

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

VANESSA SILVA ANCHIETA

**O PAPEL DO ESTADO-JUIZ NA CONDUÇÃO DO PROCESSO CIVIL COMO
CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES
JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

São Leopoldo
2013

VANESSA SILVA ANCHIETA

**O PAPEL DO ESTADO-JUIZ NA CONDUÇÃO DO PROCESSO CIVIL COMO
CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES
JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

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: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2013

A539p Anchieta, Vanessa Silva
O papel do estado-juiz na condução do processo civil como condição de possibilidade para a legitimidade das decisões judiciais no Estado democrático de direito / Vanessa Silva Anchieta. -- 2013.
137 f. ; 30cm.
Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.
Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

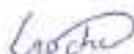
1. Direito. 2. Estado liberal. 3. Estado democrático. 4. Processo civil - Juiz - Decisão. 5. Decisão judicial. I. Título. II. Ribeiro, Darci Guimarães.

CDU 34

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

A dissertação intitulada: "O Papel do Estado-Juiz na Condução do Processo Civil como Condição de Possibilidade para a Legitimidade das Decisões Judiciais no Estado Democrático de Direito", elaborado pela mestrande Vanessa Silva Anchieta, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 05 de novembro de 2013.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darcy Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Eduardo Oteiza

Membro: Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch



*“Haver injustiça é como haver morte
Eu nunca daria um passo para alterar
Aquilo a chamam a injustiça do mundo
Mil passos que eu desse para isso
Eram só mil passos
Aceito a injustiça como aceito uma pedra não ser redonda
E um sobreiro não ter nascido pinheiro ou carvalho”* (Fernando Pessoa).

“A sorte do pleito não deve depender de circunstâncias extrajurídicas. O processo não se faz para premiar ao litigante mais rico, mais instruído, mais inteligente, nem ao que pode contar com os serviços do advogado mais competente e mais diligente, mas, sim, ao que tenha por si o direito. Na medida em que é suscetível de desviar o itinerário processual de sua meta autêntica, a desigualdade material entre as partes introduz no aparato da justiça uma deformação contra a qual o ordenamento tem que reagir com energia. Por conseguinte, é um dever do legislador, criar mecanismos compensatórios, destinados, quando necessário a equilibrar as possibilidades concretas das partes; e é um dever do juiz fazê-los atuar, em seu caso, tão eficazmente como possa [...]. Se nem todos os profissionais prestam serviços de igual qualidade, e se a parte mais rica ou mais poderosa tem melhores probabilidades, de acordo com a experiência normal de contar com a colaboração dos mais hábeis e prestigiosos, então a mediação do advogado às vezes produzirá mais o efeito de agravar do que abrandar o desequilíbrio [...]. Não se logrará jamais suprimir ou reduzir a desigualdade das partes sem que o órgão judicial assuma decididamente um papel mais ativo no processo.”¹

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva: 1989. p. 74-80.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus pela grandeza da vida, a qual tem me proporcionado momentos de muita alegria e aprendizado pessoal, os quais carregarei comigo para sempre. Hoje entendo com muita propriedade, que de fato, tudo na vida tem o seu momento certo, e agradeço imensamente por ter me dado saúde, disposição e garra para que pudesse vivenciar os “momentos certos”.

Aos meus amados pais **Célia e Rogério**, fonte de inspiração eterna e grandiosa lição de vida. Devo-lhes não só a vida, mas o amor incondicional e carinho imensurável, por não medirem esforços para ajudar na construção desse sonho, e por não apenas estar na minha vida, mas principalmente, por fazer parte dela. Amo vocês.

À minha família, de uma forma muito especial, por entenderem a minha ausência nos momentos em que eu mais queria estar perto dela. Aos meus queridos avós, **José e Eva**, pelos ensinamentos sábios e amor contínuo. Às minhas madrinhas **Sueli e Ana**, pelo carinho incondicional. À minha irmã e colega **Natascha**, pelo carinho nos momentos em que eu mais precisei e pelos “bilhetinhos” que sempre me incentivaram. Ao meu amigo e irmão **Igor**, pelo apoio contínuo e por me fazer acreditar que nada é por acaso. Ao pequeno **Arthur**, querido afilhado, pelos momentos de convívio que lhe foram furtados.

Ao professor, orientador, mas, sobretudo, amigo, **Darci Guimarães Ribeiro**, registro o meu apreço e minha gratidão não só pelo brilhante professor, mas pelo maravilhoso ser humano que é.

Aos meus sinceros amigos, agradeço pela paciência que tiveram durante essa longa caminhada; pelas palavras amigas nos momentos difíceis. Agradeço-lhes por dividirem suas vidas comigo.

Ao escritório **Anchieta & Advogados Associados**, por permitir que eu me dividisse entre ele e a dissertação, pelo menos nos últimos meses.

Ao meu colega de mestrado, parceiro, namorado, marido, **Anderson**, que nunca mediu esforços para me fazer feliz, sempre me apoiando, incentivando-me, enxugando as minhas lágrimas nos momentos de angústia e fazendo-me sorrir nos momentos de alegria. Este trabalho é meu, é teu, é nosso! Obrigada por tudo, com todo meu amor.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a identificação dos elementos que delinearão o papel do Estado-Juiz na condução do processo civil desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito. Constatou-se que o papel desempenhado pelo juiz e pelas partes no direito processual civil, possui nítida correlação com a forma em que o Estado é compreendido no contexto da sociedade de determinada época. Após estudo da doutrina empregada pelos burgueses, para motivar a ruptura do Estado absolutista e do seu caráter essencialmente repressivo com a conformação do Estado Liberal, observa-se a formação de um processo como “coisa das partes”, no qual o juiz - como reflexo de um Estado reativo - deveria manter-se equidistante diante do embate protagonizado pelas partes, devendo limitar-se a aplicar a letra da lei. Ainda, nota-se que essa ideologia permeada no plano processual, ainda que analisada de forma sintética, delimitou a atividade jurisdicional, o quanto possível, à esfera de disposição dos interesses da parte. Mostra-se ainda, que a quebra de paradigmas dos ideais liberais, culminou por ocasionar uma nova compreensão do Estado e da sua relação com a sociedade. O processo, nesse viés, agora visto como fenômeno público de interesse da sociedade passa a ser edificado com base na figura do juiz, sendo que o Estado, e conseqüentemente a própria lei, deixam de ser vistos como instrumentos de proteção das liberdades individuais, para serem instrumentos de promoção da justiça e minimização das desigualdades sociais, caracterizando assim a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Entretanto, a preocupação social incorporada pelo Estado, não foi suficiente para apresentar solução ao problema da igualdade no processo, ganhando destaque, portanto, a necessidade de fomentar a participação das partes na formação do procedimento decisório, a fim de realizar uma releitura democrática e constitucional do processo. Investiga-se uma renovada compreensão do processo civil, de modo à perfectibilizar a necessária postura ativa do juiz, bem como a participação das partes na construção do provimento jurisdicional. Trabalha-se com a estruturação do processo civil sob o viés de um modelo de colaboração processual, o que acaba por acarretar mudanças significativas no modo de organização e no desenvolvimento processual, uma vez que se busca o necessário equilíbrio entre os poderes do juiz e a das partes ao longo do *iter* procedimental, servindo, pois, de reflexão para um renovado perfil de processo civil, ínsito ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado liberal. Estado social. Estado democrático. Condução. Processo. Juiz. Partes. Colaboração processual. Legitimação. Decisão.

ABSTRACT

The present study aims at the identification of the elements that outlined the role of the State-Judge in demeanour of civil process since the Liberal State until the Democratic State of Law. It was found that the role performed by the judge and the parties in Civil Process Law, has clear correlation with the way in which the state is understood in terms of society at a specific time. After a study of the doctrine used by the bourgeoisie, to motivate the rupture of the Absolutist State and its essentially repressive character with the Liberal State conformation, it is observed the formation of a process as "thing of the parties" in which the judge, reproducing a reactive State, should remain equidistant because of the impingement played by the parties, but it must limit itself to the applying of the law. Also, it is noticeable that this ideology permeated in the process plan, although it is synthetically analysed, has limited the jurisdictional activity, as much as possible, to the sphere of provision on the interests of the party. It is also shown that the change in paradigm of liberal principles, turned out to cause a new understanding of the state and its relationship with society. The process, this bias, now seen as a public phenomenon with society interest, shall be assembled based on the figure of the judge, and the State, and consequently the law itself, will no longer be seen as instruments of protection of individual rights, then becoming instruments for the promotion of justice and minimizing social inequalities, characterizing the transition state from the Liberal to the Welfare State. However, welfare concern incorporated by the State was insufficient to provide solution to the problem of equality in the process, gaining prominence, then and there, the need ofdeveloping the participation of the parties in shaping the decision-making procedure in order to perform a restating of the democratic and constitutional process. Animprovedunderstanding of civil process is investigated, in order to perfect the necessary active role of the judge as well as the parties' participation in the construction of the jurisdictional provision.The structuring of civil process in the bias of a collaboration model process has been performed, which lately has led to some significant changes in the organizational and procedural development, since the necessary balance between the powers of the judge and the parties along the process *iter* have been inquired, serving therefore to a consideration on a renewed profile of civil process, inserted onto the Democratic State of Law.

Key Words: Liberal state. Wellfare state. Democratic state. Conduction. Process. Judge. Parties. Collaboration procedural. Legitimation. Decision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PROCESSO CIVIL COMO FENÔMENO CULTURAL. O PAPEL DO ESTADO-JUIZ NAS DIFERENTES CONFIGURAÇÕES DE ESTADO: EMBASAMENTOS PARA UMA ADEQUADA COMPREENSÃO DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
2.1 O Processo Civil na Perspectiva do Estado Liberal Clássico	13
2.2 Configurações do Estado Liberal: o processo civil e a atuação do juiz no liberalismo processual. A passividade judicial e a liberdade das partes como pano de fundo do processo civil no marco do Estado Liberal.....	17
2.3 A Face do Princípio Dispositivo em Sentido Processual no Estado Liberal Clássico.	23
2.4 O Processo Civil na Perspectiva do Estado Social.....	27
2.4.1 A Atuação do Juiz (protagonista) no Estado Social e a Outra Face do Princípio Dispositivo.....	31
2.4.2 A Dimensão Social do Processo: considerações acerca da publicização e da socialização do processo civil no Estado Social	35
2.4.3 O Socialismo Jurídico no Brasil: O código de Processo Civil de 1939	39
2.5 O Processo Civil na Perspectiva do Estado Democrático de Direito. Aportes introdutórios: O processo civil entre duas épocas. A passagem entre o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.....	43
2.6 A Constitucionalização do Processo: uma releitura do processo civil na perspectiva da Constituição Federal de 1988	47
2.7 Aportes entre o Protagonismo e a Passividade Judicial: a reconstrução do perfil do juiz e do processo	54
2.8 O Princípio Dispositivo como Elemento Central da Divisão de Trabalho entre o Juiz e as Partes	58
2.8.1 A Influência de Tito Carnacini	60
2.8.2 O Juiz Diretor Formal e Material do Processo: a contribuição de Mauro Cappelletti	62
2.8.3 O Pensamento de Enrico Tulio Liebman.....	67
2.8.4 Breves Aportes sobre o Princípio Dispositivo no Processo Civil Brasileiro.....	69
3 A CONDUÇÃO DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DEVERES DE COLABORAÇÃO DO JUIZ: PERSPECTIVAS PARA UM RENOVADO PERFIL DE JUIZ E DE PROCESSO	74

3.1 Contextualizando o Processo Civil: O diálogo, o contraditório e a participação das partes na formação do provimento jurisdicional	74
3.2 Democracia, Participação e Controle: a fundamentação judicial e a necessidade de regime de controle e responsabilidade do juiz como agente político	80
3.3 O Princípio do Devido Processo Legal como Elemento Delineador da Atuação do Juiz no Estado Democrático de Direito	84
3.4 Postura Ativa do Juiz como Mecanismo de Realização do Exercício Social da Prática Decisória	86
3.5 Breve Esboço Acerca dos Poderes Instrutórios do Juiz no Estado Democrático de Direito	90
3.6 Pressupostos Éticos da Colaboração no Processo Civil: boa-fé e lealdade	94
3.7 Colaboração e Contraditório: o contraditório como garantia e como direito de influência e proibição de decisões surpresas	100
3.8 Os Deveres de Colaboração do Juiz para com as Partes: a colaboração da doutrina portuguesa no combate ao protagonismo judicial.....	104
3.8.1 A Colaboração no Direito Português e sua Importação para o Direito Brasileiro: uma importação (in)adequada	109
3.8.2 Análise Suscinta do Papel Destinado à Colaboração na Dogmática do Processo Civil: debate entre Daniel Mitidiero e Lenio Streck.....	111
3.8.3 Breves Considerações Acerca da Colaboração no Projeto do Novo Código Civil (PL do Senado nº. 166/2010).....	114
3.9 A Organização do Processo Civil no Estado Democrático de Direito. O Direito à Prestação Jurisdicional Efetiva e Adequada: o modelo de colaboração processual	115
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
REFERENCIAS	124

1 INTRODUÇÃO

A forma de estruturação do sistema jurídico processual guarda uma nítida correlação com a própria organização estatal implementada em determinada época da história, espelhando assim, a experiência e a cultura do povo daquela determinada sociedade.² Nesse viés, o processo civil, está densamente ligado à noção de Estado, razão pela qual, deve nessa premissa ser compreendido. De igual forma, o processo civil, desde as raízes que permeavam o Estado Liberal até a contemporaneidade, tem passado por intensas oscilações no que tange à atuação das partes e do juiz na busca da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, na conjuntura do Estado Liberal, o processo desenhava-se em um cenário puramente privatístico, onde toda a iniciativa e impulso pertenciam às partes litigantes, incumbindo ao juiz apenas a posição passiva de um verdadeiro espectador do duelo entre as partes, para ao final, declarar a vitória da parte que melhor desempenho tivesse, reconhecendo-se aos litigantes, a iniciativa da propositura do processo, bem como lhes conferindo autonomia para a definição do objeto da discussão a ser travada em juízo. No mesmo contexto, o Estado Social, advindo do crescimento da insatisfação dos cidadãos com o desenvolvimento da sociedade industrial do século XIX, acaba por inaugurar um viés doutrinário, que em face da percepção da luta de classes, visualiza o direito como instrumento de transformação social, trazendo consigo uma nova dimensão ao processo, ao papel das partes e do juiz no alcance da justa composição do litígio.

Entretanto, mostra-se totalmente inadequado compreender o processo disposto na figura de um juiz passivo, a exemplo do que ocorria do Estado Liberal. No mesmo sentido, seria impróprio conceber o processo focado na figura do juiz (protagonista), em total arrepio à participação das partes do processo, o qual vestiria a roupagem de antidemocrático.

É preciso, nesse sentido, como forma de encontrar um ponto de equilíbrio entre as convergências assentadas, ou na passividade, ou no protagonismo judicial, contornar o processo civil no marco do Estado Democrático de Direito.

Destarte, é imprescindível apontar que o presente trabalho assentar-se-á na compreensão do direito processual civil em uma perspectiva constitucional própria do Estado democrático de Direito, tendo em vista que a Constituição da República Federativa de 1988,

² Em termos gerais, nesse sentido, NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 47; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 32; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição omano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 192-219; LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 74, 1961; TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 63, n. 1, p. 90, mar. 2009.

não apenas implementou o Estado Democrático de Direito, mas, sobretudo, conformou uma rigorosa ruptura com os modelos de Estado anteriores (Liberal e Social), culminando na exigência de uma renovada percepção do Direito, e, como não poderia deixar de ser, do processo civil.

Dessa maneira, a procura por uma prestação jurisdicional adequada e efetiva, tem conformado não apenas as reformas legislativas no campo do processo civil, mas, sobretudo, a própria configuração do processo civil, o que, inexoravelmente, se reflete no papel do juiz na condução do processo de forma a obter uma decisão jurisdicional legítima. Nesse ínterim, um dos assuntos de constantes discussões nos dias que correm, é sem dúvida, a questão atinente ao aumento dos poderes do juiz.³ A necessidade do aprofundamento do tema consiste no fato, de que a mudança da atuação do juiz no processo é fenômeno apontado por muitos doutrinadores e considerado uma tendência mundial.

O movimento legislativo voltado a conferir maiores poderes ao juiz, como forma de legitimar a decisão judicial, não é recente. Entretanto, esse aumento de poder do órgão jurisdicional, ao que tudo indica, é consequência lógica de um Estado ativo, e de uma renovada forma de percepção da Constituição e do processo civil. Por outro lado, a questão não deixa de ser paradoxal, pois, de um lado, exige-se a ampliação das atividades jurisdicionais, o que, por outro lado, culmina em críticas doutrinárias acerca dessa ingerência de poderes judiciais.

Em tempos de reformas processuais, o presente estudo visa analisar o importante tema da atividade jurisdicional e do papel do juiz na condução do processo, conjugando a sua responsabilidade social em uma sociedade democrática, cobrando um forte controle democrático do órgão jurisdicional.

Parte-se do pressuposto de que, a condução de um processo civil pautado pelo modelo de colaboração judicial, é possível, a partir de uma democratização do processo, onde a reconstrução do mesmo é realizada com base na democracia, no contraditório e no controle democrático do poder do juiz.

É por essas razões, que a dissertação está estruturada em dois capítulos, possuindo como fio condutor o papel do juiz e das partes na condução do processo e da necessidade do encontro de um ponto de equilíbrio entre o papel ocupado por ambas, de acordo com um novo modo de pensar insito do Estado Democrático de Direito.

³ DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 56.

O primeiro capítulo busca reconhecer as premissas culturais que influenciaram a conformação do processo, sobretudo quanto à posição dos sujeitos processuais na sua condução, desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito, uma vez que, o Estado liberal clássico, diante de seu escopo principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi caracterizado por uma rígida delimitação dos poderes do juiz na intervenção da esfera jurídica privada.⁴ Entretanto, os ideais liberais não mais atendiam às expectativas e a realidade social existentes no século XIX. Dessa forma, a exigência de um Estado mais ativo conduziu a visão de um processo público, em um fervoroso anseio de sua conformação a uma nova época que se iniciava.

É esse um cenário apropriado para a abordagem do papel do juiz nas diferentes configurações de Estado, considerando que o processo civil, foi reconstruído sob os influxos da Constituição da República Federal. Desta forma, é indubitável que a Constituição de 1988 não apenas implantou o Estado Democrático de Direito, mas, sobretudo, revelou uma rigorosa quebra com o passado, exigindo um novo modo de (re)pensar o processo civil. Para tanto, serão trazidos aportes entre o protagonismo e a passividade judicial, bem como será analisada a influência do princípio dispositivo na “divisão de trabalho” entre o juiz e as partes, onde serão abordadas as contribuições de Tito Carnacini, Mauro Cappelletti e Enrico Tulio Liebman.

No segundo capítulo, por sua vez, se colocam em relevo os elementos que irão contextualizar o processo civil frente ao Estado Constitucional Democrático de Direito, bem como o papel dos sujeitos processuais, notadamente o papel desempenhado pelo juiz na condução do processo, como forma de legitimação das decisões judiciais. Para tal desiderato, cuidou-se da análise de questões imprescindíveis, como o contraditório, o diálogo, a participação dos sujeitos processuais, a democracia e a fundamentação das decisões judiciais, para enfim, dar-se especial proeminência à postura ativa do juiz na condução, do processo, desembocando no estudo da colaboração no processo civil, de modo a buscar uma estruturação processual que permita o exercício de um controle democrático sobre o papel do juiz e das partes, diante da necessidade de um equilíbrio entre o papel desempenhado por ambas, de acordo com um novo modo de pensar próprio do Estado Democrático de Direito. É com base nessa proposta, portanto, que se desenvolverá o presente trabalho.

⁴ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 278 e ss.

2 O PROCESSO CIVIL COMO FENÔMENO CULTURAL. O PAPEL DO ESTADO-JUIZ NAS DIFERENTES CONFIGURAÇÕES DE ESTADO: EMBASAMENTOS PARA UMA ADEQUADA COMPREENSÃO DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A concepção do processo como fenômeno cultural, é dotada indissolavelmente de ‘conteúdo social’ e de ‘estrutura formal’ – elementos estes que subordinam um valor a realizar – a concepção do Direito com fato cultural abre grandes perspectivas para uma compreensão mais ampla e humana dos problemas jurídicos, ao mesmo tempo, que possibilita uma compreensão mais nossa de nossos ordenamentos, em consonância com as tendências basilares de nossa cultura.⁵

Nesse raciocínio, Castanheira Neves adverte que “o direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana, ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social”.⁶

Desta forma, é inegável que o processo Civil é uma produção do homem, decorrente de um fenômeno cultural, procedente da confluência de pensamentos, interesses, planos e utopias de uma determinada sociedade, em um determinado tempo e espaço. Assim sendo, é forçoso afirmar que há uma relação de recíproca implicação entre processo e cultura. Desta maneira, o processo, ao pertencer a uma dada cultura jurídica, também é um reflexo da cultura geral, e ao mesmo tempo, tem capacidade de influenciá-la.⁷

Nessa linha de raciocínio, a evolução do Estado é um dos elementos umbilicalmente ligados com o processo civil. A propósito, Mirjan Damaska ensina que o processo reflete as concepções dominantes sobre o papel do Estado.⁸ Nessa senda, se a compreensão do processo civil apresenta um sentido cultural acerca do Estado, convém analisá-lo sob o prisma da teoria do Estado, análise esta que pode ser feita a partir de três modelos de Estado: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito, no sentido de analisar como se dava a organização do processo, ou seja, a forma de distribuição das atividades e posições dos sujeitos processuais nas diferentes configurações do Estado.

⁵ REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 280-281, 284.

⁶ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 47.

⁷ TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, p. 90, mar. 2009.

⁸ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 41.

Dito isso, a importância desta primeira parte da dissertação tem como vertente, em um primeiro momento, expor uma visão geral acerca dos elementos que irão diferenciar o processo civil do Estado Democrático de Direito em relação as suas fases anteriores, e em um segundo momento, pretender-se-á estabelecer o papel do juiz na condução do processo, de maneira a esmiuçar o modo como se dá a distribuição das atividades entre o juiz e as partes, bem como o modelo de organização do processo civil inerente ao Estado Democrático de Direito.

2.1 O Processo Civil na Perspectiva do Estado Liberal Clássico

O Estado Liberal de Direito, que apresentou determinados embasamentos teóricos criados por Locke⁹ e Monstequieu,¹⁰ determinou-se pela propagação da noção de direitos fundamentais, da separação de poderes, bem como, do império das leis, característicos dos movimentos constitucionalistas que incitaram o mundo ocidental a partir da Magna Carta de 1215.¹¹

Nessa perspectiva, o Estado Liberal emergiu alicerçado no imperativo de restrição do Estado, como meio de garantir o desenvolvimento da burguesia e do modelo econômico capitalista, a partir da consagração dos direitos fundamentais, tidos como garantias da liberdade individual contra as invasões do soberano¹² e da divisão de poderes, com destaque no Poder Legislativo, único protagonista da juridicidade com preterição e quase total sacrifício do juiz, havendo uma total subordinação do Poder Judiciário à lei, que espelhava os

⁹ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1988. p. 128-142.

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 88-89.

¹¹ A Magna Carta de 1215 estabelecia, entre outras garantias: a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção, previsão do devido processo legal; livre acesso à Justiça, liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país. A *Petition of Right*, de 1628, previa expressamente que “ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de qualquer forma, molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em pagá-los”. Estabelecia ainda que “nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente”. A *Bill of Rights*, de 1689, constituiu enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outras regulamentações: fortalecimento ao princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento; imunidades parlamentares; vedação à aplicação de penas cruéis; convocação freqüente do Parlamento. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25-26.

¹² NOVAIS, op. cit., p. 78.

valores burgueses.¹³ Assim, no paradigma do Estado liberal, toda magnificência de garantias das liberdades individuais conta com o embasamento constitucional.

Partindo dessa premissa, o substrato material da estrutura filosófica do Estado Liberal Clássico consubstanciava-se na afirmação da liberdade individual frente ao Estado, que apenas deveria respeitá-la. Nessa configuração de modelo de Estado, não se contemplava nenhuma noção de interesse separado, para além dos interesses sociais e individuais,¹⁴ - portanto, eminentemente privados - não existindo problemas que eram inerentes ao Estado, somente problemas sociais e individuais. Assim, pode-se dizer que o Estado Liberal Clássico possui algumas características bem acentuadas, quais sejam: os ideais são de liberdade e igualdade, as ideias são iluministas, e o governo é não intervencionista.

Como identificação política, o termo liberal, emerge na primeira década do Século XIX, na Espanha, no momento em que as cortes lutavam contra o absolutismo¹⁵, surgindo como resultado contra a luta dos abusos do poder da nobreza e sua forma de organização, fundada em desigualdades, privilégios e arbitrariedades.

Era um modelo de Estado no qual o soberano detinha o direito sobre a vida, a liberdade e a propriedade de todos seus súditos e ainda determinava a vida econômica, a qual era baseada na organização feudal pontuada no pacto de submissão dos vassallos ao senhor. Destarte, a monarquia, acabou por favorecer os interesses da burguesia nascente praticando uma política que lhe mantivesse no poder, incitando a política mercantilista já que não podia frear a expansão do capitalismo.¹⁶

Dessa forma, exercitando os interesses da burguesia, a “superestrutura política do feudalismo abriu à infraestrutura econômica da burguesia caminhos que lhe eram fatais”, o absolutismo aparelhou a crise revolucionária que teria como consequência seu próprio aniquilamento.¹⁷

O ponto fulcral deste Estado Liberal de Direito, mostra-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos contra a possível atuação do Estado impeditiva ou constringedora de sua atuação cotidiana, de modo que ao Estado competia constituir instrumentos jurídicos que garantissem o livre desenvolvimento das

¹³ NEVES, António Castanheira. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 75, p. 19, 1998. Separata.

¹⁴ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 128.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 47.

¹⁷ *Ibid.*, p. 69-70.

pretensões individuais, ao lado das restrições impostas a sua atuação positiva, sendo que a característica intrínseca do liberalismo é a limitação do poder, pois todas as suas diligências se dirigiam para esse desiderato.¹⁸

Não se pode olvidar que foram consagrados os direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, aqueles atinentes à esfera privada, os quais à época convencionaram-se denominar de direitos naturais. Nessa seara, consagra-se o direito à vida, liberdade e a propriedade como valores culminantes.¹⁹

O recurso ao direito natural em apoio à “nova ordem burguesa” em gestação, surge como o modo mais expedito e mais eficiente de dar força a um estado e a um direito defensor dos valores burgueses, numa sociedade e num tempo em que a burguesia ainda não dominava completamente o aparelho de estado, o estado legislador, o estado que cria o direito (o direito positivado nas leis aprovadas pelos parlamentos dominados pela burguesia revolucionária triunfante) como viria a ser o estado burguês.²⁰

Nesse contexto, é possível dizer que o liberalismo significou uma espécie de limitação e divisão da autoridade, sendo a partir do sufrágio é que se forma o governo popular,²¹ havendo a consolidação de conquistas de cunho liberais, tais como liberdades, direitos humanos, ordem legal, governo representativo, entre outros.²²

Assim, o indivíduo livre e titular dos direitos os exerce na sociedade, sendo que ao Estado Liberal, tido como minimalista,²³ objetivava proteger a ordem e oferecer um foro para resolução daquelas disputas que os próprios cidadãos não pudessem resolver. Sob essa ótica, “proteger a ordem, é, portanto, proteger disputas”.²⁴ No campo do direito, havia, portanto, uma autorregulação por membros da sociedade civil,²⁵ sendo que o Estado Liberal, portanto,

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 167.

¹⁹ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.

²⁰ NUNES, António Avelãs. *As voltas que o mundo dá...: reflexos a propósitos das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

²¹ Advertem Lenio Streck e Bolzan de Moraes que o sufrágio e a representação eram restritos à cidadãos prósperos, embora essa situação tenha se modificado, no final do século XIX, ocasião em que a representação e o sufrágio se universalizam, primeiramente com o voto masculino independente de renda. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis Moraes. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 56.

²² *Ibid.*, p. 56.

²³ Conforme Avelãs Nunes, o Estado era minimalista porque foi remetido à posição de simples guarda noturno, apenas lhe cabendo intervir para garantir a defesa da ordem social, para assegurar a cada um o pleno exercício da liberdade individual e para criar e manter certas instituições e serviços públicos necessários à vida em sociedade e que o simples jogo de interesses individuais não realizaria. O estado deveria manter-se dentro dos limites do estado mínimo, intervindo o menos possível na economia e reduzindo ao essencial o seu aparelho administrativo, para assim reduzir ao máximo as suas despesas. NUNES, op. cit., p. 16.

²⁴ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 129.

²⁵ *Ibid.*, p. 130.

culmina remodelando as adjacências do Estado de Direito,²⁶ visto a partir da proteção da liberdade e dos direitos fundamentais.

Na concepção de Jorge Reis Novais, a adjetivação liberal do Estado de Direito fundou-se com base no pressuposto teórico das três separações: a separação entre a política e a economia, a separação entre o Estado e a Moral e a separação entre o Estado e a sociedade civil.²⁷ Desde então, o Estado Liberal passou a alicerçar-se com base nos direitos fundamentais, idealizados como esferas de autonomia a preservar os cidadãos da intervenção do Estado,²⁸ e pela divisão de poderes, que assegurava o predomínio do poder supremo (através do império da lei e do princípio da legalidade) e da força social que o hegemoniza, ou seja, a burguesia.²⁹

O papel do direito na ordem jurídica burguesa foi exatamente, desde o início, o de definir as regras do jogo, garantindo a segurança, a previsibilidade, a calculabilidade e a racionalidade no trânsito dos interesses econômicos privados.³⁰

Assim, dentre os anseios da burguesia no Estado Liberal, enfatizava-se o da importância do indivíduo como prioridade frente ao Estado que, assim teria sua atuação limitada aos temas de segurança e de ordem pública. Contudo, no Estado Liberal, a liberdade do indivíduo não constituía mais do que uma liberdade formal e destinada à burguesia.

Nesse sentido, elucidativas são as palavras de Paulo Bonavides:

A burguesia triunfante ao soar esse ensejo histórico, enfeixava todos os poderes e se justificava socialmente como se fora o denominador comum de todas as classes, por cuja liberdade – uma liberdade que de modo concreto, só a ela aproveitava em grande parte – havia terçado armas com despotismo vencido.³¹

O papel do estado se reduzia a mero defensor da ordem, incumbindo ao direito à função de sancionar as relações sociais decorrentes do exercício da liberdade individual. O processo civil do Estado Liberal, portanto, evidencia um protagonismo processual das partes,

²⁶ Essa é a visão de Estado de Direito caracterizada por Jorge Reis Novais. Para aprofundamento acerca da evolução histórica do conceito de Estado de Direito, ver: COSTA, Pietro. *Lo stato di diritto: un'introduzione storica*. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*. A cura di Pietro Costa e Danilo Zolo con la collaborazione di Emilio Santoro. Milano: Giugliano Feltrinelli, 2003. p. 89-170.

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 58. Assim, a confiança nas virtudes do livre jogo das forças do mercado justificava a separação estado/economia (ou estado/sociedade civil) e a afirmação da neutralidade do estado no quadro da democracia liberal burguesa NUNES, Antônio José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...: reflexos a propósitos das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18).

²⁸ NOVAIS, op. cit., p. 89.

²⁹ Ibid., p. 89-90.

³⁰ NUNES, op.cit., p. 19.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67.

em face da dimensão de sua atuação no processo, seja por iniciar, provar ou mesmo impulsionar a ação.³²

Nessa seara, há um afastamento do Estado no que concerne às questões privadas. O indivíduo que, no Estado Absolutista, era tido como súdito do monarca, assenta-se, no primeiro paradigma do Constitucionalismo, como senhor de si e de suas terras, subordinado somente a um direito legitimado pela sua formalidade que atinge a todos, inclusive ao Estado, embora de maneira materialmente desigual.

2.2 Configurações do Estado Liberal: o processo civil e a atuação do juiz no liberalismo processual. A passividade judicial e a liberdade das partes como pano de fundo do processo civil no marco do Estado Liberal

O marco histórico da Revolução Francesa consagrou uma nova fase de evolução social, e sendo o processo advindo da evolução da sociedade, surgiu, juntamente com a Revolução Francesa,³³ uma face nova do processo civil, marcada por características acentuadas.

As reformas advindas dessa revolução - que estruturam a base do liberalismo processual - decorrem da já existente desconfiança iluminística referentemente às profissões ligadas ao universo dos juristas, aliadas a uma hostilidade decorrente das formalidades dos procedimentos.³⁴

³² MONTERO AROCA, Juan. *La prueba em el proceso civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 45.

³³ A Revolução Francesa, que é a revolução burguesa exemplar, levada a efeito sob a liderança da burguesia revolucionária, abolindo os privilégios das antigas classes feudais, ocupando o poder e realizando através do controle do poder de estado, as mudanças institucionais necessárias para assegurar as condições favoráveis ao livre desenvolvimento do capitalismo. Ela representa a via revolucionária, centrada num terreno absolutamente político, de luta pela tomada do poder, destruindo a base econômica do poder dos senhores feudais. NUNES, Antônio José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...: reflexos a propósitos das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1.

³⁴ Lecionam os autores Vittorio Denti e Michele Taruffo que as reformas levadas a efeito no campo processual podem ser sintetizadas do seguinte modo: a) lei de organização judiciária, que introduz a eleição de juízes com mandado temporário, remunerados pelo Estado; b) na base do ordenamento judiciário, são colocados os juízes de paz, que conjuntamente com dois assessores, formam o *bureaux de paix et de conciliation*, aos quais todos os litigantes devem obrigatoriamente dirigir-se, na tentativa de conciliar as controvérsias antes de buscar as vias judiciais; c) no contencioso, o juiz de paz é competente para as ações de menor valor econômico, enquanto as demais causas são atribuídas aos tribunais de distrito, d) a Lei 2-11, de setembro de 1790, suprime a Ordem dos Advogados, permitindo a autodefesa em juízo pelas próprias partes; e) ao invés de estruturar um corpo de advogados para os pobres, atribuindo-se ao *bureaux* a tarefa de desenvolver a função consultiva e preventiva para os pobres em suas defesas judiciais; f) as normas do processo civil são mantidas inicialmente, mas são abolidas pelo decreto 24.10.1793, que deformaliza o sistema, de modo a se circunscrever a ditar algumas formas essenciais do juízo. DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Il profilo storico. In: DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 17-18.

A restauração napoleônica, que ocorreu com a edição de três legislações, quais sejam, o Código Civil de 1804, o Código de Processo Civil de 1806³⁵ e a Lei de Organização Judiciária de 1810, conduziu à implementação de um novo dimensionamento do ordenamento judiciário, acarretando o abandono dos ideais humanitários e igualitários, consumidos pelo autoritarismo da reforma napoleônica.³⁶

Em termos de ideologia processual, pode-se dizer que o processo civil do Estado Liberal era assinalado pela autonomia e liberdade das partes privadas, as quais dispunham dos instrumentos processuais necessários para desenvolver, por iniciativa própria, uma competição individual, que se dava frente ao juiz árbitro, o qual desempenhava uma função meramente assecuratória das regras do embate.³⁷

De outra banda, o Estado Liberal, conhecido como o “império da lei”,³⁸ entendida não como comando configurador, mas como quadro formal de garantia das liberdades e da segurança da propriedade, realizava-se como *Estado de razão*, como *reino de leis*,³⁹ traduzindo-se, no nível político, na soberania do poder legislativo, vinculando o poder judicial aos comandos da lei.

Com a afirmação do princípio da legalidade, a tendência era um sistema fechado de regras, já positivadas, além das quais, o intérprete não poderia ir, havendo, portanto, uma total subordinação do juiz aos ditames da lei.⁴⁰ Nesse sentido, o direito era amoldado pela lei e sua titularidade era exclusiva do legislador, o qual “aparecia como único protagonista da juridicidade com preterição e quase total sacrifício do juiz”⁴¹, que nada mais era do que a boca da lei.⁴²

O processo, concebido como um verdadeiro duelo privado, pertinente à legislação processual de cunho liberal, reunindo alguns princípios que cedem lugar a um modelo

³⁵ Nesse raciocínio, Denti e Taruffo, referem que o Código de Processo Civil de 1806 representa uma evolução técnica, tendo em vista que é embasado parcialmente nos princípios da oralidade e da obrigatoriedade de motivação das decisões, no livre convencimento do juiz e na paridade formal das armas entre as partes, partindo do princípio, ainda que de forma equivocada, uma sociedade de iguais em termos de posição econômica e social, levando em conta a característica de autossuficiência do cidadão liberal. DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Il profilo storico. In: DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 20.

³⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 72.

³⁷ TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, p. 72, mar. 2009.

³⁸ NOVAIS, Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 89.

³⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 94.

⁴¹ NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 186.

⁴² Conforme Montesquieu, “Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei. [...] Os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”. MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultura, 1997. p. 116 e 208. (Coleção Os Pensadores).

processual típico⁴³, princípios estes que foram revistados pelas principais legislações liberais dos Oitocentos: o Código Napoleônico de 1806 e o Código Italiano de 1965.

Ensina Giovanni Tarello, que nessas legislações, inexistiam procedimentos especiais e casos de jurisdição voluntária, os quais eram tidos como procedimentos de caráter administrativo.⁴⁴ De igual sorte, a propositura da ação, não passava pelo crivo judicial, uma vez que se tratava de serviço necessário do Estado, sob o domínio dos particulares. Como consequência, rigoroso era o entendimento da regra da demanda⁴⁵, sendo que as partes não obtinham nenhuma colaboração do juiz na fixação da prova e do objeto litigioso.

