. Ato do Poder Judiciário - A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores a de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei.

(RE 111609/AM, Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 11/12/1992, PRIMEIRA TURMA, DJ 19-03-1993)

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatoria de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva.

2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa.

(...) 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88.

5. Recurso extraordinário conhecido e provido."

(RE 228977/SP, Min. NÉRI DA SILVEIRA, Julgamento: 05/03/2002, Segunda Turma, Publicação: DJ 12-04-2002)

Por outro lado, conforme o entendimento de Bretas de Carvalho Dias⁵³⁶, a norma processual, ao dispensar a necessidade de se perquerir a culpa do serviço público, consagra a responsabilidade objetiva e direta de todas as pessoas de Direito Público, ancorada na atual teoria publicista de risco criado ou teoria do risco administrativo, alcançando as três funções exercidas pelo Estado.

Referido preceito constitucional, de acordo com este entendimento, tem incidência em quaisquer situações de danos causados pelo Estado, independentemente de sua origem ou da natureza da atividade lesiva, subsistindo o dolo e a culpa na hipótese de direito de regresso contra o agente público.

⁵³⁶ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. A Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 29, maio-jun 2004, p. 241

Desde o ponto de vista teórico, a responsabilidade civil do juiz, consoante Giuliani e Picardi, cumpre três funções: uma função ideológica, pois representa o símbolo dos valores meta jurídicos; uma função preventivo-punitiva, pois exerce uma pressão psicológica sobre o juiz, pelo temor de incorrer numa sanção ressarcitória, evitando assim de cometer um ilícito grave; e, finalmente, uma função compensatória ou satisfatória, especialmente quando o dolo ou a culpa do juiz causa prejuízos de natureza econômica, a serem ressarcidos.

No direito comparado, admite-se estar a responsabilidade civil do Estado relacionada às hipóteses de erro judicial, não somente no campo penal, mas também na esfera cível, pelo funcionamento anormal da administração da justiça. Contudo, como pondera Aroca, ao comentar a *Ley Organica del Poder Judicial*, é conveniente precisar a contradição entre culpa leve e sistema processual de recursos e garantias frente ao erro, pois ao regular o procedimento e os recursos já se admite a possibilidade de erro⁵³⁷, que, acrescenta-se, é inerente à condição humana.

Com efeito, não é aceitável que qualquer erro *in procedendo* e *in iudicando* dê azo à responsabilidade civil, constituindo-se, pois, em uma garantia fraca, especialmente se considerarmos um processo em que o protagonismo dos juízes seja partilhado com as partes e os advogados, que devem usar os meios de impugnação para evitar o dano e/ou o agravamento do dano.

2.3.3 O CNJ e o controle da atuação judicial: A celeridade e o controle da moralidade

O legislador americano de 1980, regulamentando a responsabilidade disciplinar do juiz, optou por uma distinção entre profissão judicial e atividades conhecidas como *business*, valorizando a perspectiva disciplinar do controle da atuação judicial em detrimento da responsabilização civil⁵³⁸.

⁵³⁷ AROCA, Juan Montero. **Independência y Responsabilidad del Juez**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1990, p. 203.

⁵³⁸ Cf. GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *Op.cit.*, 1995, p. 202.

Esta também passou a ser o meio de responsabilidade adotada no Brasil, especialmente quando da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, chamada de Reforma do Judiciário, oportunidade em que foi criado o Conselho Nacional de Justiça.

O CNJ, a teor do disposto no artigo 92, I-A, da Constituição do Brasil, passou a integrar o Poder Judiciário, ocupando posição de organismo de controle judicial, de natureza administrativa e financeira, sem interferência nas decisões judiciais (art. 103-B, da Constituição do Brasil).

De acordo com Tavares, a reforma do judiciário trouxe mudanças significativas, em especial⁵³⁹:

(i) na preocupação constante com a celeridade da prestação jurisdicional; (ii) na preocupação com a efetividade do combate ao desrespeito dos direitos fundamentais, com a submissão do Estado brasileiro às decisões do Tribunal Penal Internacional e na (possibilidade de tornar federais os crimes contra direitos humanos, e; (iii) na ampliação dos direitos constitucionais fundamentais.

Trata-se, pois, de um controle participativo da atuação jurisdicional, sendo da essência das situações do Estado que se formem controles visando à qualificação dos serviços⁵⁴⁰, especialmente da moralidade. Com esta preocupação Berizonce⁵⁴¹ afirma que o poder judicial não pode escapar às exigências da democracia, na qual ninguém é incontrolável ou irresponsável.

2.3.3.1 A Celeridade Processual da Prestação Jurisdicional

A celeridade processual redundava, num primeiro momento, na necessidade de associações entre Direito e tempo, o que foi realizado por François Ost, em sua obra

⁵³⁹ TAVARES. A Reforma do Poder Judiciário: reflexões gerais e síntese do caso brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, abr./jun. 2010, n. 14, p. 20.

⁵⁴⁰ O magistrado italiano Mariano Sciacca apregoa a necessidade de capacidade organizativa do juiz, devido ao elevado nível de profissionalismo da atividade jurisdicional. Uma exigência para este Magistrado é de o juiz ser poliglota ou, ao menos, entender as línguas que gravitam em torno da justiça italiana. (*Gli strumenti di Efficienza del sistema giudiziario e l'incidenza della capacità organizzativa del giudice*, **Rivista di Diritto Processuale**, n. 33, CEDAN, maio-junho 2007).

⁵⁴¹ BERIZONCE. Roberto Contralor de la Labor Jurisdiccional y Estado de Derecho, **Participación e Proceso**, São Paulo: RT, p. 137.

“O Tempo do Direito”. Com efeito, Ost⁵⁴² associa o tema à mitologia: os filhos de *Urano*, o céu, e de *Gea*, a terra, enlaçados num abraço infundável eram enviados de imediato para o Tártaro. Teria *Gea* armado um dia o seu filho mais novo, *Kronos*, com uma pequena foice, com a ajuda da qual este cortou os testículos de seu pai, ocasionando a separação do Céu e da Terra e o início do reinado de *Kronos*.

Essa história reflete a violência e a negação do tempo que é perpetuada por *Kronos*, que passa a mandar os seus irmãos, os *Ciclopes*, para o Tártaro, inaugurando um reino sem partilha. Avisado por uma profecia de que um dos seus filhos destroná-lo-ia um dia, tinha o cuidado de devorá-los assim que sua mulher, *Reia*, punha-os no mundo. Importunada, ela subtrai o último, *Zeus*, à vindicta de *Kronos*. Chegado à idade adulta, *Zeus* encabeçou uma revolta e pôs fim ao reino de *Kronos*, enviado ao Tártaro.

Para Ost⁵⁴³, portanto, o significado da posição de *Kronos* é o de dono do tempo, bloqueando suas saídas, tanto do lado do passado como do futuro: cortar os testículos de seu pai é negar o peso do passado, é privá-lo de qualquer prolongamento possível; comer os próprios filhos é fazê-los regredir a uma posição uterina, privar desta feita o futuro de qualquer desenvolvimento. Contudo, da Ferida de *Urano* escaparam três gotas que, caídas na terra, deram origem à *Erínias* – as deusas de longa memória.

No processo civil as tentações recursais e os tempos mortos na estante dos cartórios são apenas uma faceta do cardápio variado de possibilidades de negar efetividade ao Direito, bloqueando suas saídas em direção a sua realização. Por outro lado, a celeridade processual desprovida de conteúdo, um simples cálculo de gestão, representa a negação do próprio tempo, como proposto por Ost, que adota três teses centrais: a primeira, o tempo, é uma instituição social antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica; logo um questão de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico⁵⁴⁴.

A segunda tese de Ost⁵⁴⁵ é a de que a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social, onde o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade.

⁵⁴² OST, François. **O Tempo do Direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 09

⁵⁴³ OST, François. *Op.cit.*, 1999, p. 10.

⁵⁴⁴ OST, François. *Op.cit.*, 1999. p. 12.

⁵⁴⁵ Idem, p. 14.