Desta forma, é possível constatar de forma cristalina, que o domínio das partes sobre a condução do processo, nos dizeres de Damaska, “*transferia o ideal da autonomia pessoal da esfera da ideologia política à administração da justiça*”.⁴⁶ Desse modo, o processo civil, delineava-se como uma sucessão desordenada de atos, estruturados de forma escrita e extremamente formalista, cujo desenrolar do processo, ocorria entre os advogados das partes, mediante petições escritas e ilimitadas. Esse excesso de técnica, aliado a um extremo formalismo, acabou por exaurir a função diretora do juiz.⁴⁷

Nessa perspectiva, o juiz no Estado Liberal Clássico, consistia em um modelo de juiz desinteressado e essencialmente passivo,⁴⁸ ínsito à perspectiva liberal, segundo o qual o Estado deveria evitar a intervenção nas relações privadas, constituindo assim um tipo de Estado abstencionista. Como consequência, o processo civil passou a ter seus contornos, a partir de um rígido controle estatal sobre o juiz no momento de decidir⁴⁹. De outra banda, a magistratura acolheu seu papel, o de poder invisível, nulo, mero aplicador da lei, na clássica

⁴³ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per no studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 15.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 15-16.

⁴⁵ Segundo ensinamento de Ovídio Baptista e Luiz Fábio Gomes, a regra da demanda refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional, correspondendo à determinação dos limites dentro dos quais se há de mover o juiz, para o cumprimento de sua função jurisdicional, e até que ponto há de ficar ele na dependência da iniciativa das partes na condução da causa e na busca do material formador de seu convencimento; o princípio da demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou se deixará de exercê-lo. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da; GOMES, Luiz Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45.

⁴⁶ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 168.

⁴⁷ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 9.

⁴⁸ DAMASKA, op. cit., p. 289.

⁴⁹ Interessante a abordagem de Taruffo, que discorre acerca da uniformização do comportamento dos juízes às orientações políticas do governo, onde eram utilizados tanto os instrumentos lícitos como ilícitos(tais como pressões de arrecadações e sanções burocráticas ou disciplinares), sobre aqueles que se comportassem de modo diverso. TARUFFO, op. cit., p. 139.

expressão *la bouche de loi*⁵⁰, convertendo-se em um mero funcionário⁵¹ submisso da burguesia, pois somente aplicaria a lei ao caso concreto.

O liberalismo foi, pois, avesso às ideais de justiça⁵² e de equidade e não deixava espaço para a atuação dos tribunais e para a interpretação das leis como instrumentos de criação de direito. A previsibilidade e a calculabilidade são essenciais à segurança dos negócios, pelo que os juízes limitavam-se a aplicar as leis de acordo com o seu teor literal: só os parlamentos podem aprovar as leis gerais e só estas constituem o direito; os juízes são meros aplicadores das leis, segundo uma leitura extrema do princípio da separação dos poderes.⁵³

Nesse raciocínio, a ideologia burguesa refletiu no desenvolvimento do processo durante o século XIX, com posturas individualistas e libertárias, com reflexos fundamentais no que tange aos poderes dos sujeitos processuais, ou seja, juiz e partes.

⁵⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175.

⁵¹ Como ensina Picardi, o juiz é um mero funcionário do Estado, que pertence a uma estrutura hierárquica influenciada pelo controle da Cassação (PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 146), minorando a chance de arbítrio e incerteza. DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. *Il profilo storico*. In: DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 17.

⁵² Acerca da ideia de justiça, cumpre referir que o direito, no mundo clássico, era refletido com base no pensamento da justiça, o que lhe dava uma conotação moral, por ser também objeto da ética, ou seja, do saber prático, voltado à determinação da ação correta na situação concreta. Segundo Luis Fernando Barozotto, saber se uma ação é justa constitui papel da prudência (*phronesis*). (BARZOTTO, Luis Fernando. *O direito ou o justo. O direito com objeto da ética no pensamento clássico*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. Mestrado e doutorado UNISINOS, 2000. São Leopoldo, UNISINOS, 2000. p. 159). Sob esse prisma, Aristóteles, no capítulo V da obra *Ética a Nicômaco*, vai dizer que as pessoas objetivam com a justiça "aquela disposição do caráter a partir da qual os homens agem justamente" ou seja, justiça seria o "fundamento das ações justas" em oposição com a ideia de injustiça, a qual versaria na "disposição do caráter a partir da qual os homens agem injustamente", para, então, advertir, que as ciências não se manifestariam do mesmo modo. (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 103). Já no texto de Platão, notadamente *A República*, o enfoque se dá sobre a natureza do problema, e formulam-se indagações que, doravante, destinam-se a permanecer fundamentais e recorrentes para o estudo sobre a ideia de justiça. A discussão trata da definição do justo e da justiça e se desenvolve como uma longa e complexa refutação da tese de Trasímaco, segundo a qual a justiça consiste na vantagem do mais forte. No decorrer do diálogo, toma forma uma segunda indagação, distinta, mas não independente da primeira, que diz respeito à racionalidade da justiça: se, e por qual motivo devemos ser justos. A questão sobre a coerência entre interesse pessoal e prática da justiça impõe uma terceira indagação, que se refere à natureza da justiça como bem: que tipo de bem ela constitui e as razões que a tornam desejável. É possível dizer que a resposta a essas indagações, com a resolução do problema, consiste na construção do modelo da "ótima república", baseada na relação entre a dimensão pessoal e a interpessoal, entre equilíbrio da *psique* e equilíbrio da *polis*. MAFFETONÉ, Sebastiano; VECA, Salvatore. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 25.

⁵³ NUNES. Antônio José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...: reflexos a propósitos das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20. Leciona o autor ainda que o princípio da separação dos poderes e o princípio da independência dos juízes no exercício da função de aplicar as leis completam a estrutura do estado liberal burguês. *Ibid.*, p. 20.

É possível afirmar que a matriz individualista dominante no período do Estado Liberal, reduz a independência do juiz,⁵⁴ que ficava adstrito ao princípio da legalidade, dando-lhe um caráter reativo,⁵⁵ na medida em que torna o Estado-Juiz dependente da procura dos cidadãos, tornando-os equidistantes dos cidadãos enquanto jurisdicionados.

Desse modo, a transformação da jurisdição e do papel desempenhado pelo juiz, acompanha a mudança no contexto geral de passagem do absolutismo monárquico para o liberalismo, passando o direito a se submeter à lei e ao princípio da legalidade, os quais passam a serem os únicos embasamentos de legitimação para atuação do intérprete e do aplicador do direito.

O papel passivo do Estado, a primazia do direito fundamental à liberdade, a ideia de que o processo abrange direitos de natureza privada e a necessidade de se garantir um juiz imparcial,⁵⁶ terminaram por difundir e fortalecer um processo dominado pelos interesses das partes, para não dizer ao alvitre exclusivo destas. Um processo onde os litigantes são os reais *dominus litis*⁵⁷, dispendo do objeto material do processo de cognição (alegações, provas, fatos), da delimitação do objeto litigioso (*meritum causae*) e do próprio desenvolvimento processual⁵⁸. Esse cenário, obviamente, deu ensejo à lentidão e ao abuso.⁵⁹

O Estado mínimo representava o modelo de estado ideal, na concepção burguesa do século XVIII, concedendo à burguesia, vasta liberdade nas atividades econômicas, sem, contudo, dispensar a intervenção do Estado em temas de seu interesse, mantido o conceito de soberania constituído sob os auspícios dos valores burgueses.⁶⁰

Nascido como expressão jurídica da democracia liberal, o Estado de Direito, determinado pela presença de três características primordiais, quais sejam, o princípio da legalidade, com a vigência do império da lei estatal⁶¹, o princípio da publicidade, que se

⁵⁴ Com a racionalização da função judiciária como um poder burocraticamente organizado, sobre o juiz era exercido ainda um forte controle disciplinar e político, não possuindo as garantias de inamovibilidade e de independência política. No mais, não gozava de nenhuma outra garantia sobre o plano regulativo, o que trazia a total liberdade da parte privada frente ao juiz e um forte controle político sobre o mesmo. TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 149.

⁵⁵ Cf. DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 189.

⁵⁶ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba em el proceso civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 562.

⁵⁷ DAMASKA, op. cit., p. 184.

⁵⁸ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 4.

⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alavro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 66.

⁶⁰ MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 53.

⁶¹ Conforme entendimento de Mirjan Damaska, o papel do Poder Judiciário se circunscreve à aplicação das normas, não havendo a possibilidade de interferir nas funções políticas do legislativo. DAMASKA, op. cit., p. 82.

consubstanciava na atuação do Estado de forma cristalina na produção das leis, e ainda, o equilíbrio e controle entre os poderes, calcado no liberalismo econômico⁶².

Torna-se claro aduzir que a disposição das partes sobre a administração do processo transmitia a aspiração da autonomia privada do campo da ideologia política à administração da justiça⁶³. Destarte, o processo civil, acabou sendo redirecionado a um ideal individualista, na condição de luta de duas partes autônomas frente a um juiz passivo, sendo que na ausência de uma intervenção direta, de um controle do juiz sobre o desenvolvimento do processo, as partes e seus defensores, tornavam-se árbitros quase que totalmente absolutos.⁶⁴

Desta forma, o Estado Liberal Clássico erigiu um modelo de juiz passivo, de acordo com os propósitos da ideologia liberal, segundo a qual o Estado deveria se furtar de intervir na administração das tarefas privadas.⁶⁵ Ao mesmo tempo, moldou os contornos do processo civil a partir de um robusto domínio estatal sobre o juiz no momento de proferir a decisão, padronizando com rigidez a conduta dos juízes de acordo com as orientações políticas do governo.⁶⁶ Com isso, era possível obter um irrestrito controle sobre as decisões judiciais, a fim de garantir a primazia da legislação, não sendo conferido ao juiz, nem às partes cooperar para a compreensão do sentido do direito.⁶⁷

Pode-se dizer que a atividade judicial espelhava a concepção de direito consagrada à época. O juiz, que se encontrava diretamente sujeitado ao texto legal, em decorrência da reduzida liberdade interpretativa que lhe era auferida, desenvolvendo assim, uma atividade mecanizada de subsunção do caso concreto à norma.

Resta cristalino, portanto, que as posturas individualistas e libertárias, acentuaram o desenvolvimento do processo ao longo do século XIX, o que acabou, inevitavelmente, refletindo nos poderes dos sujeitos processuais, ou seja, juiz e partes.

⁶² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro, Max Limonad, 1997. p. 112.

⁶³ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 2002. p. 168.

⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

⁶⁵ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 144.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 139.

⁶⁷ O problema do direito, do seu sentido e justificação no universo humano, implica também o problema de sua autonomia e subsistência nesse mesmo universo. Os dois problemas, do sentido e da autonomia, não são necessariamente idênticos, embora exista uma íntima relação entre eles. Nessa perspectiva, o direito é problematizado, e acaba por ser exigido, pelo homem que assume os acontecimentos práticos e convive na interação histórico-social. NEVES, Antonio Castanheira. *O direito hoje e com que sentido?* O problema actual da autonomia do direito. Coimbra: Instituto Piaget, 2002. p. 19-20.

2.3 A Face do Princípio Dispositivo em Sentido Processual no Estado Liberal Clássico

Considerando as relações recíprocas entre o processo civil e a cultura,⁶⁸ insta verificar em que medida a construção liberal retratou o papel dos indivíduos na sociedade naquela determinada época, notadamente quanto à questão do princípio dispositivo.

Sobre a concepção do Estado Liberal, Canotilho enfatiza que o mesmo limitava-se à defesa da ordem e segurança pública, confiando o domínio econômico e social para os organismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência, contexto histórico em que os direitos fundamentais liberais derivavam mais do respeito de uma esfera de liberdade individual do que a própria declaração revolucionária de direitos.⁶⁹

Alicerçado nesses ditames, desenhavam-se legislações e sistemas processuais calcados em princípios técnicos, como o da igualdade formal⁷⁰ dos cidadãos, a escritura, e particularmente, o princípio dispositivo, princípios estes que procuravam a manutenção da imparcialidade do juiz e de seu comportamento passivo.⁷¹

⁶⁸ TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, p. 90, mar. 2009.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 97.

⁷⁰ Nesse sentido, a regra da igualdade impõe sempre a paridade de armas no processo, e isso significa "equivalência", ou seja, valoração igual das partes quanto a prazos, oportunidades, condições de agir em contraposição ao "igualitarismo" próprio da ausência de valoração quanto às condições de cada extremo processual. (ALÁRCÓN, Pietro Lora. Processo, igualdade e justiça. *Revista brasileira de direito constitucional*, São Paulo, v. 2, p. 192, jul./dez. 2003). No mesmo sentido, ao referir acerca do direito à paridade de armas, Picó I Junoy, entende que as partes devem contar com os meios parelhos de ataque e defesa, e que para evitar o desequilíbrio entre elas, é necessário que ambas disponham das mesmas possibilidades e cargas de alegação, prova e impugnação, com objetivo de evitar uma situação de privilégio ou supremacia de uma das partes, garantindo assim a igualdade efetiva das possibilidades e cargas do autor e demandado na alegação e prova dos fatos controvertidos, sendo que o legislador pode estabelecer diferenças de tratamento sempre que encontre uma justificação objetiva e razoável, nobres às finalidades perseguidas pela lei numa adequação de meio e fim entre aquelas. (PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. p. 132). Em contrapartida, ao aduzir sobre a igualdade das partes no processo civil, Barbosa Moreira leciona que a expressão 'paridade de armas' denota, com força demasiada uma concepção de processo como duelo, típico do Estado liberal. No desenvolvimento da atividade processual, a tônica da problemática recai sobre o que o jurista qualifica como 'igualdade de oportunidades'. Entende ele que deve ser assegurado a ambas as partes o poder de influir igualmente na marcha e no resultado do pleito, sendo que ambas as partes devem ter as mesmas possibilidades de atuar e também de estarem sujeitas às mesmas limitações. Mais adiante, o doutrinador prossegue aduzindo que várias circunstâncias concorrem ao menos para desequilibrar as forças dos litigantes; e, quando isso acontece, a observância mesma das regras formais de igualdade se converte em *manantial* de privilégio para um e *desmedro* para o outro. MOREIRA, José Carlos Barbosa. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de derecho processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva: 1989. p. 70-80.

⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 73.

Durante o Estado Liberal, o juiz era visto como mero espectador, devendo apenas, aplicar a lei, sem interpretá-la.⁷² Em uma perspectiva liberal, que pressupunha a existência de cidadãos autossuficientes, que não precisavam do auxílio do Estado para defender seus direitos, conduziu-se a uma sobrevalorização do princípio dispositivo, face a uma suposição de cidadania paritária capaz de buscar seus próprios interesses sem o auxílio estatal.⁷³ Sob essa análise, projetavam-se, via de regras, legislações e sistemas processuais baseados em princípios técnicos, tais como a igualdade formal dos cidadãos, e o princípio dispositivo, princípios estes que almejavam a manutenção da imparcialidade do juiz⁷⁴ e de seu comportamento meramente passivo.⁷⁵

Não era admitido à época, pelos valores burgueses penetrados na cultura, permitir ao Estado-juiz qualquer ingerência no desenvolvimento dos interesses privados em juízo, ou seja, o juiz não poderia conduzir o processo, dar qualquer ordem às partes e a sentença apenas declararia a vontade da lei, a qual ao legislativo incumbia criar⁷⁶. Desse modo, os juízes julgavam sem deter qualquer poder decisório, já que apenas “descobriam” a vontade da lei⁷⁷, mais tidos como seus meros executores, em um verdadeiro modelo de legislação sem jurisdição,⁷⁸ desenhando assim um modelo de processo em uma perspectiva privatística, como mero instrumento privado de resolução de conflitos.⁷⁹

No período sob a vigência do Estado Liberal, entendeu-se incumbir exclusivamente à parte a iniciativa do ingresso em juízo, assim como a fixação do objeto do litígio e dos fatos

⁷² Consoante leciona Marinoni, “o juiz do Estado Liberal, estava proibido de assumir uma postura ativa no processo”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 96.

⁷³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 56-57.

⁷⁴ Consoante ensinamento de Barbosa Moreira, à diferença do que sugere uma larga tradição, alimentada com as ideias típicas do liberalismo clássico, refratário a qualquer intervenção do Estado no jogo da “livre concorrência”, imparcialidade não significa indiferença do juiz a respeito do resultado do processo. O juiz não pode deixar de ter interesse em que sua sentença seja justa e, por conseguinte, a atividade processual lhe ministre, o quanto possível, os meios necessários para bem decidir. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 72.

⁷⁵ NUNES, op. cit., p. 73.

⁷⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 49.

⁷⁷ SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 114.

⁷⁸ PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In.: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-32.

⁷⁹ NUNES, op. cit., p. 74.

alegados. Daí o aforismo: *iudex secundum allegata et probata partibus iudicare debet* (o juiz deve julgar o alegado e provado pela parte)⁸⁰.

Em alguns aspectos, as partes não somente eram soberanas na determinação dos fatos que deveriam sustentar, mas também tinham que oferecer as teorias legais aplicáveis à controvérsia, adotando um modelo de processo civil hierárquico e burocrático.⁸¹ O processo era eminentemente escrito e pertencia às partes, sendo a figura do juiz afastada do processo, pois este somente tomava contato com as provas e com o próprio processo no momento de julgar.⁸² Assim, qualquer espécie de poder judicial era ignorado, ou pelo menos, demasiadamente atenuado, tendo em vista que o juiz deveria permanecer totalmente estranho à direção do processo.⁸³

Pode-se referir que havia uma supervalorização do princípio do dispositivo,⁸⁴ e é com base nesse princípio, que o processo na perspectiva liberal, concebeu uma ideia de protagonismo das partes, pois desde a instauração do procedimento, bem como seus atos subsequentes eram confiados às partes. Nessa matriz liberal, o juiz apresentava-se como um mero expectador em relação ao objeto litigioso. Dito isso, percebe-se que o processo civil do Estado Liberal foi reconduzido a um ideal individualista.⁸⁵

Nessa senda, pode-se dizer que o princípio dispositivo, está intimamente ligado ao exercício do poder de monopólio das partes para deduzir em juízo, encontrando campo fecundo para sua prática e reforço na fase do processo liberal.⁸⁶ Isto porque, sendo o processo

⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: Teoria geral do Processo Civil e parte geral do direito processual civil, p. 64. Nessa senda, Robert Millar, entende que corresponde às partes determinar o alcance e conteúdo da disputa judicial, sendo que o Tribunal deve esperar passivamente a apresentação de dito material, intervindo unicamente nos termos necessários para assegurar que as atividades processuais dos litigantes se desenvolvam com base em métodos ordenados, sem exceder os limites estabelecidos pela lei, adquirindo o procedimento assim a forma de uma disputa entre as partes, permitida e supervisionada pelo tribunal. Ao dizer que o Tribunal é limitado às petições formuladas, refere que não se pode conceder a nenhuma parte o que esta não tenha solicitado, sendo que somente se pode considerar os fatos e meios probatórios que sejam invocados pelas partes. Essas facetas se refletem nas seguintes máximas do direito romano medieval: *nemo iudex sine actore; da mihi factum, dabo tibi ius; iudici fit probatio; iudex iudicet secundum allegata et probata partium.; no eat iudex ultra petita partium; ne procedat iudex ex officio; quod non est actis est in mundo*. MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Trad. Catarina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 59-61.

⁸¹ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 360.

⁸² MOTTA, Cristina Reindolff da Mota. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

⁸³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66-67.

⁸⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 57. No mesmo sentido, MOTTA, Cristina Reindolff da Mota. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

⁸⁵ Segundo Mirjan Damaska, o processo civil foi conduzido a um ideal individualista, enquanto controvérsia de duas partes autônomas, como se fora mera continuação de outros meios de relações privadas, sendo constituído como base em um modelo rigoroso. DAMASKA, op. cit., p. 343.

⁸⁶ NUNES, op.cit., p. 76.

liberal eminentemente tido como coisa das partes, era vedado ao juiz, poder de impulso formal do procedimento, face ao óbice do princípio dispositivo em sentido processual.

Também é nesse sentido que Darci Guimarães Ribeiro, ensina que o princípio dispositivo, obteve êxito a partir da segunda metade do século XIX,⁸⁷ tendo em vista a considerável expansão do liberalismo surgido no processo civil, com o conseqüente ideal individualista e liberal.⁸⁸ Prossegue Darci Ribeiro, aduzindo que o fundamento histórico do princípio dispositivo, é o de preservar a imparcialidade do juiz, pois ao aumentar os poderes das partes, reduzir-se-iam os poderes do juiz, principalmente no que diz respeito ao ônus da prova,⁸⁹ o que culminou na limitação das funções do juiz a um papel relativamente menor no processo legal.⁹⁰

É importante registrar que o liberalismo processual, como base no princípio dispositivo em sentido processual, recepcionou uma concepção de protagonismo processual das partes, haja vista que desde a instauração do processo, até o seu impulso eram destinados às partes,⁹¹ sendo o juiz, nessa perspectiva, tido como um estranho em relação ao objeto litigioso, cuja função era a de mero espectador passivo e imparcial do debate processual, sem qualquer ingerência interpretativa que pudesse causar embaraço as partes e às relações que as envolviam.⁹²

⁸⁷ Nesse mesmo raciocínio, Maurício Lindenmeyer Barbieri, vai dizer que o princípio dispositivo teve o seu mais alto grau de reconhecimento em meados do século XIX, mas já aos tempos dos *ordálios*, o juiz era considerado um ser inativo no processo no que diz respeito à apresentação das provas. Naquela época recuada, aguardava o julgador que a justiça divina, a qual desconhecia a malícia das acusações ou a falsa prova, pendesse para o lado do verdadeiro e do justo. Ao juiz incumbia velar pelo rigorismo formal na colheita da prova. A este nada mais cabia do que declarar o resultado do experimento. (BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 103-129). Em contrapartida, a Revolução Francesa e a ideologia iluminista que a inspirou romperam com o passado pela supressão, ao menos parcial, do sistema da prova legal e com o incremento da publicidade do procedimento e do princípio da oralidade, conseqüência da ideologia da *égalité* impulsionadora do verdadeiro terremoto causado pelo movimento libertário. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40). Narra Mauro Cappelletti que a mais importante mudança constituiu-se na alteração do sistema da prova legal, vitória do método de observação direta dos dados concretos da realidade - sobre o velho método do apriorismo abstrato, mecânico e formal. O autor suscita a lembrança de que no sistema anterior, o fácil mais enganoso sistema de valorar a prova mecanicamente, sobre a base de critérios preestabelecidos, como o grau de nobreza, o sexo, a idade, a condição econômica, o número de provas, etc., devia finalmente ser substituído por o mais complexo e bem mais difícil, mas mais concreto e eficiente e também mais humano método de contado direito e pessoal do juiz com as partes, com as testemunhas, com os peritos, em suma, com as pessoas, com os lugares mesmos e com as coisas relevantes na causa; que é pois a essência, o núcleo central, não só do sistema o princípio da prova livre, senão também do princípio da chamada “oralidade” processual. CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado; las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1973. p. 9.

⁸⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 23.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 23.

⁹⁰ MERRYMAN, John Henry. *La tradicion juridica romano-canonica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 42.

⁹¹ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba em el proceso civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 45.

⁹² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 77.

Consigna-se ainda, que o princípio da igualdade, aparecia na sua face de igualdade formal, o que acabava por traduzir na prática, uma igualdade entre as partes que as livrava das forças econômicas, gerando assim, uma impossibilidade de compensação das desigualdades sociais.⁹³

Conforme ensina Michele Taruffo, o perfil do processo no Estado Liberal Clássico pode ser sintetizado na "total liberdade das partes privadas frente ao juiz – tido como um especialista científico alienado das contingências sociais⁹⁴ - forte controle político sobre o juiz por parte do governo"⁹⁵, inexistindo a possibilidade de diálogo entre o juiz e as partes.

Com efeito, a ideia do princípio dispositivo em sentido processual, como limitação dos poderes do juiz, é reflexo do modelo individualista de processo, em que o interesse do particular alocava-se acima do interesse público.

Em vista disso, no liberalismo processual, figuravam os princípios técnicos da igualdade formal, do processo escrito e o princípio do dispositivo, elementos esses que pretendiam a imparcialidade do juiz e uma postura passiva por parte do juiz.

2.4 O Processo Civil na Perspectiva do Estado Social

Ao fim da segunda metade do século XIX, surgiram vários conflitos de classe que vieram a revelar a insuficiência do marco de liberdades burguesas, quando inibido o reconhecimento da justiça social, uma vez que o individualismo e a neutralidade do Estado liberal não foram capazes de satisfazer as reais exigências de liberdade e de igualdade dos setores mais oprimidos social e economicamente⁹⁶.

Neste novo modelo de Estado, surgido após a II Guerra Mundial, há uma predominância do Poder Executivo, o que acaba acarretando uma modificação na conformação da teoria da separação dos poderes, passando o Executivo a se utilizar de novos instrumentos jurídicos que entram em confronto com o âmbito social clássico, acarretando um

⁹³ MOTTA, Cristina Reindolff da Mota. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.40.

⁹⁴ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 149.

⁹⁵ MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 68.

⁹⁶ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 223. Predomina, nesses termos, o progressivo estabelecimento por parte do Estado de medidas para frear os excessos mais chocantes do capitalismo, especialmente nos domínios dos horários de trabalho e do trabalho infantil e feminino. Disso, resultou uma alteração substancial na forma de conceber as relações do Estado com a sociedade, a partir de um novo *ethos político* baseado na percepção da sociedade não mais como um dado, mas como um objeto suscetível e carente de uma estruturação a ser perseguida pelo Estado para realização da justiça social. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 180-183.

caos normativo que torna problemática a vigência do princípio da legalidade.⁹⁷

O Estado Liberal foi erigido à categoria de um Estado de atuação negativa, em decorrência da busca pela defesa da autonomia privada, explicitada na interpretação individualista, abstrata e formal dos direitos de liberdade, de igualdade e de propriedade. A conjuntura de crise sócio-político-econômica provocada pela insuficiência do paradigma do Estado Liberal deu azo ao surgimento do Estado Social, cujos marcos iniciais foram a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919. O novo paradigma, mais uma vez, pretendeu reinterpretar o papel do Estado, buscando soluções para os problemas identificados no paradigma do Estado Liberal.⁹⁸

O surgimento de um capitalismo monopolista, desumano e escravizador, foi determinado pela limitação da atuação estatal à garantia da segurança e da ordem pública, tornando a liberal democracia insustentável.

Assim, não tendo o liberalismo processual, alcançado os anseios da sociedade da época, tornou-se necessária uma nova perspectiva teórica, que fosse capaz de enfraquecer o papel das partes e reforçar o papel dos juízes, o que convencionou chamar-se de socialismo processual, surgindo na busca de um novo viés interpretativo, de modo a ultrapassar as deficiências do modelo de Estado anterior.⁹⁹

Assim, a partir de meados do século XIX mudam-se os rumos e o Estado Liberal passa a assumir prestações positivas. Com a amplificação da atuação positiva Estado, com o crescimento da intervenção, tem-se a diminuição no âmbito da atividade livre do indivíduo, ofuscando-se assim os resquícios do Estado mínimo.¹⁰⁰

Esse cenário acabou por provocar uma profunda modificação no modo de conceber as relações do Estado com a sociedade, a partir de um novo modelo fundamentado numa concepção da sociedade não mais como um dado, mas como um objeto suscetível e carente de

⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. 2. ed. Coimbra: Afrontamento, 1996. p. 237.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 186.

⁹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 77.

¹⁰⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 183. Conforme aduzem Streck e Bolzan de Moraes, no século XIX, os liberais e os movimentos e partidos liberais mudaram a estrutura econômica, social e política da Europa e modificaram drasticamente a comunidade internacional. Pôs-se fim a escravidão, incapacidades religiosas (tolerância), inaugurou-se a liberdade de imprensa; discurso e associação à educação foi estendida; o sufrágio universal foi se estendendo até a universalização; constituições escritas foram elaboradas; o governo representativo consolidou-se como modelo; garantiu-se o livre comércio e eliminaram-se taxaões até então impostas, etc. O liberalismo teve um impacto profundo na vida econômica e a liberdade de movimento se realiza. Lar e propriedade se tornam invioláveis; eliminam-se taxaões de mercadorias para a facilitação do comércio mundial. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

uma estruturação a ser perseguida pelo Estado para realização da justiça social.¹⁰¹ Desta forma, a ideia predominante e da concepção do Estado Social é a de um sistema político que confira a todos os cidadãos um padrão de vida digno, de modo a possibilitar a realização do cidadão como homem¹⁰², passando a exercer uma conduta ativa na concretização da justiça social.¹⁰³

Inevitável que o paradigma do Estado Social¹⁰⁴ tenha aumentado à atuação do Estado, de maneira que os deveres negativos do Estado abdicassem lugar a uma atuação positiva, prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos inerentes à cidadania.

Neste contexto, é a lição de Paulo Bonavides:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou forma deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual. Nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social¹⁰⁵.

Da mesma maneira, na ampliação da atuação positiva do Estado, há a diminuição da atividade livre do indivíduo, de modo que, com o aumento da intervenção estatal, o modelo de Estado “mínimo”¹⁰⁶ começa a desaparecer.¹⁰⁷ Diante desse contexto, as novas demandas

¹⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 183.

¹⁰² SANTOS, Ângelo dos. *O Estado social: análise à luz da história*. Lisboa: Minerva, 1970. p. 15.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

¹⁰⁴ O Estado Social de Direito absorveu os conteúdos do liberalismo e acrescentou os direitos sociais, incluindo o dever de prestação por parte do Estado. Este tipo de Estado cunha o termo social em detrimento da concepção individual do liberalismo e pretende criar uma situação de bem-estar geral. O núcleo moral do liberalismo, contém uma afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza do ser humano – liberdade, dignidade, vida. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 58.

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.186.

¹⁰⁶ Avelãs Nunes, ao explicar acerca da doutrina de Adam Smith, vai dizer que Smith enquadra como indivíduos não produtivos, “o soberano, bem como todos os funcionários tanto da justiça quanto da guerra, que servem sob as suas ordens, todo o exército e toda a marinha...” “uma grande instituição eclesiástica, armadas e exércitos poderosos que em tempos de paz nada produzem e em tempos de guerra nada adquirem que possa compensar o dispêndio com a sua manutenção...”, e é este estado parasita e perdulário que Smith pretende reduzir a estado mínimo. NUNES, Antônio José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...: reflexos a propósitos das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 8.

¹⁰⁷ STRECK; MORAIS, op.cit., p. 64.

sociais proclamam uma robustez quantitativa da atuação estatal, requerendo estratégias de ação por parte dos entes políticos.¹⁰⁸

Conforme descreve Ingo Sarlet, o Estado passou a desempenhar um comportamento ativo na realização da justiça social,¹⁰⁹ rompendo com aqueles modelos inerentes da atuação estatal mínima que norteava o modelo genuinamente liberal. Nessa seara, acertado caracterizar o Estado pela sua finalidade, qual seja: a realização da igualdade a partir de mínimos materiais em favor de grupos sociais.

Desta forma, o Estado (e conseqüentemente a própria lei), passa a ser visto não mais como um instrumento de proteção das liberdades individuais, mas sim, de promoção da justiça e diminuição das desigualdades: é a passagem do Estado liberal para o Social¹¹⁰, na tentativa de estadualização da sociedade e recíproca socialização do Estado, que confere sentido ao novo Estado Social.¹¹¹

Essas mudanças ocorridas na posição do cidadão em face do Estado consolidam uma nova estabilização da esfera de autonomia individual, onde ao lado dos direitos e liberdades clássicos (como por exemplo, o direito de propriedade), encorpam-se os direitos sociais indissociáveis das correspondentes prestações sociais.¹¹²

Esse novo perfil do Estado acabou resultando na redução da atividade livre do indivíduo.¹¹³ Assim, o Estado social, de um certo modo, detinha uma conformação intervencionista, ainda que baseada em fundamentos liberais, caracterizando-se como um Estado assistencial, onde os direitos nada mais eram do que concessões¹¹⁴. Todavia, o Estado

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007, n. 6, p. 13.

¹¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 180.

¹¹² Nessa seara, NOVAIS ressalta que essas alterações incorporaram as Constituições Européias subseqüentes à 1ª Guerra Mundial, bem como mais avançadamente, a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar em 1919- tidas como marcos iniciais do Estado Social. *Ibid.*, p. 187.

¹¹³ STRECK; MORAIS, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁴ Vale mencionar o alerta feito por José Luis Bolzan de Moraes a respeito do tratamento das promessas incumpridas nos países em defasagem no tratamento da questão social e onde "uma percepção liberal-individualista-egoística dos direitos sociais ainda parece predominar, muitas vezes em "perfeita" harmonia com estratégias políticas de "clientelização fidelizada" da cidadania, oriundos de uma tradição patrimonialista e autoritária, onde a "concessão" de direitos vai de encontro a um projeto de construção de cidadania, muito em voga na história política latino-americana, na qual um "falso" Estado Social - na prática um Estado Assistencial - foram "doados" pelos "donos" do poder político-econômico a indivíduos "bestializados", acostumados a "assistirem" transições conservadoras". MORAIS, José Luis Bolzan de. *A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação*. In: STRECK; Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

social caracterizou-se pela forma de atuação ativa, quer seja na delimitação dos escopos da sociedade, quer seja no sentido de atribuir, aos cidadãos direitos fundamentais de caráter positivo e avocar a tarefa de objetivá-los, sobretudo, pela atuação do Poder Executivo.

Isso tudo implicou em uma mudança de percepção das relações do Estado, no sentido da intervenção do poder público estatal em locais até então próprios à iniciativa privada, dando ensejo a uma nova fase do Estado Liberal, consubstanciada na intervenção estatal, como resposta às demandas sociais e as próprias instabilidades do projeto político-econômico liberal,¹¹⁵ de uma sociedade que proclama a realização de uma justiça social, entendida esta como a necessidade de apoiar os indivíduos, estes não mais percebidos como seres isolados, mas sim como parte integrante de determinada coletividade.¹¹⁶

2.4.1 A Atuação do Juiz (protagonista) no Estado Social e a Outra Face do Princípio

Dispositivo

O individualismo, o formalismo e a neutralidades, típicas do Estado Liberal, romperam-se com a Segunda Guerra Mundial, passando o processo a possuir uma visão publicística, procurando buscar a justiça da decisão e a pacificação social.

Ainda no curso do século XIX, as propostas liberais no campo processual, mostraram-se visivelmente esgotadas, devido às claras insatisfações e degenerações, iniciando-se assim a busca de um renovado viés teórico que, levando em consideração os efeitos corrompedores do liberalismo, procurava um progresso da técnica processual mediante novos pressupostos.¹¹⁷

Assim, enquanto no Estado Liberal Clássico prevalecia a autonomia privada, no Estado Social, a autonomia pública prepondera sobre aquela, assumindo o Estado um prospecto de cunho paternalista e protetivista, portanto, intervencionista com o escopo de assegurar os direitos sociais mínimos aos cidadãos, objetivando o rompimento do modelo processual existente.

Como forma racional do exercício do poder público, o instituto do procedimento, é solidificado na legislação napoleônica,¹¹⁸ tendo sua autonomia - como resultado da evolução

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 66.

¹¹⁶ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 67.

¹¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 77.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 72.

histórica da administração da justiça, depositada como alicerce da concepção publicística do processo.¹¹⁹

Sob esse prisma, a atividade do órgão jurisdicional implicava em uma atuação ativa, onde os cidadãos deixaram de ser vistos em uma perspectiva isolada, passando a serem percebidas sob o ponto de vista de grupos, comunidades. De certa forma, deve-se ressaltar a forma de atuação ativa do Estado Social, seja no sentido de delimitar os fins da sociedade, seja no sentido de conferir, aos cidadãos direitos fundamentais de caráter positivo e assumir a tarefa de realizá-los.

Na esfera processual, calcada na performance ativa do juiz, poderia ele pedir esclarecimento aos litigantes quanto as suas alegações, e o que queriam provar, inclusive podendo corrigir algumas consequências da advocacia defeituosa patrocinada aos litigantes.¹²⁰ Inobstante a isso, foram impostos deveres mais amplos às partes também, inclusive para entregar as provas que estivessem em sua posse, ou a cooperar com o juiz de outras formas, de modo a se impor a verdade.¹²¹

Substituiu-se o sistema liberal do processo, de concepção privatística, pelo sistema social, em que predomina a concepção publicística. Enquanto a ação do juiz, no sistema anterior, era apenas de fiscalização, permitindo às partes dirigirem o processo segundo os seus caprichos, transformada a lide em um duelo estéril e degradante, passou o juiz a ser órgão atuante por excelência, tendo a direção do processo, de molde a poder empregar todos os meios necessários à descoberta da verdade, controlando os exageros das partes e desbastando o caminho para a consecução daquele ideal supremo da relação processual.¹²²

A nova perspectiva atribuída a esse processo, bem como os novos encargos auferidos ao juiz, afastou a concepção liberal-individualista do processo, até então vigorante. O juiz de espectador do embate entre as partes passou a consagrar a posição de protagonista do processo. Portanto, a atividade judicial, em conformidade com o paradigma constitucional do Estado Social, torna-se mais complexa em face das novas funções que lhe recaí, decorrência do encargo atribuído ao Estado de concretização dos fins sociais.

Como consequência da fase autonomista do Direito Processual, com o crescimento da atuação do Estado-Juiz, e seu implemento da direção do processo durante toda a tramitação

¹¹⁹ DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Il profilo storico. In: DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 23.

¹²⁰ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 361.

¹²¹ Ibid., p. 362.

¹²² GARCEZ NETTO, Martinho. A função do juiz na direção do processo. In: PRÁTICA de processo civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 14.

processual, aliado ao fato da aplicação técnica dos princípios da imediatidade, da identidade física do juiz e da concentração dos atos processuais,¹²³ o juiz passa a ampliar a sua margem de atuação, de modo a ter mais poderes, especialmente os oficiosos.

Assim, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, demonstrará, frequentemente, as balizas da “ideologia da fidelidade à lei”,¹²⁴ sendo que com o Estado de bem-estar social, mostra-se necessário o emprego de novas categorias cognitivas por parte do intérprete, caminhando-se da “hermenêutica de bloqueio” para a “hermenêutica de legitimação de aspirações sociais”.¹²⁵

Sob esse viés, o Estado Social trouxe à tona a questão da proteção da liberdade positiva, participativa, onde o direito à igualdade se transforma em uma condição de tratamento igualitário, no tocante ao acesso à plena cidadania.

No Estado Social, conforme alerta Damaska, cada vez mais se utiliza do litígio civil para a proteção, e muitas vezes para a definição de interesses maiores que os privados, ou públicos.¹²⁶

Deste modo, a posição do juiz, até então neutra, é diretamente afetada, pois a ele é atribuída uma corresponsabilidade, na correção dos desvios da política legislativa, que até então, cabia aos Poderes Legislativo e Executivo.

À par dessas transformações, como o surgimento de uma sociedade tecnológica e mais precisamente, com o advento do Estado Social, o juiz é instigado a libertar-se da estrita legalidade até então imposta, obrigando a uma responsabilidade prospectiva, pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas reivindicações do Estado Social.¹²⁷

Sendo o direito indissociável da história, a doutrina processual existente naquele contexto de transição cultural, tratou de reavaliar o processo, atribuindo maiores poderes ao juiz, o que culminaria, em uma nova feição assumida pelo Estado. Como consequência, o modelo autoritário de Estado, aos poucos, foi dando espaço para um processo mais rápido e eficaz, no sentido de um instrumento de justiça social.

As modificações ocorridas naquele dado momento, no âmbito do processo civil, formaram um cenário profícuo para a rediscussão acerca do papel desempenhado pelo juiz e

¹²³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55.

¹²⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 124, 1994.

¹²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 18-19, 1994.

¹²⁶ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Edição original: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 363.

¹²⁷ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 19.

pelas partes, em um ambiente no qual se renunciou à ideia de um processo munido pelas partes,¹²⁸ contrapondo-se a um juiz passivo e inoperante, típico dos ideais do Estado Liberal.

A adjetivação pelo social pretendia, assim, a correção do individualismo liberal clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social.¹²⁹ Face à consagração de direitos inéditos até então, de caráter eminentemente social, exigia-se uma maior e mais qualificada ingerência, deslocando-se o centro das atenções da esfera legislativa do para a atividade executiva.¹³⁰

Essa inovadora atitude do Estado, que culminava na diminuição da atividade livre do indivíduo¹³¹, no entanto careceu de um aspecto democrático. Cumpre aduzir, ainda, que desfeita a separação entre o Estado e a sociedade, os indivíduos continuam sem força para atuar de forma democrática na determinação dos direitos dos fins do Estado.¹³² Assim, levando em conta a sua configuração intervencionista, contudo calcada em bases liberais, não se pode afirmar que o Estado cumpriu um papel efetivamente socializante.¹³³ Isto porque, ao que tudo indica, o Estado caracterizava-se muito mais como um Estado assistencial, no qual os direitos não passavam de concessões.¹³⁴

Aos poucos, o direito e o processo civil, começaram a sofrer os influxos dessa alteração, com reformas legislativas explicadas como rejeição ao individualismo, que era associado aos princípios do liberalismo clássico.¹³⁵ O processo, até então idealizado como algo privado (coisa das partes), passou a representar o exercício de uma função pública e soberana.¹³⁶

¹²⁸ Interessante a abordagem de Damaska sobre o conceito de partes no Estado Social. Nesse sentido, ele vai dizer que “*el ciudadano de um Estado activista no es soberano para afirmar o renunciar al derecho que constituye el contenido de la causa de acción. Si no está dispuesto a defender su causa, la política estatal puede exigir que un funcionario lo haga por él. Por estas razones tal vez sería más apropiado no hablar de “partes”, sino de “principales participantes em un processo”: aquellos que, aunque se les niegue el control de las acciones procesales, están más afectados directamente por la decisión em que culminará el proceso*”. DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 263.

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

¹³⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK; Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107.

¹³¹ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 64.

¹³² NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 189.

¹³³ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 74.

¹³⁴ MORAIS, op. cit., p. 103.

¹³⁵ DAMASKA, op. cit., p. 128 e ss.

¹³⁶ LIEBMANN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 29, pt. 1, p. 108, 1974.

2.4.2 A Dimensão Social do Processo: considerações acerca da publicização e da socialização do processo civil no Estado Social

No final do século XX, as modificações no papel do Estado-Juiz, que iniciaram a ser explanadas, irão cobrar uma nova postura de (re)ler o processo civil. Com o aparecimento das legislações sociais e crescimento da insatisfação dos cidadãos com o desenvolvimento da sociedade industrial do século XIX, surgiu uma linha doutrinária que, em face da percepção da luta de classes, enxergou no direito um instrumento de transformação social.¹³⁷

Deste modo, a consideração do processo civil no século XIX como coisa privada das partes, refletia de maneira adequada a concepção visivelmente individualista e exclusivamente privatística então dominante, sendo que no processo civil dos ordenamentos mais modernos passou-se a repercutir o vagaroso trabalho de socialização processual.¹³⁸

Essa renovada perspectiva teórica, concebida por autores como Menger, Klein e Büllow, acabou por produzir o enfraquecimento do papel das partes e o reforço do papel do juiz. Desta forma, o conflito jurídico interno, concebido com a criação de um novo modelo processual, o qual se convencionou chamar de socialização processual, brota na procura de uma renovada perspectiva interpretativa, de forma a superar as deficiências do modelo anterior.¹³⁹

O socialismo jurídico, cujo principal expoente do discurso processual foi Anton Menger, repreende a lógica liberal de liberdade de jogo das forças políticas e econômicas e pugna por uma maior intervenção legislativa.¹⁴⁰ Realizadas essas considerações, Menger sugere a ingerência do juiz na justiça civil, criticando os ideais liberais próprios da época, tais como a complexidade da máquina jurisdicional e a passividade judicial, tendo em vista que no duelo entre os pobres e ricos, estes teriam mais condições se serem favorecidos, adotando-se a perspectiva da igualdade formal, pois que a classe menos favorecida, teria o óbice de deparar-se com um aparato judicial complicado, o que obstaculizaria a classe menos favorecida de defender seus direitos.¹⁴¹

As alterações recomendadas por Menger sugerem o reforço do papel do juiz, adotando ele a postura de educador, na medida em que deveria instruir de forma gratuita o cidadão, notadamente o pobre, que era o mais fraco da relação processual sobre o direito

¹³⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 79.

¹³⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

¹³⁹ NUNES, op. cit., p. 77.

¹⁴⁰ Ibid., p.79.

¹⁴¹ MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947. p. 65-66.

vigente, impedindo, com isso, a assunção de um papel inferior das classes menos favorecidas.¹⁴²

Os ensinamentos de Anton Menger foram muito importantes para a nova roupagem assumida pela primeira legislação socializadora, qual seja, a Ordenança processual Civil do império austro-húngaro, de 1985 – ÖZPO, sob a influência de Franz Klein.¹⁴³

Foi por obra de Franz Klein, em 1895, com o Código de Processo Civil Austríaco, que se iniciou a ideia de um modelo processual civil de cunho “social”. Para o referido jurista, o processo civil passava a ser considerado como instrumento para o bem estar social (“*Wohlfahrteinrichtung*”), uma norma do poder para a proteção dos interesses comunitários e dos bens jurídicos individuais. Ademais, a celeridade, da determinação dos conflitos, não estabelece somente a satisfação de um interesse individual, mas também social.¹⁴⁴

Entretanto, para alcançar esse fim, o Estado deveria exercer influencia na marcha o processo, conservando a liberdade de atividade e a responsabilidade do particular, tudo coordenado, porém, com a atividade e complementação (da atividade dos particulares)¹⁴⁵ estatal, seguindo-se os ditames da política social.

Sob a influência da doutrina de Menger¹⁴⁶, Franz Klein, um aclarado jurista e homem político¹⁴⁷, sustenta em seus ensinamentos a influência da coletividade, visualizando no processo um conflito social, ainda que versasse meramente sobre direitos de caráter privado, demandando por parte do Estado uma célere e efetiva resolução¹⁴⁸, tendo em vista que qualquer conflito que provoca uma disputa legal perturba o normal desenvolvimento da sociedade¹⁴⁹.

No que tange ao desenvolvimento do processo, Klein defendeu também, acentuando a função social do processo, a necessidade do aumento dos poderes do juiz, conferindo-lhe uma maior participação na direção efetiva do processo.¹⁵⁰ O enfoque de Klein, vem a centralizar-se na coletividade, considerando como conflito social mesmo o litígio de caráter

¹⁴² MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947. p. 68-69.

¹⁴³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 81.

¹⁴⁴ CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *O juiz e seus poderes no novo CPC*. [S.l.]: Revista Técnicas, 1977. p. 55.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 55-56.

¹⁴⁶ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per no studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 19.

¹⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado; las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1973. v. 2, p. 498.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

¹⁴⁹ SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil Austríaco. *Revista de Processo – REPRO*, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 138-149, jan./mar. 1980.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os poderes do juiz e a visão cooperativa de processo. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 58, 2003.

privado.¹⁵¹ Nesse contexto, toda essa construção visava a, justamente, combater a “estrutura arcaica e rígida”¹⁵² do processo liberal da época, sendo que o discurso do protagonismo judicial, representou uma revolução à época, na tentativa de adequação do processo civil à nova época cultural que se inaugurava.¹⁵³

E o processo civil, como produto da cultura, acabou por receber os influxos dessas modificações do papel do Estado. Assim, o processo, que até então era concebido como “coisa das partes”, começou a figurar o exercício de uma função pública, refletindo a expressão da autoridade do Estado, com a finalidade de tutelar os interesses privados, e de realizar o interesse público da administração da justiça.¹⁵⁴ Ou seja, o processo adquiria a configuração de instrumento que o Estado colocava à disposição dos privados para a atuação da lei.¹⁵⁵

Entretanto, convém salientar que tal mudança não pressupunha a concepção de visualizar o processo a partir de um modelo autoritário de Estado, mas, sim, em pensá-lo como um instrumento de pacificação social.¹⁵⁶ Nesse contexto, as mudanças advindas no

¹⁵¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

¹⁵² RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 39.

¹⁵³ A legislação processual liberal, sob a influencia da reforma austríaca, serviu de parâmetro a outros ordenamentos da Europa continental, a começar pelos países de língua alemã, especialmente na ZPO alemã, cuja principal influencia original advinha do Código de Processo Civil francês de 1086. (OLIVEIRA, op. cit., p. 77-78). Para aprofundamento do tema, consultar CIPRIANI, Franco. Nel Centenario del Regolamento di Klein: Il processo civile tra libertà e autorità. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 50, pt 2, p. 971, 1995; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 20-31, 34-36, 40-65; TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 195-199.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 188.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 188.

¹⁵⁶ À respeito da idéia de que a jurisdição tem por objetivo a pacificação social, Marinoni adverte que “o fim de pacificação social não resultaria apenas do fato de que os cidadãos buscam solução para os seus conflitos no Poder Judiciário, e de que esse, ao solucioná-los, permitiria a pacificação de específicas situações litigiosas. Na verdade, a idéia do fim de pacificação social da jurisdição está relacionada com três questões: i) a existência do juiz dá aos litigantes a consciência de que os seus conflitos têm uma forma de resolução instituída e estatal, o que elimina as tentativas de soluções privadas arbitrárias e violentas; ii) a jurisdição acomoda as disputas, evitando a potencialização e o agravamento das discussões; iii) ainda que um dos litigantes não se conforme com a decisão, sabe ele que, diante da impossibilidade de levar novamente ao juiz a situação conflitiva já solucionada, nada mais lhe resta fazer, e que, portanto, seria improdutivo e ilógico continuar alimentando a sua posição. Acontece que essas três características, que serviriam para identificar um fim de pacificação social na jurisdição, são completamente neutras e indiferentes à substância da função ou da decisão jurisdicional que conduziria à pacificação. E definir jurisdição sem saber como a pacificação é alcançada pode conduzir a admissão de que qualquer poder instituído, mesmo que atuando de forma ilegítima e de modo contrário aos princípios materiais de justiça, exerce jurisdição. Na realidade, como não é difícil perceber, a pacificação social é uma mera consequência da existência de um poder de resolução dos conflitos que se sobreponha sobre os seus subordinados, e não um resultado particular e próprio do Estado constitucional. Por isso, no atual estágio dos nossos estudos, parece não ser adequado concluir que a jurisdição se caracteriza pelo fim da pacificação social. É preciso, antes de tudo, analisar de que forma esse fim é obtido, ou melhor, verificar a legitimidade do poder de resolução dos conflitos e das decisões destinadas a regulá-los. Sem isso estaríamos aceitando que todo poder direcionado à pacificação social é um poder jurisdicional e, assim, para dizer o mínimo, igualizando a jurisdição do Estado legislativo com a jurisdição do Estado contemporâneo”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1: Teoria Geral do Processo, p. 113-114.

processo civil foram consideráveis para que o papel do juiz e das partes fosse paulatinamente redimensionado, no sentido de abandonar a ideia de um processo preponderantemente sob a influência das partes em confronto com um juiz passivo.

É Nessa esteira, que a publicização do processo – como decorrência do crescimento do papel do Estado – e a socialização do processo- preocupado com o problema da justiça formal sob a ótica da igualdade formal, acabaram por culminar no aumento dos poderes do juiz.¹⁵⁷

Concomitantemente ao empenho despendido por Klein na legislação austríaca, emergiu, na esfera doutrinária da Alemanha, um posicionamento que culminou por gerar a autonomia do estudo do direito processual, ao mesmo tempo em que consagrou o “processualismo científico”. Trata-se da linha teórica inaugurada por Oskar Bülow, com a obra *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*”, publicado em 1868, onde Bülow concebeu o processo como uma relação jurídica pública e contínua, que avança gradativamente e que se desenvolve passo a passo, lastreada primordialmente na figura do juiz, onde as partes seriam levadas em conta unicamente no aspecto do seu vínculo e cooperação com a atividade judicial.¹⁵⁸

Nessa senda, por ter ultrapassado a visão privatística do processo, e também por auferir ao mesmo um caráter científico, mediante um programa que conduz a uma rigorosa separação da relação jurídica processual da relação jurídica substancial¹⁵⁹, Bülow é comumente mencionado pela doutrina processual, conferindo autoridade ao estudo da relação processual como uma relação de direito público entre o particular e o Estado, com a elaboração dos pressupostos que lhe dariam consistência.¹⁶⁰

Na perspectiva de Bülow, as relações entre o direito material e o direito processual centralizam-se em colocar como conceitos fundamentais a relação jurídica processual e os seus pressupostos, relação essa que se propaga de modo progressivo, como relação jurídica de natureza pública¹⁶¹.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1: Teoria Geral do Processo, p. 80.

¹⁵⁸ No original: “Se trata em el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma cuenta únicamente em el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial”. BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964. p. 2.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 34.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 36. Nesse contexto, Ovídio A. Baptista, assevera ser impossível não trazer à tona a importância excepcional que o estudo do processo como uma relação jurídica peculiar, de direito público, teve para o desenvolvimento do direito processual civil como uma disciplina autônoma. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v 1: processo de conhecimento, p. 5.

Assim, percebe-se que as bases da socialização processual no âmbito doutrinário, encontra parte de suas ressonâncias nos pensamentos de Menger e Bülow, e de Klein, na esfera da legislação.

2.4.3 O Socialismo Jurídico no Brasil: O código de Processo Civil de 1939

A história do Código de Processo Civil desenvolveu-se de acordo com a própria organização estatal implementada na história política brasileira daquela época. Há tempos, já era idealizada, como forma de instrumento de integração social, a junção do direito processual por juristas pátrios.¹⁶²

Essa tendência legislativa no Brasil estrutura-se com a adoção do Código de Processo Civil de 1939, com o Decreto n. 960, de 17 de dezembro de 1938,¹⁶³ que unificou em parte, a legislação processual cível do nosso país.¹⁶⁴ Ao elaborar a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, o ministro Francisco Campos, enfatizou a adoção do modelo de reforço do papel do Estado,¹⁶⁵ sendo possível evidenciar características propugnadas por Franz Klein.

O referido Código valeu-se das benfeitorias trazidas ao moderno direito processual pela denominada concepção publicística do processo, devendo ser lembrado nome de processualista italiano Giuseppe Chiovenda¹⁶⁶, o qual entendia que o Estado seria interessado não no objeto da lide, mas no modo em que esta se desenvolveria.¹⁶⁷

Desse modo, em contraste à concepção liberal do processo, implantava-se uma interferência ativa do Estado no processo, através da formulação de um papel mais ativo do juiz. Tão ampla é a faculdade do juiz para determinar, de ofício, novas indagações,

¹⁶² COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve noticia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1970. p. 83.

¹⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

¹⁶⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 96.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 97.

¹⁶⁶ Nos ensina a doutrina, que na Itália, a riqueza da reforma austríaca é reconhecida com a obra de Chiovenda (GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. *Los protagonistas del derecho procesal: desde Chiovenda a nuestros días*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 37). No mesmo sentido, TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: GUASTINI, R.; REBUFFA, G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 19.

¹⁶⁷ Para o processualista, a relação entre a iniciativa do juiz e a iniciativa das partes constituía o ponto fundamental do maior dos problemas processuais, sendo que a expansão dos poderes do juiz seria o ponto central das reformas processuais, a essência da adaptação do processo às necessidades sociais. CHIOVENDA, Giuseppe. Lo stato attuale de processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali. In: *Saagi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930b. v. 1, p. 423.

diligências, esclarecimentos, que poderá determinar exame pericial até mesmo depois do despacho saneador, quando entender que não ficará suficientemente habilitado para decidir a causa sem a produção dessa prova. Isto porque o juiz – na síntese precisa de Chiovenda – é o Estado administrando a justiça; e, conseqüentemente, a ação do juiz não está sujeita em hipótese alguma a preclusões ou formalismos inexoráveis.¹⁶⁸

Para Chiovenda, o incremento dos poderes do juiz, estaria rigorosamente integrado com os princípios da oralidade e da concentração.¹⁶⁹ Assim, o Código de Processo Civil de 1939 estabeleceu um sistema denominado “oralidade concentrada”, onde permanecia de forma escrita a petição inicial, a reconvenção e a contestação, sendo que somente a fase de instrução tinha a predominância da oralidade, sistema esse que abrangia a predominância da palavra falada, a imediatidade, a identidade física do juiz, a concentração da causa e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias.¹⁷⁰

Inevitavelmente, a oralidade confere ao processo a qualidade de instrumento público, alterando a concepção dualística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplificando a sua marcha, racionalizar a sua estrutura e, organizando o processo para que se torne mais adequada e eficiente à formação da prova, a fim de que o juiz possa obter sobre elas apreciações adequadas. O princípio do denominado ‘maior poder do juiz’, característica fundamental do processo oral, é, exatamente, conferir ao juiz a ingerência e atuação na lide, de modo que seja ele quem a impulsione, e não as partes.¹⁷¹

¹⁶⁸ GARCEZ NETTO, Martinho. A função do juiz na direção do processo. In: PRÁTICA de processo civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 15.

¹⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Lo stato attuale de processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930b. v. 1, p. 423. Seguindo por essa perspectiva, Vittorio Denti explica a ausência de defesa da oralidade, propugnada por Chiovenda, por prevalecer uma visão do processo substancialmente mais próxima ao ponto de vista do advogado que aquele do juiz, segundo a concepção cara ao liberalismo clássico, pelo qual o processo é uma afazer das partes, que devem poder projetar no júizo a sua liberdade econômica e social. Reforço dos poderes do juiz, portanto, mas dentro de limites bem definidos, e em condições senão que resultasse inatacada a esfera de autonomia individual que a ideologia conservadora intentava comumente garantir. DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 19.

¹⁷⁰ ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo civil e comercial brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1940. v. 1, p. 77. Em sentido análogo, Darci Guimarães Ribeiro ensina que Franz Klein contribuiu sensivelmente para o fortalecimento e desenvolvimento do princípio da oralidade, imediatidade, concentração, publicidade, autoridade judicial, livre apreciação das provas pelo juiz. (RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 163). Corroborando a assertiva, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira preconiza que na referida legislação, foram acolhidos o despacho saneador e o princípio da oralidade processual, com a concentração dos atos de instrução e debate oral da causa em audiência, reconhecida ainda a necessidade de imediação do juiz com as provas e com as partes, o que acaba por privilegiar, conseqüentemente, o princípio da identidade física do juiz. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

¹⁷¹ GARCEZ NETTO, op. cit., p. 14.

Entretanto, em que pese a previsão contida no Código Processual Civil de 1939, sabe-se que até os dias atuais, a oralidade não restou efetivamente implementada, seguindo a predominância do processo escrito, baseado na premissa de que o comportamento judicial é lastreado na argumentação de que as observações desenvolvidas no decorrer do processo devem ser verificadas e comprovadas por documentos escritos.^{172 173}

Destarte, o Código de Processo Civil de 1939, seguindo a direção do crescimento do papel assumido pelo Estado, ressaltava o caráter público do processo, adentrando em uma inovação sem precedentes na história processualística pátria.¹⁷⁴ A modificação da própria visão do processo, de concepção privatística, era o elemento que norteava a mudança no papel do juiz, passando este a atuar em um ambiente cuja concepção era publicística.¹⁷⁵

¹⁷² DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 106. Nesse raciocínio, Chiovenda mostrava-se adepto às correntes reformadoras baseadas na obra de Menger, partilhando com seus princípios inspiradores, no quadro de uma visão do processo no qual o reforço dos poderes do juiz tinha, no entanto, outros pressupostos, distintos daqueles de inspiração social. Tratava-se de, a partir dos princípios processuais que se reuniam sob o nome de oralidade, obter um melhor funcionamento do processo, dado o seu caráter público, enxergando-se no reforço dos poderes do juiz o meio para resguardar do fim público da justiça a intemperança e os egoísmos dos litigantes. DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 14.

¹⁷³ Dierle Nunes critica o trato da discussão endoprocessual do Brasil, ao dizer que em nosso país, a oralidade deveria ser implantada e fomentada ao longo de todo o íter processual, sendo que na prática, somente ganha importância a partir da instrução probatória, e em várias hipóteses apenas no momento decisório. Assevera ele que a legislação pode até ser “socializadora e oral”, mas a condução do procedimento ocorre como se a legislação fosse liberal e escrita. (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 98). Em sentido crítico, também José Alberto dos Reis, ao questionar onde está então o traço característico da oralidade, respondendo ele próprio, ao dizer que está numa audiência de instrução, discussão e julgamento, onde se produzem perante o julgador as provas mais importantes e a seguir se discute e julga a causa. Prossegue o autor, aduzindo que uma das exigências fundamentais do tipo de processo oral é o contato imediato entre o juiz de primeira instância e as pessoas que lhe dão de fornecer os elementos de convicção – partes, peritos, testemunhas. Em vez de tomar conhecimento dos fatos através de peças escritas, o julgador de primeira instância assiste aos depoimentos e ouve as declarações dos peritos. Entende ele ainda que para ser perfeito, o processo oral tem de ser concentrado, sendo que a instrução, a discussão e o julgamento devem desenrolar-se o mais rapidamente possível para se não apaguem no espírito do julgador as impressões colhidas durante a produção da prova e durante os debates. (REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2. ed. atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1929. p. 13). A fim de alicerçar essas diretrizes, Darci Guimarães Ribeiro leciona que a o problema da oralidade não reside no campo do Direito, mas sim no da Filosofia e da Ética, tendo em vista que, na medida em que se agrava a crise ética, agrava-se a crise nas relações humanas, e no mundo de aparências em que vivemos, os valores são facilmente alterados, razão pela qual há uma desconfiança generalizada no ser humano, e conseqüentemente, na pessoa do magistrado. Nesse diapasão, a oralidade corre em sentido contrário, na medida em que pressupõe uma maior credibilidade na pessoa do homem-juiz, porquanto um processo predominante oral, acaba por aproximar o juiz do fato. RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 165.

¹⁷⁴ VIANNA, Ataliba. *Inovações e obscuridades do código de processo civil e comercial brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins, 1940. p. 02.

¹⁷⁵ GARCEZ NETTO, Martinho. A função do juiz na direção do processo. In: PRÁTICA de processo civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 14.

Assim, uma vez que o processo abandonava a característica de ser um instrumento que visa atender os interesses particulares, para ser considerado como um instituto de direito público, o papel do juiz no processo também haveria de sofrer modificações.¹⁷⁶

É inegável que o Código de Processo Civil de 1939, concedeu ao juiz, uma soma de poderes que jamais teve, substituindo assim o sistema tradicional do processo, de concepção privatística, pelo sistema moderno, em que predomina a concepção publicística. Enquanto a ação do juiz, no sistema revogado, era apenas de fiscalização, permitindo às partes dirigirem o processo segundo os seus 'caprichos', passou o juiz a ser órgão atuante por excelência, tendo a direção do processo, de molde a poder empregar todos os meios necessários à descoberta da verdade,¹⁷⁷ controlando os exageros das partes e desbastando o caminho para a consecução daquele ideal supremo da relação processual.¹⁷⁸

¹⁷⁶ NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria, 1949. p. 31.

¹⁷⁷ Acerca do problema da verdade no processo, Carlo Furno, vai dizer que é um equívoco pensar que o problema da verdade seja, sempre e exclusivamente, um problema de pura índole filosófica. Frente ao processo, o problema da verdade se coloca, não já como um problema a discutir, mas como um problema a resolver, impondo-se a sua solução, ainda que se discuta o critério que seja empregado para lográ-la. Se apresenta, pois, como problema prático. Do ponto de vista filosófico, a noção da verdade não pode ser mais que um fim em si mesma: a verdade pela verdade, a verdade absoluta, sendo que no processo e no direito em geral é preciso colocar uma ordem de ideias muito mais modesta. A indagação e o conhecimento da verdade estão, em respeito ao fim último do processo, em uma relação técnica, funcional, de meio a fim. A verdade tanto serve ao processo enquanto faz conseguível o fim. Por isso, fala-se em um problema técnica funcional e, portanto, prático, da verdade no processo. Sustenta o autor que não se pode colocar o problema da verdade a respeito do direito objetivo, que, enquanto existe e está em vigor em sua veste formal de lei é, em si, um dado certo e indiscutível. O problema poderá e deverá apresentar-se a respeito da concreta situação de fato processual (suposto de fato) da qual tenha nascido e com a qual se identifica a relação ou estado jurídico litigioso, ou, mais concretamente, a respeito de cada um dos singulares elementos de fato que em seu conjunto integram aquela situação. Assim, para manifestar a vontade legal concreta correspondente ao caso submetido a juízo, deve o juiz conhecer o suposto de fato de cada caso dado; e o deve conhecer através e mediante uma reconstrução histórica dos elementos particulares que tenha concorrido a formá-lo. Apenas é necessário indicar que essa reconstrução, na prática, deve ser histórico-crítica, já por óbvia razões de seleção de somente alguns entre os muitos elementos oferecidos ao juiz para aquela operação, já, sobretudo, porque a situação a reconstruir nasceu em um passado às vezes distante, frequentemente o juiz não pode lograr a exata representação de todos os elementos daquela, tendo que contentar-se com uma visão intelectual, obtida por via de raciocínio, de ilação, de seleção lógica. O que urge afirmar é que longe de apresentar-se nunca a verdade em forma absoluta, aparece sempre de forma relativa. (FURNO, Carlo. *Teoria de la prueba legal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954. p. 13-15). Conforme adverte Ovídio Baptista, o problema do processualista é dar sentido aos fatos, não bastando estabelecer sua veracidade, pois isso é tarefa do historiador, não do magistrado. O direito nasce do fato, mas com ele não se confunde. As proposições mais simples e que poderiam parecer óbvias, dependendo do respectivo contexto poderão ter "significados" diversos e até antagônicos. Mesmo porque a busca da verdade dos fatos será sempre uma tarefa indispensável, porém preliminar, não conclusiva. A partir desse ponto, é que o julgador haverá de atribuir-lhes "sentido", não um suposto significado constante, dado previamente pelo legislador, como se as contingências, expectativas e valores estivessem petrificados na história. Prossegue o processualista gaúcho, aduzindo que este modo de pensar o processo civil, este padrão epistemológico, e a necessidade que a civilização moderna tornou inevitável de tratar os litígios judiciais com base na *aparência*, admitindo a *razoabilidade* como critério de decisão; enfim, aponta o jurista que a distinção entre "verdade" e "significado", como critério de justiça para o caso concreto, é o grande responsável pela decadência do procedimento ordinário, com sua pretenciosa aspiração a alcançar a verdade, tendo no juiz a figura de um operador neutro, impassível frente às injustiças, e, conseqüentemente, irresponsável (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Verdade e significado*. [S.l., 2013]. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 09

2.5 O Processo Civil na Perspectiva do Estado Democrático de Direito. Aportes introdutórios: O processo civil entre duas épocas. A passagem entre o Estado Social e o Estado Democrático de Direito

Destarte, a exigência da socialização do Estado implica não somente o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada das decisões políticas centrais, mas, fundamentalmente, a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente propagada pelo conjunto da sociedade. Dada à divergência existente entre os objetivos pretendidos pelo Estado Social, e a sua implementação, sobreveio a imperativa necessidade de reação diante de um paradigma que, fundando-se na premissa de um Estado monopolizador, acabou por entrar em crise. Assim, o alcance de toda a esfera pública pelo Estado, particularidade categórica do Estado Social, provocou uma espécie de inchaço da máquina estatal, gerando a ineficácia operacional e administrativa, bem como a inaptidão de resolução de novas demandas.

O movimento de socialização processual, característico do paradigma de Estado Social, emergiu no momento em que a crise do Welfare State estava instaurada, pela inaptidão do Estado provedor de concretizar as suas tarefas.¹⁷⁹

No campo processual, de um lado, nota-se a perspectiva socializadora de acesso à justiça, e de outro lado, a perspectiva de garantia de não intervenção, própria do Estado Liberal, aliadas às características da quantificação e do fluxo, no sentido de produtividade,

abr. 2013), conforme leciona Mauro Cappelletti, na sua célebre obra *Juízes irresponsáveis?* (Para aprofundamento do tema, ver CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução e Revisão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989). O problema da verdade, da certeza absoluta, segundo Darci Guimarães Ribeiro, reflete em todas as searas do Direito, sendo que a prova judiciária, não haveria de escapar desses malefícios oriundos dessa concepção. Tanto é verdade, que para o juiz sentenciar, é conveniente que as partes provem a verdade dos fatos alegados, a teor do que preconiza o art. 332 do CPC. Porém, quem alega a existência ou inexistência de determinado fato não precisa provar, de forma absoluta, a sua alegação, até porque foge ao campo das ciências naturais, para obtenção de um provimento jurisdicional. (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 61-63). Já diante de uma perspectiva hermenêutica-filosófica, Lenio Streck aponta que “o “conceito” de verdade está ligado à possibilidade de elaborar juízos autênticos (legítimos), que dependerão de nossa pré-compreensão. Se nos movemos no mundo a partir de nossa inserção em determinado paradigma, a compreensão (interpretação) que fazemos sobre o direito (para ficar na especificidade) dependerá dessa questão metodológica”. *Ibid.*, p. 351.

¹⁷⁸ GARCEZ NETTO, Martinho. A função do juiz na direção do processo. In: PRÁTICA de processo civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 14.

¹⁷⁹ Nesse sentido, não se pode olvidar que em *terra brasilis*, nunca houve a implementação efetiva desse modelo os delineamentos do Welfare State, característico dos países europeus. Como expõe José Luiz Bolzan de Moraes, o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer essa função social, foi, especialmente no Brasil, pródigo somente para com as elites, com as camadas médias superiores da sociedade, sendo que as promessas da modernidade ainda não se realizaram, e é por tal razão, que o Estado apresenta como solução, por mais paradoxal que seja, o retorno ao Estado (neoliberal, motivo pelo qual a pós modernidade é vista com os olhos da visão neoliberal. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis Moraes. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 84.

ensejando ao que a doutrina denomina de neoliberalismo processual,¹⁸⁰ o que irá reclamar uma releitura democrática dessa visão processual.

Destarte, a exigência da socialização do Estado implicou não somente o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada das decisões políticas centrais, mas, fundamentalmente, a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente propagada pelo conjunto da sociedade. Desta forma, o cidadão deve ser visto como participante, e não mero receptor da intervenção social do Estado.¹⁸¹

Considerando as mudanças ocorridas, implantou-se a necessidade de uma redefinição da concepção de Estado, a fim de conformar-se ao nosso paradigma emergido pelo Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo desenvolvimento de um direito participativo, pluralista e aberto que pressupõe uma participação social no debate público, de modo a materializar a primazia da democracia. Nesse sentido, ganha evidência a ideia de cidadania, que reflete a exigência de uma participação ativa da sociedade tanto na atividade política quanto no processo jurídico decisional.¹⁸²

Assim sendo, o Estado Democrático de Direito dispõe-se a regularizar as distorções atinentes à legitimidade do Direito, ocorridas nos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social, tendo em vista que esses paradigmas cingem-se a disputar a hegemonia na “determinação dos pressupostos fáticos para o status de pessoas do direito e seu papel de destinatárias da ordem jurídica”.¹⁸³

Desse modo, a formação do Estado Democrático de Direito advém da redefinição da própria visão de Estado, em um contexto onde os cidadãos batalham pela criação de espaços

¹⁸⁰ Sob a perspectiva processual denominada de neoliberal, trabalha-se com a lógica da eficácia sem qualquer compromisso com o aspecto participativo e de correção normativa com que o sistema processual democrático deve atuar. Sob os auspícios do neoliberalismo processual, o Judiciário deixa de ser visto como um a entidade que desenvolve uma função estatal, para ser um mero órgão prestador de serviços, onde o cidadão é visto como mero consumidor de produtos do Estado-privado-jurisdição. Na verdade, o neoliberalismo processual se apodera do discurso da socialização para desqualificá-lo e utilizá-lo contra si mesmo e em favor de imperativos funcionais, o que significa dizer que o aumento do papel do juiz acaba por não buscar nenhum objetivo socializante. Na verdade, a denominação neoliberalismo processual é a que reflete a ressonância do modelo estatal no campo processual. (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 163-167). Nesse raciocínio, Calmon de Passos vai dizer que a efetividade a ser defendida não é a do processo em sentido utilitarista, mas sim do ordenamento, pois a efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda ao nome que se institucionaliza numa ordem política democrática. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 30-35, set./out. 1999.

¹⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

¹⁸² NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, DF, n. 6, p. 243-244, 2. sem. 1999.

¹⁸³ THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do direito. *Meritum: Revista de Direito da FCH/FUMEC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 340, jan./jun. 2008.

de discussão, de reivindicação de direitos, que não se subsumem ao domínio do Estado.

Por sua vez, o poder de autodeterminação democrática da sociedade se registra, nos limites estabelecidos por uma vinculação material assinalada pela autonomia individual e pelos direitos fundamentais.¹⁸⁴ Nessa senda, o Estado Democrático de Direito visa o cumprimento da Constituição e a concretização dos direitos nela inseridos. Ou seja, os direitos fundamentais, consagrados em grau de magnitude máxima devem ser tidos como o fundamento do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, complementa Streck:

O Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a *democracia* e os *direitos fundamentais*. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. Há, assim, uma co-pertença entre ambos¹⁸⁵.

Nessa linha de raciocínio, torna-se imprescindível a participação do povo na conformação e delimitação dos direitos fundamentais. Entretanto, para que tal desiderato ocorra, nas prolicuas palavras de Darci Guimarães Ribeiro, “deve o Estado propiciar que a cidadania, elemento essencial da democracia, seja exercida em sua mais ampla penitência”.¹⁸⁶

Essa mudança de paradigma ensejou uma modificação na origem ideológica e na percepção geral do processo.¹⁸⁷ Nesse contexto, Taruffo assevera que a garantia de acesso à tutela jurisdicional ensejou não apenas a supressão de impedimentos e de limites formais ao exercício da ação, mas principalmente a abolição de condicionamentos e discriminações sociais e econômicas capazes de eliminar o acesso à justiça.¹⁸⁸

Nesse contexto, começaram a surgir novas técnicas processuais de justiça social, como a simplificação da forma dos procedimentos, a presença de juízes leigos nos órgãos judiciais e o aumento dos poderes do juiz, sobretudo no campo da prova.¹⁸⁹

Nesse cenário, Vittorio Denti acentua que o processo, paulatinamente abandona a feição de instrumento neutro e desinteressado ao direito material e aos problemas sociais, sendo que o aumento dos poderes do juiz, estava, de certa forma, associada à necessidade de redução das desigualdades, com relação ao litigante socialmente mais fraco, de modo que o

¹⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 212-213.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 104.

¹⁸⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

¹⁸⁷ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 312.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 313.