A terceira tese é a síntese das duas primeiras. Defender-se-á que se estabelece um elo poderoso entre temporalização social do tempo, com o tempo determinando a força instituinte do direito; o direito temporaliza ao passo que o tempo institui; o tempo não permanece exterior à matéria jurídica; é do interior que Direito e tempo se trabalham mutuamente.

O tempo do processo, portanto, é o tempo separado do da vida real, ritualizado; ele deve ter um conteúdo específico, qual seja: permitir que o julgamento desenvolva os seus efeitos performativos e instituintes: efeitos jurídicos (a condenação) e efeitos sociais (o apaziguar do conflito pelo mecanismo da catarse)⁵⁴⁶.

Nesta perspectiva, busca-se um sentido humano que contemple o tempo do processo e as suas urgências, de sorte que tanto o juiz quanto a ciência do processo estão em uma encruzilhada formada pelo mundo real, inundado pela informação fragmentada, selecionada, virtualizada e massificada.

Para fazer as escolhas propostas, Saldanha⁵⁴⁷ propõe realizar a tradução *capaz de aproximar aquilo que existe e não é visto com o que falta, mas cuja necessidade de existência não é pensada*. Com este objetivo, Saldanha apropria-se da teoria da tradução desenvolvida por Boaventura de Souza Santos, ao realizar uma crítica à razão indolente, em especial à razão metonímica e a proléptica.

Na razão metonímica, o pensamento jurídico apresenta-se como uma completude, impondo-se como totalidade e, como no mito de narciso, o ordenamento olha apenas para si, incapaz de atender o chamado do “eco” social, deslumbrado com as categorias e conceitos, construídos hierarquicamente.

A razão proléptica concebe o futuro de forma linear. Esse racionalismo constante na teoria do processo gera “emergências”, decorrentes de um viés lógico que privilegia a ordinarização procedimental, o juízo exauriente e a certeza jurídica. Boaventura utiliza-se de três procedimentos sociológicos como fundamento de uma razão cosmopolita: a *sociologia das ausências*, cujo objeto é a expansão do presente; a *sociologia das emergências*, para contrair o futuro, a partir da noção de cuidado, para trazer ao tempo presente as emergências; e o *trabalho de tradução*, um procedimento capaz de criar uma inteligibilidade mútua entre experiências possíveis e disponíveis sem destruir a sua identidade.

⁵⁴⁶ Idem. p. 15.

⁵⁴⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, p. 28.

Outrossim, o ideal racionalista de plenitude transforma o juiz na boca “irresponsável” da lei, o que ocorre, segundo Saldanha⁵⁴⁸, tanto na *common law* como no romano germânico. A consciência do Juiz acredita que o sistema de normas e precedentes de seus Estados formam o manancial suficiente à resolução dos conflitos do Poder Judiciário. Com efeito, para este Juiz pleno, o ideal cibernético é aquele encontrado na tela do computador, nos *servidores* dos Tribunais. É o ideal da massificação dos processos.

A abertura diz com novas possibilidades epistêmicas, onde se faz necessária uma mudança de mentalidade, especialmente na condução do processo, como acontece, por exemplo, quando o juiz decide se eventual vício compromete ou não o devido processo legal, justificando-se, portanto, a anulação do ato⁵⁴⁹.

Assim sendo, no interior do espaço-tempo do sistema jurídico, iremos encontrar: o emergente e o durável, a perene e o moderno, a flecha do seu tempo e a sua direção, a linearidade e a tempo circulante indicando aberturas e fechamentos do sistema, a totalidade e a criatividade, a ordem e a desordem, a variedade e o controle, a mudança dentro da continuidade e a continuidade nas transformações⁵⁵⁰. Nesse interno espaço-temporal, o Juiz não pode ser uma máquina de fazer sentença e o advogado não pode ser uma máquina de fazer petição.

Segundo Bedaque⁵⁵¹, a orientação seguida na regulamentação do processo civil europeu, a ser acolhida no Brasil, ao invés de preocupar-se com a cognição superficial ou incompleta, busca a aceleração e a simplificação mediante a previsão dos atos processuais em tempo relativamente curto, com eliminação de atividades repetidas ou dispensáveis, além da possibilidade de adaptação do procedimento às exigências do caso concreto. Trata-se de uma flexibilização que não implica sumariiedade da cognição ou comprometimento do contraditório.

Esta preocupação doutrinária tem sua razão de ser na existência de um direito fundamental, consagrado na Constituição Federal, no inciso LXXVIII, do seu artigo 5º, prevendo “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a

⁵⁴⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional**. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 98.

⁵⁴⁹ Essa é a proposta de Roberto Berizonce, para quem o legislador, juiz e partes devem conscientizar-se de que formas processuais constituem simples meio para alcançar a realização do direito.

⁵⁵⁰ Cf. INTZESSILOGLOU, Nikolaos. L`espace-temps du Système juridique: de la spatio-temporalite Sistemique à la spatio-temporalite juridique. **Arch. Phil. Droit**, v.42, 1997, p. 285.

⁵⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op.cit.*, 2006, p. 52

razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Com efeito, uma justiça lenta provoca danos econômicos (imobiliza bens e capital), favorece a especulação e se constitui numa arma voltada contra os mais fracos⁵⁵². A celeridade processual, portanto, passa a ser considerada uma missão estatal. Este objetivo consta também na exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, como uma *ideologia*.

Com efeito, acrescentado um novo inciso ao artigo 5º, da Constituição do Brasil, assegurando a razoável duração do processo e os meios garantidores da celeridade de sua tramitação, a duração do processo passa a ser um dever processual do juiz.

De acordo com Bretas de Carvalho Dias⁵⁵³, essa exigência de celeridade processual diz com o fato de que a jurisdição não seja prestada com atrasos suscetíveis de comprometer sua eficiência e credibilidade, fundado em antigo adágio inglês *justice delayed, justice denied*.

Com este objetivo algumas alterações legislativas foram perfectibilizadas, v.g., a inserção do §5º, do artigo 219 (lei 11.280/2006), dispondo que o juiz pronunciará de ofício a prescrição e a utilização de meio eletrônicos, especialmente a lei 11.419/2006, instituindo o processo judicial digital.

Da mesma forma, a jurisprudência sumulada resulta desta mesma necessidade de celeridade processual e previsibilidade às decisões, conforme a EC 45/2004, inserindo o artigo 103-A e §§ da Constituição Federal e a Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Ressalva-se, no entanto, que o juiz ao aplicar a súmula vinculante deverá fazê-lo fundamentadamente.

O Conselho Nacional de Justiça, em atenção ao cumprimento deste dever processual, estipulou ainda o denominado acordo Meta 2, em 09 de junho de 2009, determinando prazo para decisão final de processos distribuídos até cinco anos antes, sinalizando ser esta uma tendência a ser adotada, mas que, em função da complexidade do caso concreto, deverá ser confrontada.

O problema da duração do processo, no entanto, permanece tendo em vista especialmente os tempos de espera ou “os tempos mortos”, muito mais significativos do que os de desenvolvimento processual, decorrentes de paralisações motivadas

⁵⁵² VIGNERA, Giuseppe. *Op.cit.*, 2009, p. 44.

⁵⁵³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Op.cit.* 2004. p.200.

por aparatos administrativos superados⁵⁵⁴. Neste caso, a atuação do juiz passa a ser relevante no contexto cartorial. Esta exigência, contudo, desloca o juiz da sua função precipuamente jurisdicional e, de forma perversa, para o juiz, reduz o tempo da sua atuação decisória⁵⁵⁵.

O advento da Lei 11.419/2006 representou, também, uma ampliação das expectativas de celeridade processual, capaz de reduzir o “tempo morto” cartorial. Entretanto, a ausência de uma cultura de informatização e de um sistema estável de informatização não teve o condão de resolução dos problemas judiciais relacionados ao tempo de tramitação dos feitos⁵⁵⁶.