¹⁸⁹ DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 56.

juiz intervenha a relação processual a fim de oportunizar o esclarecimento das questões de fato e de direito que fundamentam a pretensão levada à juízo.¹⁹⁰

Assim sendo, sob um viés procedimental, o paradigma do Estado Democrático de Direito caracteriza-se por pretender a reunião de características positivas do Estado Liberal e do Estado Social.

É notório que o processo civil vem sofrendo expressivas alterações, o que, no contexto brasileiro, resta demonstrado pelas inúmeras reformas legislativas levadas a efeito nos últimos anos. Trata-se de uma tentativa despendida na tentativa de socorrer o processo civil do anacronismo, a fim de torná-lo capaz de lidar de forma satisfatória com os problemas cada vez mais complexos que a sociedade atual apresenta¹⁹¹. Entretanto, o problema apresenta dimensões mais intensas, pois abrange diretamente os paradigmas sobre os quais foram erguidos os institutos processuais.¹⁹² Portanto, como já observava Ovídio Baptista da Silva, sem que haja uma intensa e corajosa revisão do nosso paradigma, capaz de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea, todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas decepções.¹⁹³

Dessa maneira, pode-se estabelecer a premissa de que o processo civil não pode ser concebido apartado da noção do Estado Democrático de Direito, sob pena de ficar aprisionado às correntes do Estado Liberal e, por conseguinte, ao paradigma em que este foi concebido.

O Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais,¹⁹⁴ fazendo, por sua vez, uma síntese das fases anteriores (Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito), “agregando a construção das condições de

¹⁹⁰ DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 63-64.

¹⁹¹ Segundo Darci Guimarães Ribeiro, modernamente "las legislaciones procesales están cada vez más adaptadas a los nuevos problemas de la sociedad, nacidos de una economía que se expande progresivamente a través de 'prestaciones de hecho', y que traen consigo, en consecuencia, el crecimiento de las actividades económicas de 'prestaciones de servicios' legadas a la revolución tecnológica, en donde las prestaciones personales o no fungibles ganan un lugar privilegiado". RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004. p. 161.

¹⁹² À propósito, a oportuna questão formulada por Ovídio A. Baptista da Silva: "Como poderão instituições processuais criadas para uma sociedade que emergia das convulsões sociais do começo da Idade Moderna, para quem o valor supremo era a segurança, depois afinal conseguido pelo mundo de progresso e tranquilidade que caracterizou a sociedade do século XIX europeu, servir agora para uma sociedade tangida pela pressa, profundamente conflituosa, para a qual o sucesso, segundo a moral calvinista, é o único valor positivo?". SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição omano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 202.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 219.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 53. De acordo com Ingo Sarlet, os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59-60.

possibilidades para suprir as lacunas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade”.¹⁹⁵ Nesse sentido, posicionar-se-iam a igualdade, a justiça social e a garantia dos direitos fundamentais, sempre tendo em vista a transformação, a modificação do *status quo*.¹⁹⁶

Sob o viés do Estado Democrático de Direito, o Direito é visto como instrumento de transformação social,¹⁹⁷ adicionados subsídios que o enfatizam, como a soberania da Constituição, como núcleo que o todo deve convergir,¹⁹⁸ a inserção e conexão dos cidadãos através da rede de valores e procedimentos comunicativos,¹⁹⁹ e, especialmente a ideia do afastamento entre os diferentes aspectos ou elementos do direito, que no Estado de Direito eram associados à lei, o que acaba por fortificar a distinção substancial entre as leis, os direitos e a justiça.²⁰⁰ Nesse diapasão, pode-se perceber que o Estado Democrático de Direito surge com o escopo de confrontar o pensamento político dos objetivos limitados do Estado, restringindo as diferenças sociais e econômicas, devendo ser, indispensavelmente, um Estado democraticamente intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social.

2.6 A Constitucionalização do Processo: uma releitura do processo civil na perspectiva da Constituição Federal de 1988

É consabido que existe um forte vínculo entre Constituição e processo, a ponto de propor um duplo movimento, que por um lado, visa realizar a materialização constitucional do processo, e por outro visa atingir uma procedimentalização do Direito Constitucional a fim de por em prática a Constituição, como instrumento maior do ordenamento jurídico e da Justiça.²⁰¹

O indicador característico da constitucionalização do processo assinala a Constituição Federal como linha orientadora a ser seguida. Nesse contexto, uma análise

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 53.

¹⁹⁶ Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou promoção da atuação estatal, mas referenda a transformação do status quo. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 100.

¹⁹⁷ STRECK, op. cit., p. 43.

¹⁹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 3. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999. p. 14.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 15.

²⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-4.

²⁰¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001. p. 48.

profícua das relações entre Constituição e processo, sobretudo o direito processual civil tem merecido ampla importância. Essa assertiva se revela válida diante do reconhecimento das garantias fundamentais, princípios constitucionais, e regramentos que a Constituição estabelece.

Na análise de Calmon de Passos, a constitucionalização do processo decorreu da evolução da cidadania e da ampliação da cláusula jurídico-constitucional do devido processo legal²⁰², condicionado à nova dimensão do que Marcelo Cattoni denomina de devido processo constitucional.²⁰³

Nesse cenário, a contribuição de Couture é indispensável. O jurista uruguaio propôs-se a mostrar em que medida o Código de Processo Civil e suas leis complementares expressam o texto que regulamenta a garantia de justiça contida na Constituição Federal. É

²⁰² PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Revista de Processo, São Paulo, n. 102, p. 59, abr./jun. 2001.

²⁰³ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 212. Segundo leciona Canotilho, deve-se entender por direito processual constitucional o “conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes de direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional. Trata-se de um conceito de direito processual constitucional em sentido amplo. Prossegue o constitucionalista português, aduzindo que o direito processual constitucional em sentido estrito, possui como objeto o processo constitucional, o qual se reconduz a um complexo de atos e formalidades propícias à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade dos atos normativos públicos. Em contrapartida, assevera Canotilho que o direito processual constitucional, seja em sentido amplo, seja em sentido estrito, não deve confundir-se com direito constitucional processual, tendo em vista que este, possui como objeto o estudo dos princípios e regras de natureza processual positivados na Constituição. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 965-966). Dada à vasta constitucionalização de princípios processuais, incorporou-se na discussão constitucional e processual brasileira, a distinção entre “Direito Constitucional Processual”, e “Direito Processual Constitucional”. À guisa desses entendimentos, Marcelo Cattoni afirma ser esta distinção problemática sob a perspectiva constitucionalmente adequada. Isto porque sendo o Direito Constitucional a base principal de validade de todo o ordenamento jurídico, uma vez que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão geradas, seja na ótica legislativa, seja na perspectiva da aplicação, inexistente direito processual que não seja, diga-se “constitucional”. Assevera Cattoni que o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional inerente à constituição democrática e constitucional brasileira. Conforme o constitucionalista, “não se pode levar tão a sério a distinção entre um Direito Constitucional Processual e um Direito Processual Constitucional, a ponto de distinguir o que deve estar intimamente relacionado, Processo e Constituição. Ainda que se admita a existência de um Processo Constitucional, enquanto disciplina a congregação o estudo de instrumentos especiais e complementares de garantia, no Brasil qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do direito [...]. É preciso pontuar que a distinção entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional possui uma história. Ela surge no contexto histórico de criação de uma jurisdição constitucional concentrada”. (CATTONI, op. cit., p. 212-213). Nessa senda, a dicotomia entre direito processual constitucional e direito constitucional processual, apresenta-se como um artificialismo, de modo a concluir por uma possível existência do direito processual a partir da *Lex Maior*, diverso de um direito processual de cunho infraconstitucional, noção esta que deve ser reformada. (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 61). Nesse contexto, entende-se que o “modelo constitucional de processo”, abarcado pela Constituição Federal, e que estrutura o Direito Processual, não pode ser desconsiderado, sob pena de acarretar a inconstitucionalidade e a descaracterização do instituto processual.

certo que o regime do processo deve ser determinado pela lei, tendo em vista que ela concede ou nega poderes e faculdades dentro das bases estabelecidas pela Constituição. Entretanto, segundo Couture, existe uma espécie de “fidelidade da lei à Constituição”.²⁰⁴

Segundo leciona Eduardo Couture,

Quando o homem é o objeto de uma injustiça, algo que ele considera contrária à sua condição de sujeito de direitos, não tem mais saída senão ir até as autoridades. Já que privado do seu poder de fazer justiça pelas próprias mãos, ele está substituindo o poder legal de exigir a colaboração das autoridades constituídas do Estado²⁰⁵.

Pondera Couture, que no Estado de Direito, a violência privada se transforma em petição perante a autoridade, e que essa petição constitui não só constitui um poder jurídico do indivíduo, mas o meio necessário para obter a prestação da jurisdição. Assim, o poder jurídico de pleitear um direito à autoridade, não pode ser removido do indivíduo, na medida em que proibida a justiça por mãos próprias (autotutela). Sendo assim, é evidente que deve se dar a todo sujeito de direito a faculdade de obtê-la pelas mãos da autoridade, pois privar-lhe de ambas, seria negar-lhe a própria justiça.²⁰⁶

As ideias de Couture, o levaram a conceber a ação como uma fórmula típica do direito constitucional de petição, observando que a existência de uma lei regulamentar, como é a lei processual e o dever jurídico de decidir a controvérsia, que sempre foi uma parte correspondente do poder público, foram sempre as notas dominantes do ato jurisdicional. Partindo dessa premissa, a existência dessa mesma lei regulamentar e da sentença, como ato de pronunciamento do poder público, foram provavelmente às razões decisivas para que a ação civil tivesse historicamente uma força maior que a petição ao legislador ou ao poder administrativo.²⁰⁷

Assinala-se que foi após o segundo pós-guerra que ocorreu essa estreita relação entre Constituição e processo, quando várias Leis Magnas, como as da Itália (1948), Alemanha (1949), França (1952), Portugal (1976) e Espanha (1978) inseriram em seus respectivos textos

²⁰⁴ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. t. 1: La Constitución y el proceso civil, p. 21.

²⁰⁵ “Cuando El hombre se siente objeto de una injusticia, de algo que él considera contrario a su condición de sujeto de derechos, no tiene más salida que acudir ante la autoridad. Privado ya de su poder de hacerse justicia por mano propia, Le queda em reemplazo el poder jurídico de requerir la colaboración de los poderes constituídos del Estado”. *Ibid.*, p. 25.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 28.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 28.

diversos institutos processuais, estabelecendo assim de forma expressa ou implícita, várias garantias constitucionais de caráter processual.²⁰⁸

Em *terrae brasilis*, a Constituição Federal de 1988 preceitua princípios constitucionais-processuais que são verdadeiros direitos e garantias dos indivíduos. Conseqüentemente, todo o Direito Processual se estruturou nessa estrutura constitucional, a ponto de afirmar a existência de um modelo constitucional do processo e atribuindo-se o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as demais normas processuais.

Produto do neoconstitucionalismo²⁰⁹ ou constitucionalismo contemporâneo e com influxo recebido do paradigma pós-moderno do direito, pode-se dizer que o modelo constitucional de processo nasce não só como um modelo de processo “garantidor”, tendente a efetivar as garantias contidas na Carta Magna, mas, sobretudo, como um modelo que propõe constitucionalizar o sistema processual, cujo propósito é servir como instrumento realizador da justiça do caso concreto.

Segundo ensina Hector Fix-Zamudio, na instrumentalização dos pressupostos inerentes ao dualismo entre Constituição e Processo destacam-se os direitos de ação e defesa. Para que haja a efetivação desses direitos, essencial o reconhecimento da igualdade processual entre as partes e as formalidades inerentes ao procedimento.²¹⁰

Quando se admite que o direito processual possui uma ascendência constitucional, estar-se-á mencionando que tal circunstância concede maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todos os graus de jurisdição. Nessa linha de raciocínio, a análise sobre as instituições essenciais do direito processual civil levam-nos à abrangência de sua importância, para a concretização dos direitos fundamentais.

²⁰⁸ FIX ZAMUDIO, Hector. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974. p. 35.

²⁰⁹ Conforme Streck, “O neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleo-juspostivismo* (Ferrajoli) na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e, daquilo que é a versão mais contemporânea desta última: da jurisprudência dos valores. Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico, (como quer Mario Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência [...]) Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão ‘neo-constitucionalismo’ para mencionar aquilo que venho apontado em toda a minha produção acadêmica: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição. Por isso, passo a denominar esse constitucionalismo de Constitucionalismo Contemporâneo (com letras maiúsculas)”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 124-125.

²¹⁰ FIX ZAMUDIO, op. cit., p. 35.

Razões não faltam à José Alfredo de Oliveira Baracho, tecendo considerações em torno da Constituição e do Processo, ao ressaltar o direito ao devido processo, destacando alguns pontos essenciais, tais como o direito constitucional de ação, o direito constitucional de defesa; o direito à prova (acolhimento e prova proibida), o direito de tutela a um processo sem dilações indevidas e o direito aos recursos.²¹¹

Nesse contexto, o direito de ação se perfectibiliza na compreensão de que os cidadãos têm de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais, na concretização e exercício de seus direitos e interesses legítimos, decorrendo, ainda sob essa ótica, que o direito constitucional de defesa deriva do princípio do contraditório.

Assim, é possível dizer que o constitucionalismo contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-las pela exacerbação de novos instrumentos do processo constitucional. Entretanto, também é legítimo aduzir que o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, se os mesmos não vierem acompanhados de garantias que assegurem a efetividade do exercício de tais direitos. Ou seja, “*as liberdades adquirem maior valor, quando existem garantias que as tornam eficazes*”.²¹²

Nessa seara de raciocínio, o processo que tutela os direitos fundamentais deve começar a ser desenvolvido de forma consciente como um processo de natureza constitucional. A partir dessa perspectiva, o processo constitucional deve ser a forma processual adequada para a tutela dos direitos fundamentais, sendo este o seu escopo, mormente por tratar-se de direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.²¹³

²¹¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 143.

²¹² *Ibid.*, p. 172.

²¹³ Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho aponta como sendo um dos grandes problemas da jurisdição constitucional a existência de uma lacuna institucional pela ausência de uma Justiça Constitucional propriamente dita, à exemplo do que ocorre nos países da Europa e de outros continentes, que se desincumbem de forma satisfatória dessa tarefa, pois investidas da jurisdição constitucional – ainda que de forma concentrada. Tal tarefa no Brasil, vem sendo de forma insatisfatória cumprida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão que integra a cúpula do Poder Judiciário, sendo seus membros escolhidos a partir do Executivo. Para Guerra Filho, uma verdadeira Corte Constitucional, nos moldes europeus, é um poder com atribuições não só jurídicas, mas também políticas, sendo um órgão constitucional independente dos demais poderes, inclusive do Poder Judiciário, ocupando-se da tarefa de cumprir a Constituição, formado democraticamente com juristas de reconhecido saber teórico que cumprem mandato. Esse aperfeiçoamento da jurisdição constitucional é um imperativo do Estado Democrático de Direito, sendo uma condição política para o desenvolvimento autônomo do Direito Processual Constitucional. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001. p. 17-18.

Essas ponderações perfectibilizam o ponto de partida para a organização de um raciocínio, que é o de visualizar o processo na perspectiva dos direitos fundamentais²¹⁴, considerando, deste modo, que o movimento de constitucionalização do processo não pode ser compreendido apenas pela incorporação de normas processuais na constituição, mas, também, por aplicar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais.²¹⁵

Nesse contexto, um significado de grande relevo atribuído à garantia fundamental de ação e de defesa é a sua assunção de direito constitucional do cidadão e a inserção dessas garantias em um contexto de princípios jurídicos-políticos característicos do Estado Democrático, ocorrendo o que Taruffo convencionou chamar de democratização ou socialização da justiça civil.²¹⁶

Por essa vereda, o devido processo não pode ser concebido como um conceito estático e fixo²¹⁷, abandonando a característica precípua de liberal e garantística do fenômeno jurídico, passando a ser informado pelos direitos fundamentais,²¹⁸ de maneira que possa ser compreendido como direito de defesa e, concomitantemente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito a organização e procedimento²¹⁹. Passa-se ao discurso de um processo justo²²⁰ e democrático, para indicar a imagem de processo conformado pelos direitos

²¹⁴ Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em ensaio profícuo com relação ao assunto, a vai dizer que "não se trata mais de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é conduzido". OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*, Porto Alegre, v. 372, p. 77-86, mar./abr. 2004.

²¹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 42. É nestes termos que se dá a distinção entre a primeira e a segunda constitucionalização do processo, abordagem desenvolvida pelo referido processualista.

²¹⁶ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 312

²¹⁷ Lecionam Robert Cover, Owen Fiss e Judith Resnik, que "o devido processo é mais uma pergunta que uma resposta. Não é um conceito estático com um significado fixo já que, ao contrário, seu alcance tem evoluído através do tempo e continua evoluindo". COVER, Robert; FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Procedure*. New York: The foundation Press, 1988. p. 105.

²¹⁸ Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos "meios processuais", mas também um "resultado" qualitativamente diferenciado. Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas, é possível extrair a consequência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o "direito ao processo" não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato ("processo" *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualitativo ("direito ao justo processo"), que é exatamente a face dinâmica do "devido processo legal". Em semelhante contexto, à estrita ótica de um "devido processo legal", correspondente a uma compreensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, contrapõe-se a visão dinâmica em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 130-131.

²¹⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 134.

²²⁰ Nesse diapasão, Humberto Theodoro Junior vai dizer que o processo justo, em que se transformou o antigo devido processo legal, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da

fundamentais,²²¹ os quais abandonam a imagem de defesa, ínsita do Estado liberal²²², carreando ainda as influências do regime jurídico dos direitos fundamentais.²²³

legalidade, liberdade e igualdade. Nessa ordem de ideias, o processo, para ser *justo*, nos moldes constitucionais do Estado Democrático de Direito, segundo o citado doutrinador, terá de consagrar, no plano procedimental, a) o direito de acesso à justiça; b) o direito de defesa; c) o contraditório e a paridade de armas (processuais) entre as partes; d) a independência e a imparcialidade do juiz; e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios; f) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 13, nov./dez. 2009. Em contrapartida, justo, como esclarece TROCKER, "é o processo que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, em contraditório entre todos os interessados, em tempo razoável, como a propósito estabelece o art. 111 da Constituição" italiana. (TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 383-384). Já Sergio Chiarloni, comenta a posição da maioria da doutrina italiana, que sustenta que "o processo é justo na medida em que seja estruturado de modo a endereçar-se a produzir uma sentença justa, ou seja, respondendo o duplo critério de verdade da correta solução, seja das questões de fato que das questões de direito, obviamente nos limites consentidos deste modo e no respeito das garantias". Entende o autor que o contraditório e paridade de armas são garantias pensadas também no escopo de fazer assegurar, graça a dialética processual, a solução justa daquelas questões de fato e de direito deduzidas na controvérsia. Para o autor, o juiz imparcial e a razoável duração do processo tem relação com a justiça da decisão, não somente pela conotação de injustiça que torna iníqua a sentença justa, vinda por assim dizer, fora do tempo máximo, até mesmo depois do episódio que deu origem à controvérsia, mas sobretudo porque se passa muito tempo entre a instrução probatória e a decisão, o que diminui as probabilidades de correta valoração da prova. Prossegue o jurista italiano, aduzindo que a sentença é justa quando é fruto de uma correta interpretação das normas e de uma exata reconstrução dos fatos. CHIARLONI, Sérgio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 152, p. 102-103, out. 2007.

²²¹ A fórmula mínima do processo justo, segundo indicam Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, está em estruturar-se o formalismo processual de modo a nele terem lugar os direitos fundamentais à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, inciso XXXV, CRFB), ao juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, CRFB), à representação técnica (art. 133, CRFB), à paridade de armas (art. 5º, inciso I, CRFB), ao contraditório (art. 5º, inciso LV, CRFB), à ampla defesa (art. 5º, inciso LV, CRFB), à prova (art. 5º, inciso LVI, a *contrario sensu*, CRFB), à publicidade (arts. 5º, inciso LX, e 93, IX CRFB), à motivação da sentença (art. 93, inciso IX, CRFB), à assistência jurídica integral (arts. 5º, inciso LXXIB, e 134, CRFB) e à duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXXVIII, CRFB), sendo que fora desse parâmetro, há afronta ao nosso perfil constitucional de processo, arrematam os autores. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil, p. 28.

²²² Para uma leitura mais acurada acerca dos direitos fundamentais serem, no Estado Liberal, visualizados como direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado, ver, ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. *Cadernos do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 60-63, 1998.

²²³ Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, "o processo civil passa a emprestar relevo à autoaplicabilidade dos direitos fundamentais (CRFB, art. 5º, §1º), à proibição de proteção insuficiente, de proteção excessiva e de retrocesso na proteção dos direitos fundamentais, bem como à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja eficácia irradiante impõe o dever de interpretação da legislação infraconstitucional em conformidade com os direitos fundamentais. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: Teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil, p. 17-19). No direito espanhol, Juan Picó i Junoy, afirma que, dentre as consequências da constitucionalização, como direitos fundamentais, das garantias processuais do art. 24 da Constituição Espanhola, estão a da aplicação direta e imediata, de modo que "os direitos fundamentais vinculem a todos os poderes; requerendo um adequado sistema de garantias constitucionais dentro dos quais se faça exigências aos juízes de aplicá-las de modo direito e imediato, as normas constitucionais [...]. A ausência de um desenvolvimento legislativo não pode, em nenhum caso, servir de escusa para impedir a aplicação direta do art. 24". Ademais, "o ordenamento jurídico deve ser interpretado judicialmente no sentido mais favorável ao exercício e desfrute dos direitos fundamentais [...] o que exige, não em poucas casos, realizar novas leituras das normas processuais, buscando e favorecendo aquela mais de acordo com o texto fundamental". PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 24-26, jun. 2011.

2.7 Aportes entre o Protagonismo e a Passividade Judicial: a reconstrução do perfil do juiz e do processo

O propósito perseguido tanto no Estado Liberal Clássico quanto no Estado Social é adaptação à ordem instituída²²⁴, cultivando-se a separação entre o Estado e a sociedade. Entretanto, na medida em que essa separação vai se tornando mais intensa, a relação de cidadania é intensificada, acabando por ser convertida em uma dependência paternalista de clientela, resguardando ao cidadão um papel apático e periférico.²²⁵

Assim, a necessidade urgente de socialização do Estado culmina por estabelecer não apenas o reconhecimento da interferência dos grupos de interesse e organizações sociais na assunção de deliberações políticas centrais, mas, sobretudo, a recondução institucional dessas deliberações à vontade democraticamente²²⁶ expressa pelo conjunto da sociedade²²⁷. Nessa seara, o cidadão deve ser visto como participante, e não mero recipiente da intervenção social do Estado.²²⁸

Assim, o processo civil no Estado Democrático de Direito, tem como uma de suas características a renúncia do absolutismo da lei²²⁹ e o desenvolvimento progressivo do papel do Judiciário. No Estado Liberal Clássico, marcado pelo individualismo moderno liberal e

²²⁴ Sob esse viés, apontam Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes que como liberal, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa. Transmutado em social, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91.

²²⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 23.

²²⁶ Esse caráter democrático implica uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado e do direito, não bastando a limitação ou promoção da atuação estatal: objetiva-se, nessa senda, a transformação do *status quo*. Tem-se, dessa forma, a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado, garantindo juridicamente as condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. STRECK; MORAIS, op. cit., p. 91-95.

²²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

²²⁸ *Ibid.*, p. 191.

²²⁹ Arthur Kaufmann, ao explicar o termo “absolutismo da lei” desenvolve um raciocínio que pode ser sintetizado na seguinte passagem da sua obra: “A chamada conclusão analógica somente conduz a um juízo problemático e nunca pode proporcionar resultados seguros. Não somos capazes de compreender seu verdadeiro núcleo, porque estamos cegos pelo dogma positivista de que todo o direito encerra-se na lei, conseqüentemente supervalorizando a importância da lei no processo de conhecimento jurídico [...] O que está, como ideologia, por traz do monopólio da lei (absolutismo da lei) não é outra coisa senão a ideia do Estado de Direito, do modo como ele foi concebido no século XIX e que entre nós ainda está viva, embora às vezes violada. Este Estado de Direito é, em sua essência, um Estado legal. É o Estado em que somente a lei está convocada a garantir a justiça, a liberdade e a segurança. Conseqüentemente, a produção do direito é atribuída apenas ao legislador, não aos outros poderes públicos ou pessoa individual”. KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 43.

iluminista²³⁰ era exigido um modelo de juridicidade do tipo normativista legalista, sendo que o direito era conformado pela lei, atribuindo ao legislador a sua titularidade exclusiva²³¹, o qual era tido como protagonista exclusivo da juridicidade com “preterição e quase total sacrifício do juiz”,²³² que nada mais era do que *la bouche de la loi*.²³³

Aos poucos, todavia, foi-se compreendendo que a lei era incapaz de regular previamente todas as situações submetidas ao judiciário, diante da sua incapacidade de percepção da totalidade das circunstâncias fáticas existentes na vida, momento a partir do qual, se passou a conferir à sentença a característica de fonte criadora do direito²³⁴. Nessa esteira de raciocínio assevera Castanheira Neves que,

[...] se intencionalmente e normativamente o direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação das normas legais e manifesta-se com o acto judicativamente decisório através do qual, pela mediação embora do critério jurídico possivelmente oferecido por essas normas, *mas com ampla actividade normativamente constitutiva*, se cumprem em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, enquanto tal²³⁵.

Nessa linha, rumou-se para um novo modo de juridicidade, qual seja: o jurisprudencialismo; modelo este, onde a lei é rejeitada como critério jurídico para a decisão concreta, uma vez que se exige uma autônoma constituição da solução jurídica, a qual não se exaure no texto legal. Assim, o direito abstém-se de se encontrar obtido na lei²³⁶, enfatizando-se o seu momento jurisprudencial, circunstancia que, não só irá reivindicar maiores

²³⁰ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 15.

²³¹ *Ibid.*, p. 19.

²³² *Ibid.*, p. 186.

²³³ MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultura, 1997. p. 116 e 208. (Coleção Os Pensadores).

²³⁴ KNIJNIK, Danilo. *Recurso especial e revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 31. Segundo Coutore, “o juiz simplesmente instrumento da expressão da lei, o juiz que fala em nome do Parlamento, simples sinal matemático, não existe na vida real”. COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Caminhas: RED Livros, 1999. p. 235.

²³⁵ NEVES, António Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 11-12.

²³⁶ O direito se mostra, para Paolo Grossi, como lei, como “o comando autoritário que cai do alto sobre a indefesa comunidade dos cidadãos sem levar em conta os fermentos que circulam na consciência coletiva, indiferente à diversidade das situações que pretende regular. O aspecto geral e abstrato da lei retrata a indiferença quanto aos casos e motivos particulares. A rigidez da lei demonstra a sua insensibilidade às possíveis diferentes exigências dos seus destinatários. A autoridade da lei significa a indiscutibilidade do seu conteúdo”. Para o referido autor, esse momento histórico se consubstancia na “redução do direito à lei, e a sua consequente identificação em um aparelho autoritário, fruto de uma escolha política que está próxima de nós, e que outras experiências históricas viveram de modo diferente a sua dimensão jurídica, como, por exemplo, aconteceu com o medieval”. GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 25-28.

responsabilidade ao juiz²³⁷, mas como irá estabelecer a separação dos direitos fundamentais em relação à lei (com a preferência jurídica daqueles perante esta), bem como o reconhecimento de "princípios normativos a transcenderem também a lei, a legalidade, convocados como fundamentos normativos da juridicidade e que a própria lei terá de respeitar e cumprir".²³⁸

A constatação do avultamento da importância do Judiciário, em nosso tempo, é uma averiguação realmente inexorável.²³⁹ As propostas de Büllow, na doutrina, e de Klein, na legislação, ao edificar o protagonismo judicial mediante o modelo do processo como relação jurídica (conjunto de vínculos de subordinação ao juiz) e instituição de bem-estar social, buscavam por intermédio da atividade de criação judicial, a implementação da vontade desse agente "privilegiado" do Estado, sendo o processo reduzido a um instrumento da jurisdição, e esta, por sua vez, tida como atividade solitária do juiz.²⁴⁰

À luz desse cenário, emergem determinados temas que problematizam essa realidade, tais como a questão da legitimidade do Poder Judiciário para proceder de uma forma criativa da juridicidade,²⁴¹ ou ainda, para proceder de forma "quase legislativa",²⁴² bem como a questão referente ao protagonismo judiciário,²⁴³ considerado sadio por alguns autores,²⁴⁴ que, inclusive,

²³⁷ Nesse sentido, lecionam Alessandro Giuliani e Nicola Picardi, que a doutrina da responsabilidade do juiz pressupõe a fratura entre a patologia da conduta e a patologia da decisão, entre o momento ético e o momento lógico no raciocínio judicial. A sua configuração - como aplicação mecânica, técnica, rigorosa das regras pré-constituídas - não deixa espaço nem para o poder decisional, nem para a responsabilidade do juiz: o erro é reparado pelo sistema através dos meios de impugnação, sendo o juiz vinculado a um rigoroso dever de obediência e de lealdade (PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. *La responsabilità del giudice*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995. p. 10-15). Ainda, assevera Dierle Nunes que a degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, gerará déficits de legitimidade que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, ou seja, uma corresponsabilidade entre ele. DIERLE, JOSÉ Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 195.

²³⁸ NEVES, António Castanheira. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 75, p. 6, 1998. Separata.

²³⁹ PICARDI, Nicola. La vocazione de nostro tempo per la iurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 41, 2004.

²⁴⁰ COELHO, José Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 177.

²⁴¹ Corroborar com a assertiva Daniel Mitidiero, para quem "o juiz brasileiro está sujeito a um sistema de juridicidade, e não de legalidade". MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.

²⁴² COMPARATO, Fabio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 157.

²⁴³ Nessa linha de raciocínio, Lenio Streck mostra-se um crítico severo do protagonismo judicial. Leciona ele que esse "novo" protagonismo será o papel de uma hermenêutica preocupada com a democracia, para impedir que a produção democrática do Direito seja substituída pelo Poder Judiciário, razão pela qual entende que a hermenêutica é um poderoso remédio contra teorias que pretendam reivindicar um protagonismo solipsista do judiciário. Entretanto, alerta que esse fator não deve ser compreendido como uma 'proibição de interpretar' (*sic*), tampouco, como uma tentativa de tornar o Judiciário um 'poder menor' (*sic*). Na verdade, o autor quer fazer crer exatamente o contrário, aduzindo que é justamente porque o Judiciário possui um papel estratégico nas democracias constitucionais contemporâneas (concretizando direitos fundamentais, intervindo, portanto,

apostam no intelecto e subjetivismo²⁴⁵ do juiz para conferir contornos aos preceitos legais,²⁴⁶ podendo desaguar em arbitrariedades.²⁴⁷

Assim, a visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que confere ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele entenda mais adequada, de acordo como a sua convicção e preferências, calcadas em um solipsismo metódico, consoante uma ordem concreta de valores, desprezando em determinadas situações (*hard cases*),²⁴⁸ possíveis contribuições das partes, advogados, doutrina e mesmo da própria história institucional do direito.²⁴⁹

quase sempre na delicada relação entre direito e política), que é imperioso pensar elementos hermenêuticos que possam gerar legitimidade para as decisões judiciais, a partir de um efetivo controle do sentido que nelas é articulado. Ou seja, propugna que a hermenêutica possa possibilitar aos participantes da comunidade política, meios para questionar a motivação das decisões de maneira a gerar, nessas mesmas motivações, um grau muito mais elevado de legitimidade. Aduz ainda que a linguagem possui papel fundante para a experiência hermenêutica, pois transforma a interpretação em um ato intersubjetivo que, por mais que seja obra de um único indivíduo, necessita comunicar seu conteúdo para que ela possa ser dotada de sentido. Exemplifica Streck, questionando o sentido existente na fundamentação de uma decisão que afirma que o julgamento final da demanda (provimento/improvemento do pedido), sendo resultado não de um processo de explicitação da compreensão do direito e da sua história institucional, mas, sim, produto da consciência de um único funcionário público: o magistrado. Arremata dizendo que esse tipo de argumento não faz sentido nenhum se considerarmos que vivemos sob a égide de um regime democrático que tem na primazia da legalidade sua pedra fundamental. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 82, 296-297.

²⁴⁴ À título exemplificativo, pode-se citar a obra do corregedor-geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, desembargador José Renato Nalini, intitulada de “A rebelião da toga”, onde o autor idolatra a ditadura dos juízes que querem impor a sua ideologia pessoal, apoiando-se na mais rígida ortodoxia positivista. Nesse raciocínio, o autor vai dizer que o julgamento, é “ato de vontade”, no qual primeiro o juiz se convence, decide, e somente depois vai procurar a razão e a justificativa lógica para o julgamento feito e para a decisão tomada. (NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006. p. 274). Em sentido contrário, Lenio Streck acentua que o enfoque “instrumentalista” do processo admite a existência de escopos metajurídicos, permitindo ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado, com o que, “o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da ‘boa escolha dos juízes’ e, conseqüentemente, de seu (‘sadio’) protagonismo”; sendo isso, na verdade, a “prevalência do velho positivismo”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 10.

²⁴⁵ Nessa ótica, denuncia Dierle Nunes que “o processo passa a ser visto como *locus* em que o juiz vai buscar fundamentos para legitimar as suas compreensões (*sic*) de bem estar social, suprindo déficits de igualdade material entre as partes, mas que pode ser degenerado como mecanismo de dominação”. COELHO, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 178.

²⁴⁶ Segundo José Renato Nalini, o juiz possui poderes para “conferir novos contornos aos ditames da lei”, mostrando sua crença de que o processo e a participação obrigatória do advogado seriam entraves a serem eliminados. Apresenta como solução cabível o “sadio protagonismo judicial”, cabendo ao juiz ter “ideias novas e criativas”. NALINI, op. cit., p. 139-142 e 247.

²⁴⁷ Essa postura também é criticada por Garapon, que vai dizer que “ao submetermos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que tornam o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante. O risco é de se evoluir para uma organização clerical do poder. E de confiscar a soberania”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 62.

²⁴⁸ Para Lenio Streck, não se pode imaginar, na atual conjuntura, que possa haver uma diferença entre *hard cases* e *easy case*, pois acreditar na cisão entre casos (fáceis) simples e casos difíceis (complexos) é pensar que o direito se insere em uma “suficiência ôntica”, enfim, que a “completude” do mundo jurídico pode ser “resolvida” por raciocínios causais-explicativos, que em uma espécie de “positivismos da causalidade”.

Sob esse enfoque, considerando que o Estado Democrático de Direito transporta consigo esse aspecto transformador, não é possível concebê-lo como sendo um Estado passivo. Paralelamente, a ênfase assentada em uma autodeterminação democrática acentua que os cidadãos abandonam a característica de ser tão somente foco da atuação do Estado. Notadamente, essa conexão entre a sociedade e o Estado vai repercutir a percepção do processo civil, de maneira a uniformizar o "problema da divisão do trabalho entre o juiz e as partes".²⁵⁰

2.8 O Princípio Dispositivo como Elemento Central da Divisão de Trabalho entre o Juiz e as Partes

A doutrina processual costuma indicar certos princípios informadores do direito processual que, com maior ou menor intensidade, ocorrem em todos os sistemas legislativos e são úteis para auxiliar na classificação e avaliação de cada um deles, indicando-nos os respectivos pressupostos doutrinários em que se alicerçam e suas tendências mais marcantes.²⁵¹ Desse modo, acaba-se por fixar os conceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais, servindo, pois, como uma linha de orientação a ser levada em conta pelo intérprete na solução dos casos concretos.²⁵²

Em breve síntese, de acordo com o princípio dispositivo, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes. Referido princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado e o obriga a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeiras.²⁵³ As partes determinam e fixam o objeto do processo, não podendo o juiz decidir fora, além ou aquém do pedido.²⁵⁴ Desse preceito, se extrai o disposto no artigo

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: crítica hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 301.

²⁴⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 191-192.

²⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 7, jan. 1986.

²⁵¹ BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 103.

²⁵² MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1945. p. 65 e SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991. v. 1, p. 47 e seguintes.

²⁵³ Referindo-se ao princípio em exame, MILLAR vai dizer que "*dicho principio implica que las partes tienen el pleno dominio de sus derechos materiales y procesales involucrados en la causa, y reconoce su potestad de libre decisión respecto del ejercicio o no ejercicio de estos derechos*". MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1945. p. 65.

²⁵⁴ Nesse sentido, Fritz Baur, lecionava que o juiz é obrigado a conhecer as regras do processo, bem como o direito material aplicável a um litígio sobre o qual é obrigado a sentenciar, não podendo ele impor às partes o

2º do Código de Processo Civil, ao determinar “que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais”, expressão atual do aforismo romano *ne procedat iudex ex officio*. A parte, sendo titular do direito controvertido no processo, é quem melhor saberá agir para vê-lo reconhecido em juízo. Ao juiz cabe julgar, sendo que à parte cabe alegar os fatos do seu interesse e prová-los.²⁵⁵

Em alguns estágios do direito processual aplicou-se o princípio dispositivo em sentido amplo, pretendendo deixar ao alvedrio das partes a incumbência de iniciação, determinação do conteúdo, objeto e impulso do processo, bem como realização das provas. Em contrapartida, em outras etapas, concedeu-se ao juiz essas faculdades nesses diversos aspectos.²⁵⁶ Nesse sentido, a doutrina de Mauro Cappelletti, ensina que esses princípios não ocorrem de modo exclusivo em nenhum sistema processual, sendo usual que o legislador de ambos se utilize, dando prevalência ora a um ora a outro.²⁵⁷ Deve-se, no entanto, reconhecer a prevalência do princípio dispositivo, que gozou sempre, no processo civil, de domínio quase ininterrupto.²⁵⁸

Entretanto, para que se possa discorrer acerca do princípio dispositivo²⁵⁹ nos dias que correm, ainda que sucintamente, é importante situá-lo no quadro geral de tendências do processo civil para verificar até que ponto sua configuração inicial, baseada no *ne eat iudex*

ônus da prova, tendo em vista o direito aplicável, embora deva discutir o litígio com as partes, inclusive, do ponto de vista jurídico. BAUR, Fritz. Da importância da dicção 'Turia Novit Curia'. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 169-177, jul. 1976.

²⁵⁵ BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz. In: Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 104.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 106.

²⁵⁷ A assertiva pode ser melhor explicada a partir da seguinte passagem da obra de Mauro Cappelletti: “Es una realidad que el derecho procesal, y también la técnica misma del proceso, no es nunca una cosa arbitraria, sino una cosa que trae su “metro” de las exigencias prácticas y culturales de un determinado tiempo. El derecho procesal, en suma, puede considerar, en cierto sentido, si nos permite la metáfora, como um espejo en el que con extrema fidelidad se reflejan los movimientos del pensamiento, de la filosofía y de la economía de un determinado período histórico”. CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado; las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1973. p. 15.

²⁵⁸ O princípio dispositivo caracterizou o sistema romano em suas três fases e, em sua plena extensão, no primitivo processo germânico, em que os tribunais exerciam um mínimo de funções judiciais. Implantou-se nos vários sistemas surgidos da fusão do elemento germânico com o romano e predomina, sujeito a maiores ou menores restrições, em todas as jurisdições civis da atualidade. MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1945. p. 69.

²⁵⁹ Joan Picó I Junoy refere as características constitutivas do princípio dispositivo: “a) o início da atividade jurisdicional depende da provocação da parte, de acordo com os aforismas *nemo iudex actore* e *ne procedat iudex ex officio*; b) a determinação do objeto do processo (*causa petendi* e *petitum*) unicamente pelos litigantes; c) a congruência das relações judiciais com as pretensões das partes, pelo que resulta de plena vigência o brocardo *ne eat iudex ultra (ou extra) petita partium*; e d) a finalização da atividade jurisdicional por vontade exclusiva dos litigantes, os quais podem dispor livremente tanto da *res in iudicium deductae*, mediante a renúncia, o conformismo com a decisão ou transação, como da continuação do processo, através da desistência ou da caducidade da instância”. PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: um debate mal planteado. In.: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos, moción de valencia y declaración de azul*. Lima: Tirant lo Blanch, 2009. p. 212-213.

ultra petita partium e no *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*,²⁶⁰ sofreu modificações²⁶¹. Isso implica abordar a questão atinente ao fortalecimento dos poderes de direção e de instrução conferidos ao juiz.²⁶²

2.8.1 A Influência de Tito Carnacini

Em estudo clássico, Tito Carnacini²⁶³ analisa a tutela jurisdicional e a técnica do processo, trazendo elementos importantes para o exame do princípio dispositivo.

Nessa esteira de raciocínio, Tito Carnacini destaca que, como instrumento para a tutela jurisdicional, o processo é útil à parte; contudo, os sujeitos que dele se utilizam necessitam amoldar-se a sua estrutura interna e a essa conformar sua própria atividade,²⁶⁴ ou seja, tornam-se parte do próprio instrumento. Como o processo está sujeito às normas de organização e funcionamento, estas se aplicam não só ao juiz, mas também às partes, que a elas devem se adaptar, agindo conforme certas regras processuais, sob pena, inclusive de uma eventual derrota, ainda que o direito lhe assista.

²⁶⁰ Acerca do referido brocardo, Joan I Junoy Picó, desenvolveu uma pesquisa, alertando que a doutrina *ius commune* utiliza de forma errônea o aforisma *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* e suas variantes, sendo essa máxima transmitida na doutrina de forma equivocada, e surtindo uma relação direta com a sua finalidade. Leciona Picó que o verdadeiro brocardo é “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”, de modo que a doutrina acima citada pretendia unicamente destacar o limite cognoscitivo do juiz, o qual deveria refletir na sua decisão (*iudex iudicare debet*), isto é, os fatos, como eles foram alegados e provados no processo (*secundum allegata et probata*), devendo excluir qualquer conhecimento privado (*conscientiam*) que o juiz possa ter sobre o mesmo. Consequentemente, isso não contempla maior ou menor faculdade de iniciativa probatória do juiz. Assim, adverte o autor que na formulação atual do referido brocardo, existe uma dupla e errônea modificação; de um lado, se acrescenta a palavra “*partium*” ou “*partibus*”; e de outro lado, se omite a expressão “*et non secundum conscientiam*”, alterando assim a substância da sua verdadeira finalidade que se pretendia alcançar com a máxima; nomeadamente, a obrigação do juiz, no momento de decidir a causa, ou seja, de proferir a sentença –*iudex iudicare debet* –, limitar-se a resolver somente em função daquilo que tivesse sido deduzido e provado no processo – *secundum allegata et probata* –, sem que o seu conhecimento privado pudesse modificar aquilo que foi realmente alegado e provado – *non secundum conscientiam*. Em outras palavras, aquilo que se pretendia obter, a devida congruência da sentença com os fatos constitutivos do objeto litigioso e com a prova realizada no processo. PICÓ I JUNOY. *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 62, n. 6, p. 1518, 2007.

²⁶¹ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 64.

²⁶² *Ibid.*, p. 65. Entretanto, foi particularmente, a partir da obra *Instrumentalidade do Processo*, de Cândido Rangel Dinamarco, que a jurisdição passou a ser estudada no Brasil não como simples atuação da lei para reconhecimento de direitos subjetivos, mas sim em função de seus escopos. Nessa esteira de raciocínio, Dinamarco leciona que as concepções tradicionais que atribuíam ao processo civil finalidade puramente jurídica, cederam espaço à perspectiva sociopolítica e à valorização dos meios alternativos, enfatizando os chamados escopos políticos do processo civil, entre os quais a pacificação, a educação e outros escopos políticos, como a participação dos cidadãos nos destinos do Estado, no sentido de participação política. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1, p.125-126.

²⁶³ CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, em *Studi in onore de E. Redenti*. Milano, Guiuffrè, 1951. v. 2, p. 695-772.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 707.

O autor italiano analisa as duas faces de uma “moeda”²⁶⁵ para elucidar a dependência das partes para o processo e deste para com aquelas, ou seja, se a parte se utiliza do processo, este exige daquela, uma relação mútua e recíproca²⁶⁶. E, se por um lado, as partes recorrem ao processo com a finalidade de resolução dos seus objetivos, por sua vez, devem dar ao processo a sua contribuição, indicando a forma adequada ao procedimento.²⁶⁷ Afirma que o fato do processo ser um instrumento público, de modo algum, exclui a importância que tem a parte no processo. Isso porque, se a parte tem o poder de se utilizar do processo, o faz na esperança de obter algum interesse concreto.²⁶⁸ Assim, na medida em que as partes conferem vida e conteúdo ao processo, esse exige daqueles que o utilizam, não importando a posição que ocupem (ou seja, juiz e partes), uma adaptação aos seus mecanismos e uma conformação às suas atividades.²⁶⁹

Observa Carnacini, que a parte, no processo civil, se apresenta em um duplo aspecto. De um lado, a parte se move livremente no âmbito em que o ordenamento jurídico lhe permite para tutela dos seus interesses; do outro, ela se encontra presa à técnica peculiar ao tipo de processo escolhido.²⁷⁰ Entretanto, esse duplo aspecto não é contrapõe, havendo uma relação de recíproca correspondência entre os interesses do Estado e as necessidades das partes, constituindo assim ‘faces da mesma moeda’²⁷¹, uma vez que a “*il processo serve alle parti, alla loro volta le parti servono al processo*”.²⁷²

Inobstante essa influência recíproca, Tito Carnacini distingue as normas, os deveres, os poderes e, principalmente, os atos que se refiram ao momento da postulação da tutela do interesse material deduzido em juízo, daqueles referentes à técnica e à estrutura interna do procedimento. Entretanto, somente no primeiro momento a parte dispõe do seu interesse material (ou seja, dispõe a parte do poder de pedir a tutela jurisdicional); no segundo momento, a parte detém iniciativas endoprocessuais, por intermédio da opção que lhe pareça mais apropriada.²⁷³ Desse modo, para Tito Carnacini, destacam-se dois tipos de atividades:

²⁶⁵ CARNACINI, Tito. *Tutela quirisdizionale e tecnica del processo*, em *Studi in onore de E. Redenti*. Milano, Guiuffrè, 1951. v. 2, p. 707.

²⁶⁶ Ibid., p. 703-704.

²⁶⁷ Ibid., p. 700.

²⁶⁸ Ibid., p. 702-703.

²⁶⁹ Ibid., p. 697-698.

²⁷⁰ Ibid., p. 707-714.

²⁷¹ Conforme explica Carnacini, esse duplo aspecto se torna mais evidente quando se trata de atos que, embora praticados por advogado, na verdade não tem relação com o processo em si, mas com o direito material (exemplo: transação, desistência, renúncia). Ibid., p. 707.

²⁷² Ibid., p. 699-705.

²⁷³ Nesse sentido, leciona o autor: “Nel suo primo aspetto, in quello cioè di soggetto che attraverso il processo accampa un diritto oppure lo nega, la parte si muove nell’ambito del regime che l’ordinamento quiridico accorda per la tutela dei singoli interessi materiali, tanto è vero che dalla posizione, che la legge le fa a questo proposito, si possono ricavare, come si vedrà, degli elementi preziosi per stabilire la portata e le caratteristiche di tale regime. Nel secondo aspetto, invece, la parte si trova alle prese con quella che è la

aquelas referentes ao regime de tutela do interesse material, e aquelas concernentes ao regime interno do instrumento escolhido.²⁷⁴

Este primeiro momento foi denominado de *Dispositionsmaxime* (ou *Verfügungsgrundsatz*, ou seja: Princípio dispositivo), ao passo que o segundo se convencionou chamar de *Verhandlungsmaxime* (princípio do debate, *principio della trattazione* em italiano). Destarte, esses conceitos se dividiram, sendo que um passou a representar o poder monopolístico da parte em dispor, assim como seu interesse material e também a tutela jurisdicional (*meno iudex sine actore*), e o outro do poder monopolístico da parte de determinar, o curso meramente interno e formal, ou seja, a técnica instrumental do procedimento.²⁷⁵

Ao que importa, cabe constatar que as ideias contidas nesse seminal artigo de Tito Carnacini, propuseram uma nova configuração na compreensão das atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, culminando na constituição de ensinamentos capazes de fundamentar a intervenção do juiz no plano fático-processual.

2.8.2 O Juiz Diretor Formal e Material do Processo: a contribuição de Mauro Cappelletti

Os subsídios fornecidos por Mauro Cappelletti para a análise dos objetivos deste trabalho, revelam-se de respeitável importância, considerando que o autor italiano realizou uma releitura dos conceitos, especialmente no que se refere aos brocardos *nemo iudex sine*

tecnica peculiare al tipo di processo prescelto, cioè con quel complesso di conoscenze che, pur avendo natura giuridica poiché tale è l'attività che esse precedono e di cui sono in funzione, riguardant in particolare la confermezione interne dello strumento del quale a si serve e travano applicazione nel rializzarlo". CARNACINI, TITO. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, em *Studi in onore de E. Redenti*. Milano, Guiuffrè, 1951. v. 2, p. 707-709.

²⁷⁴ Ibid., p. 715-716. Entretanto, aduz o autor que essa diferenciação parece ser óbvia, em que pese pouco compreensível na doutrina, tendo em vista que as teorias tradicionais, ao determinarem como tarefa exclusiva das partes a dedução do direito posto em litígio, a alegação de fatos sobre os quais recai a demanda e a escolha dos meios de prova para comprovação das alegações, colocam, na mesma classificação, atos que são por natureza diversos. Ibid., p. 716.

²⁷⁵ Ibid., p. 725. Nesse sentido, Mauro Cappelletti diverge dessa doutrina em alguns pontos de importância, pois lhe parece inadequada as expressões italianas, quer a denominada para designar o "*principio dispositivo*", quer a utilizada para denominar o "*principio della trattazione*", na medida em que usada onicompreensivamente pela doutrina italiana, sem respeito à já demonstrada distinção dos fenômenos, continuando a falar em "princípio dispositivo" no lugar de *Verhandlungsmaxime*. (CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile: parte prima*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 312). Além disso, Cappelletti discorda de Carnacini, ao alegar que este não particulariza de forma satisfatória "direito subjetivo" e "processo", culminando por não reconhecer a natureza processual do princípio dispositivo, confundindo-o com a dispositividade do próprio direito subjetivo. (Ibid., p. 314-316). Inobstante a isso, Mauro Cappelletti, não consente ainda da doutrina de Tito Carnacini (op. cit., p. 718), quando este passa a distinguir entre um momento inerente à disposição do direito substancial e da sua tutela, e outro momento, que implica na mera escolha da técnica processual) inserindo no mesmo plano, a dedução probatória e a alegação dos fatos jurídicos. CAPPELLETTI, op. cit., p. 317.

*actore, iudex debet iudicare secundum allegata et probata a partibus, nona utem secundum conscientiam, ne eat iudex ultra petita partium, e ne procedat iudex ex officio.*²⁷⁶

Mauro Cappelletti mostra-se um jurista de formação direcionada para o social,²⁷⁷ preocupado com a distribuição da justiça de forma igualitária, justa, efetiva, e principalmente acessível a todos, com enfoque aos menos favorecidos.²⁷⁸ Nesse sentido, Cappelletti propõe a conciliação do princípio dispositivo com os poderes instrutórios do juiz, demonstrando que às partes cabe a incumbência de expor suas pretensões, alegando e demonstrando os fatos por elas narrados, e ao juiz a possibilidade de orientar as partes quando verificar um injusto prejuízo ou desequilíbrio entre elas.²⁷⁹ Para tanto, Cappelletti inicia o estudo a partir do que se entende por princípio ou processo dispositivo.²⁸⁰ A fim de desenvolver seu trabalho, vale-se das ideias apresentadas por Tito Carnacini, elencando como questões mais notáveis: a) que o processo serva à parte enquanto instrumento da tutela jurisdicional e a utilização do instrumento processo como mecanismo interno em sentido jurídico, sendo que quando da utilização do processo, as partes devem seguir as regras processuais, mesmo em caso de derrota processual; b) a necessidade de distinção entre normas, deveres e poderes no momento do pedido da tutela jurídica material deduzida em juízo, das normas, poderes e deveres que fundamentam a estrutura e a técnica interna do procedimento, isto é, os meios processuais que melhor se adaptam aos fins que desejam alcançar; c) a distinção entre os conceitos elaborados pela doutrina tedesca acerca do princípio dispositivo e sua divisão em “princípio dispositivo (*Dispositionsmaxime*) e “princípio do debate” (*Verhandlingsmaxime*), sendo que o primeiro representa o monopólio da parte do interesse material de dispor da tutela jurisdicional (*nemo iudex sine actore e ne eat iudex petita partium*) e o segundo se constitui no poder monopolístico da parte em determinar a técnica instrumental do procedimento, ou seja, o curso interno e formal do procedimento (*iudex ex officio non procedat*)²⁸¹. Assim, o jurista

²⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile: parte prima*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 303-375.

²⁷⁷ Para aprofundamento do tema, ver CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

²⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 15 e ss.

²⁷⁹ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 97.

²⁸⁰ CAPPELLETTI, op. cit., p. 303-304.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 305-309. Por outro lado, conforme dito anteriormente, Cappelletti registra alguns pontos em que discorda de Carnacini. O primeiro ponto se consubstancia no fato de Cappelletti não coadunar com a dupla terminologia conferida pela doutrina alemã ao princípio dispositivo e a adotada pela doutrina italiana, quando traduz *Verhandlingsmaxime* por *principio della trattazione* (princípio do debate), uma vez que as expressões utilizadas não correspondem com precisão aos dois momentos processuais, que podem, por isso, resultar em perigosa confusão. A segunda divergência diz respeito à tentativa de superar a doutrina alemã, ao diferenciar o termo *Dispositionsmaxime* para a vontade monopolística da parte na instauração do processo e na determinação de seu objeto a ser deduzido em juízo, sem caráter de um princípio processual, porém com autonomia não processual, para outro com característica estritamente de direito subjetivo, desde que se

procura demonstrar que um é referente a o momento da disposição (da tutela) do direito, o outro a pura e simples técnica processual.²⁸²

Com isso, Mauro Cappelletti pretende demonstrar que, mesmo a doutrina que acolhe a distinção entre *Dispositivsprnzip* (princípio dispositivo) e princípio *della trattazione* (princípio do debate) é conflitante no entendimento daqueles que, do caráter privado (portanto disponível), da relação deduzida em juízo, pretendem deduzir a disponibilidade também da técnica processual sobre a estrutura interna do processo.²⁸³

Ademais, Cappelletti critica o caráter dado pela doutrina alemã ao significado de *Verhandlungsmaxime*, consubstanciado no aforismo *judex secundum allegata et probata a partibus judicare debet*, sendo que entre aqueles habituais poderes monopolísticos da parte, os quais esta doutrina demonstra não ser consequência lógica da natureza privada do objeto litigioso, não apenas no poder da parte em matéria de iniciativa probatória, mas, também, em tema de alegações aos fatos da causa.²⁸⁴

Nesse sentido, as alegações dos fatos da causa constituiriam um elemento essencial e necessário à demanda jurisdicional, com o qual a parte fixaria vinculativamente o juiz ao momento causal da demanda. Prossegue o autor, aduzindo que, as alegações dos fatos jurídicos constituem um elemento necessário e essencial à demanda judicial. Portanto, não seria caso de incidência do princípio da *Verhandlungsmaxime*, mas de ato processual sujeito, por necessária consequência, ao caráter privado da relação litigiosa e ao poder dispositivo das partes, incidindo aí o princípio dispositivo.²⁸⁵

recorra à tutela jurisdicional, pois Carnacini não reconhece ao princípio dispositivo natureza processual, enxergando-o como o próprio direito subjetivo. Todavia, Cappelletti indica como sua principal discordância a distinção que Carnacini faz entre o momento da disposição do direito substancial e da sua tutela e o momento da escolha da técnica processual, porém, classifica-os no mesmo plano. CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile: parte prima. Milano: Giuffrè, 1962. p. 312-314.

²⁸² Ibid., p. 318.

²⁸³ DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Ajuris*: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 46, p. 102, 1989.

²⁸⁴ CAPPELLETTI, op. cit., p. 328.

²⁸⁵ Seguindo esse raciocínio, Cappelletti esclarece que “Al giudice potrà bensì spettare - è anzi sommamente augurabile, a mio avviso, che gli spetti - il potere e perfino il dovere di supplere, mediante la interrogatio ad clarificandum ch'è espressione essenziale de potere giudiciale di direzione materiale del processo, alle mancanze dell'attività processuale della parte ed anche, im particolare, ale mancanze in tema di allegazione. Ma questo poteri guidiziale dovrà, in un processo a tipo dispositivo, essere inteso nel senso che il giudice possa mettere in guardia la parte circa eventuali lacune, imperfezioni, contraddizioni delle sue allegazioni, e offrire così alla parte l'occasione, ma non più che l'occasione, di precisare, di chiarire, d'integrare dette allegazioni e in tal mod di perfezionare, o addirittura (nei limiti di legge) di mutare, sempre che essa lo voglia, la propria domanda, non però anche nel senso che il giudice possa senz'altro e di ufficio esorbitare dalle allegazioni, volute proporre delle parti, e guidicare dunque, in ultima analisi, fuori dei limiti dell'azione: se non propriamente ultra petita, certo extra allegata ossi extra petendi, con palese conseguente violazione dei principii stessi espressi dagli aforismi sopra ricordati [...]. Ibid., p. 329-330.

Portanto, pode-se extrair dos argumentos apresentados por Mauro Cappelletti, que não estaria desnaturado o caráter dispositivo do processo que, resguardado o monopólio das partes quanto à iniciativa da demanda e os limites dessa, viabilizasse a iniciativa oficial em matéria de prova. Na concepção tradicional, porém, a iniciativa probatória do juiz importaria na própria negação do direito subjetivo material.

Entretanto, observa o jurista italiano, que o eventual poder monopolístico da parte com relação às alegações de fato, e assim a conexão do juiz de decidir *secundum allegata partium*, considerado corolário lógico e juridicamente necessário do caráter privado disponível da relação jurídica deduzida no processo civil, como necessária expressão do princípio e do processo dispositivo sofre duas importantes limitações: sendo a primeira referente os fatos considerados secundários, e a segunda, em particular, a certos fatos, os quais o juiz deve ter em conta *ex officio*.²⁸⁶

A questão fulcral desenvolvida por Cappelletti, ao se referir às expressões da doutrina tedesca e a confusão entre os dois fenômenos que caracterizam o sentido substancial (material) e o sentido processual (formal) é a conclusão de que os poderes das partes se encontram em planos diferentes e, assim, podem ser chamados de ‘princípio (e processo) dispositivo em ‘sentido material’ ou em ‘sentido próprio’ aquele que indica a existência de um poder exclusivo das partes no pedido da tutela jurisdicional, bem como em fixar o objeto do juízo (o *Dispositionsmaxime* da doutrina separatista tedesca); e ‘princípio (e processo) dispositivo em ‘sentido processual’ ou ‘impróprio’ aquele com o qual se alude ao invés, ao vínculo do juiz às iniciativas das partes pelo que respeita em geral a técnica e o desenvolvimento interno do processo e na espécie a escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial (a *Verhandlungsmaxime*)²⁸⁷.

²⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile: parte prima. Milano: Giuffrè, 1962. p. 339. A primeira limitação diz respeito àqueles fatos que direta ou indiretamente, poderiam ser inferidos da existência, inexistência ou qualquer modo de ser dos fatos jurídicos. São aqueles fatos perceptíveis pelo juiz que lhe servem para dedução do fato a ser provado. A atribuição ao juiz de um autônomo poder de iniciativa a respeito dos fatos secundários, é um fenômeno relevante sobre o plano da técnica do processo e do modo da formação do juízo, no plano da *Verhandlungsmaxime* (princípio do debate, *principio della trattazione* em italiano) e, não do *Dispositionsmaxime*. Neste caso, o poder de iniciativa judicial não ofende o poder monopolístico da parte no fixar o objeto da *res judicanda*, mas relativamente ao modo como o juiz, nos limites daquela *res*, exercerá a sua própria função, da qual as partes o investiram. A segunda limitação concerne aos fatos (jurídicos), dos quais o juiz pode e deve ter em conta *ex officio*, ou seja, aqueles fatos jurídicos (constitutivos, extintivos ou impeditivos), mesmo quando relativos a uma relação privada deduzida em juízo, ou a uma situação de qualquer maneira relativa ao ordenamento público, como ocorre com os pressupostos processuais. Também os fatos jurídicos extintivos e impeditivos, ainda que alegados de maneira sintética ou abreviada, dando lugar a uma verdadeira exceção, enquadram-se nessa espécie. *Ibid.*, p. 343-348.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 357-358.

Outrossim, em outros estudos realizados pelo jurista italiano, é possível verificar a preocupação no estabelecimento de limites entre a iniciativa das partes e os poderes da iniciativa do juiz, preocupação essa que acaba por trazer as proibições a que está submetido o juiz a partir do aforismo *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partibus*, ou seja, no impedimento de que o juiz não poder ir além das alegações da partes como também de assumir provas de ofício.²⁸⁸

Referentemente às alegações das partes, o ponto fulcral é o da informação de fatos ou de situações de fato deduzidas na demanda como fundamento do pedido do autor ou da defesa oferecida pelo réu. Caminha ao lado dessas informações das partes, a necessidade de provar (*allegata probanda sunt*) e, conseqüentemente, a proibição ao juiz de julgar além do alegado pelas partes (*ne iudex ultra allegata a partibus*)²⁸⁹.

Nessa linha de tendência, pode-se dizer que o poder de direção formal do processo pertence ao juiz, não podendo o órgão judicante ultrapassar os limites estabelecidos pelas partes, pois o poder de disponibilidade das partes se restringe à iniciativa da propositura da ação.²⁹⁰ Desse modo, o modo pelo qual se desenvolve o processo, desde a sua instauração, aos propósitos que se destina esse trabalho, não está ligado meramente ao poder de disponibilidade das partes, mas sim ao sentido de colaboração que deve existir entre as partes e o juiz e vice-versa.

Além do papel de “diretor formal” do processo, a quem incumbe determinar a marcha dos atos processuais, uma vez que não mais vigora o sistema monopolístico das partes na condução do processo, vale dizer que, o processo civil contemporâneo, notadamente para o alcance dos seus fins jurídicos e sociais, confia ao juiz o relevante papel de autêntico “diretor material” do processo. Com isso, Mauro Cappelletti não chega à conclusão derradeira de desvincular o juiz do poder dispositivo e exclusivo das partes; porém, sem embargo, atribui ao juiz, um poder de intervenção, promoção, estímulo, “él puede hacer presente a la parte la irregularidad no solamente formal de acción propuesta, lo incompleto o lo impreciso de las

²⁸⁸ Nesse sentido, vai dizer Mauro Cappelletti: “las partes podrán configurarse pues, como *colaboradoras* del juez, pero non como *dominae* del proceso entendido em su significado formal. También el modo de búsqueda de la verdad, la elección, pues, de los medios de prueba – aunque limitados a la investigación de la verdad sobre los *hechos alegados por las partes* – así como el tiempo y la modalidad de su asunción, también todo esto quedará sustraído a la disponibilidad de las partes”. CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas em el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1972. p. 124.

²⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile: parte prima. Milano: Giuffrè, 1962. p. 357-358.

²⁹⁰ Entretanto, desse caráter não decorre necessariamente que o juiz, uma vez instaurado o processo e não pretendendo a parte dele desistir, não possa exercitar os seus poderes de direção formal e material. E isso, conforme lembra Dall'agnol Júnior, não faz menos dispositivo o processo. DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Ajuris*: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v.46, p. 97-115, 1989.

alegaciones e de las peticiones, posibilidad de cambiar, de ampliar, de corregir ala propia posición”.²⁹¹

2.8.3 O Pensamento de Enrico Tulio Liebman

Partindo de uma pesquisa histórica fundada na doutrina alemã, o estudo desenvolvido por Liebman, mostra que a máxima *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium* foi o alicerce que amparou os escritores tedescos a estabelecer os critérios de direção que regulam a dinâmica dos mecanismos processuais.²⁹²

Portanto, os alemães do século XIX concluíram que no processo civil só estavam em jogo interesses das partes e, por isso, asseveravam que às partes incumbia, não só a iniciativa do processo (instauração e indicação de seu objeto), mas também a apresentação de elementos e meios para formar a convicção do juiz, sendo que somente muito tempo depois foi possível distinguir o direito exclusivo de propor o processo e de pedir a tutela jurisdicional dos próprios interesses das regras de iniciativa das partes no desenvolvimento dos argumentos e na instrução da causa.²⁹³

Demonstra o autor ainda, que a doutrina italiana no início do século XX e a legislação vigente, passaram a disciplinar o “princípio da demanda” (art. 99 do CPC e 2.097 do CC italianos) e seu correspondente princípio da pretensão da sentença (art. 112 do CPC) e o “princípio da disponibilidade das provas” (art. 115 do CPC), sendo esta regra sobre o dispositivo no que tange às provas.²⁹⁴

Outro problema que o autor expõe é o de estabelecer a relação entre esses dois princípios: alguns consideravam o princípio dispositivo como estritamente dependente do princípio da demanda (princípio absoluto), como direito de dispor do direito privado refletido no andamento do juízo; outros como um simples conceito diretivo do legislador, mero princípio da oportunidade, maior garantia que representa a possibilidade de as partes defenderem seus próprios interesses. Prevaleceu esse segundo ponto de vista, porque, uma vez instaurado o processo, seu desenvolvimento não deve obedecer à vontade das partes, mas aos meios mais idôneos para garantir o melhor exercício da função jurisdicional. Essa concepção não satisfaz aos mais recentes estudiosos (Carnacini e Cappelletti), que consideram o

²⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas em el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1972. p. 125.

²⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 3.

²⁹³ *Ibid.*, p. 4.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 4.

princípio da demanda como pertencente ao titular da ação e o princípio dispositivo como princípio exclusivamente técnico do processo. Esses autores, no entender de Liebman, não trazem muita novidade. Se há o entendimento de que e as regras técnicas do processo variam segundo a natureza dos direitos (disponíveis, indisponíveis), é preciso refletir mais e encontrar um fundamento próprio e autônomo para o princípio dispositivo.²⁹⁵

Assim, Liebman acaba por criticar as posições defendidas por Carnacini e Cappelletti, retornando a visão clássica a respeito do tema, dizendo que o fundamento do princípio dispositivo está na necessidade de manter o juiz como “estranho” à matéria “sobre a qual deva exercitar o seu juízo”. Na concepção de Liebman, essa posição de “estranheza” deve permear a atividade judicial, distinguindo-a de outras atividades públicas. Nesse raciocínio, Liebman entende que, se a imparcialidade²⁹⁶ é um dos elementos mais importantes da figura do juiz, deve ao mesmo também, ser-lhe assegurada a imparcialidade psicológica (imparcialidade não apenas do juízo, do órgão, mas também do juiz, pessoa física), devendo ser mantida a equidistância, a neutralidade.²⁹⁷

No entender do jurista, a imparcialidade estaria prejudicada se o juiz, ou seja, aquele que deve julgar “deva institucionalmente partir de uma posição determinada para mover-se em uma direção preestabelecida”.²⁹⁸ Dessa forma, Liebman, inevitavelmente, acaba por assegurar menor ingerência do juiz na instrução do processo, a fim de que reste garantida a imparcialidade do órgão julgante, a qual deve estar presente em todos os momentos do processo.²⁹⁹

Segundo Liebman “ninguém é bom juiz em causa própria”, entendendo o autor que o juiz deve ser um estranho à lide e imparcial, em posição de neutralidade e equidistância da posição de quaisquer das partes. Mas, para julgar, o juiz deve formular juízos preparatórios, instrumentais, entre os quais têm importância os de caráter probatório. É necessário, contudo,

²⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 5.

²⁹⁶ Consoante entendimento de Monteleone, os caracteres ou princípios que tornam o processo justo, vale dizer, conforme si mesmo, são muito simples e claros, reduzindo-se essencialmente a três: contraditório e anexo direito de defesa; absoluta imparcialidade de um juiz terceiro; um perfeito equilíbrio entre os poderes do juiz e aqueles das partes, que permitam a este impugnar qualquer provimento injusto lesivo dos próprios interesses. MONTELEONE, Girolamo. Alle origini del principio del libero convincimento del giudice. *Rivista Di Diritto Processuale*, Padova, v. 63, n. 1, p. 131-132, jan. 2008.

²⁹⁷ LIEBMAN, op. cit., p. 7-9.

²⁹⁸ Ibid., p. 10-11.

²⁹⁹ Nesse viés, Mauro Cappelletti, não coaduna com a posição de Liebman, pois no entender de Cappelletti, a imparcialidade do juiz deve dizer respeito ao objeto do processo, e não ao processo. Aqui, sendo ele parte na relação processual não pode ser imparcial. CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile: parte prima*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 359.

manter a imparcialidade, que poderia ser comprometida se o próprio juiz se encarregasse de provar. Há diferença entre investigar e decidir.³⁰⁰

Portanto, considerando que o princípio dispositivo diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo, conforme observou,³⁰¹ a razão fundamental que confere legitimidade ao princípio dispositivo é a preservação da imparcialidade do juiz, pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição.³⁰²

2.8.4 Breves Aportes sobre o Princípio Dispositivo no Processo Civil Brasileiro

Com efeito, se pode dizer que o princípio dispositivo se consubstancia no poder único e exclusivo que têm as partes de fazerem suas próprias afirmações e trazerem para a demanda as provas que melhor lhes convierem, sendo vedado ao juiz se basear em afirmações não feitas e buscar provas não requeridas por aquelas, sob pena de violar o mencionado princípio.³⁰³

³⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 12-13.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 15.

³⁰² *Ibid.*, p. 15. Sob esse viés, afirma Ovídio Baptista que “dificilmente teria o julgador condições de se manter completamente isento e imparcial se a lei lhe conferisse plenos poderes de iniciativa probatória, pois, na medida em que o magistrado abandonasse a condição de terceiro alheio ao conflito, que a função jurisdicional lhe pressupõe, para envolver-se na busca e determinação dos fatos da causa, de cuja prova a parte se haja desinteressado, certamente poderia correr o risco de comprometer a própria imparcialidade e isenção”. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da; GOMES, Luiz Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45.

³⁰³ CAMPOS, Helio Márcio. *O princípio dispositivo em direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 70. Discorrendo sobre o princípio dispositivo, Darci Guimarães Ribeiro, vai dizer que o princípio dispositivo, em sentido substancial, traz em si três conseqüências: a primeira é a obrigatoriedade do juiz em analisar todas as alegações que as partes lhe submeteram; a segunda é a impossibilidade de o juiz analisar questões que não lhe foram apresentadas; a terceira é a adoção do ônus subjetivo da prova, art. 333 do CPC. O monopólio da jurisdição, traz como corolário, no sentido substancial do princípio dispositivo, a obrigatoriedade, por parte do juiz, de analisar todas as alegações feitas, não só pelo autor, como também pelo réu, segundo se depreende do inciso I do art. 458 do CPC. A sentença que não os apreciar na totalidade, será *citra* ou *infra petita*, devendo portanto ser declarada a sua nulidade, *e.g.*, no parágrafo único do art. 459 do CPC, quando reza que, sendo certo o pedido, não poderá o juiz sentenciar iliquidamente, isto é, julgar aquém do pedido do autor. Caso a decisão não abranja a totalidade das questões (pedidos) ou da causa de pedir, haverá uma omissão, por parte do órgão estatal, suscetível de interposição de embargos declaratórios (535, II do CPC). A segunda conseqüência estabelece a impossibilidade de o juiz analisar questões que não lhe foram apresentadas, pois é o autor quem fixa os limites da lide e da causa de pedir, isto é, da relação jurídica material controvertida. Isto porque, segundo se deduz da verdadeira inteligibilidade do art. 128 do CPC, é o caráter privado do objeto litigioso do processo, tornando defeso para o juiz qualquer manifestação de ofício nesse sentido. Caso o magistrado desrespeite o art. 128 do CPC, a sentença será de natureza diversa da pedida, caso em que serão chamadas de *extra* e *ultra petita*, isto é, sentença fora (extra) do pedido ou além do pedido (ultra), como bem esclarece o art. 460 do CPC. No que concerne ao princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio, Darci Guimarães leciona que refere-se à relação jurídica processual, que é de ordem pública, e não à relação jurídica material, que é de ordem privada. Na primeira, o juiz está habilitado a agir de ofício; na segunda não. A direção do procedimento, a condução da causa, ditada pela expressão alemã *Prozesseleitung*, pertence ao magistrado, como se constata na parte final do art. 262 do CPC. Fica claro esse posicionamento adotado pelo Código de Processo Civil, tanto no § 4º do art. 300, que permite ao juiz conhecer de ofício a matéria enumerada

Exsurge da apreciação do Código de Processo Civil vigente, a compreensão da eleição do legislador pela prevalência do princípio dispositivo, conforme se insere de inúmeros preceitos legais que se espalham pelo diploma processual legal.³⁰⁴ Entretanto, não se

nesse artigo, salvo o compromisso, quanto no § 3º do art. 267, ambos do CPC. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 25-28.