Um fator relevante, conforme salienta Araken De Assis⁵⁵⁷, é a inexistência de justiça instantânea. Para deliberar sobre um conflito é necessário um tempo razoável para sopesar os argumentos em disputa. Com este objetivo, a doutrina tem buscado dar melhor configuração à terminologia celeridade, buscando dar-lhe autonomia em relação ao conceito de tempestividade, especialmente rejeitando a correlata identificação com morosidade e intempestividade.

Neste sentido, Jobim⁵⁵⁸ esclarece que a celeridade processual é garantia ao jurisdicionado de que os atos processuais sejam realizados no menor espaço de tempo possível, na linha da economia processual; enquanto que a razoável duração do processo tem por finalidade a garantia do jurisdicionado que ingressa no Poder Judiciário de que num tempo razoável o seu processo tenha sido efetivado, ou pelo menos transitado em julgado a sentença. Assim, a morosidade pode decorrer dos

⁵⁵⁴ Cf. NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo. Eficiência Processual: Algumas Questões. **Revista de Processo**, n. 169, mar 2009b, p. 116 a 139. Os autores sugerem a criação da figura do administrador judicial (uma espécie de escrivão super especializado), nos moldes do que ocorre na Alemanha; Ver também THEODORO JUNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁵⁵⁵ No âmbito do direito comparado inglês, a proposta de Neil Andrews: “Deve-se reconhecer o isolamento e as pressões pelas quais passam os juizes envolvidos em litígios complexos e demorados, em resposta a esta questão tomar providencias necessárias para dar apoio aos juizes, com o auxílio dos juizes assistentes ... pode-se adotar uma atitude mais enérgica para rejeitar petições e defesas, a fim de evitar o julgamento de questões de pouca importância.” (ANDREWS, Neil. *Op.cit.* 2010, p. 79)

⁵⁵⁶ Ver DALL’ALBA, Felipe Camilo. *Idicium Eletrônico ou Processus Eletrônico?*, **Revista Virtual da AGU**, Brasília, v. 10, n. 97, fev. 2010, disponível em http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=127306&ordenacao=1&id_site=1115, Acesso em 23 jun 2011; O Autor, ao mesmo tempo que admite que o procedimento representa uma ampliação do acesso à justiça, adverte que existe a possibilidade de fraude, já que, quando do escaneamento, poderá haver adulteração da documentação.

⁵⁵⁷ ASSIS, Araken de. **Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor**. 6.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 46.

⁵⁵⁸ JOBIM, Marco Félix. **Direito à Duração Razoável do Processo**. São Paulo: Conceito, 2011, p. 141 a 149.

próprios atos processuais, como se verifica na etapa de citação por via rogatória. A morosidade que extrapola os limites temporais é que pode ser conceituada como intempestividade processual.

Portanto, a pretexto de estar cumprindo um dever de celeridade processual, não poderá o juiz abandonar a garantia de um processo com diálogo, permeado pelo contraditório. Diversamente, a cooperação das partes, sua contribuição ao diálogo processual, é condição para que o processo seja julgado de forma consistente e num prazo razoável.

2.3.3.2 O controle da moralidade: a função do CNJ

Sobre a moralidade, Ávila⁵⁵⁹ adverte que a interpretação do princípio da moralidade irá indicar que a seriedade, a motivação e a lealdade compõem o estado de coisas, e que comportamentos sérios, esclarecedores e leais são necessários. Como o princípio não indica quais são precisamente esses comportamentos, cumprirá ao CNJ a sua concreção.

A importância da sua aplicação, conforme expôs Pontes de Miranda⁵⁶⁰, reside no fato do dever de serem todos os atos dos juízes, como de qualquer funcionário público, realizados com observância da dignidade. O funcionário público, inclusive o juiz que pratica atos em que há indignidade, precisa ser punido, quer disciplinar ou penalmente. Esta fiscalidade relevante e imprescindível tem sido exercida pelo Conselho Nacional de Justiça, atuando concretamente para a valorização e independência do Poder Judiciário.

Com efeito, os resultados apresentados por esta instituição representam um sopro de renovação, como se verificou recentemente em pena imposta pelo órgão, de disponibilidade remunerada a um desembargador, por prática de advocacia administrativa. Este juiz, segundo entendeu o CNJ, cometeu falta disciplinar grave, ao ligar para o gabinete de colegas e pedir que atendessem advogados, inclusive a sua filha (PAC 2008.30.00.000090-5).

⁵⁵⁹ AVILA, Humberto. *Op.cit.*, 2003, p. 40 e 41. Para este autor, a situação qualificada por determinada qualidade se constitui em “estado de coisas”.

⁵⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. *Op.cit.* 1996, p.375 e s.

O ministro Cezar Peluso, ao se manifestar neste procedimento, referiu que atentar contra a independência de um juiz é um comportamento altamente repreensível e que tangencia a infração de normas tipicamente penais. Observa-se, pois, uma preocupação crescente com a moralidade, superando críticas relacionadas ao caráter corporativo dos controles.

Assim sendo, recente pesquisa sobre as resoluções adotadas pelo CNJ evidenciam que a maioria das notícias, com impacto na opinião pública, estava focada mais na moralidade (em torno de 61%); enquanto que as notícias sobre transparência (20%) e eficiência (19%) ficaram em segundo plano⁵⁶¹.

Igualmente, até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça tem sido o disciplinador do funcionamento da Justiça, onde integrantes da magistratura, do Ministério Público, da advocacia e indicados pelo Senado Federal e Câmara de Deputados, inclusive utilizando-se de consultas e audiências públicas, realizam atividade regulatória do Poder Judiciário, contribuindo para a sua valorização. Por outro lado, alguns atos processuais, ilegais ou abusivos, que não sejam passíveis de recurso ou correição poderiam motivar a impetração de mandado de segurança.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem se inclinado pela posição de ser inadmissível impetrar mandado de segurança contra ato judicial, quando a decisão não se reveste de teratologia ou de flagrante ilegalidade, tampouco evidencia a ocorrência de abuso de poder por parte do órgão prolator do ato impugnado, como demonstram os seguintes arestos, fundamentados na súmula 267, do Supremo Tribunal Federal. O enunciado sumular foi abrigado pela Lei nº 9.139/95, dando nova redação ao artigo 558, do CPC: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Desta sorte, o sistema processual não mais admite o mandado de segurança contra ato judicial recorrível, sequer nas hipóteses construídas pela praxe forense, especificamente aquela que visava agregar efeito suspensivo ao recurso, decorrente da probabilidade de lesão dificilmente reparável.

Dois principais motivos acarretaram o abandono do *mandamus* também para esta hipótese: a) Esta construção doutrinária e jurisprudencial detinha caráter nitidamente cautelar, exigindo, além da demonstração de plano do direito líquido e

⁵⁶¹ ROSILHO, André Janjácómo. O Poder Normativo do CNJ e o Sistema de Justiça Brasileiro, **Rev. bras. est. Const.** – RBEC, Belo Horizonte, n. 14, p. 37-83, abri/jun 2010.

certo (incidência de norma jurídica sobre fatos incontestados), os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*; b) A necessidade de demonstrar não só a regular interposição do recurso adequado, mas a manifesta teratologia ou abusividade da decisão.

Desde o ponto de vista da atividade censória de Tribunais e Conselhos, importa ressaltar que possui limites, conforme preceitua da Lei Orgânica da Magistratura, especialmente os seus artigos 40 e 41, visando resguardar a dignidade, a independência do juiz e a liberdade de manifestar suas opiniões e de proferir as suas decisões, salvo caso de impropriedade ou excesso de linguagem.