³⁰⁴ Entretanto, cumpre referir que o princípio dispositivo não se confunde com o princípio da demanda. Pelo denominado princípio da demanda, o juiz fica limitado aos pedidos formulados pelas partes, ao passo que no princípio dispositivo, o juiz depende da iniciativa das partes quanto ao modo de condução da causa e quanto aos meios de obtenção dos fatos pertinentes a essa determinada lide. O princípio da demanda responde à questão: *sobre que lide demandar?* O princípio dispositivo, por outro lado atende a duas outras questões bem distintas. Escolhida a demanda sobre a qual as partes haverão de litigar, indaga-se: por que forma o farão e com que meios probatórios demonstrarão a existência dos fatos relativos a essa controvérsia? O primeiro princípio preserva a soberania das partes na determinação das ações sobre as quais elas pretendam litigar; ao passo que o outro – uma vez determinada a causa sobre que há de versar o litígio – define e limita o poder de iniciativa do juiz com relação a essa causa efetivamente ajuizada, no que respeita à condução do processo e à coleta do material probatório. Assim, enquanto o princípio dispositivo diz respeito aos poderes das partes em relação a uma causa determinada, o princípio da demanda refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional. Adverte Baptista da Silva que a determinação deles corresponde à determinação dos limites dentro dos quais se há de mover o juiz, para o cumprimento de sua função jurisdicional, e até que ponto há de ficar ele na dependência da iniciativa das partes na condução da causa e na busca do material formador de seu convencimento; ao contrário, o princípio da demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou se deixará de exercê-lo. Aduz ainda que a compulsoriedade de exercício de uma faculdade legal ou de um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito, sendo que ninguém pode ser obrigado a exercer os direitos que porventura lhe caibam, assim como ninguém deverá ser compelido, contra a própria vontade, a defendê-los em juízo, pressuposto do qual decorre o princípio de que nenhum juiz prestará tutela jurisdicional, senão quando a parte ou o interessado requerer, nos casos e formas legais, inscrito no art. 2º do CPC. (SILVA, Ovídio Araujo Baptista da; GOMES, Luiz Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45-46). Nesse contexto, Mauro Cappelletti procurou expor didaticamente o que denominou de “as principais manifestações do princípio dispositivo”, sendo elas: a) o princípio da demanda: *nemo iudex sine actore*; b) princípio da exceção (material); c) princípio da impugnação privada da *sentença*. (CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado; las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1973. p. 109). Assim, uma das manifestações do princípio dispositivo, qual seja: o de que a iniciativa da ação (remédio jurídico processual) incumbe à parte – denominado princípio da demanda – encontra-se expressamente previsto no art. 2º do CPC: *nem iudex sine actore*. A regra volta a ser repetida no art. 262, primeira parte: “O processo civil começa por iniciativa da parte [...]”. Nesse raciocínio, pode-se dizer que essa é uma característica essencial da função jurisdicional. O Estado-juiz só atua se for provocado, mediante a prática de um ato denominado demanda, ou seja, a provocação do exercício da jurisdição, pleiteando a tutela jurisdicional. Aquele que demanda pleiteia ao Estado um provimento jurisdicional que vai, se concedido, surtir efeitos sobre a esfera jurídica do demandado, razão pela qual o demandado deve ter o direito de se defender, sendo a sua defesa, nada mais, do que o exercício do seu poder de ação, uma vez que, ao contestar a demanda, a rigor, estará o demandado, ajuizando uma demanda de declaração da inexistência do direito alegado pela parte *ex adversa*. (MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 10. ed. Turim: G.Giappichelli, 1995. p. 119). Nessa esteira, conforme leciona Alexandre Freitas Câmara, deve haver a necessária correlação entre demanda e sentença, havendo uma nítida ligação entre o princípio da congruência entre demanda e sentença e a garantia constitucional do contraditório, essencial para que se observe o devido processo legal. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença no direito processual civil. *Revista Dialética de Direito Processual*: RDDP, São Paulo, n. 44, p. 11, 2006). Montero Aroca, após discorrer sobre o princípio dispositivo (que compreende a iniciativa da demanda, das alegações e a congruência entre o pedido e a sentença) e o princípio de *aportación de prueba* (segundo o qual compete às partes “aportar” ao processo os fatos e suportar o ônus da prova deles) estabelece com clareza o papel do juiz no tema em questão: “O fenômeno da publicização se baseou, cremos, em uma gravíssima confusão entre as faculdades materiais e as faculdades processuais de direção do processo. Uma coisa é aumentar os poderes do juiz a respeito do processo mesmo (em sua regularidade formal, no controle dos pressupostos processuais, no impulso processual, por exemplo) e a outra é aumentá-los com relação ao conteúdo do processo de modo que possa chegar-se a influenciar na decisão a tomar na sentença. Não há obstáculo algum em aumentar as

pode olvidar, que o processo civil brasileiro não é apenas, à exemplo do que ocorre com o europeu continental, um processo civil privado, conjuntura que não raro, reduz à dimensão de problemas, como o enfrentamento nos textos de Cappelletti, pertinentes à dispositividade.

Reflexo disso pode emergir da face do princípio dispositivo que vincula o juiz às alegações de fato das partes, bem como a de que os limites da controvérsia são estabelecidos pelas partes, devendo o julgador adstringir-se ao pedido. Essa circunstância crítica não se extrai da leitura do artigo 128 do Código de Processo Civil, que impõe ao juiz decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte, mas eventualmente com a disposição do art. 131, parte primeira, do mesmo diploma, ao determinar que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes. Após uma leitura apressada do referido artigo legal, poder-se-ia dizer, de forma precipitada que no sistema brasileiro, o princípio inquisitivo³⁰⁵ alcançou lugar de supremacia.

faculdades processuais (e daí ninguém se oponha a converter o tradicional processo da parte em impulso de ofício) e com isso pode-se entender que se dá prevalência ao interesse público sobre o privado, mas sem que o juiz possa de ofício iniciar o processo ou alegar ou praticar prova não pedida pelas partes, pois desse modo se está afetando a existência dos direitos subjetivos reconhecidos na norma material". MONTERO AROCA, Juan. *La prueba em el proceso civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 383-384.

³⁰⁵ Leciona Cappelletti que a característica da inquisitorialidade em um processo, é dada “da cio che Il giudice, non vincolato giudicare *secundum alegata et probata a partibus*, possa liberamente cercare i fatti o indagare sulla verità dei fatti da porre alla base sel suo provvedimento”. Em um sistema que adote o princípio da inquisitorialidade, a distinção que se vem realizando não tem a mesma dimensão. Diz o jurista italiano, ser evidente que prescindir da iniciativa da parte para a demanda não é o mesmo que dela não necessitar para a prova. Na primeira hipótese, golpeado está o princípio dispositivo, renegando-se, em última análise, aquela que é a consequência processual necessária do caráter privado do direito subjetivo substancial deduzido em juízo: opera-se não só a publicização do processo, mas também a publicização do próprio objeto do processo. Este fenômeno, portanto, possui sua última consequência lógica, qual seja, a abolição do direito subjetivo (transformação desse em função ou poder). No segundo caso, porém, o golpe se assenta sobre o *Verhandlungsprinzip*, pois não há sequer limitação do caráter privado disponível do objeto do processo; sendo um fenômeno de mera técnica processual. Demonstrando-se presentes, ainda, nos sistemas inquisitivos, os dois fenômenos distintos, convém considerá-los autonomamente; mais do que isso, parece oportuno denominá-los com maior correção, propondo Cappelletti, a denominação de ‘princípio inquisitório em sentido substancial(material) ou em sentido próprio’ para indicar o mais extenso ou mais radical fenômeno da abolição do vínculo judicial à alegação (dos fatos constitutivos) sob ‘iniciativa das partes’; e a fórmula ‘princípio inquisitorial em sentido processual (formal)’ ou em ‘sentido impróprio’, para indicar, ao contrário, o outro fenômeno, da abolição do poder monopolístico das partes com respeito à iniciativa probatória. O princípio inquisitório, entendido em seu sentido próprio, ou seja, aqueles existentes em sistemas que atribuem ao juiz, com exclusividade, poderes de autônoma iniciativa da demanda e determinação do objeto do processo, viabiliza grave risco, que é a perda da imparcialidade do Juiz. (CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile: parte prima. Milano: Giuffrè, 1962. p. 354,355 e 357). Por sua vez, Ovídio Baptista da Silva, vai dizer que ao princípio dispositivo costuma-se contrapor o chamado princípio inquisitório, segundo o qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória, para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento da demanda. Alerta o jurista gaúcho que esses princípios não ocorrem de modo exclusivo em nenhum sistema processual, sendo normal que o legislador de ambos se utilize, dando prevalência ora a um deles, ora a outro. Mesmo naqueles sistemas mais comprometidos com o princípio dispositivo, onde o juiz tenha limitados poderes de iniciativa probatória, encontram-se exemplos de aplicação do princípio inquisitório. Nas demandas que versem sobre direitos indisponíveis, tais como as chamadas ações matrimoniais, a lei confere ao juiz amplos poderes para a investigação dos fatos da causa, tornando-se

Igual dificuldade, poder-se-ia encontrar, na condição da regra prevista no artigo 130 do Código de Processo Civil (que determina que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias), com o preceito do artigo 333 do mesmo diploma legal (que confere determinações acerca da disposição do ônus da prova, cabendo ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (inciso I), e ao réu, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II). Nesse sentido, conforme ensinamento de Ovídio Baptista:

a regra fundamental, em direito probatório, que confere expressão legal ao princípio dispositivo, está no art. 333 do CPC, segundo o qual o ônus da prova incumbe às partes. Tal princípio, porém, é afastado em inúmeras hipóteses nas quais o juiz não fica na dependência da iniciativa das partes na investigação dos fatos da causa, enumerando o processualista algumas delas, quais sejam: a) o juiz, segundo dispõe o art. 342, pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa; b) sempre que não haja normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiências comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e as próprias regras de experiência técnica, independentemente de qualquer iniciativa probatória das partes (art. 335); c) o juiz pode, também de ofício, ordenar a exibição parcial de livros e documentos (art. 381); d) igualmente de ofício, pode o juiz inspecionar pessoas e coisas, para esclarecer algum fato que interesse à decisão da causa (art. 440); e) bem como ordenar a inquirição de testemunhas referidas nas declarações das partes ou de alguma testemunha; f) finalmente a limitação do impulso oficial, segundo o qual, embora o processo só comece por iniciativa da parte, desenvolve-se por impulso oficial; e as dispostas nos arts. 130 e 131, que outorgam amplo poder ao juiz na determinação e avaliação da prova³⁰⁶.

Entretanto, em uma leitura apressada, podem os referidos dispositivos legais parecer conflitantes. Seguindo esse raciocínio, para Moacyr Amaral dos Santos, “o juiz exerce, na atividade processual, função supletiva ou complementar, isto é, às partes incumbe o ônus da prova de suas alegações e ao juiz atuar subsidiariamente”³⁰⁷.

sensivelmente atenuado o princípio da disponibilidade pelas partes do material probatório. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da; GOMES, Luiz Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

³⁰⁶ Ibid., p. 44-45.

³⁰⁷ E, o referido autor, no que diz respeito às partes, aduz que devem, em regra, fornecer as provas correspondentes aos fatos que alegaram, restando assim inabalado o princípio da iniciativa das partes. Por outro lado, baseado na concepção publicista do processo adotada em nosso sistema processual, afirma o autor vigorar o princípio da autoridade, que confere ao juiz o poder de direção do processo, ou seja, o juiz, além de dirigir a instrução probatória, não fica restrito a averiguar somente os fatos alegados e as provas requeridas pelas partes, pois poderá indeferi-las se entender que não são necessárias. Assim, Amaral dos Santos, vai dizer que no âmbito da instrução probatória se admite uma convivência harmônica entre o princípio da iniciativa das partes e o princípio da iniciativa oficial por força do disposto no art. 130 do CPC. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3, p. 303 e ss). Já no entendimento de Sebastião de Souza, embora ressaltando que o juiz é a figura central do processo, a indicação de provas e o requerimento de diligências para apuração dos fatos, compete às partes, somente competindo ao juiz essa atividade em caráter subsidiário, o que permite concluir, categoricamente, no sentido

Todavia, considerando que os preceitos legais não devem ser interpretados de forma isolada, mas conjuntamente, em decorrência do caráter hermenêutico-interpretativo, é possível conceber que o princípio dispositivo convive em perfeita harmonia com a tendência do fortalecimento dos poderes do juiz, devendo ser observada a colaboração que deve existir entre o juiz e as partes, bem como daquelas com este.

da predominância do princípio dispositivo. (SOUZA, Sebastião de. *O princípio dispositivo no código de processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949. p. 30 e 90). Em contrapartida, Barbosa Moreira, propugna pela ampliação dos poderes instrutórios do juiz, não enxergando nenhum risco de comprometimento do princípio da imparcialidade no fato de o juiz exercer poderes instrutórios de ofício. Para demonstrar sua posição, aduz que não interessa ao Estado se é o autor ou o réu vencedor da demanda, mas sim, qual deles efetivamente tem razão. Portanto, não importa quem produziu a prova, ou seja, se a comprovação do fato constitutivo for realizada pelo réu (em que pese o ônus da prova ser do autor, à teor do que determina o inc. I do art. 333 do CPC), sendo que, o que de fato importa é que o fato alegado foi provado, e assim, o juiz poderá proferir a sentença sem abalar o princípio da imparcialidade, devendo sempre o juiz observar o princípio do contraditório. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 178-184, jul. 1984). Igual entendimento coaduna também José Roberto dos Santos Bedaque, adotando firme convicção em favor dos poderes instrutórios do juiz. Entende Bedaque que o princípio dispositivo deve limitar-se na esfera do direito material, alertando que a produção de provas não é tarefa exclusiva das partes, sendo certo que ao juiz também cabe a produção de provas em conjunto com as partes, tendo em vista que o autor considera o juiz como interessado no resultado do processo, razão pela qual defende a participação mais ativa do juiz, exterminando qualquer diferença que por ventura, possa haver entre as partes, contribuindo assim de forma efetiva com o processo. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 158, 161.

3 A CONDUÇÃO DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DEVERES DE COLABORAÇÃO DO JUIZ: PERSPECTIVAS PARA UM RENOVADO PERFIL DE JUIZ E DE PROCESSO

Na medida em que o Estado Democrático carrega consigo esse caráter transformador, não é possível tê-lo como sendo um Estado passivo. De igual sorte, a ênfase estabelecida em uma autodeterminação democrática acentua que os cidadãos deixam de ser apenas alvo da atuação do Estado. Essa conexão entre a sociedade e o Estado vai repercutir na concepção do processo civil, de modo a equilibrar o "problema da divisão do trabalho entre o juiz e as partes".³⁰⁸

Sob esse enfoque, torna-se imperioso analisar o papel do juiz e a estruturação do processo civil no marco do Estado Democrático de Direito, superando tanto a estrutura do processo civil no Estado Liberal, que previa juiz passivo na condução do processo e subordinado ao Estado no momento da decisão, quanto do Estado Social, que conduziu a um aumento dos poderes do juiz na perspectiva publicística e socializadora do processo civil, mas sem que esse incremento de poderes viesse acompanhado de um controle democrático.

3.1 Contextualizando o Processo Civil: O diálogo, o contraditório e a participação das partes na formação do provimento jurisdicional

O Estado Democrático de Direito, adotado como modelo pela Constituição Federal³⁰⁹ de 1988, tem como particular característica a participação dos seus destinatários na construção da ordem jurídica, sendo o contraditório³¹⁰ a garantia que assegura a possibilidade

³⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 41, jan. 1986. Conforme Roger Perrot é "do equilíbrio de forças entre o juiz e os litigantes transparece a verdadeira concepção que o legislador tem da justiça". PERROT, Roger. Il nuovo futuro codice di procedura civile francese. *Rivista di Diritto Processuale, Padova*, n. 2, p. 239, 1975.

³⁰⁹ José Frederico Marques, já em 1952, lembrava acerca da importância da Constituição Federal para o estudo do Processo Civil, ao aduzir que: "a importância da Constituição, no tocante ao processo, é das maiores, não só porque na Lei Básica se acham regras que o legislador ordinário não pode violar, como também porque o processo, concedido como garantia de justiça, nada mais significa que a imediata e direta complementação dos mandamentos constitucionais" (MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. p. 11). Validamente, pode-se dizer, que o processo civil constitui-se em instrumento de realização dos valores constitucionais e no próprio direito constitucional aplicado (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*, Porto Alegre, v. 22, p. 32, 2002), ou ainda, como afirma Eduardo J. Couture, "significa o desenvolvimento de um preceito constitucional. COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 94.

³¹⁰ Referindo-se ao princípio contraditório, conforme ensinamento de Darci Guimarães Ribeiro, foi a partir do século XX, especialmente através das obras de Carnelutti, Satta e Fazzalari que o referido princípio voltou a ser revalorizado, na medida em que ficou evidenciado o caráter dialético, dialógico do processo, numa relação simbiótica entre partes e juiz. (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de*

de participação dos interessados.³¹¹

Dessa forma, se o processo civil tem como importantes elementos o contraditório e a igualdade entre as partes, de maneira a perfectibilizar a efetiva participação³¹² das mesmas na formação da decisão jurisdicional, difundindo assim os objetivos democráticos, por óbvio que tais elementos necessitam ser (re)pensados, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito.³¹³

Nessa senda, é essencial que o processo, na qualidade de instrumento de atuação de um dos poderes do Estado, esteja em harmonia com o arquétipo de Estado estabelecido pela Constituição Federal, da qual emerge como imperativo o direito fundamental de participação na tomada de decisões. Sob esse raciocínio, ao assegurar a igualdade (art. 5º, caput), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão

tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61). Conforme observa Antonio do Passo Cabral, o contraditório - comumente definido como o direito de desempenhar um papel ativo no procedimento - abarca não só o conhecimento dos atos processuais praticados ou dependentes de realização, como também a possibilidade de pronunciamento a respeito. Compreende o direito de presença e de ser comunicado dos fatos processuais; abrange as faculdades de contraargumentar, examinar os autos do processo, dirigir requerimentos ao juiz, formular perguntas a testemunhas e quesitos periciais, sustentar oralmente em audiência, em grau de recurso ou no plenário do Tribunal do Júri, dentre outras. A *ratio* do contraditório é permitir oportunidades de reagir ou evitar posições jurídicas desfavoráveis. Identifica-se, portanto, um binômio essencial em torno do qual gravita o princípio: informação-reação – o contraditório significa audiência bilateral. CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 61, ago. 2005.

³¹¹ Nessa ótica, Cappelletti entende que se deve reexaminar os princípios fundamentais do direito processual, em particular aquele do contraditório, à luz do caráter sempre mais multilateral (novos problemas coletivos da sociedade contemporânea), sempre mais de massa, de relações econômicas e sociais e portanto ainda de relações jurídicas na época contemporânea, caracterizada como a produção e distribuição dos consumos de massa. CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado; las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1973. v. 1, p. 210, 215-216.

³¹² Segundo Nicolò Trocker, o escopo da participação se consubstancia em dar ao indivíduo participante uma parte efetiva no processo, sendo que a garantia em exame se configura como direito de incidir sobre o desenvolvimento e sobre a existência da controvérsia, ou, como direito de influência na formação do provimento jurisdicional. E, para evitar que tal participação não seja somente aparente e fictícia, de um lado, é assegurado ao titular da situação garantística (destinatário do provimento jurisdicional) a possibilidade de pronunciar-se em juízo e impõe, de outro lado, ao juiz o dever de escutá-lo. O objetivo principal da garantia em exame não é a defesa entendida em sentido negativo, ou seja, como oposição ou resistência ao agir de outro, mas, sim, a "influência" entendida como direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o êxito do juízo. TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 370-371.

³¹³ Sob esse raciocínio, pode-se dizer que o conceito tradicional do princípio do contraditório está intimamente vinculado a uma concepção formal do processo, em que o juiz assumiria uma posição essencialmente passiva. Esse modo de enxergar a questão, ressaí claramente da clássica definição de Joaquim Canuto Mendes e Almeida, em 1937, para quem o contraditório é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”. Embora estejam presentes dois elementos fundamentais ao conceito, a informação e a possibilidade de reação, afirma Alvaro de Oliveira, que não se vislumbrava ainda a necessidade de ser submetida ao contraditório toda a matéria que seria objeto da decisão, mesmo quando decorresse do poder oficial do juiz. Entretanto, em uma visão contemporânea, o direito fundamental ao contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: Teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil, p. 35-36.

motivada em julgamento público (art. 93, X)³¹⁴, a Constituição Federal de 1988, acabou por conferir ao processo, e notadamente ao processo civil, uma feição democrática.

Este perfil democrático do processo civil assegura a participação dos seus destinatários na formação da decisão judicial. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral conclui que “o processo é uma atividade dos sujeitos em cooperação, e a coparticipação das partes na formação do *decisum* deriva do princípio constitucional do contraditório”.³¹⁵

Destarte, a estrutura dialética que é conferida ao processo, em face do qual este “se desenvolve como uma luta de ações e de reações, de ataque e de defesa, na qual cada um dos sujeitos provoca, com a própria atividade, o movimento dos outros sujeitos, e espera, depois dele um novo impulso para se pôr, por sua vez, em movimento”.³¹⁶

Nessa esteira de raciocínio, a dinamicidade³¹⁷ inerente ao processo, a partir da sua estruturação como procedimento em contraditório, impõe, igualmente, o estudo do seu desenvolvimento, como base de verificação da legitimidade da decisão na perspectiva da participação das partes. Seguindo esse raciocínio, de nada adianta um processo qualificado pelo seu caminhar em contraditório, se não for assegurada a igualdade³¹⁸ e a participação das partes dentro desse contexto.³¹⁹

³¹⁴ Essa enumeração acerca do conteúdo do devido processo legal não é taxativa, mas apenas elucidativa para os fins que se destina o presente trabalho.

³¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 60, p. 459, apr./giugno. 2005.

³¹⁶ Nesse sentido, Carnelutti já ensinava acerca da estrutura dialética do processo, bem como em construção participada e em contraditório da decisão judicial, dizendo que no processo, o contato entre as partes se resume em um diálogo, com caráter histórico (reconstituição dos fatos envolvidos na lide) e crítico (confronto entre fatos e direito), por meio do qual as partes colaboram com o juiz na procura de “elementos da decisão, isto é, as razões e as provas”, salientando que “a ação não corresponde a uma parte, e sim a cada uma das duas. Sua bilateralidade é de sua utilidade. A atividade de cada parte no processo favorece a finalidade deste, sempre que se integrar e retificar por meio do contraditório [...]. Em virtude do sentido contrário dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação se desenvolve, pois, como contradição recíproca; por isso, o contraditório corresponde a um dos princípios fundamentais do processo civil”. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 91-92). Por seu turno, Fazzalari vai dizer que o processo é um “procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato”, enfatizando assim, o caráter dialético do processo. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33.

³¹⁷ Como desdobramento do contraditório, a igualdade tem caráter dinâmico, que não se contenta com simples fórmulas abstratas que lhe digam respeito. Assim, as partes que recorrem ao Poder Judiciário devem ser postas em absoluta paridade de condições pois, sem que as partes estejam em igualdade de condições de postular seus direitos, o contraditório seria uma falácia. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 47, 59.

³¹⁸ Conforme Pietro Alárcon, a regra da igualdade impõe sempre a paridade de armas no processo, e isso significa “equivalência”, ou seja, valoração igual das partes quanto aos prazos, oportunidades, condições de agir em contraposição ao “igualitarismo” próprio da ausência de valoração quanto às condições de cada extremo processual. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justicia. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 2, p. 192, jul./dez. 2003.

³¹⁹ Afinal, o princípio do contraditório deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem todos de participarem

Ora, é fato notório a existência de disparidade entre os jurisdicionados. A perspectiva renovatória do acesso à justiça³²⁰, bem identificou empecilhos para que a promessa constitucional de isonomia pudesse ser confirmada na prática. E, em *terra brasilis*, idealizaram-se mecanismos para equalizar as situações dos jurisdicionados, como a projeção *erga omnes* de algumas pronúncias judiciais, como a criação da Defensoria Pública, a assistência judiciária gratuita, o Ministério Público, entre outras, medidas essas que possuem como pano de fundo a isonomia e devem ser entusiasmadas.³²¹

Dentro desse paradigma, emerge o princípio da igualdade de armas, ou conforme a doutrina tedesca, o *Waffengleichheit*, como forma de haver um equilíbrio entre as partes na apresentação das respectivas teses, na perspectiva dos meios processuais que dispõem e, exigindo assim que o autor e o réu tenham direitos processuais idênticos e estejam sujeitos também a ônus e cominações idênticos³²², sempre que a sua posição no processo for equiparável.³²³

Entretanto, conforme ensinamento de Barbosa Moreira, a expressão *paridade de armas*, a seu juízo, denota com força demasiada uma concepção de processo como verdadeiro duelo³²⁴. No desenvolvimento da atividade processual, a ênfase da problemática não recai

efetivamente do processo MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 147.

³²⁰ Nesse interím, já na década de 70, tornam-se salientes os ensinamentos de CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado; las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1973. e DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971, responsáveis por desenvolver linhas inaugurais, cujos estudos centraram-se em uma concepção social, revelando um processo capaz de atender às necessidades da sociedade de seu tempo, desenvolvendo temas relacionados ao acesso à justiça, aos problemas sociais, ao papel destinado ao juiz no processo, bem como à intensificação dos seus poderes.

³²¹ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da constituição federal*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009. p. 90.

³²² Conforme Montesano, quando o juiz utiliza como fundamento da decisão fatos notórios estranhos às alegações das partes, o contraditório somente é respeitado se o juiz tenha colocado as partes em condições de discutir sua notoriedade. MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di 'terza via'. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 55, n. 4, p. 940, out. 2000.

³²³ MIRANDA, Jorge. Constituição e processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 98, p. 37, abr./jun. 2000. Na mesma linha, Nelson Nery Júnior, também afirma que essa igualdade de armas não significa, entretanto, paridade absoluta, mas, sim, na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade, igualdade de situação processuais. (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 27). Ademais, no processo pode existir uma igualdade teórica que não corresponda a uma igualdade de fato. Assim, Piero Calamandrei leciona que ambas as partes são pessoas no mesmo sentido, mas os meios dos quais dispõem para fazer valer essa igualdade são desiguais. E desigualdade de meios pode significar, também no processo, desigualdade de personalidade. Face a isso, o juiz tem o papel de assegurar a igualdade material entre as partes, afirmando Calamandrei que “não basta que diante do juiz estejam duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir as razões das duas; mas é necessário também que estas duas partes se encontrem entre si em condição de paridade não meramente jurídica (que pode querer dizer meramente teórica), mas que exista entre elas uma efetiva igualdade *prática*, que quer dizer paridade técnica e também paridade econômica”. CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Traduzido por Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 690-692.

³²⁴ É comum a todas as legislações processuais liberais que reúnem uma série de princípios que cedem lugar a um modelo processual típico, caracterizar o processo como verdadeiro duelo. CHIARLONI, Sergio.

sobre a igualdade de armas, mas sim, incide sobre a igualdade de oportunidades, devendo ser assegurado a ambas as partes o poder de igual influência na marcha e no resultado do processo.³²⁵ Dessa maneira, podem ser conferidas a ambas as partes as mesmas possibilidades de atuar e também de estarem sujeitas às mesmas limitações,³²⁶ pois ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação, razão pela qual o contraditório é consequência do princípio político da participação democrática.³²⁷

Nessa quadra, a garantia do contraditório apresenta quatro parâmetros mínimos que devem ser observados quando do desenvolvimento da marcha do processo: a) o direito dos sujeitos processuais à participação no debate processual; b) o direito à instauração de um diálogo entre os sujeitos processuais; c) o direito ao estabelecimento de uma mecânica de colaboração entre os sujeitos processuais para a construção do provimento jurisdicional e d) o direito dos sujeitos processuais não serem surpreendidos quando da prolação da decisão jurisdicional.³²⁸

Tal concepção denota, que na atualidade, em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo, não se pode mais conceber que o contraditório se restrinja ao dizer e

Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 58, p. 107, Dic. 2009. Suppl. n. 4.

³²⁵ Nesse sentido, o complexo de poderes e faculdades reconduzíveis ao direito de defesa deve ser assegurado em maneira igualitária a todas as partes do processo que se encontram sob o mesmo plano, sem que para alguma delas o relativo exercício seja mais gravoso. Cf. DELLE DONNE, Clarice. Il difficile cammino della parità delle armi e dell'effettività della tutela nel processo cautelare: Il caso dei provvedimenti ripristino. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 60, n. 1, p. 367, mar. 2006.

³²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de derecho procesual*: quarta série. São Paulo: Saraiva: 1989. p. 70.

³²⁷ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 305, p. b71, mar. 2003.

³²⁸ REICHELTL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 162, p. 338, ago. 2008. Não se pode olvidar, apoiando-se em Antonio do Passo Cabral, a intrínseca relação que o contraditório possui com o direito de informação (*Recht auf Benachrichtigung*). Com efeito, o contra ataque de um dos sujeitos do processo depende da ciência necessária do gravame sofrido ou potencial, sendo absolutamente imperativo o conhecimento acerca da realização e consequência dos atos processuais, materializado pelos mecanismos de comunicação previstos no processo, notadamente a citação, as intimações e as cartas (rogatória, precatória e de ordem). Ligado à ciência dos atos está o segundo pólo que compõe o núcleo essencial do princípio, a garantia de expressão (ou de reação) no processo (*Recht auf Äusserung*). As partes têm direito de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos nos autos, sendo-lhe facultadas as vias oral e escrita através de seus advogados ou mesmo pessoalmente, quando dispensada a capacidade postulatória. E, se por um lado, a informação aos interessados é imperativa, cabe frisar que tal reação é apenas possível, visto que, em homenagem à liberdade das partes, não se pode impor o exercício de um direito como o contraditório. Cabral exemplica a explanação com o exemplo da revelia, em que o réu, apesar de citado (e, portanto, informado do ajuizamento da demanda), não oferece contestação. Adverte ele que o direito de expressão é uma parte aberta franqueada à passagem: “entra quem quiser”. Entretanto, critica que a abrangência do princípio limitada às partes interessadas e confinada aos domínios da garantia de ciência-reação denota uma visão individualista do processo. CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 61, ago. 2005.

contradizer formal entre as partes, sem que isso provoque uma efetiva contribuição para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial.³²⁹

Por conseguinte, o pleno desenvolvimento do contraditório³³⁰ e a própria legitimidade de decisão jurisdicional estão condicionados a que o juiz assegure a efetiva igualdade material aos litigantes e, assim, uma simétrica paridade de condições e posições processuais, sob o prisma de um processo de índole cooperativa, valorizando o valor do diálogo³³¹. Para tanto, o juiz não poderá desempenhar uma atividade passiva, estendendo-se a sua responsabilidade aos casos nos quais, a desigualdade das partes no processo é encontrada na natureza das coisas,³³² sob pena de retorno ao velho Estado Liberal Clássico, onde as partes eram as protagonistas do processo.

³²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 07, nov./dez. 2009. Nesta dimensão ampliada, exsurge a pressuposto funcional e instrumental do contraditório bilateral entre as partes, sobretudo no âmbito do processo civil de modo que se diz um tanto mais realizado um contraditório equilibrado e razoável, enquanto vêm assegurado a qualquer uma das partes contrapostas no juízo, em condições de efetiva paridade, a igualdade de armas e a igual possibilidade de influir, com o exercício dos poderes de argumentação de dedução e de prova, sobre a formação do convencimento decisório do juiz. COMOGLIO, Luigi Paolo. Il 'giusto processo' civile in italia e in europa. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, p. 132, 2004.

³³⁰ Assim, é cristalino que o conteúdo mínimo do direito fundamental do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, à teor do que preconizava o conceito tradicional, mas se estende a todo o material de interesse jurídico para a decisão, tanto jurídico (debate com as partes de todo material jurídico relevante para a decisão) quanto fático (requerimento de provas, indicação dos meios de prova, participação na produção da prova, manifestação sobre a prova produzida). Ainda, nas questões que possam ser solucionadas de ofício pelo juiz (v.g., pressupostos processuais, condições da ação, nulidades absolutas), a decisão deve ser tomada depois de ouvidas as partes a respeito, de forma não lhes causar surpresa. De igual modo, o entendimento do juiz sobre um ponto fundamental, não suscitado previamente pelas partes (que o juiz pode conhecer em decorrência do princípio *iura novit cúria*), deve ser com elas discutido previamente, em homenagem ao direito fundamental do contraditório, o qual implica, inexoravelmente, o dever de diálogo do juiz para com as partes no processo civil. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil, p. 37-40.

³³¹ Nesse sentido, profícuas as palavras de José Souto Maior. Refere o autor que a palavra diálogo significa “etimologicamente a fala entre duas pessoas ou, mais amplamente, a conversação entre várias pessoas, provém do latim *dialogus* [...]. A etimologia da palavra dialética é portanto expressiva. Dialética é estilo de pensar múltiplo [...]. Pela regra de pertinência, cujo guardião é o juiz, devem as partes ater-se ao objeto do litígio. E porque o processo é um diálogo regrado, rege-se pela dialética. É um diálogo *canônico*, submetido a cânones – as regras processuais. E porque submissas a cânones processuais, as relações entre as partes no litígio podem ser havidas como “deveres de comunicação”. Prossegue ele questionando: “Qual o papel do juiz no processo? Não o de, pela decisão, ofertar uma solução apenas tecnológica, insensível às relações da vida e ao drama do Direito, como alternativa incontornável para o viver em sociedade [...] o juiz deve determinar uma partição: uma repartição de bens, função da justiça distributiva: *suum cuique tribuere*. A caracterização do juiz como árbitro dos interesses em conflito recorda a consideração da dialética processual como um jogo”, o que não se pode admitir nessa quadra da história processual. BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 36, 70.

³³² GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 43, pt. 2, p. 614, 1988.

3.2 Democracia, Participação e Controle: a fundamentação judicial e a necessidade de regime de controle e responsabilidade do juiz como agente político

A abrangência do devido processo legal tem evoluído progressivamente e guarda relação com o valor que lhe assina a solução institucional dos conflitos com relevância jurídica em um determinado contexto histórico. Todavia, essa evolução progressiva, identificou-se com a demasiada importância conferida ao reconhecimento do direito ao devido processo, prestado pelas sociedades que almejam viver em democracia, e com ele desenvolvem as condições que deve buscar do Estado para permitir àqueles que se encontram envolvidos em um conflito jurídico, o acesso efetivo a um debate, no qual possam alegar e provar a veracidade dos fatos por eles sustentados, perante um terceiro independente e imparcial, revestido de autoridade pública e com poder para proteger cautelarmente os interesses em disputa, na espera de uma decisão motivada, sujeita a uma razoável revisão, produzida em um tempo razoável, que possa ser eficazmente executada.³³³

Entretanto, a compreensão sobre a transcendência ao devido processo como condição para a vigência da convivência democrática, tem sido marcada por uma lenta, porém sólida tendência. Mostra-se um valor chave da vida democrática, uma vez que confere aos indivíduos ou grupos, contras os quais as decisões governamentais operam a chance de participação no processo, onde essas decisões são tomadas,³³⁴ oportunidade essa que significa um reconhecimento à dignidade dos jurisdicionados.

Nesse sentido, ganha espaço a democracia participativa,³³⁵ observando Darci Guimarães Ribeiro, de forma profícua, que

A democracia participativa avulta para destacar o papel não só de maior inserção do indivíduo nas escolhas administrativas e legislativas, mas também e principalmente a partir do âmbito judicial, pois o acesso ao Poder Judiciário é irrestrito, bastando lesão ou simples ameaça de direito para que este abra suas portas ao indivíduo, ao povo. Esta abertura, por assim dizer, cria para os indivíduos em sociedade a possibilidade de exigir do Estado a concretização das promessas ainda não realizadas e que dificilmente o serão através do Executivo e do Legislativo. Nesta perspectiva, o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço

³³³ OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 173, p. 180, jul. 2009.

³³⁴ *Ibid.*, p. 181.

³³⁴ *Ibid.*, p. 181-182.

³³⁵ Considerada como um direito fundamental de quarta dimensão, a democracia participativa sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo, reforçando-se a participação dos sujeitos no processo, a fim de que esse se constitua, como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 475.

do povo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais³³⁶.

Destarte, o debate processual representa um valor de interação humana, onde a pessoa afetada sente a satisfação de participar da decisão, que essencialmente lhe concede a perspectiva de receber uma explicação das razões sobre as quais a decisão judicial haverá de afetá-la.³³⁷

Assim, inevitavelmente, a divisão de papéis e funções a serem desenvolvidas dentro do processo – as quais, conforme demonstrado, já é objeto de preocupação da doutrina estrangeira - merece ser desenvolvida dentro de uma visão constitucional que garanta ao mesmo tempo o desenvolvimento do processo em tempo razoável e em debate processual que origine a formação do provimento seguindo os ditames do devido processo legal³³⁸ (justo processo)³³⁹.

³³⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: Para uma nova definição da democracia participativa. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103. A conotação da palavra “povo” mencionada por Darci Ribeiro faz referência à divisão proposta por Frederich Müller (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? a questão fundamental da democracia*), entre *povo-ativo* (participante de decisões políticas), povo como instância global de atribuição de legitimidade, *povo-ícone*, e o povo como destinatário das decisões e atuações públicas, sendo que ao processualista gaúcho importa o último termo para fins do estudo em epígrafe. *Ibid.*, p. 97-98.

³³⁷ OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 173, p. 182, jul. 2009.

³³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 06, nov./dez. 2009.

³³⁹ Explica Theodoro Junior que modernamente se faz uma assimilação da ideia de devido processo legal à de *processo justo*. Esclarece que o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Converte-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal. Nessa moderna concepção do processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia do contraditório e ampla defesa. Integram-na também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a “boca da lei” a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas dadas pelo legislador. De igual sorte, na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar o enunciado da norma aos fatos trazidos à baila no caso concreto. É nessa concepção, adverte o processualista que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça. (*Ibid.*, p. 09-10). Enfim, o “processo justo”, nas dimensões constitucionais do Estado Democrático de Direito, deve ser construído e concluído como obra do esforço e participação das partes e do juiz. Ele não dá margem ao autoritarismo judicial, de sorte que, até mesmo quando a questão é daquelas que o juiz pode enfrentar de ofício, não deverá decidí-la sem antes ensejar a discussão com as partes, e assim permitir-lhe influir, lógica e juridicamente, com seus argumentos, na formação do julgado. O “processo justo”, como adverte Comoglio (citado acima na n.320), não convive com a possibilidade de julgamentos “de surpresa”, qualquer que seja o seu conteúdo. Nesta esteira, Chiarloni lembra que “o processo é justo na medida em que seja estruturado de modo a endereçar-se a produzir uma sentença justa, ou seja, respondendo o duplo critério de verdade da correta solução, seja das questões de fato que das questões de direito, obviamente nos limites consentidos deste modo e no respeito das garantias [...]. A sentença é justa quando passa pelo exame de um duplo critério de verdade. Quando é fruto de uma correta interpretação das normas e de uma exata reconstrução dos fatos. Não se trata aqui de verdade absoluta, própria das razões matemática dedutivas. Os critérios que entram em jogo são critérios de aproximação por ambas as stores. Próprio por esta razão, a justiça procedimental do processo jurisdicional é uma justiça imperfeita. CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, gistizia della decisione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 152, p. 103, out. 2007.