O artigo 42, da LOM, prevê as penas disciplinares de advertência, censura, remoção compulsória, disponibilidade, aposentadoria e demissão⁵⁶². A pena extrema está restrita às hipóteses de crime comum ou de responsabilidade e em procedimento administrativo⁵⁶³, inclusive decorrente de recebimento, a qualquer

⁵⁶² Cf. Informativo de Jurisprudência do STJ: *O magistrado foi denunciado por ter manipulado a distribuição de agravos de instrumento, o que, somado à prolação de decisões ou retardo de outras, ao final, propiciou a almejada compensação de créditos (cento e cinquenta milhões de reais) entre bancos, estando um deles, à época, em liquidação judicial. O co-réu (advogado) foi um dos que firmou o pedido de compensação com antecipação de tutela. Para tanto, recebeu, em espécie, cerca de um milhão e meio de reais a título de honorários, dos quais repassou quase setecentos mil reais em empréstimo a duas empresas de construção que têm o primeiro réu e sua mulher como principais sócios. Quanto à suspensão condicional do processo (já negada ao co-réu quando do recebimento da denúncia), à época dos fatos, o art. 317 do CP previa a pena de reclusão de um a oito anos, pois ainda não vigorava a Lei n. 10.763/2003, que a elevou ao patamar de dois a doze anos. Porém, cuida-se de corrupção qualificada (§ 1º), tal como disposto na denúncia e no acórdão que a recebeu, a determinar o aumento de um terço, o que elevaria seu mínimo a um ano e quatro meses, ultrapassando o limite estabelecido no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Os indícios probatórios, sem muito esforço de interpretação, levam à conclusão de que houve entre os réus uma concorrência efetiva para alcançar fim vedado em lei. A corrupção passiva (art. 317 c/c art. 29, ambos do CP) está caracterizada. O magistrado é primário e não registra antecedentes criminais, fato, contudo, que, conforme a jurisprudência, por si só, não é decisivo para o estabelecimento da pena em seu mínimo legal. Sua ação foi praticada com intenso dolo e culpabilidade, não havendo dúvida quanto à alienação de ato de ofício, ação que mancha o nome e a dignidade da Justiça. Assim, à falta de agravantes ou atenuantes, a pena deve ser fixada definitivamente em três anos de reclusão e trinta e seis dias-multa, a ser cumprida no regime prisional aberto (art. 33, § 2º, c, do CP), sem substituição, visto que não atendidos os requisitos do art. 44, III, desse mesmo código. Como efeito da condenação, declarou-se, expressamente, a perda do cargo de juiz (art. 92, I, a, do CP e art. 26 da LC n. 35/1979, a Loman), por se tratar de delito praticado com grave violação de dever no exercício do cargo de magistrado. O crime é próprio, mas foi realizado tão-só em decorrência do cargo, do qual se exige certeza de honestidade. A conduta do co-réu também é revestida de intenso dolo e culpabilidade, arranhando, em particular, a imagem da advocacia como peça essencial da Justiça. Daí que fixada idêntica pena e igual regime de cumprimento ao co-réu, com o diferencial de que a condenação deverá ser comunicada à OAB. Precedente citado do STF: HC 76.591-RJ, DJ 4/9/1998. (APn 224-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgada em 1º/10/2008).*

⁵⁶³ (...) 5. O magistrado que se dirige à sala de um colega, no mesmo fórum, em pleno horário de expediente, para ofendê-lo na presença de outras pessoas, dentre os quais servidores, advogados e outros juizes, sem dúvida alguma deixa de observar o seu *dever* de manter conduta irrepreensível na vida pública. 6. As ofensas irrogadas pelo recorrente em desfavor de outro magistrado, pelo simples fato do colega ter proferido sentença que lhe era desfavorável, não se coadunam com a postura que se espera de um *juiz*, sendo certo que tal conduta, indubitavelmente, deve ser considerada um desvio

título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento.

Recentes decisões, no entanto, têm implicada em perda do poder do CNJ, pela aplicação de elemento de subsidiariedade às estruturas correccionais dos Tribunais, conforme o artigo 103-B, § 4º, da Constituição brasileira, contudo a questão permanece em aberto como demonstra a decisão do Ministro Dias Toffoli, em Medida Cautelar em MS 29187, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe-023, publicado em 04/02/2011, onde o impetrante, magistrado de segundo grau de Tribunal Regional Federal, foi condenado à aposentadoria compulsória em procedimento administrativo instaurado originalmente pelo CNJ, sem prévio esgotamento de instância administrativa; A liminar foi indeferida sob o seguinte fundamento:

A criação do Conselho Nacional de Justiça foi o resultado de um processo histórico. Os embates entre os defensores dessa nova forma de controle do Poder Judiciário e seus adversários marcou-se por uma diferenciada visão das atividades de correição, planejamento e organização da magistratura. De um lado, aqueles que acreditavam na suficiência do modelo então em vigor. De outro, os que percebiam o esgotamento das estruturas constitucionais e legais, cuja manutenção implicaria a contestação do Poder Judiciário como instituição apta a corresponder às expectativas do povo brasileiro. Reduzindo-se o âmbito do exame desse processo histórico ao campo correicional, é evidente que a missão do CNJ era romper com a inércia, a falta de estrutura e as limitações de ordem sociológica das Corregedorias dos Tribunais. Essa viragem foi uma das marcas mais significativas do novo regime jurídico-disciplinar inaugurado pelo CNJ. Na realidade, ele subtraiu o controle da moralidade administrativa da magistratura dos órgãos e das elites judiciárias locais, para colocá-lo em poder de um elemento externo, nacional, descomprometido com as particularidades regionais. É o avanço do elemento republicano sobre o federalista, naquilo que se concentra com a eficiência na solução de desequilíbrios de poder e de uso do Direito por grupos específicos (...) Não desconheço as eruditas decisões monocráticas de alguns dos pares da Corte, como os ministros Celso de Mello e Eros Grau, em favor da tese ora defendida. O Tribunal, contudo, não se pronunciou em definitivo sobre a matéria, que permanece sob o império das manifestações monocráticas. E, nesse sentido, tenho a oportunidade de defender, como de resto o farei quando da apresentação da tese no Plenário, a não aplicabilidade da tese da atuação subsidiária e residual do CNJ.

2.3.4 Os modelos contrapostos

Em suma, há, de um lado, uma responsabilidade estrita, decorrente de do artigo 133, do CPC, limitada às hipóteses do texto e de outro, a responsabilidade funcional, de natureza disciplinar. Este modelo contraposto, para Ferrajoli⁵⁶⁴, acaba por proteger o juiz com uma total imunidade, por qualquer ação ou palavra pronunciada no exercício de sua função, decorrente exatamente da circunstância de que uma responsabilização civil ampla que paralisaria o sistema.

Em verdade, a responsabilidade civil serve para manter intacta a posição de supremacia do juiz na relação com os governados. Por isso a responsabilização processual, desenvolvida neste estudo, postulando uma nova legitimidade decorrente do cumprimento de deveres processuais, pode constituir-se no meio mais apropriado de controle da jurisdição, conciliando as garantias de independência dos juizes com as garantias pertinentes à segurança jurídica.

Como prescreve Garapon⁵⁶⁵, “a responsabilidade jurídica deixa de dizer respeito à ordenação do sagrado ou à relação de aliança entre um povo e o seu deus, para passar a ter a ver com o laço social”. Neste caso, o Direito não se afirma como uma exigência divina ou como uma essência, natural e imutável, mas se realiza no contraditório no processo justo, mediado por um terceiro, radicalmente comprometido com o cumprimento dos seus deveres processuais: o juiz moderno.

⁵⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit.* 2010, p. 553.

⁵⁶⁵ GARAPON, Antoine. *Op. Cit.*, p. 191

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término desta pesquisa podemos ter como validas as seguintes considerações:

1. A ética é entendida como tudo aquilo que abarca o que é humano, uma reflexão sobre a moral vigente, integrando o dever jurídico essa ética.

2. O dever jurídico corresponde a uma noção de valor, resultando assim em uma aproximação da ética com o direito.

3. Dentro dos vários aspectos do direito, tratamos do processo, cujas posições jurídicas constituem os poderes, os ônus, as faculdades e os deveres processuais.

4. Desde o ponto de vista do conteúdo interno do processo, os deveres processuais passam a ser considerados como posições jurídicas em situação correlata aos poderes.

5. Na distinção entre ônus e deveres o elemento fundamental é o impulso do ato processual, pois, no ônus, o prejuízo da omissão ou da ação deficiente é de quem incumbe agir.

6. O dever processual está direcionado ao interesse do outro, possuindo natureza pública e caráter cogente.

7. Na situação jurídica de dever processual, a conduta do juiz é qualificada no contexto de uma valoração, cuja transgressão priva o ato de consequência.

8. O poder do juiz é um poder limitado e controlado, não apenas em relação ao seu ato final, mas no pertinente aos atos preparatórios à sentença.

9. A compreensão do significado do controle do exercício da jurisdição implica observar as suas origens históricas, que se reconhecem na assembleia constituinte francesa de 1790.

10. A linguagem jurídica surgida na revolução francesa passa a ser determinante, apresentando-se sob a forma de princípios, como se depreende dos fundamentos e fins definidos nos artigos 1º a 3º, da Constituição Federal do Brasil, afirmando os seus Princípios Fundamentais;

11. O postulado da liberdade comporia uma primeira geração de direitos fundamentais, pois pretende impor um limite à atuação do Estado e, na perspectiva

dos deveres processuais do juiz, como uma garantia de acesso à justiça e um repúdio ao arbítrio estatal.

12. O postulado da igualdade comporia uma segunda geração de direitos fundamentais, repercutindo no processo quando da participação daquele interessado cuja esfera jurídica o ato final se destina, bem como na paridade de suas posições.

13. O juiz é responsável por uma situação de potencial equilíbrio entre as partes.

14. A solidariedade é a face moderna da fraternidade, expressando um dever, cuja função é o de impedir a prevalência do individualismo exacerbado e, no processo, o de que a atuação do juiz e das partes esteja em consonância com o princípio da boa fé objetiva e da lealdade.

15. As partes são chamadas a cooperar com a jurisdição e, ao mesmo tempo, controlar a atividade jurisdicional.

16. Os Juízes anteriormente restritos ao território nacional passam a referir julgamentos estrangeiros em decisões em âmbito nacional, além de atuarem em organismos transnacionais, em sistema de cooperação.

17. A elaboração de um novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei 8.046/2010, provoca uma série de questionamentos sobre sua adequação lógica, jurídica, política, econômica e social, de sorte que as regras contidas neste novo diploma estejam em consonância com os princípios formativos do próprio processo, caracterizados como princípios indispensáveis para uma melhor efetividade do sistema processual.

18. O controle interno da atividade judicial constitui-se em um novo profissionalismo, ao mesmo tempo garantindo a independência do juiz e possibilitando seja sua atuação controlada pelas partes.

19. As expectativas sociais, quanto ao cumprimento de deveres processuais, colocam o juiz a serviço da sociedade.

20. Uma visão estatista, que apregoe o protagonismo exclusivo do juiz, sem controle processual, redundando em uma aplicação normativa solipsista e voluntarista.

21. A solução do conflito, sob o influxo do Estado Democrático de Direito, se dá por meio de um diálogo persuasivo.

22. Os deveres processuais do juiz são compreendidos dentro dessa noção específica, a do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição do Brasil, no seu artigo 1º.

23. Há um influxo dos postulados constitucionais, fortalecendo os direitos da cidadania, em especial os de estímulo ao ambiente democrático e de diálogo, conduzindo a um desprestígio da figura do poder exclusivo do juiz.

24. O juiz não se encontra restrito a uma legalidade estatal, pois detém o poder de realizar uma leitura do Direito orientada pela Constituição.

25. O processo que atende aos princípios fundamentais da Constituição assegura a participação de todos os atores, incumbindo ao juiz valorizar a colaboração das partes, com o objetivo de criar as condições procedimentais democráticas e legitimantes das decisões.

26. O conteúdo dos deveres processuais do juiz, desta forma, aproxima o processo do seu objetivo de concretização das garantias constitucionais.

27. O juiz tem o dever de garantir os direitos fundamentais valorizando a participação processual das partes e desta sorte fortalecendo o caráter dialético do processo.

28. A constituição federal, ao fundar a República na cidadania e na dignidade da pessoa humana, impregna valorativamente o processo civil, de modo que a realização de determinadas condutas processuais constituem-se em deveres do juiz, indispensáveis à configuração do Estado de Direito.

29. A Constituição assegura o direito ao devido processo legal (*due process of law*), inclusive no seu sentido material, impondo limites à atuação dos poderes do Estado e, ao mesmo tempo, exigindo a aplicação efetiva do Direito.

30. Os deveres processuais do juiz estão fundados precipuamente no cumprimento dos catálogos de garantias constitucionais relacionados ao processo, especificamente os previstos no art. 5º, da Constituição da República, em seus incisos XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), XXXVII (não haverá Juízo ou Tribunal de Exceção), LIII (ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente), LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), LV (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes), LVI (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos),

LXXVIII (a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação) e Art. 93, inciso IX (o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada).

31. A segurança jurídica é uma decorrência do Estado de Direito, obtida mediante a proteção da confiança e da legalidade.

32. O Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional, decorrente de uma evolução histórica desenvolvida a partir de dois princípios fundamentais: o da “difusão do poder” e o da “diferenciação do poder”.

33. Na perspectiva da “diferenciação do poder”, o processo judicial situa-se na esfera da opinião e da persuasão, da responsabilidade, da informação e da tutela do ambiente e dos direitos humanos.

34. Há um dever do juiz de proteger a confiança legítima do cidadão na realização da justiça, incumbência do Estado Democrático de Direito.

35. A Constituição do Brasil possibilita pensar um modelo processual moderno, atendendo a necessidade de participação e democracia processual.

36. O processo não se esgota na realização do direito material, de sorte que os direitos fundamentais passam a conformar o processo, influenciando as posições subjetivas dos seus integrantes, especialmente a de dever processual do juiz.

37. Os deveres processuais do juiz, pois, possuem fundamentação constitucional, sendo a imparcialidade o mais importante limite processual e os deveres de publicidade e motivação os mais importantes meios de controle processual.

39. No direito processual brasileiro a imparcialidade apresenta-se sob um aspecto objetivo, que é a igualdade de tratamento das partes e outro subjetivo, pelo qual o juiz deve ser estranho à causa e às partes.

40. Na perspectiva dos direitos fundamentais, o juiz tem o dever de conferir tutela efetiva e adequada.

41. O dever de efetividade consiste em assegurar que o processo não se converta em uma “máquina de impedir”, o que, na maioria das vezes, é proporcionado por formalismos estéreis.

42. O juiz atua em uma estrutura processual desenvolvida em contraditório, de sorte que, a cada escolha do juiz, há uma fiscalização interna das partes.

43. A garantia do contraditório estabelece uma série de deveres ao juiz, tais como dever de informação, de possibilitar a manifestação das partes e de conferir atenção aos argumentos das partes.

44. O dever processual do juiz de estabelecer o contraditório contempla, desde o ponto de vista dos direitos das partes, à vedação do julgamento por armadilha (direito de informação), à vedação da surpresa processual (direito de manifestação) e à vedação de ignorar as razões apresentadas (direito de ver seus argumentos considerados).

45. Dentre os deveres do Juiz na instrução do processo destacam-se o interrogatório e o esclarecimento, indicação de pontos controvertidos, atendimento aos fatos constantes dos autos e determinação de diligências necessárias à instrução do processo.

46. A incidência do princípio da boa fé objetiva, aplicada à atuação processual do juiz, comporta a exigibilidade de deveres processuais, especificamente duas grandes categorias: o da lealdade e o de proibição de conduta em desacordo com a confiança gerada;

47. A lealdade processual é uma exigência a justificar objetivamente o mérito dos deveres processuais do juiz.

48. A conduta do Juiz deve ser plena e integral em busca da verdade; contudo, não se confunde com o que se denomina ideologia da ordinaryness, tampouco com o abandono dos juízos de verossimilhança.

49. A Constituição Federal assegura a publicidade e a fundamentação de todas as decisões, como cumprimento de uma exigência do Estado Democrático de Direito.

50. A decisão judicial fundamentada constitui-se na forma mais eficiente de controle da Jurisdição.

51. O dever de urbanidade incumbe a todos, inclusive aos magistrados.

52. O dever do juiz de facilitar os métodos alternativos de autocomposição do processo está em consonância com o modelo processual cooperativo.