Nesta esteira de raciocínio, torna-se correto falar que a democracia no processo recebe o nome de contraditório. De tal modo, se a democracia está umbilicalmente relacionada com a participação, e a participação no processo, por sua vez, atua para a efetivação da garantia do contraditório, nada mais razoável do que visualizar o contraditório como manifestação do exercício democrático de um poder.³⁴⁰

Em face disso, essa manifestação do poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional, é realizada através de rigorosa disciplina constitucional principiológica, que é o devido processo constitucional, só podendo agir o Estado, se e quando chamado a fazê-lo, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente, através do devido processo legal, de modo a garantir a adequada participação dos destinatários na formação daquele provimento,³⁴¹ afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do agente político julgador (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para a utilização de hermenêutica fundada no prudente (ou livre) arbítrio ou prudente critério do juiz, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.³⁴²

Nessa seara, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, se torna medida imperativa a reflexão acerca dos elementos que informam a própria decisão jurisdicional. Existe, desta forma, uma forte responsabilidade política dos juízes,³⁴³ circunstância esta que foi albergada

³⁴⁰ DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 505.

³⁴¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006. p. 569.

³⁴² À propósito, afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: “Na atualidade, sempre enfatizado no âmbito do direito processual constitucional, referido princípio impõe aos órgãos jurisdicionais o dever jurídico da fundamentação de seus pronunciamentos decisórios, com o objetivo principal de afastar o arbítrio e as intromissões anômalas ou patológicas das ideologias, das subjetividades e das convicções pessoais dos agentes públicos julgadores (juízes), ao motivarem as decisões proferidas nos processos, quando decidem as questões neles discutidas, permitindo que as partes exerçam um controle de constitucionalidade da função jurisdicional e de qualidade sobre tais decisões, afastando-lhes os erros judiciários (erros de fato e de direito), por meio da interposição de recursos. *Ibid.*, p. 570.

³⁴³ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade *não* combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 16. A questão da responsabilidade dos juízes, remonta à época da democracia grega, representando o próprio fundamento da democracia grega e do direito grego, não parecendo possível compreender a filosofia clássica da responsabilidade do magistrado ignorando a experiência jurídica e constitucional grega. Levando em consideração essa premissa, asseveram Alessandro Giuliani e Nicola Picardi que: “à democracia grega era repugnada uma filosofia da autoridade e da obediência. Domina, ao contrário, o princípio oposto: ou seja, o dever de resistência do magistrado nos confrontos de uma ordem e de um decreto injusto [...] A vocação pelo dissenso nas deliberações colegiais correspondia, de um lado, a um ideal dialético e, de outro, ao princípio da responsabilidade. Na Constituição dos Atenenses, Aristóteles considera como uma das mais democráticas instituições a introdução da “*epheis*”, ou seja, da faculdade dos cidadãos de recorrerem aos tribunais elásticos contra as decisões dos magistrados. A responsabilidade deles parece um reflexo dos ideais de igualdade que permeavam toda a democracia grega, a julgar pelos numerosos termos - relativos à política e ao direito - compostos com o termo *íson* (igual): da isonomia à segoría. A primeira condição de igualdade

no texto da Constituição Federal de 1988, notadamente no art. 93, IX, determinando ao juiz, que explicita as condições pelas quais compreendeu desta ou daquela maneira.³⁴⁴ Assim, a percepção do juiz como um agente político, capaz de interpretar as normas, conferindo às mesmas efetividade, redimensionou os seus poderes de iniciativa frente às partes.

É inegável, que no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é imprescindível justificá-la, explicitando o que restou fundamentado³⁴⁵. Logo, o dever de fundamentar as decisões (e não somente a decisão final, mas todas as do *iter* processual) está assentado em um novo patamar de participação das partes no processo decisório, razão pela qual a fundamentação está umbilicalmente ligada ao controle das decisões, e este controle, por sua vez, depende dessa alteração paradigmática no papel das partes na relação jurídico-processual.³⁴⁶

Pode-se dizer que, com o advento do Estado Democrático de Direito, a motivação das decisões, sem perder de vista a característica de freio contra eventuais arbitrariedades do julgador, passa a ser “elemento essencial de uma ideologia democrática da justiça”.³⁴⁷ Portanto, sem motivação não é possível falar em processo justo e em controle das decisões judiciais, inexistindo, assim, democracia processual.³⁴⁸

Dito de outra forma deve ser assegurado ao cidadão, a garantia de que a decisão que gerará efeitos para si, estará devidamente fundamentada, premissa essa que guarda nítida

política é a igualdade do cidadão nos confrontos de quem julga: seja esse um tribunal ou uma assembléia. O ideal moderno da igualdade frente à lei, tem pouco de comum com o correspondente conceito grego de *isonomia*. Nenhuma igualdade substancial se poderia realizar entre o cidadão e o magistrado se não fosse a possibilidade de colocar em discussão a responsabilidade do magistrado, obrigando-o a prestar conta das suas operações. Em toda a literatura grega é recorrente os motivos da irreparabilidade dos danos causados pela violação das regras na administração da justiça. GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995. p. 03-05.

³⁴⁴ Para Ronaldo Dias, essa justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão (devido processo legal), em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional com observância do ordenamento jurídico vigente e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão, razão pela qual a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006. p. 570.

³⁴⁵ Nesse sentido, assevera Lenio Streck que: “fundamentar a fundamentação, é o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico”. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, constituição e processo, ou de "como discricionariedade não combina com democracia": o contraponto da resposta correta*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 17.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 17.

³⁴⁷ TARUFFO, Michele. Il Significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 38.

³⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 62.

relação com o direito fundamental/garantia do contraditório, tornando a decisão judicial racional e objetivamente passível de controle social³⁴⁹. Seguindo esse raciocínio, Cappelletti entende que a forma mais comum de responsabilização dos juízes perante a sociedade, se perfectibiliza na exposição de seus comportamentos à crítica pública, não só pelos meios de comunicação de massa, mas também, pela literatura especializada, culminando em um instrumento de responsabilização que traz consigo grande potencialidade nos países onde os cidadãos gozem da liberdade de expressão, como é o caso do Brasil, referindo-se a publicidade do processo e das decisões judiciais, bem como a sua motivação.³⁵⁰

Assim, na medida em que os juízes tem assumido poderes que os conduzem a decisões concernentes a interesses vitais, aumentou para as partes e para a sociedade a necessidade de invocar a responsabilidade do juiz como agente político.³⁵¹

3.3 O Princípio do Devido Processo Legal como Elemento Delineador da Atuação do Juiz no Estado Democrático de Direito

Questão de vital importância diz respeito ao devido processo legal e a atuação do juiz. Isso porque, no Estado Democrático de Direito, se faz necessário, a legitimação do provimento através do processo conformado pelos direitos fundamentais processuais, solidificando assim, o direito fundamental à participação, como característica ínsita do Estado Democrático de Direito. É forçoso, ainda, que o procedimento também seja legítimo, devendo produzir uma decisão legítima, ou melhor dizendo, adequada à Constituição Federal e aos direitos fundamentais.³⁵²

Nesse contexto, ganha terreno fértil o devido processo legal, amparado constitucionalmente (art. 5º, LIV, Constituição Federal de 1988), o qual é considerado a base de todos os princípios processuais, sobre o qual se sustentam.³⁵³ É, por assim dizer, um

³⁴⁹ VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile: parte generale*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1994. p. 21. Contextualizando esse cenário, pode-se dizer que o juiz não pode mais se esconder atrás da vulnerável justificação do direito como norma preestabelecida, na qual pode fundamentar sua decisão de forma neutra. Isto porque estão envolvidas as suas responsabilidades pessoal, moral e política. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 3.

³⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro De Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 47-48.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 24. Para traçar a tipologia da responsabilidade judicial, Cappelletti distingue quatro tipos de responsabilidade: a) responsabilidade política, seja do juiz individualmente, seja da magistratura como um grupo; b) responsabilidade social, ou seja, perante o público em geral; c) responsabilidade jurídica do Estado (substitutiva) e d) responsabilidade jurídica (pessoal) do juiz, que pode ser penal, civil ou disciplinar. Para os fins que se destina essa pesquisa, deliniam-se a responsabilidade

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1: Teoria geral do processo, p. 431- 446.

³⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 32.

sobreprincípio, na medida em que se sobrepõe aos demais princípios processuais constitucionais, condicionando-os, sempre que possível, em sua interpretação no tempo e no espaço.³⁵⁴

Nesse panorama, o direito ao devido processo legal ou devido processo constitucional,³⁵⁵ em tempo anterior, era visto apenas como mera garantia, passa a ser compreendido como verdadeiro direito de defesa e, concomitantemente, como direito a ações positivas, e de modo particular, como direito a organização e procedimento.³⁵⁶ Entretanto, importante salientar que o processo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, passa a ter uma roupagem democrática,³⁵⁷ despindo-se da característica de ser aquele “instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima” para ser “aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos”.³⁵⁸

Sob esse viés democrático do processo, o devido processo legal brasileiro, deixa de ser compreendido em uma dimensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, passando a ser informado pelos direitos fundamentais, em uma perspectiva dinâmica. Nesta linha, importa verificar que o devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*), possui corolários, como a proibição de juízes de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º., incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º., caput), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º., inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º., inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada.

Noadamente ao pano de fundo do presente trabalho, deve-se destacar que o devido processo legal, a partir de suas correlatas garantias, não se esgota em assegurar a regularidade do procedimento, abrangendo não só a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas, de modo a influírem, por meio do contraditório, na formação do convencimento do juiz, mas, sobretudo, atuando como elemento delineador da atuação do juiz no seio do Estado Democrático de Direito.

³⁵⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luis; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2006. p. 60.

³⁵⁵ Nesse sentido, Dierle José Coelho Nunes, vai dizer que o devido processo legal, a partir da teoria dos direitos fundamentais, apresenta um viés materialmente vinculado aos princípios constitucionais, sendo, por esta razão, possível falar-se em um devido processo constitucional. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 250.

³⁵⁶ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 134.

³⁵⁷ NUNES, op. cit., p. 250.

³⁵⁸ Ibid., p. 250-251.

3.4 Postura Ativa do Juiz como Mecanismo de Realização do Exercício Social da Prática Decisória

É forçoso admitir que, historicamente, o papel do juiz no processo e a sua relação com as partes tenha se alterado de acordo com as ideologias dominantes na organização do Estado. Assim, o liberalismo clássico, de inspiração burguesa, construiu um processo dominado pelas partes e caracterizado pela passividade do juiz. Em contrapartida, as várias ideologias não liberais, sejam elas de caráter autoritário ou de orientação democrática e social, conduziram a um processo submetido ou, pelo menos, compartilhado pela atividade do juiz.³⁵⁹

Portanto, o natural e imprescindível desenvolvimento social ocasionou novas demandas e, por via oblíqua, novos direitos. A modificação no contexto mundial, sobretudo no pós-guerra, levou a uma postura diferenciada do modo de pensar e agir. Nas palavras de Ovídio Baptista, “esta é a questão que nos obriga a pensar numa profunda descentralização do poder, capaz de aproximar-nos do povo, permitindo o exercício autêntico de um regime democrático, de que o Poder Judiciário terá de ser o fiador”.³⁶⁰

À par disso, não é errado contextualizar que o poder do juiz restou sonogado por uma ideologia liberal burguesa até o advento da Constituição da República de 1988. Essa carta política, com evidente caráter social, compromete a sociedade de imperativa necessidade de repensar a atuação do juiz. Os escopos delineados pela Constituição Federal, mormente aqueles consubstanciados no seu artigo 3º, são medidas cogentes a reclamar uma postura intervencionista do juiz.³⁶¹

Tal concepção é destacada por Fritz Baur:

A cada dia que passa, mais se solicita do juiz no sentido de se exigir a sua participação para compensar as relações sociais em jogo. Originariamente, esse tipo de fenômeno passou a ter importância em decorrência da miséria e das crises econômicas pós-guerra, mas essa tendência subsiste mesmo quando se atravessam épocas economicamente estáveis.³⁶²

³⁵⁹ SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 93, v. 338, p. 150, 1997.

³⁶⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 316.

³⁶¹ Nesse contexto, Ovídio Baptista da Silva, leciona que “não se trata propriamente de conferir maiores poderes aos juizes, mas apenas e simplesmente admitir que eles necessariamente sempre os tiveram em maior ou menor extensão, segundo as características de cada época”. *Ibid.*, p. 213.

³⁶² BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 193-194, jul./set., 1982.

Não se pode olvidar, que a Constituição de um país, conforme leciona Peter Habermas, vai além da simples estruturação estatal, pois estabelece a maneira de vida de toda a sociedade³⁶³, norteando desde garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, até disciplina de caráter processual³⁶⁴, circunstancia essa oriunda do fato de que o direito, e consequentemente, o processo, são verdadeiros produtos da cultura.³⁶⁵

O fato do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ter abandonado a vigência do Estado Liberal, recepcionando como nova concepção de Estado, o Democrático de Direito, (art. 1º, caput), que possui como fundamentos a promoção de condições objetivas de desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária, nos permite afirmar a impossibilidade de que a interpretação das leis, assim como a aplicação de institutos jurídicos, sejam apartados de uma análise dos valores constitucionais a partir de então existentes.³⁶⁶

Nessa senda, a transformação do papel do Estado e do direito na sociedade moderna, culminou por influenciar o processo, notadamente o papel do juiz na sociedade contemporânea, conferindo-lhes novas funções e responsabilidades, com o intuito de contrabalançar o aumento dos Poderes Executivos e Legislativos.³⁶⁷

Com isso, pode-se dizer que o aumento dos poderes do juiz não significou a redução das garantias de defesa das partes, tanto que os pontos delineados por estas devem ser levados e conta na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem o anterior e prévio conhecimento das partes. Isto porque, uma vez que os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar às partes as iniciativas que pretende exercer, de modo a permitir a elas um espaço de discussão em contraditório, devendo haver a expansão e a institucionalização do dever de esclarecimento judicial a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos surpresa.³⁶⁸

³⁶³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 12.

³⁶⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.

³⁶⁵ Nesse sentido, REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 280-281;284; TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

³⁶⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 145, p. 126, mar. 2007.

³⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p.12.

³⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 17, nov./dez. 2009.

Assim, nesse viés, na medida em que o Estado Democrático de Direito reivindica a organização do processo, em consonância com a própria noção de democracia, revela-se imperativo buscar um equilíbrio dos poderes do juiz e das partes no processo, de modo que o órgão judicante não seja nem inoperante e passivo nos moldes delineados pelo Estado Liberal, nem seja alocado à posição de protagonista do processo, transformando as partes em mero recipiente da vontade estatal³⁶⁹, declinando a participação daquelas na formação do provimento judicial.

Esse caráter histórico está intrinsicamente ligado ao modelo de organização política da sociedade³⁷⁰, relação essa que irá se refletir na percepção do processo civil que assinala o Estado Democrático de Direito. Tal assertiva conduz ao modo de como irá se determinar o problema da “divisão de trabalho”³⁷¹ entre o juiz e as partes.³⁷² Desta forma, considerando que o Estado Democrático de Direito carrega consigo esse aspecto transformador, não é crível concebê-lo como um Estado passivo³⁷³. Ademais, ao passo que a ênfase estabelecida em uma autodeterminação democrática sublinha que os cidadãos abnegam-se de ser somente alvo da atuação do Estado, o vínculo entre a sociedade e o Estado irá repercutir na concepção do processo civil que contorna os limites do Estado Democrático de Direito. Isto porque,

³⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

³⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64.

³⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 9-25.

³⁷² Nesse contexto, Barbosa Moreira, assevera que as legislações modernas acentuam o papel preponderante do juiz na direção do processo. Entretanto, continua-lhe vedado, em regra, pôr em movimento, por sua iniciativa, a máquina judiciária; mas uma vez instaurado o processo, este desenvolve-se por impulso oficial, à teor do que dispõe o art. 262 do CPC. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, 2004.

³⁷³ Assim, enquanto o século XIX assistia ao predomínio da concepção liberal do processo caracterizada pelo princípio do dispositivo, pelo monopólio exclusivo das partes na determinação do objeto do processo e pela inexistência do poder material do juiz em sede de aquisição probatória para influir no conteúdo da sentença, em homenagem ao princípio da imparcialidade, o século passado identifica-se como um forte aumento do poder do juiz por força de uma dada concepção ideológica da sociedade própria dos regimes políticos autoritários. Deste modo, à concepção liberal do processo contrapõe-se a da publicização posteriormente afirmada e que se enforma no aumento do poder do Estado na sociedade, materializada no processo civil, pelo acréscimo dos poderes do juiz em detrimento dos direitos e garantias das partes. (MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 60-61). Esta visão do processo, em que os poderes de uns, os juizes, são sempre ganhos à custa da perda do poder das partes é criticada por TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in europa*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, ano 60, n. 2, giugno 2006. Em sentido análogo, Candido Neves vai dizer que o aumento dos poderes do Juiz não poderá ser outorgado à custa de restrições à liberdade das partes, senão naquilo que esta seja usada em benefício da má-fé, do sofisma, ou da chicana, sendo que a ampliação dos poderes do Juiz deve ser medida de proteção ao regular funcionamento do processo, de defesa contra os expedientes protelatórios. NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria, 1949. p. 69.

conforme ensina Barbosa Moreira, é "do equilíbrio de forças entre o juiz e os litigantes que transparece a verdadeira concepção que o legislador tem da justiça"³⁷⁴.

Como base nessa perspectiva democrática, está a tensão entre os paradigmas liberais e sociais, devendo a comunidade de trabalho ser contextualizada sob a ótica da participação, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre as partes e o juiz para a formação do provimento jurisdicional, afastando o protagonismo judicial e se estruturando a partir de um modelo constitucional de processo³⁷⁵.

Note-se que o fato de conferir ao juiz um papel mais ativo na direção e na instrução do processo, por si só, não implica instaurar no processo civil o domínio do "autoritarismo" ou do "paternalismo". Assim, a ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida necessária o amesquinamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer a redução, das garantias a que fazem *jus*, sendo que o lema do processo social não é o da contraposição entre juiz e partes, e menos ainda o da opressão destas por aquele, mas sim o da colaboração entre um e outras³⁷⁶, a fim de viabilizar a realização do exercício social da prática decisória.

Todavia, sob o olhar de um ponto de vista técnico, não é possível reforçar a postura ativa do juiz, se não se simplificam, em geral, as formas em cuja direção são disciplinados os poderes dos sujeitos processuais³⁷⁷. Na atual conjuntura, o papel mais ativo do juiz deve ser

³⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, n. 41, p. 8, 1986. Nesse sentido, ver as constantes críticas ao "neoprivatismo dos regimes processuais" elaboradas por Barbosa Moreira nos seguintes ensaios: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 34, p. 5-16, mar./abr. 2005. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, p. 313-323, 2004. Na mesma linha, ver, DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

³⁷⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 215.

³⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 54-56.

³⁷⁷ Conforme leciona Comoglio, a experiência histórica e as recentes orientações científicas tendem a desmentir a concepção ainda dominante que quer subordinar qualquer incremento dos poderes do juiz a uma rígida regulamentação. Na realidade, o exagero do formalismo, portanto tende a exaltar as prescrições formais como um fim em si mesma, são inconciliáveis com a finalidade social do processo moderno e com os princípios constitucionais, porque comportam o risco de mortificar a necessidade de justiça substancial com um alto percentual de "denegação de tutela" puramente formais. (COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione del processo e responsabilita del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 32, n. 1, p. 19-20, 1977). Sobre o assunto, as indagações de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira são instigadoras. Questiona ele até que ponto é possível aceitar, ou não, uma visão rígida e rigorosa do formalismo processual e ao mesmo tempo, a problemática da investigação e busca de soluções para o antagonismo entre esses valores em conflito. A esse ângulo visual, preconiza Alvaro de Oliveira que as prescrições formais devem ser sempre apreciadas conforme sua finalidade e sentido razoável, evitando-se todo exagero das exigências de forma. Se a finalidade da prescrição foi atingida na sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte. A forma não pode, assim, ser colocada "além da matéria", por não possuir valor próprio, devendo por razões de equidade a essência sobrepujar a forma.

visto como uma tarefa “integrativa” e “assistencial” do órgão judicante, evitando reduzir a esfera de ação entre limites prefixados com minúcias rigorosas.³⁷⁸

3.5 Breve Esboço Acerca dos Poderes Instrutórios do Juiz no Estado Democrático de Direito

Do ponto de vista prático, talvez a questão mais importante relacionada ao aumento dos poderes do juiz, diz respeito à instrução do processo, isto é, à atividade destinada a colher e reunir as provas dos fatos que interessam para o julgamento do pleito³⁷⁹.

Nesse raciocínio, a perspectiva democrática implementada no seio do Estado Democrático de Direito, defende a importância do papel do juiz, agora como participante efetivo do processo, afastando-se dos antigos preceitos da equidistância e da passividade que nortearam sua atuação por muitos anos.

Essa transformação de posicionamento, gerada pela substituição de posição ocupada pelo órgão jurisdicional, que, progressivamente, afastou-se da passividade que lhe era inerente, passando a ser visto como elemento indispensável ao convívio da sociedade, acabou por influenciar a própria organização processual, com reflexos no poder de instrução da causa.³⁸⁰

Assim, leciona que se o juiz preservar as garantias das partes, pode ele adotar um ponto de vista mais maleável, adaptando o rigor formal ao caso, quando necessário para vencer o formalismo, obstaculizador da justiça na hipótese concreta, relativizada assim qualquer invalidade daí decorrente, mormente quando atente contra os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 266-284.

³⁷⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione del processo e responsabilita del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 32, n. 1, p. 23, 1977.

³⁷⁹ Essa atividade fica em geral ao encargo dos próprios litigantes, devido ao conhecimento direto que têm dos antecedentes e circunstâncias do litígio, são eles que sabem, ao menos em regra, em que consistem e como se podem conseguir os elementos capazes de influir na formação do convencimento do órgão judicial - por exemplo: quais são e onde estão os documentos relevantes, que pessoas têm condições de ministrar informações úteis e, portanto, de prestar como testemunha frutífero depoimento. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 22.

³⁸⁰ Nesse contexto, observa Barbosa Moreira que “a transição do liberalismo individualista para o “Estado social de direito” assinala-se, como é sabido por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das “regras do jogo” e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do “social” também no proceso derrui o império do *laissez faire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanemente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da “divisão de tarefas” entre as partes e o órgão jurisdicional. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 51.

Nessa seara, a ampliação dos poderes judiciais, e, conseqüentemente, os poderes instrutórios, possui uma nítida relação com a intensificação de suas próprias funções e com o fenômeno de publicização do processo,³⁸¹ surtindo reflexos na tendência de se permitir ao juiz um amplo controle no andamento do processo, possibilitando-o, de requerer as provas que entender necessárias *ex officio*³⁸², conferindo assim maior efetividade à tutela jurisdicional.

Na medida em que há o inegável interesse público no deslinde da controvérsia processual,³⁸³ uma vez que o seu desenvolvimento interessa não apenas aos litigantes, mas, principalmente, ao Estado, único titular da função jurisdicional, que se serve do processo como instrumento para garantir a efetividade desta função,³⁸⁴ é imperativo que a fase instrutória produza reflexos determinantes à tutela jurisdicional. Seguindo esse raciocínio, os poderes instrutórios inserem-se nas questões referentes à técnica do processo utilizadas pelo Estado para subsidiar uma melhor solução judicial ao caso concreto.

Contextualizando para os dias atuais, é notório que a direção do processo pelo juiz vem prevista no artigo 125 do Código de Processo Civil, enquanto que seus poderes instrutórios encontram respaldo no artigo 130 do mesmo diploma legal.³⁸⁵ Se extrai, ainda, do

³⁸¹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006. p. 112.

³⁸² TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 60, n. 2, p. 477, giugno 2006.

³⁸³ Referentemente ao caráter publicista do processo, Moreira, com precisão questiona: “a quem interessa um processo civil? A resposta que logo acode à mente é: as partes. Parece óbvio o ponto. [...] no entanto, o que ficou dito não passa de meia verdade. Raciocinemos. Em qualquer sociedade moderna, a possibilidade de realizar um processo civil pressupõe a disponibilidade de complicado mecanismo, cuja manutenção implica vultosos gastos com pessoal e material. Essa despesa é suportada mediante a arrecadação de tributos, que não são pagos só pelos litigantes, mas por toda coletividade. A realização do feito reclama não raro a colaboração de outros órgãos e entidades – por exemplo, a imprensa oficial, os correios, a polícia – igualmente custeados pela contribuição, direta ou indireta, dos membros da sociedade, em geral. A própria sorte do litígio afeta outras pessoas que não são as partes. De que modo se explicariam, a não ser assim, figuras como a da assistência e a do recurso de terceiro prejudicado? [...] A jurisprudência contribui [...] para modelar o ordenamento jurídico. [...] Toda essa evolução, de reflexos intensíssimos na vida social, começou, em cada caso, com uma decisão em processo singular, entre partes determinadas, sem que estas se hajam dado conta da magnitude das conseqüências que da solução do seu litígio adviriam, para vasta quantidade de pessoas de cuja existência nem elas, nem o órgão julgador tinham sequer notícia. [...] Extraio sem hesitar a conclusão: a rigor, não há processo que interesse exclusivamente às partes e não ecoe na paisagem da sociedade”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, v. 5, p. 32-34, ago. 2003.

³⁸⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: um debate mal planteado. In.: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos, moción de valencia y declaración de azul. Lima: Tirant lo Blanch, 2009. p. 122.

³⁸⁵ Ressalte-se que, quanto ao critério de avaliação das provas, o assunto encontra amparo legal no artigo 131 do CPC, que dispõe que “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”. Além dos dispositivos supracitados, outros preceitos específicos do Código de Processo Civil regulam os poderes instrutórios do magistrado e o autorizam a: a) artigo 335: usar regras da experiência comum na falta de norma específica; b) artigo 342: determinar, de ofício, em qualquer fase processual, o comparecimento pessoal das partes, a fim de ouvi-las sobre os fatos da causa; c) artigos 355 e 360: ordenar a exibição de documento ou coisa, em poder do litigante ou de terceiro; d) artigos 381 e 382: determinar a

referido dispositivo, a permissão ao juiz, uma vez entendendo ser determinada prova requerida pelas partes de cunho meramente protelatório, dispensá-la, em razão da sua inutilidade para o processo, bem como para o esclarecimento dos fatos discutidos no processo, expressão do papel colaborador do juiz, no que tange à realização do interesse social do processo, tendo em vista que o exercício dos atos onerosos, inúteis e desnecessários origina obstáculo à célere solução do litígio, acabando por provocar a demora na prestação jurisdicional.

Nesse sentido, os poderes processuais conferidos aos juízes, especialmente no campo probatório, é tema de debate no âmbito jurídico nacional³⁸⁶ e no direito comparado,³⁸⁷

juntada de documentos por uma das partes; e) artigo 399: requisitar às repartições públicas as certidões necessárias à prova das alegações das partes e os procedimentos administrativos nas causas envolvendo os entes públicos; f) artigo 418: determinar, de ofício, a oitiva de testemunha referida ou proceder à acareação de partes e/outestemunhas; g) artigo 427: prevê situação em que a prova pericial poderá ser indeferida pelo juiz; h) artigos 426, 436 e 437: estabelecem outros poderes instrutórios relativos à prova pericial; h) artigo 440: proceder a inspeção de pessoas ou coisas. Observa-se que a regra contida no art. 342 do CPC possui certas semelhanças com os §§ 139 e 141 da ZPO alemão. O § 139 (ZPOA alemã) impõe um dever de “perguntar”, com o fim de esclarecer, se, por exemplo, existir uma errônea ou incorreta designação de uma das partes sendo tarefa do Tribunal proceder ao esclarecimento para que a parte, correspondente à situação real da causa, possa comparecer. Este perguntar, para esclarecer, envolve o juiz numa cooresponsabilidade, pelo resultado processo, e o juiz acaba por participar da reunião do material fático do processo não ferindo o princípio dispositivo. Já o § 141, da ZPO Alemã, permite ao juiz determinar o comparecimento pessoal da parte a fim de esclarecer o material fático e o § 139, da mesma ZPO, ampõe o dever de motivar o esclarecimento. O meio mais hábil para o cumprimento de tal dever é a utilização da ordem para o comparecimento pessoal, segundo disposto no § 141, da ZPO mencionada. CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *O juiz e seus poderes no novo CPC*. [S.l.]: Revista Técnicas, 1977. p. 58-59.

³⁸⁶ À título de referência, Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior não concorda com a doutrina que defende a ampla e irrestrita iniciativa oficial para determinar provas. Argumenta ele que essa circunstância poderá converter o juiz em investigador ou pesquisador, funções estranhas ao ato de julgar. DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Ajuris*: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 46, p. 90, 1989.

³⁸⁷ Conforme Dall’agnol Júnior, no direito italiano, a regra geral é a iniciativa das partes em matéria probatória e a exceção e atuação oficiosa do juiz. Os artigos expressamente indicados como exceções tratam da inspeção judicial (art. 118 e 258), da requisição de informações à administração pública (art. 213), do juramento supletório (art. 240 e 241), da inquirição de novas testemunhas e da renovação do exame (art. 257), da determinação de ofício de prova testemunhal pelo pretor ou pelo juiz de paz (art. 312), dos poderes instrutórios para suprimento de irregularidades de atos ou documentos (art. 421), da admissibilidade de novas provas quando necessárias (art. 437, § 2º) e do juramento (CC, art. 2736). DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Ajuris*: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 46, p. 112, 1989. Nessa seara, no campo doutrinário italiano, Edoardo Ricci, dedicou ao tema interessante artigo que, embora manifestando preferência pelo princípio inquisitório, deixa clara sua intenção de apenas agitar a discussão sobre o tema. Partindo da análise do art. 115, procura demonstrar que este não consagra explicitamente o princípio dispositivo, mas apenas o direito da parte à prova. Observa, ainda, não ser convincente a dedução extraída da letra do art. 115 no sentido de que se o juiz deve atender ao requerimento de prova formulado pela parte, e que, a ausência desse requerimento deveria implicar a omissão do juiz. (RICCI, Edoardo F. Il principio dispositivo come problema di diritto vigente. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 39, p. 380-389, 1974). Por seu turno, Giovanni Verde, após registrar a existência de duas tendências em matéria de instrução probatória – a primeira, de ideologia liberal, que atribui às partes a iniciativa probatória e a segunda, de fundo socialista, que a reserva para o juiz-, observa que o art. 115 está claramente atrelado à primeira. De fato, diferentemente do Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil não é autoritário, uma vez que a comunidade jurídica revelou interesse por uma legislação repressiva no aspecto penal, mas liberal no aspecto civil, a fim de garantir a ordem socioeconômica e as posições dos grupos ricos e burgueses dos quais o fascismo recebera apoio ou

principalmente no âmbito processo civil, em que a cultura original, baseada em uma visão privatista, era a de que os atos de disposição das partes quanto ao direito material implicavam na imediata disponibilidade processual, como anteriormente demonstrado.

Todavia, a publicização do direito processual, e a interpretação do próprio princípio dispositivo são fatores determinantes na alteração da visão dos sujeitos envolvidos na relação jurídica processual, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz,³⁸⁸ como maneira de melhor atender às expectativas constitucionais³⁸⁹ do Estado Democrático de Direito.

Sobre o tema, enfatiza José Roberto Bedaque:

Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois, somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los quando entender necessário³⁹⁰.

Nesse contexto, não se pode alegar suposta violação à imparcialidade do juiz, quando determina de ofício a realização de uma prova. Isto porque, como bem adverte Barbosa Moreira:

[...] o juiz não é adivinho; não (*sabe*) de antemão a qual dos litigantes será favorável o êxito da diligência probatória. [...] Há mais. A supor-se que o juiz se torna parcial por ordenar *ex officio* a realização de prova, assim beneficiando a parte a quem ela resulta favorável, ter-se-á logicamente de entender que *também a omissão em determinar a prova* compromete a imparcialidade do juiz. É evidente, com efeito, que a falta de prova beneficiaria a parte a quem ela resultaria desfavorável, caso se realizasse. Estará o juiz, então, condenado em qualquer hipótese à pecha de parcialidade? O absurdo da consequência põe a nú falsidade da premissa³⁹¹.

Assim, esse importante instrumento "corretivo", para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Todavia,

convivência. De qualquer modo, existiam e existem disposições concedendo poderes de intervenção ao juiz no campo probatório. Entretanto, na prática, juízes e advogados não se mostram muito sensíveis a admitir a atuação oficiosa do juiz, argumentando com o risco de quebra de imparcialidade ou desvios autoritários. VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*: parte generale. 4. ed. Napoli: Jovene, 1994. p. 111 e ss.

³⁸⁸ Ao juiz são assegurados poderes instrutórios para a apuração dos fatos e, assim, alcançar o resultado mais justo e adequado. DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Ajuris*: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 46, p. 90, 1989.

³⁸⁹ A previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova evita, pois, que eventuais desigualdades repercutam no resultado do processo. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 74.

³⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 13-14

³⁹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Neoprivatismo no processo civil*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

os poderes instrutórios, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se substitui às partes, como leva a crer uma visão desvirtuada do fenômeno. Outrossim, é inexorável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre clarear aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação de uma das partes litigantes³⁹² contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais diligentes, recaindo, nisso a importância social do poder instrutório conferido ao juiz³⁹³.

3.6 Pressupostos Éticos da Colaboração no Processo Civil: boa-fé e lealdade

Com efeito, o processo civil no Estado Democrático de Direito deve ser entendido como uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes.³⁹⁴ Essa característica ínsita desse modelo de Estado, implica reconhecer que o juiz e as partes, de forma isolada, em monólogos processuais, não conseguem alcançar o melhor resultado do processo, razão pela qual se torna imperioso que trabalhem em conjunto para atingir tal desiderato³⁹⁵. Não se pode olvidar que, de um lado, o papel apático e periférico do cidadão³⁹⁶, ou de outro, que a atuação degenerada da atividade jurisdicional causam o aparecimento de entendimentos judiciais, subjetivistas e particularizados sobre a aplicação da lei, o que inexoravelmente, acaba por gerar, decisões solipsistas e arbitrárias.³⁹⁷

Não obstante o juiz dirija o processo de forma ativa, passa a fazê-lo sob uma perspectiva participativa, policêntrica e interdependente entre os atores sociais que participam da formação das decisões.³⁹⁸ Sob esse prisma, aborda-se um desempenho jurisdicional "dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem

³⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 52.

³⁹³ Ibid., p. 53. Nessa linha, conforme ensina José Roberto Bedaque, “não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes se chegue a uma decisão injusta, que não corresponde à realidade fática submetida a julgamento”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 74.

³⁹⁴ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*: conceito e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 168.

³⁹⁵ p. 217.

³⁹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 23.

³⁹⁷ Para aprofundamento do tema, ver STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

³⁹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 201 e seguintes.

tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões”,³⁹⁹ dando relevância ao contraditório e à estrutura participativa processual.⁴⁰⁰

Nesse cenário de cooperação, o processo abandona a roupagem de velha ideia liberal de uma luta egoística entre as partes e arbitrada pelo juiz, passando a constituir um pressuposto do cenário democrático, dando uma característica discursiva ao processo e produzindo um preceito constitucional do diálogo entre as partes e o órgão julgador para a formação do juízo,⁴⁰¹ “substituindo com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa”.⁴⁰² O processo é encarado, pois, como produto de uma atividade cooperativa⁴⁰³, ou seja, de um trabalho conjunto realizado pelas partes e pelo juiz, seja no âmbito da prova, seja na construção da decisão da causa, compatível com um regime político democrático e com o perfil do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, portanto, mostra-se insustentável um juiz inerte, de braços cruzados, que encara o processo como coisa exclusiva das partes⁴⁰⁴. Cabe, portanto, ao órgão judicial, zelar pelo rápido, regular e leal desenvolvimento do processo, assumindo inclusive os meios probatórios dentro dos limites fáticos estabelecidos pelas partes⁴⁰⁵. Não se trata, todavia, de cercear a iniciativa das partes ou deixar tudo por conta do juiz, numa posição de contraposição deste e as partes ou mesmo de opressão, mas, sim, de ressaltar a colaboração

³⁹⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2009. p. 73.

⁴⁰⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 201 e seguintes.

⁴⁰¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 235. O modo de realizar o processo, conforme Adolfo Gelsi Bidart, “es el *dialogal*, que supone el respeto de cada uno de los sujetos intervinientes en lo que corresponde (al juez como autoridad, a cada parte e la situación que asume en el proceso), el intercambio de los conocimientos y planteamientos respectivos y el desarrollo en común de tales indicaciones sobre el hecho y el derecho, para que pueda adoptarse una decisión al respecto”. GELSI BIDART, Adolfo. La humanización del proceso. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, p. 115, 1978.

⁴⁰² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 14-15.

⁴⁰³ DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 76.