53. A fiscalidade interna das partes se dá precipuamente pela exigência de cumprimento dos deveres processuais do juiz.

54. O controle interno da jurisdição decorre do próprio conteúdo do ato judicial, previsto em uma tipificação legal. Em consequência, a sua conduta processual consiste em um ato típico, no caso, impondo um dever de adotá-la.

55. O controle interno se dá, por conseguinte, pela atuação dos sujeitos processuais, utilizando-se dos recursos de que dispõem eles para fazer valer a realização de uma conduta processual do juiz, garantidora da segurança jurídica.

56. O controle interno da jurisdição não se realiza em sua face meramente subjetiva, cuja aplicação possui fundamentação histórica, justificado seu surgimento em necessidades sociais e políticas da época da elaboração do Código Civil Francês de 1804, onde o juiz era apenas a boca da lei.

57. Este controle, portanto, possui natureza objetiva e não prescinde de respostas à seguinte questão primordial: qual modelo processo adotado em determinado ordenamento jurídico?

58. A boa-fé objetiva tem função importante, como uma regra de comportamento imposto às partes e ao juiz, realizando um modelo processual participativo, constituindo-se em um dever processual, cuja natureza é de sobredireito.

59. A jurisdição legitima-se a partir do cumprimento dos deveres processuais pelo juiz, rompendo com o modelo assimétrico do processo e estabelecendo um modelo processual participativo.

60. O controle interno da atuação dos Juízes busca otimizar o agir dos sujeitos processuais na realização da Justiça.

61. O comportamento processual do juiz contrário ao seu dever processual contempla modalidades diversas de consequências.

62. O poder de impugnação à fattispecie da situação jurídica do juiz contrária ao dever processual, ocasionadora de prejuízo à parte, propicia a anulação do ato e a sua repetição, inclusive dos subsequentes que dele dependam.

63. A recondução do processo constitui-se em espécie de garantia forte, em consonância com o modelo constitucional do processo.

64. A própria comunidade, seja pela exigência de coerência das decisões, seja por meio da sua atuação processual, em cada ato realizado dentro do processo, valorizando as garantias previstas na Constituição, realiza o seu controle final.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. São Paulo: Conceito, 2011.

ALCALÁ-ZAMORA, Niceto; CASTILLO. **Proceso, autocomposición y autodefesa: contribucion al estudio de los fines del proceso**. Mexico: Imprensa universitaria, 1947.

ALEXY, Robert. Direito e Moral. Trad Paulo Gilberto Cogo Leivas. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzon, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALLARD, Julie; GARANPON, Antoine Garapon. **Os Juízes na Mundialização. A Nova Revolução do Direito**. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Piaget, 2005.

ALPA, Guido. **Solidarietà**. Opinioni, NGCC, 1994.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Alienação da Coisa Litigiosa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Jurisdição e Administração. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 119, 1993.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Juiz e o Princípio do Contraditório, **Revista de Processo**, v. 73, 1994

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo**. Curitiba: Genesis, n. 27, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVIM, Jose Eduardo Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil** – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão de tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2010.

APEL, Karl-Otto. **Ética e Responsabilidade**. Trad. Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

ARAUJO, Rosalina Correa. **O Estado e o Poder Judiciário no Brasil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. Trad. Mauro de Almeida. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1972.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o Princípio da Demanda. **Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira**, disponível em http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/153638/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda, último acesso em 20-out-2011.

AROCA, Juan Montero. **Independência y Responsabilidad del Juez**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1990.

ARRUDA ALVIM, Angélica. Princípios Constitucionais do Processo. **Revista de Processo**, n. 74, 1994.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Deveres das Partes e dos Procuradores no Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, 1993, v. 69/7.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de Direito Processual Civil**. 10.ed. São Paulo: RT, v.1, 2006.

ASSIS, Araken de. **Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor**. 6.ed. São Paulo: RT, 2004.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAPTISTA SILVA, Ovídio Araújo. **Comentário ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, v. 1, 2000.

BAPTISTA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. (s.c.): Sérgio Fabris Editor, v.1, 1987.

BAPTISTA SILVA, Ovídio Araújo. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BAPTISTA SILVA, Ovídio Araújo. **Direito, Estado e Democracia**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

BAPTISTA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e Execução**. São Paulo: RT, 2006.

BAPTISTA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BAPTISTA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia: O paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BAQUERO, Marcelo; CASTRO, Henrique. **Condicionantes da Consolidação Democrática**. Porto Alegre: UFRGS, 1996.

BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhman in Glossário**. Milano: FrancoAngeli, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASARAB, Nicolescu, Um novo tipo de conhecimento – Transdisciplinaridade. In: BASSARAB, Nicolescu et al. **Educação e Transdisciplinariedade**. Brasília: UNESCO, 1999.

BAUR, Fritz. Da Importância da Dicção *Iura Novit Curia*, **Revista de Processo**, n. 3. São Paulo: RT, 1976.

BAUR, Fritz. O papel Ativo do Juiz. **Revista de Processo**, n. 27. São Paulo: RT, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. São Paulo: RT, 1994.

BENETI, Sidnei. **Da Conduta do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. **Revista da História das Idéias**. v. 26. Coimbra: Faculdade de Letras, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Democracia, Inclusão Social e Igualdade**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

BERINZONCE, Roberto. **El Juez Y La Magistratura**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999.

BERNABÉ, Boris. **La Récusation des Juges**. Paris: lextenso, 2009.

BERTOLINO, Pedro J. **La Verdad Jurídica Objetiva**. Buenos Aires: Depalma, 1990

BETTI, Emílio. **Enciclopedia Del Diritto**. verbete *Dovere Giuridico*. Milano: Giuffré, v.14, 1965.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. Sulla Funcione Promozionale del Diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto Civile e Processuale Civile**, 1969.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Santos. 4.ed. Brasília: Edunb, 1994

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale e outros. 12.ed. Brasil: UnB, v. 2, 1999

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Crise do Estado, Democracia Política e Possibilidades de Consolidação da Proposta Constitucional In: GOMES CANOTILHO, J.J.; STRECK, Lênio Luiz. **Entre Discursos e Culturas Jurídicas**. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Ângela Araújo Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã. Por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Constituição e processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 10.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BORGES, José Souto Maior. **O Contraditório no Processo Judicial (Uma Visão Dialética)**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORNHEIM, Gerd A. **Os Filósofos Pré-socráticos**. 15.ed. São Paulo: Cultrix, 1997

BORNHEIN, Gerd. **O Homem e a Ética**. Porto Alegre: UFRGS, 1994

BOUDON, Raymond. **O Justo e o Verdadeiro**. Trad.: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1998

BOURSIER, Marie-Emma. **Le Principe de loyauté en Droit Processuel**. Paris: Dalloz, 2003

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, um Terceiro Enigmático**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUZAID, Alfredo. Processo e Verdade no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, n. 47. São Paulo: RT, 1987.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Trad. Luiz Abezia e Drina Barbery. Campinas: Bookseller, v. 2, 1999.

CALMOM DE PASSOS, J. J. **Participação e Processo**. Coletânea Participação e Processo. São Paulo: RT, 1988.

CALMOM DE PASSOS, J.J. **Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais**. São Paulo: RT, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6.ed. Bahia: Podium, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: RT, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Menezes Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. Contituzionalismo Moderno e Ruolo del Potere Giudiziario nelle Società Contemporanee, **Revista de Processo**, São Paulo, n. 68, 1992

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARLUCCI, Aida Kemelmajer. **Ética de los jueces.** Análisis pragmático. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Argentina, v. 10, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano.** Trad Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil.** Trad. Adrián Sotero Batista. Campinas: Servanda, v.1, 1999

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil.** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, v. I, 2000.

CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas Sobre Derecho e Lenguaje.** 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Bretãs. **Processo Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O Direito Hoje e com que Sentido?** Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001

CAVALLONE, Bruno. In Difesa della Veriphobia (Considerazioni Amichevolmente polemiche Su um Libro Recente de Michele Taruffo). **Rivista di Diritto Processuale**, Milano, CEDAM, v.115, n. 1, 2010.

CHABAS, François. **Leçons de Droit Civil, Obligations**. 9.ed. Paris: Montchrestien, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Forum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de Derecho Procesal Civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, v.2, 1949.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitaneo. Campinas: Bookseller, v.1, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**, tomo I. Trad. José Casáis y Santaló. 3.ed. Madrid: Réus, 1950

CICERO, Marco Túlio. **Dos Deveres**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

CIPRIANI, Franco. **Il Processo Civile nello Stato Democrático**. Milano: Scientifiche Italiana, 2000.

CLAVERO, Bartolome. **Codificacion y Constitucion: Paradigmas de un Binomio**. Milano: Quaderni Fiorentini, v.18, 1989.

COMISSÃO GULBENKIAN. **Para abrir as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 1996

COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

COPETTI SANTOS, André Leonardo. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CORDERO, Franco. **Le Situazioni Soggettive nel Processo Penale**. Torino: G. Giappichelli, 1956.

CORDERO, Franco. **Verbete Giudizio**. Novissimo Digesto Italiano. Itália: Torinese, v.7, 1968.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O Juízo Arbitral no Direito Brasileiro. **AJURIS**, v.41, 1980.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **Para uma História dos Conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: RT, 1980

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3.ed. Buenos Aires: De Palma, 1994.

CRESCI SOBRINHO, Elicio. **Dever de Esclarecimento e Complementação no Processo Civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Repressão ao Dolo Processual, o Novo Artigo 14 do CPC**. Genesis, Curitiba, n. 23, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo** - Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual - civil e penal. São Paulo: RT, 1998.

DAL COL, Helder Martinez. **Dever Jurídico e Direitos da Personalidade**. Genesis, Curitiba, n 27, 2003.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. Idicium Eletrônico ou Processus Eletrônico?, **Revista Virtual da AGU**, Brasília, v. 10, n. 97, fev. 2010, disponível em http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=127306&ordenacao=1&id_site=1115, Acesso em 23 jun 2011

DALL'AGNOL, Antônio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: RT, v. 2, 2007.

DALL'AGNOL, Jorge Luis. **Pressupostos Processuais**. Porto Alegre: Lejur, 1988.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993

DE VINCENZI, Brunela Vieira. **A Boa-Fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

DENTI, Vittorio. Giustizia e Partecipazione nella Tutela dei Nuovi Diritti. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (coords). **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: RT, 1994.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro, **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 29, maio-jun 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado Pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11.ed. Salvador: Podium, 2009.

DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Orgs.) **Participação e Processo**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 2.ed. São Paulo: RT, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2.ed. São Paulo: RT, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DUBY, George, **Ano 1000, Ano 2000: Na Pista dos Nossos Medos**. Trad. Eugenio da Silva. São Paulo: UNESP, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.

ECHANDÍA, Devis. **Teoria General del Proceso**. Buenos Aires: Universidad, 1997.

ENGELMANN, Wilson. **Princípio da Igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8.ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. **La lengua de los derechos**. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza, 2001.

ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Extinção do Processo e Mérito da Causa, Saneamento do Processo**. Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais, **Revista Forense**, v. 330

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Note in Tema de Diritto e Processo**. Milano: Dott. A Giuffré, 1957.

FAZZALARI, Elio. "Processo. Teoria Generale". (verbete) **Novíssimo Digesto Italiano**, v. 13. Turim: UTET, 1966.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et alle. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o Passado e o Futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. Trad. Carlo Alberto Bastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FISCHBACH, Oskar. **Teoria General del Estado**. 4.ed. Barcelona: Labor, 1949

FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob. A Boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Cadernos do Programa de pós-graduação em Direito**, PPGDir/UFRGS, nov 2003

FRADERA, Vera Maria Jacob. Langue et Droit au Mercosur. In: JAYME, Erik (Org.). **Langue et Droit, Collection des Rapports Présentés au XVè**. Congrès International de Droit Comparé, Bristol, 1998.

FRADERA, Véra Maria Jacob. **Reflexões sobre a Contribuição do Direito Comparado para a Elaboração do Direito Comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRADERA, Vera Maria Jacob. Dano Pré-contratual: Uma Análise Comparativa a Partir de Três Sistemas Jurídicos, o Continental Europeu, o Latino Americano e o Americano do Norte. **Revista de Informação Legislativa**, 1997

FREITAS, Câmara. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 18, p. 9-19, set. 2004

FROSINI, Vittorio. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Torinese, v.4, 1957.

GADAMER, Hans Georg, **Verdade e Método**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. **Lembrar, Escrever, Esquecer**. São Paulo: 34, 2006.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar Ensaio sobre o Ritual Judiciário**. Trad. Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. O Guardião das Promessas, tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Lengua de los Derechos la Formación del Derecho Público Europeu tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza Universidad, 1994.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **As Transformações do Estado Contemporâneo**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. **Responsabilità del Giudice**. Milano: Giuffré, 1995.

GLENN, Patrick. La tradition Juridique Nationale. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 2, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Buenos Aires : EJE, 1961.

GOLDSTEIN, Stephen. Giudice manager e giudice conciliatori. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n.3, set 2009.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, v.21, 1966

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: RT, 1973

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciárias: o Contempt of Court. **Revista do Processo**, n. 102. São Paulo: RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, n. 8, out/dez 2008

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

GRUNSKY, Wolfgang. **Para un Proceso Civil Eficaz**. Bella Terra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

GUASP, Jaime. **Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil**. 2.ed. Madrid: Aguilar, 1948.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional, **Revista de Processo**, n. 62. São Paulo: RT, 1991.

GUILLEN, Fairen. **El Juicio Ordinario y los Plenários Rápidos** – (los defectos en la recepción del derecho procesal comun, sus causas y consecuencias en doctrina o legislación actuales). Barcelona: Bosch, 1953.

GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. O Sobreprincípio da Boa-Fé Processual como Decorrência do Comportamento da Parte em Juízo. In: ANUÁRIO 2003 DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Trad. Gilda Encarnação. Lisboa: Piaget, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **La Constelación Posnacional**. Trad. Luiz Diez. Barcelona: Paidós, 2000.

HATTENHAUER, Hans. **Los fundamentos historico-ideologicos del derecho aleman**. Trad. Miguel Macias-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

HEIDEGGER, Martin. **El Ser y el Tiempo**. Disponível em: www.philosophia.cl/Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

HOFFE, Otfried. *Sur la théorie du droit et de l'état de Habermas*, **Le Procés**, Archives de Philosophie du Droit, tomo 39, Sirey, 1995

HOYOS, Arturo. La Garantía Constitucional del Debido Proceso Legal. **Revista do Processo**, v. 47, jul./set., 1987.

INTZESSILOGLOU, Nikolaos. L'espace-temps du Système juridique: de la spatio-temporalité Sistemique à la spatio-temporalité juridique. **Arch. Phil. Droit**, v.42, 1997

JOBIM, Marco Félix. **Direito à Duração Razoável do Processo**. São Paulo: Conceito, 2011.

JORDA, Claude. **Le Devenir du Droit Comparé en France**. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

KANT, Emanuel. **Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres**. Trad. Manuel Garcia Morente. 8.ed. Madrid: Espasa-Calpa, 1983.

KANT, Immanuel. Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. in: MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

KAUFMAN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LA ROCCA, Manlio. **Profili di un Sistema di Responsabilità Processuale**. Napoli: Morano, 1969.

LACAN, Jacques. **Lacan, Você Conhece?**. Palestras do Encontro Jacques Lacan. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Cultura, 1992

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. Porto Alegre: Sulina, 1953.

LACERDA, Galeno. O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo, **Revista do IARGS**, 1976

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. Trad. Fátima Sá Correia e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1999

LARENZ, Karl, **Direito Justo**. trad. de Luiz Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LE GOFF, Jacques et al. **Dicionário Temático do Ocidente Medieval**, verbete *idade média*. (s.c.): Edusc, 1999

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LIEBMAN, Enrico. Diritto Costituzionale e Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, 1952, I.

LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Direito na História**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008

LIPARI, Nicolo. Il ruolo del Giudice della Crise delle Fonti del Diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Giuffrè, n. 2, 2009.

LIPARI, Nicolo. Valori Costituzionali e Procedimento Interpretativo. **Rivista Trim. di dir. e proc. civ.**, 2003.

LIPOVTESKI, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**. São Paulo: Manole, 2005.

LOPES, João Batista. **Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença**. São Paulo: RT, 2008.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACFARLANE, Alan. **A Cultura do Capitalismo**. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di Diritto Processuale Civile**. 12.ed. Torino: Giappichelli, 1998.

MANDRIOLLI, Crisanto. **Corso di Diritto Processuale Civile**. 12.ed. Torino: G. Giappichelli, v.1, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional, **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre, n. 2, maio 2005

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. **O projeto do CPC. Crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, vol. 906. São Paulo: RT, 2011

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 9.ed. Campinas: Milenium, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-Significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MASCIOTRA, Mario. **La Conducta Procesal de las Partes**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia et al. **Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais. Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: RT, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELENDO, Santiago Sentis. Naturaleza de la Prueba. **Revista dos Tribunais**, v. 462, 1974.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Jurídica virtual**, n. 14, jul 2000.

MENDONÇA LIMA, Alcides. Princípios Informativos no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, n. 34. São Paulo: RT, 1984.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo III, 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2009.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**, Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Subjetivo, Pretensão e Ação. **Revista de Processo**, n. 47, jul./set., 1987.

MOREIRA DA SILVA, José Carlos. **Hermenêutica Filosófica e Direito. O Exemplo Privilegiado da Boa Fé Objetiva no Direito Contratual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

MOREIRA, Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume V, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2005.

MORELLO, Augusto M. **El Proceso Civil Moderno**. La Plata: Platense, 2001.

MORIN, Edgar. **O Método 6: Ética**. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MUSSO, Enrico Spagna. **Enciclopedia del Diritto**. Verbetes *Giudice*. Milano: Giuffré, 1969.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2009

NETTO, Nelson Rodrigues. A Fase Atual da Reforma Processual e a Ética no Processo. **Genesis**, Curitiba, n. 31, 2004.

NOSETE, Jose Almagro. **Responsabilidad Judicial**. Córdoba: El Almendro, 1984.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo M. F.; CURI, Ivan Guérios. Processo Constitucional Contemporâneo. **Boletim da faculdade de direito**, Coimbra, v. 535, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo. Eficiência Processual: Algumas Questões. **Revista de Processo**, n. 169, mar 2009.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OTEIZA, Eduardo. Abuso de los Derechos Procesales en América Latina. In: MOREIRA, Jose Carlos Barbosa (coord). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERELMAN, Chaim. **La Lógica Jurídica y La Nueva Retórica**. Trad. Luiz Maria Díez-Picazo. Espanha: Civitas, 1988.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. **La Successione Processuale, I. Oggetto e Limiti**. Milano: Dott. A. Giuffré, 1964.

PISTORI, Edson Lacerda. **Dos Princípios do Processo**. São Paulo: LTR, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado das Ações**. São Paulo: RT, 1970.

PORTANOVA, Rui. **Princípios de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A Formação e o Sentido do Brasil**. São Paulo: Vozes, 1995.

ROCHA, Alvaro Felipe Oxley. **Sociologia do Direito: a magistratura no espelho**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002

ROCHA, César Asfor. **Cartas a um Jovem Juiz**. Cada Processo Hospeda uma Vida. São Paulo: Elsevier, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. A Institucionalização do Republicanismo no Brasil: O papel de Rui Barbosa na Constituição de 1981. In: GOMES CANOTILHO, J.J.; STRECK, Lênio Luiz (coord). **Entre Discursos e Culturas Jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica In: BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; STRECK, Lênio Luiz (orgs.) **Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico**. Anuário do Mestrado e Doutorado da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

ROSILHO, André Janjácómo. O Poder Normativo do CNJ e o Sistema de Justiça Brasileiro, **Rev. bras. est. Const.** – RBEC, Belo Horizonte, n. 14, p. 37-83, abri/jun 2010

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: Mudanças e Reformas. **Estudos Avançados**. v.18, n.51, 2004, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200005&script=sci_arttext, último acesso em 20-out-2011.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger um Mestre da Alemanha entre o Bem e o Mal**. Trad. Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da Teoria Geral do Processo à Teoria da Tradução. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional**. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986

SALDANHA, Nelson. **O Pensamento Jurídico Brasileiro Contemporâneo**. Fiorentini: Quaderni, v.23, 1994

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A Atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza, MARQUES, Maria e PEDROSO, João. Os Tribunais na sociedade contemporânea. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>, último acesso em 20-out-2011.

SANTOS, Ferreira dos. **O Que é Pós-Moderno**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo. A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Algumas Notas Sobre o Novo § 3º do Art. 5º da Constituição”, **Direito, Estado e Democracia**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

SCIACCA, Mariano. Gli strumenti di Efficienza del sistema giudiziario e l'incidenza della capacità organizzativa del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, CEDAN, n. 33, maio-jun2007.

SILVA, Afonso da; VIRGILIO, Luis. O Proporcional e o Razoável, **Revista dos Tribunais**, v. 798, São Paulo: RT, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6.ed. São Paulo: RT, 1990.

SOLON, Ari Marcelo. **Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SOMMA, Alessandro. Giochi senza Frontiere. Diritto Comparato e Tradizione Giuridica. **Boletín Mexicano De Derecho Comparado**, n. 109, 2004.

SOUZA, Ernane Fidelis de. **Manual de Direito Processual Civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**. Ijuí: UNIJUI, 2001.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

SUDBRACK, Umberto Guaspari; PIOVESAN, Flávia. Direito à Saúde e o Dever de Informar: Direito à Prova e a Responsabilidade Civil das Empresas de Tabaco. in HONSI, Clarissa Menezes (coord). **Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Pádua: Casa Editrice Dott, 1975.

TARUFFO, Michele. La Motivazione della Sentenza. **Genesis**, Curitiba, n. 31, 2004.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori del giudice e delle parti in Europa. **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**, Milano, 2006.

TARUFFO, Michele. Verdad Negociada?. Revista de Derecho, n. 1, Jul 2008, Chile. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502008000100006&script=sci_arttext, Acesso em 03 abril 2011.

TAVARES. A Reforma do Poder Judiciário: reflexões gerais e síntese do caso brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, n. 14, Belo Horizonte, abr./jun. 2010.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Aprimoramento do Processo Civil como Garantia da Cidadania**. As Garantias do Cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Processo Civil na Nova Constituição**, **Revista de Processo**, São Paulo, n. 53, 1989.

TESCHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição Voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

TESHEINER, José Maria Rosa. Situações Subjetivas e Processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil**. Constituição e Processo. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

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**, n. 168. São Paulo: RT, 2009.

TORRENS, Haradja. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

TROCKER, Nicolo. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Dott A Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

VERDU, Pablo Lucas. Reflexiones en Torno y Dentro del Concepto de Constitucion. La Constitucion Como Norma y Como Integracion Política. **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Época) n. 83, 1994.

VÉSCOVI, Enrique, **Teoria General del Proceso**. 2.ed. Bogotá: Temis, 1999.

VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia e formas de inclusão: Exclusão política nos sistemas políticos brasileiro, mexicano e italiano. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIDIGAL, Erick. **Protagonismo Político dos Juizes: Risco ou Oportunidade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Lisboa: Almedina, 2001.

VIGNERA, Giuseppe. Il Giusto Processo Regolato Dalla Lege. **Giusto Processo e Riti Speciali**. Milano: Giuffrè, 2009.

WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, v.2, 1977

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades da Sentença**. São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5.ed. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (coords.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis**. São Paulo: RT, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **A Definição Jurídica**. Porto Alegre: Atrium, 1977.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo: RT, 1987.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Trad. Régis e Karen Barbosa. Brasília: UnB, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Lógico Filosófico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. 3.ed. Madrid: Trotta, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Giudice delle Leggi Artífice del Diritto**. Napoli: Scientifica, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y Constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trota, 2005.

ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org) **Estado de Direito: História, Teoria e Crítica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.