⁴⁰⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito*, PPG-DIR., Porto Alegre, n. 2, p. 149, 2004.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 149. Conforme Barbosa Moreira, “cercear a participação do juiz e confiar às partes (ou melhor: aos advogados) a condução do mecanismo probatório é opção que transcende com absoluta nitidez o plano da técnica: põe de manifesto a adesão a um ideário, ao ideário liberal, tomada a palavra no sentido individualístico – no sentido em que era costume usá-la para designar o pensamento dominante na maior parte do século XIX e atualmente é lícito usá-la para designar o pensamento dominante no início do século XXI”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116. p. 322, 2004.

entre um e outras⁴⁰⁶, encarnando-se o processo como uma verdadeira comunidade de trabalho, ou melhor, como uma parceria de singularidades e não como um monólogo articulado.⁴⁰⁷

Essa “comunidade de trabalho”, obviamente, como não poderia deixar de ser, acabou por sofrer influxos éticos, na medida em que o próprio direito contemporâneo foi permeado por valores morais, a começar pela Constituição Federal de 1988, que em seu preâmbulo enfatiza que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito destinado a assegurar, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna plurarista e sem preconceitos.

Assim, é fácil constatar que características éticas, como justiça, solidariedade e dignidade da pessoa humana, no âmbito constitucional são, entre outros, os fundamentos do Estado Social de que se constitui a República Federativa do Brasil. Essa postura expressa na Constituição Federal de 1988, acaba por vincular os postulados princípios éticos e morais que devem permear os atos das partes envolvidas no processo.⁴⁰⁸

Sob essa ótica, o Código de Processo Civil reprime a má-fé processual e a deslealdade no processo, de maneira a valorizar o comportamento ético dos sujeitos do processo⁴⁰⁹ e a eliminar a pior mácula moral que uma atividade de pacificação social comprometida com a justiça poderia apresentar: a mentira e, conseqüentemente, a injustiça.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito*, PPG-DIR., Porto Alegre, n. 2, p. 137, 2004.

⁴⁰⁷ As expressões “parceria de singularidades” e “monólogo articulado” são utilizadas pelos autores para representar, respectivamente, uma perspectiva democrática e uma perspectiva individual-liberalista. ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; RAATZ, Igor dos Santos. O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. *Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 150-169, maio/ago. 2011. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278>>. Acesso em: 27 maio 2013.

⁴⁰⁸ Nesse sentido, a própria idéia de humanização do processo compreendia uma definição valorativa, uma ideia-força emblemática que marca um rumo solidário e uma postura jurídica e ética. Reflete a tendência social do direito processual, profundamente enraizada no imperativo moral da igualdade real e efetiva das pessoas frente à lei e a justiça. BERIZONCE, Roberto Omar. Humanización del proceso y la justicia (la efectividad de los derechos sociales). *Revista Autónoma de Processo*, Curitiba, n. 3, p. 270, abr./jun. 2007.

⁴⁰⁹ Sobre o comportamento (ético) da parte no processo, com base em Darci Guimarães Ribeiro, pode-se dizer que o Código Civil Brasileiro é um dos mais destacados nesta matéria, pois além de positivar o comportamento processual da parte nos arts. 231 e 232, erigiu-o a critério hermenêutico de solução de conflitos existentes entre direitos fundamentais. Assim, o comportamento processual da parte que se nega a submeter-se a exame médico necessário é valorado em sentido contrario a sua conduta omissiva, pois esta recusa em juízo (comportamento processual omissivo) é, *a priori*, destituída de boa-fé e lealdade para o esclarecimento da certeza no espírito do julgador, sendo que o juiz valorará a conduta processual omissiva da parte que deveria haver praticado o ato e não o fez. Em contrapartida, o comportamento processual da parte serve como critério hermenêutico na solução de conflitos entre dois direitos fundamentais, na medida em que existe, de um lado, o direito constitucional do menor a desvelar a paternidade e, de outro, o direito constitucional da pessoa a manter sua integridade física. Entretanto, sem que haja qualquer imolação nestes direitos fundamentais, o juiz, com base no comportamento processual omissivo da parte, cria, em benefício da outra parte, uma presunção ‘hominis’, solucionado assim o conflito sem sacrificar nenhum dos dois interesses fundamentais. RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como

Desta forma, Antonio do Passo Cabral considera que os argumentos contrários à repreensão da litigância de má-fé, são fundados na proteção quase egoística da atuação privada no processo, onde qualquer interferência estatal seria autoritária e descabida. Leciona que:

A punição é necessária, mas decerto que o repúdio a atos contrários à boa-fé processual não pode resultar em uma incursão deletéria na estratégia processual dos sujeitos processuais, devendo haver um equilíbrio entre o princípio dispositivo e a repressão das condutas das partes, de modo a preservar os instrumentos processuais e não ingressar indevidamente na ampla defesa e na iniciativa da parte no processo civil. Pensamos, todavia, que inexistente qualquer contradição entre a punição do abuso do direito de manifestação processual e o princípio dispositivo: na verdade, o princípio existe para imprimir a neutralidade no labor do magistrado, para que haja o distanciamento necessário dos interesses em conflito visando à prolação de uma decisão mais precisa e afastada das paixões, o que não impede a correção sancionatória da infringência das regras do jogo⁴¹¹.

Outro não é o entendimento senão aquele de que o fortalecimento da boa-fé processual objetiva, significa o abandono da concepção subjetivista do comportamento das partes e seus procuradores.⁴¹² É a ideia de um “arquetipo moral”, passando a proteção processual da boa-fé, nos dias de hoje, da tradicional e insuficiente tutela subjetiva da vontade para a necessária tutela objetiva da confiança.⁴¹³

Desta forma, o dever de colaboração impõe às partes a observância da litigância de boa-fé, objetivando a realização de um processo mais leal.⁴¹⁴ Todavia, não está a se propagar uma imagem ingênua das partes, a ponto de almejar que elas ingressem “no tribunal de mãos dadas ou que sempre haverá uma propensão a ajudar a parte adversa”,⁴¹⁵ até porque, se essa

decorrência do comportamento da parte em juízo. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 129-130.

⁴¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 368, p. 16, jun. 2008. Em sede infraconstitucional, as normas constantes no Código de Processo Civil a respeito da matéria estão dispostas no artigo 14, II, que encerra o núcleo axiológico do princípio da probidade: o dever de lealdade. Por seu turno, o artigo 17 do Código de Processo Civil complementa o artigo 14, especificando as condutas que configurariam a litigância de má-fé. E ainda, o artigo 18, reitera o disposto no artigo 16, ambos do Código de Processo Civil, impondo ao infrator o pagamento de indenização à parte contrária por prejuízos causados em decorrência da litigância de má-fé.

⁴¹¹ Nessa seara, o autor insurge-se contra a “complacência pretoriana ou o subjetivismo da legislação”, aduzindo que não se figura adequada a prática legislativa de descrever comportamentos casuisticamente, uma vez que a conceituação é difícil e a tentativa de detalhar normativamente condutas das partes permite um apego à literalidade e a inoperância dos preceitos punitivos. CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 73-75, ago. 2005.

⁴¹² Ibid p. 77..

⁴¹³ Ibid., p. 78.

⁴¹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 102. Na doutrina portuguesa, em relação às partes, o dever de cooperação assenta, inicialmente, no dever de litigância de boa-fé (art. 266º-A). A infração a esse dever pode decorrer tanto de um comportamento de má-fé como de uma infração à boa-fé objetiva (princípio da boa-fé). SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 62.

⁴¹⁵ CABRAL, op. cit., p. 231.

circunstância viesse a ocorrer, provavelmente não estar-se-iam discutindo em um processo judicial, tendo em vista que o bem da vida poderia ser alcançado sem a propositura de litígio. Entretanto, ainda que no seio de um litígio judicial, a ética e a boa-fé⁴¹⁶ processuais, como pressuposto do dever de colaboração devem ser observadas.

A responsabilidade pela adequada repressão à má-fé processual e pela necessária valorização do processo justo, entendido como o devido processo legal, repousa muito mais sobre o julgador do que sobre o legislador. Este, conferiu àquele, poderosos instrumentos éticos para moralizar o processo e tornar a prestação jurisdicional compatível com os anseios do Estado Social e Democrático.⁴¹⁷

Nesse raciocínio, o dever de colaboração que há no processo civil brasileiro, emerge não só das regras infraconstitucionais (art. 339 do CPC)⁴¹⁸, mas da própria Constituição Federal, quando em seu artigo 3º, I, institui o propósito de construir uma sociedade “justa e solidária” e dispõe, como um dos fundamentos do Estado de Direito o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, cuja leitura deve ser realizada à luz dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, ou seja, já não basta garantir o acesso à justiça, sendo necessária a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Nesse sentido, profícuas são as palavras de Darci Guimarães Ribeiro:

As sociedades modernas e o Estado, de maneira em geral, apresentam-se profundamente empenhados em que o processo seja eficaz, reto, prestigiado e útil ao seu elevado desígnio, não sendo possível que as partes se sirvam dele faltando ao dever (por simples comodidade de expressão) de verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos, segundo o art. 129 do CPC. Daí a preocupação das leis processuais em assentar o comportamento das pessoas envolvidas com o processo sobre os princípios da boa-fé e da lealdade⁴¹⁹.

Por outro lado, a intensificação do diálogo entre o órgão judicial e as partes, é determinada pelo incremento do papel desempenhado pelo princípio da colaboração. Em busca de um provimento jurisdicional adequado, tanto o juiz quanto as partes, assim como

⁴¹⁶ Discorrendo acerca da boa-fé processual, Darci Guimarães Ribeiro, acertadamente nos ensina: “Quando afirmamos que um indivíduo está de boa ou má-fé, não fazemos outra coisa senão valorar moralmente sua conduta em sociedade. Parece, pois, que a boa-fé é uma qualidade intrínseca do ser humano, sendo a má-fé, portanto, o resultado de um caminho anormal escolhido pelo caráter individual de uma pessoa. RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 122.

⁴¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.368, p. 26-27, jun. 2008.

⁴¹⁸ Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade;

⁴¹⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 133.

todos os demais participantes do processo, devem se conduzir de maneira cooperativa, com boa-fé e lealdade.⁴²⁰

A própria perspectiva de acesso à justiça está vinculada ao uso adequado e leal do processo. Isto porque, sendo o processo um mecanismo jurídico que o Estado coloca à disposição das pessoas para a solução de conflitos, a fim de evitar a autotutela, deve o Estado propiciar que o processo se desenvolva na forma legalmente prescrita. Dito isso, para que haja a efetividade da tutela judicial, o Estado, na figura do juiz, deve rechaçar a conduta maliciosa ou temerária das partes, ou seja, a má-fé processual pode colocar em risco a outorga de uma efetiva tutela judicial.⁴²¹

O reconhecimento do princípio da boa-fé processual, nas palavras de Joan Picó I Junoy “não responde a uma ideologia política determinada, sem a tentativa de lograr a máxima eficácia do processo civil, devendo-se respeitar sempre as devidas garantias constitucionais do processo”.⁴²²

Deste modo, os sujeitos processuais devem comportar-se de acordo com a boa-fé, visualizada para o que aqui interessa como norma de conduta (boa-fé objetiva).⁴²³ Sob esse ângulo visual, a conduta pautada pela boa-fé objetiva e lealdade processual, pode ser definida como aquela conduta exigível a toda pessoa, no marco do processo, por ser socialmente admitida como correta⁴²⁴. Por conseguinte, a vinculação do Estado-juiz ao dever de boa-fé

⁴²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: Teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil, p. 36.

⁴²¹ PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 154, jun. 2011.

⁴²² *Ibid.*, p. 138.

⁴²³ Discorrendo acerca da boa-fé objetiva, CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 631 e seguintes. Também, sobre a classificação da boa-fé desde o prisma subjetivo ou objetivo, Darci Guimarães Ribeiro, vai dizer que existirá boa-fé subjetiva quando o indivíduo estiver convencido que o seu obrar está em conformidade com o direito aplicável, isto é, ele acredita, ele crê que a sua intenção é legítima, o que ocorre geralmente nos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Por outro lado, existirá boa-fé objetiva quando o obrar do indivíduo se enquadra no modelo objetivo de conduta social, no *standard* jurídico exigido a um homem reto, probo, leal, sendo que aqui não tem qualquer relevância a intenção, o ânimo do indivíduo na realização da sua conduta. RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 122.

⁴²⁴ PICÓ I JUNOY, op. cit., p. 143. Considerando que no Estado Democrático de Direito, fortificou-se a exigência de condutas essencialmente éticas por parte dos litigantes, órgão judicial e terceiros, as condutas da boa-fé e lealdade processual também são estendidas a todos aqueles que intervenham no processo (Ministério Público, escrivão, oficial de justiça, depositário ou administrador, intérprete, peritos, testemunhas, etc), instando-os a cooperar com a celeridade do processo, o que acabará causando reflexos, na atuação e eficiência do órgão jurisdicional na aplicação do direito. No atual Código de Processo Civil, podemos visualizar essa assertiva nos artigos 14, 85, 129, 133, 144, 147, 150, 153, 273, inciso II, 339, 340 e 341. Nesse raciocínio, asseveram Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero que em busca da intensificação do diálogo entre o órgão judicial e as partes, tanto àquele quanto estas, assim como todos os demais participantes do processo, devem se conduzir de maneira cooperativa, com boa-fé e lealdade. Tanto o princípio da cooperação quanto o da lealdade intensificam a necessidade, já posta pelo princípio do contraditório a matéria que será empregada

nada mais é senão o reflexo do princípio de que o Estado, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança,⁴²⁵ constituindo assim um dos pilares de sustentação do dever de colaboração no processo civil.

3.7 Colaboração e Contraditório: o contraditório como garantia e como direito de influência e proibição de decisões surpresas

O processo civil - que à época do liberalismo privilegiava o papel das partes, e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz, - passa em um Estado Constitucional democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-partes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos processuais⁴²⁶ na fase preparatório do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental.⁴²⁷

O Estado Democrático de Direito revela aqui a sua expressão democrática, fundando o seu direito processual civil no valor participação, traduzido normativamente no contraditório⁴²⁸. Da premissa da participação, à propósito, extrai-se a base constitucional para

na decisão da causa, bem como considerados os argumentos e fundamentos por estas trazidas ao conhecimento do juízo. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: Teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil, p. 36.

⁴²⁵ Interessante ponderação faz José Igreja Matos, aduzindo que “ um modelo de processo civil deve, pois, assentar-se no postulado da confiança, construída a partir de uma ética de responsabilidade social, tributando-a a quem dirige o processo e a quem, em cada momento, no âmago do sistema, dele prestará contas: o juiz”. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 150.

⁴²⁶ Nesse sentido, a doutrina italiana também recorre à colaboração entre as partes e o juiz, concebendo o processo como *actus trium personarum*, colocadas sob o mesmo plano e todos cooperando pela pesquisa da verdade e da justiça substancial. Realizar-se-ia, deste modo, uma profunda transformação: o processo, de instrumento pela composição de conflitos e para garantia da paz, se transformaria em instrumento para o alcance da justiça substancial. VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile: parte generale*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1994. p. 125.

⁴²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 114, fev. 2009.

⁴²⁸ Desde o direito romano, o brocardo *audiatur et altera pars* estampava a dialeticidade ínsita ao processo. Aos argumentos de uma parte contrapõem-se as alegações da outra, extraindo o juiz, deste embate, a síntese que corresponde à decisão. O ambiente dialético em que se desenvolve o processo impõe que se permita a manifestação das partes em momento precedente ao ato decisório. A audiência prévia legitima o *decisum*. Assim, muitos identificam o contraditório como decorrência do postulado do Estado de Direito, pois se trata de uma exigência quase intuitiva e que povoa o sentimento social: só pode haver imposição de uma decisão a determinada pessoa se lhe são asseguradas possibilidades de defesa. CABRAL, Antonio do Passo O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 60, ago. 2005.

a colaboração no processo.⁴²⁹ O processo, que é necessariamente um procedimento em contraditório,⁴³⁰ reclama a estruturação de um debate leal entre todas as pessoas que nele tomam parte. Assim, necessária a tomada de consciência de que só há processo quando no *iter* de formação de um ato há contraditório, o que significa que o processo deve ser estruturado de modo a permitir a efetiva participação dos destinatários dos efeitos do ato final (sentença ou providência executiva) na fase preparatória de tal pronunciamento (todos os atos do procedimento).⁴³¹

Dentro desse enfoque, se verifica que há muito tempo, se percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimentodo processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa⁴³². Assim, a garantia constitucional do contraditório, opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também em um ônus-dever para o juiz, que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantnes para a resolução da demanda.⁴³³

Nessa senda, o jurista português Lebre de Freitas é preciso ao afirmar:

Por princípio do contraditório entendia-se tradicionalmente a imposição de que, formulado um pedido ou tomada uma posição por uma parte, devia à outra ser dada uma oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão, tal como, oferecida uma prova por uma parte, a parte contrária devia ser chamada a controlá-la e ambas sobre ela tinham o direito de se pronunciar, assim se garantindo o desenvolvimento do processo em discussão dialéctica, com as vantagens decorrentes das afirmações das partes. A esta concepção válida mais restritiva, substituiu-se hoje uma noção mais lata de contrariedade, com origem na garantia constitucional do *rechtliches gehor*, entendida como garantia de participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena, igualdade, influírem em todos os elementos (factuais, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à

⁴²⁹ Conforme OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191.

⁴³⁰ Para Elio Fazzalari, enquanto o gênero procedimento é seqüência de normas (de posições subjetivas, de atos) conclusos pelo provimento, ao qual o seu desenvolvimento é endereçado, a espécie processo apresenta-se diferente: da participação dos interessados ao *iter* procedimental, na fase preparatória do provimento, entendendo por tais aqueles destinados a sofrer a eficácia direta do ato final; não somente, mas também e especialmente de modo dialético de participação, em contraditório e em simétrica paridade. FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 45, n. 1, p. 2, genn./mar. 1989.

⁴³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: Teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil, p. 36.

⁴³² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 109, fev. 2009.

⁴³³ *Ibid.*, p. 120.

actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo⁴³⁴.

Entretanto, não adianta apenas permitir que as partes, simplesmente, participem do processo, que elas sejam ouvidas. Apenas isso não seria o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário, que as partes sejam ouvidas, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do juiz. Isto porque o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação. Ele se perfectibiliza, isso sim, com a participação e com a possibilidade conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.⁴³⁵

Nessa quadra, coloca-se o órgão jurisdicional como um dos participantes do processo, igualmente gravado pela necessidade de observar o contraditório ao longo de todo o procedimento. Aliás, é exatamente por força do contraditório que o juiz vê-se obrigado ao debate, ao diálogo judiciário.⁴³⁶ Entretanto, o princípio do contraditório não se esgota na sua compreensão como direito de informação-reação. Além de representar uma garantia de manifestação no processo, o contraditório impõe deveres. Note-se, no cotidiano forense, que a participação das partes presta relevante contributo para o labor jurisdicional. Sem embargo, a participação não só tem o escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição.⁴³⁷

Dito de outra forma, não é mais concebível, no paradigma do Estado Democrático de Direito, enxergar o contraditório como simples dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso suscite uma possibilidade de participação preventiva sob qualquer aspecto fático ou jurídico que esteja sendo discutido e julgado. Impõe-se, assim, a releitura do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo.⁴³⁸ Desta forma, o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência e proibição de

⁴³⁴ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 108.

⁴³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 29, p. 507, 2003.

⁴³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 75.

⁴³⁷ CABRAL, Antonio do Passo O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 62, ago. 2005.

⁴³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 122, fev. 2009.

decisões surpresas, permitindo uma participação dos sujeitos processuais na formação das decisões.⁴³⁹

Desse modo, a visão moderna do contraditório, própria do Estado Democrático de Direito, constitui uma verdadeira garantia de decisões surpresa, impondo ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência”,⁴⁴⁰ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva das partes. Ou seja, tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes, corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto da decisão corresponda à matéria apreciável *ex officio*.⁴⁴¹

Nesse panorama, Fredie Didier faz a seguinte ponderação:

Uma coisa é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Essa é uma questão. Outra questão é poder agir sem ouvir as partes. É completamente diferente. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação, sem ser provocado para isso; não é o mesmo que agir sem provocar as partes. Esse poder não lhe permite agir sem ouvir as partes. Falar em processo democrático é falar em processo equilibrado e dialógico. Um processo em que as partes possam controlar-se, os sujeitos processuais tenham poderes e formas de controle previamente estabelecidos. Não adianta atribuir poder, se a gente não puder controlar esse poder. Não adianta isso. Isso é balela, isso é demagogia processual, dizer que os problemas do processo vão ser resolvidos com atribuição de poderes ao juiz, sem que nós tenhamos, ao lado disso, instrumentos de controle desses poderes. Então, em síntese: a) diálogo e equilíbrio, palavras-chave para a visão do processo moderno e democrático; b) distinção de poder agir de ofício e poder agir sem ouvir as partes⁴⁴².

⁴³⁹ Coadunando desse entendimento, Lenio Streck, leciona que o contraditório deixou de ser a defesa, no viés negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influêncica, no sentido positivo do direito de influir ativamente no desenvolvimento do processo. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, constituição e processo*, ou de "como discricionariedade não combina com democracia": o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 18.

⁴⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 17, nov./dez. 2009.

⁴⁴¹ Segundo Fredie Didier, o único fato que o juiz não pode conhecer de ofício são os fatos relacionados à causa de pedir. O magistrado não pode agregar causa de pedir nova ao processo, em respeito ao princípio da demanda (art. 128 e art. 460 CPC), pelo princípio da congruência entre a decisão e a provocação. Questão prática interessante, pontuada pelo autor, é a que diz respeito à possibilidade de o Tribunal julgar procedente uma ação rescisória, por violação a dispositivo de lei distinto daquele apontado como infringido pelo autor. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 29, p. 508, 2003.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 509. Em contrapartida, Gorgio Constantino aduz que: “o problema das relações entre poderes do juiz e faculdade das partes em relação às questões processuais, de fato, somente, se coloca porque as primeiras compreendem as segundas: se o juiz tem o poder de detectar uma questão, as partes têm a faculdade de propor a exceção relativa; parece, portanto, legítimo perguntar-se quais efeitos produzem o conhecimento oficioso sem o preventivo contraditório. O conhecimento de ofício da incompetência nos casos nos quais o vício não tenha sido tempestivamente excepcionado pelo réu na sua resposta, ao contrário, constitui uma hipótese bastante singular, porque o réu, tendo decaído da relativa exceção, não pode deduzir motivos de

3.8 Os Deveres de Colaboração do Juiz para com as Partes: a colaboração da doutrina portuguesa no combate ao protagonismo judicial

O Código de Processo Civil português, dispõe no seu artigo 266º, 1, que “na condução e intervenção do processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

Sob a ótica do modelo de processo civil português, e a colaboração, como modelo de organização do processo inerente ao Estado Democrático de Direito, a doutrina portuguesa ressalta uma forma de trabalho em conjunto (comunidade de trabalho) entre o juiz e as partes.⁴⁴³ No contexto da expressão, “cooperar ou colaborar implica agir em conjunto para determinado fim específico”⁴⁴⁴. Assim como a idéia delineada pela doutrina brasileira, a colaboração não significa que as partes devem colaborar entre si, sendo os deveres de colaboração do tribunal para com as partes.⁴⁴⁵

Nesse sentido, Miguel Teixeira de Souza, ao falar sobre o princípio da cooperação, argumenta que “destina-se a transformar o processo em uma “comunidade de trabalho”(Arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro) e “a responsabilizar as partes e o tribunal pelos resultados”⁴⁴⁶. Entende o autor português entende que a consagração do princípio da cooperação no direito português foi uma opção legislativa propensa a coadunar a “estrutura e os fins do processo civil com os princípios do Estado social de direito e de garantir uma legitimação externa às decisões do tribunal”.⁴⁴⁷

Sob esse prisma, Teixeira de Souza entende que as ideologias não-liberais, de caráter autoritário ou de orientação democrática e social, foram as responsáveis pelo desenvolvimento do processo “submetido ou, pelo menos, participado pela actividade do

incompetência diversos daqueles indicados pelo juiz; não pode falar sobre o exercício do poder oficioso; é duvidoso que possa impugnar a decisão com a qual, após o relevo de ofício e apesar disso, seja declarada a competência. COSTANTINO, Giorgio. Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 66, n. 5, p. 1018, Sett./Ott. 2010.

⁴⁴³ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 168.

⁴⁴⁴ MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 78. Ainda nesse sentido, CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 217.

⁴⁴⁵ FREITAS, op. cit., p. 163. MATOS, op. cit., p. 79.

⁴⁴⁶ SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 93, v. 338, p. 62, 1997.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 62.

juiz”. De acordo com esse autor, o *princípio da cooperação* é uma das linhas essenciais do processo civil não-liberal de cunho social.⁴⁴⁸

Desta forma, Teixeira de Souza adverte que o princípio da cooperação gera poderes-deveres para o órgão judicial, quais sejam: a) dever de esclarecimento; b) dever de consulta; c) dever de prevenção e d) dever de auxílio, resultando da incidência de regras específicas que o concretizam.

Acerca do dever de esclarecimento, o mesmo consiste no dever do tribunal de esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre suas alegações, pedidos ou posições em juízo,⁴⁴⁹ a fim de impedir decisões tomadas com fundamento em premissas equivocadas.⁴⁵⁰ A consolidação desse dever, favorece a igualdade de armas no processo civil, visto que o juiz, quando deparado com fatos ainda não esclarecidos, não pode adotar o entendimento da regra de aplicação do ônus da prova, pois, conforme alerta Grassi de Gouveia, somente depois da efetivação desse poder-dever de esclarecer fatos - inclusive, a determinação de provas de ofício- é que se poderá invocar a regra de julgamento insculpida no ônus da prova.⁴⁵¹

Contextualizando essa premissa para o Código de processo Civil brasileiro, pode-se dizer que o dever de esclarecimento estaria inserido nos artigos 340, I e 342 do referido diploma legal, dispositivos estes que determinam que a parte tem o dever de comparecer em juízo e responder ao que lhe for interrogado e permitir que o juízo, até mesmo de ofício, possa determinar o comparecimento pessoal das partes a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Há, ainda, o dever de consulta, que preconiza que não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida de ofício⁴⁵², sem que sobre essas questões as partes sejam intimadas a manifestar-se. Assim, pelo dever de consulta, deve o juiz consultar as partes acerca de questão não colocada em contraditório.⁴⁵³ Desta

⁴⁴⁸ SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 93, v. 338, p. 62, 1997.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁵⁰ Art. 266 do CPC de Portugal: “2- O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes e mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato”.

⁴⁵¹ GRASSI GOUVEA, Lucio. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 183.

⁴⁵² Art. 3º, 3 do CPC Português: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o 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 pronunciarem”.

⁴⁵³ Nesse sentido, Barbosa Moreira, observa que “ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os

forma, evitam-se as decisões surpresa, tendo em vista que o juiz dialoga com as partes, seja quanto a questões fáticas, seja quanto à valorização jurídica da causa.

Deve o magistrado ainda, assinalar as insuficiências das postulações das partes, a fim de que possam as mesmas ser supridas. Trata-se do chamado dever de prevenção, o qual também se aplica para as situações que o êxito da causa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.⁴⁵⁴

Para Teixeira de Souza, são quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, integração de lacunas da exposição de fatos relevantes, necessidade de adaptação do pedido formulado à situação concreta e a sugestão de certa atuação pela parte.⁴⁵⁵

Pode-se dizer que, no direito brasileiro, o Código de Processo Civil consagra esse dever de prevenção no artigo 284 do referido diploma legal, garantindo ao autor do processo, o direito de emendar a petição inicial se o juiz compreender que lhe falta algum requisito.⁴⁵⁶

Há ainda o dever de auxílio, onde o Tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que inviabilizem o exercício de direitos ou faculdades, ou ainda o cumprimento de ônus ou deveres processuais.⁴⁵⁷

Na legislação processual brasileira, podemos encontrar o dever de auxílio nos artigos 355⁴⁵⁸ e 360⁴⁵⁹, ambos do Código de Processo Civil. Outra autora portuguesa que analisa a

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

⁴⁵⁴ SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 66. O *dever de prevenção* está concretizado no dever de convite ao aperfeiçoamento pelas partes dos seus articulados (arts. 508º, 1, “b”, 508º-A, 1, “c”) ou das conclusões das suas alegações de recurso (arts. 690º, 4, e 701º, 1).

⁴⁵⁵ Ibid., p. 66. Coaduna com esse posicionamento GRASSI GOUVEA, Lucio. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 188.

⁴⁵⁶ Como bem aponta João Batista Lopes: “[...] não deve o juiz, nesse caso, limitar-se a determinar que o autor emende a inicial, mas deve esclarecer quais as falhas que referida peça apresenta”. LOPES, João Batista Lopes. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 30, 1984.

⁴⁵⁷ Art. 266º, 4 do CPC Português: “Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

⁴⁵⁸ Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

colaboração sobre a égide do artigo 266º, 1, CPC é Ana Paula Costa Costa e Silva, entendendo que a aplicação do referido princípio “vem a reflectir-se na imputação de situações jurídicas aos diversos intervenientes processuais, que visam uma actuação colaborante ao longo do processo”.⁴⁶⁰ Reconhece Costa e Silva, que a consagração do princípio da cooperação revelaria a opção do legislador português por um “determinado modelo processual relativamente à realização da justiça”.⁴⁶¹

Discorrendo sobre o dever de prevenção, corolário do princípio da cooperação, Paula Costa e Silva reconhece que o mencionado dever poderia, em tese, ser útil para justificar, por exemplo, a existência de um dever de o tribunal indicar à parte o erro na qualificação jurídica dos fatos, à semelhança do *Hinweispflicht* do direito alemão, previsto no § 139 da ZPO. Entretanto, entende que, de acordo com o regramento do CPC português, o dever de prevenção não tem essa abrangência, pois “não foi consagrado como cláusula geral, tendo sido previsto para uma situação específica: a complementação ou clarificação na exposição da matéria de facto”⁴⁶² (art. 508º, 1, “b”, CPC português).⁴⁶³

Em contrapartida, de acordo com José Lebre de Freitas, “a progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado já uma chave mestra do processo civil moderno, leva freqüentemente a falar numa comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual”.⁴⁶⁴ O autor reconhece duas conseqüências para o descumprimento do dever de cooperação: obrigação de indenizar e pagar multa. Assevera, ainda, que da violação do dever de cooperação por ato culposos que torne

⁴⁵⁹ Art. 360. Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo para responder no prazo de 10 (dez) dias.

⁴⁶⁰ SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 590 e seguintes.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 590.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 593.

⁴⁶³ Art. 508.º (Suprimento de excepções dilatórias e convite ao aperfeiçoamento dos articulados) do CPC Português: “1. Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho destinado a: a) Providenciar pelo suprimento de excepções dilatórias, nos termos do nº 2 do artigo 265.º; b) Convidar as partes ao aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes. 2. O juiz convidará as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correcção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa. 3. Pode ainda o juiz convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido. 4. Se a parte corresponder ao convite a que se refere o número anterior, os factos objecto de esclarecimento, aditamento ou correcção ficam sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova. 5. As alterações à matéria de facto alegada, previstas nos números 3 e 4, devem conformar-se com os limites estabelecidos no art. 273.º, se forem introduzidas pelo autor, e nos arts. 489.º e 490.º, quando o sejam pelo réu. 6. Não cabe recurso do despacho que convide a suprir irregularidades ou insuficiências dos articulados”.

⁴⁶⁴ FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 168.

impossível a produção da prova pela contraparte que tenha o respectivo ônus, resulta a inversão do ônus da prova⁴⁶⁵ (art. 519º, 2, CPC de Portugal).⁴⁶⁶

Para Lebre de Freitas, o princípio da cooperação tem duas dimensões: material e formal. Em sentido material, o princípio da cooperação apontaria para a apuração da verdade sobre a matéria fática e, assim, facilitaria a obtenção da justa composição do litígio. Em sentido formal, o princípio da cooperação serve para que a justa composição do litígio seja feita no menor tempo possível, sem dilações indevidas. Nesse raciocínio, o autor identifica dois artigos que cuidam da dimensão material do princípio da cooperação: o art. 519º, 1, que consagra o dever da parte e do terceiro de colaborar para a descoberta da verdade⁴⁶⁷, ressalvadas as hipóteses de escusa fundadas na proteção de direitos fundamentais, como a proteção da integridade física e da intimidade, e o direito/dever de sigilo (art. 519º, n. 3 e 4).⁴⁶⁸

O dever de esclarecimento, para Lebre de Freitas, atribui poder ao juiz (de ouvir as partes ou seus representantes) e dever às partes (de colaborar e prestar esclarecimentos). Entende o autor que, em Portugal, a dimensão material do princípio da cooperação implica poderes do juiz e deveres das partes, diferentemente do que ocorre na Alemanha, onde o princípio da cooperação implica verdadeiros deveres do magistrado, “de tal modo que é admissível o recurso de revisão quando não tenha sido exercido, devendo tê-lo sido, isto é, nos casos em que fosse aconselhável o esclarecimento das posições, de facto e de direito, das partes e a introdução de eventuais perspectivas judiciais dela divergentes”⁴⁶⁹. Contudo, reconhece que há uma tendência de acentuação desses deveres, estendendo-os inclusive aos próprios magistrados.⁴⁷⁰

De acordo com a legislação processual civil portuguesa, o modelo de processo cooperativo é um (*novo*) modelo de processo equitativo (processo justo = devido processo legal). O CPC português, ao consagrar expressamente o princípio da cooperação, caminhou em direção a uma nova fase do desenvolvimento do direito processual, sendo notável a contribuição da legislação portuguesa, uma vez que a mesma expressa o pensamento

⁴⁶⁵ FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 163.

⁴⁶⁶ “2. Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no nº 2 do art. 344.º do Código Civil”.

⁴⁶⁷ “1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados”.

⁴⁶⁸ FREITAS, op. cit., p. 164-167.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 166.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 163.

contemporâneo, tendo alçado largos passos inclusive em relação à legislação alemã, de onde inexoravelmente, acabou por retirar inspiração.

3.8.1 A Colaboração no Direito Português e sua Importação para o Direito Brasileiro: uma importação (in)adequada

Sob o viés do modelo de processo civil português, e a colaboração como modelo de organização do processo inerente ao Estado Democrático de Direito, o direito português acentua uma forma de trabalho em conjunto (comunidade de trabalho) entre o juiz e as partes⁴⁷¹. No contexto da expressão, “cooperar ou colaborar sugere agir em conjunto para determinado fim específico”.⁴⁷² Nessa perspectiva, a doutrina portuguesa trabalha com a idéia de juiz “colaborante”,⁴⁷³ própria do modelo de Estado Democrático de Direito.

Questão importante a ser abordada, consiste em saber se a colaboração processual, nos padrões em que foi instituída no direito português, pode ser amoldada ao processo civil brasileiro. Para tal desiderato, imperioso que a questão seja analisada sob duas vertentes: a colaboração como modelo de organização do processo e como princípio. Importante aduzir ainda, que sob esse duplo viés, a doutrina centraliza sua atenção nos deveres impostos ao juiz, de modo a melhor distribuir o papel do órgão julgador e das partes no processo.

O ponto fulcral da questão consiste em saber se as partes poderiam exigir do juiz o cumprimento dos referidos deveres. Ou ainda, qual a consequência que poderia advir se houvesse o descumprimento desses deveres por parte do juiz.

Por outro lado, destaca Luigi Comoglio que

o dever de colaboração entre as partes e o juiz não é tanto fruto de uma abstrata ‘moralização’, quanto a expressão de uma insuprimível exigência técnica. A eficiência dos poderes das partes é constantemente condicionada ao exercício dos poderes que a lei atribui ao juiz (e vice e versa), em virtude de uma extensa série de relações de interconexões ou de pressuposições recíprocas. Não é possível falar de ‘responsabilidade exclusiva’, mas é mais exato configurar responsabilidade ‘principal’ ou ‘complementar’, no contexto de um único dever de cooperação. Por exemplo, a direção formal do procedimento, confiada principalmente ao juiz, não

⁴⁷¹ FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 168.

⁴⁷² MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 78. Ainda nesse sentido, CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 217.

⁴⁷³ MATOS, op. cit., p. 78. Nesse raciocínio, a colaboração assim, passaria a ser o elemento indispensável para o estudo do processo civil português, impondo ao órgão julgador deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, deveres estes que se encontram assim dispostos na legislação portuguesa: dever de esclarecimento (art. 266.º, n.º2); dever de prevenção (arts. 508º, n.ºs 1, alínea b), 2 e 3, 508.º-A, n.º 1, alínea c), 690.º, n.º 4, e 701.º, n.º1); dever de consulta (art.3.º, n.º3);dever de auxílio (art. 266.º, n.º 4).

pode prescindir da contribuição secundária da iniciativa da parte, como, limitando-se a disciplinar os ritos intrínsecos ao juízo, por si só não é condição para garantir uma aprofundada resolução da causa no menor tempo possível⁴⁷⁴.

Assim, importar essa teoria para o direito processual civil brasileiro, nos mesmos moldes em que foi proposta pela doutrina portuguesa, se mostra uma prática controvertida. E ainda, falar dos deveres contidos na legislação processual portuguesa somente seria possível como análise de condutas que o juiz adota no processo, melhor dizendo, como modelo de organização do processo civil,⁴⁷⁵ mas, segundo Lenio Streck⁴⁷⁶, seria necessário fundamentar a deontologia de outros elementos.

Entretanto, da análise da legislação portuguesa não restam dúvidas de que a legislação processual daquele país traz expressamente a existência desses deveres de colaboração/cooperação judicial.

Entretanto, importa para o presente trabalho, compreender que, dentro deste cenário, a colaboração surge como sendo a face normativa da solidariedade e da participação do processo.⁴⁷⁷ Desse modo, passa a influenciar toda a atividade jurisdicional, com reflexos na atuação das partes e do órgão julgador, sobre o qual recairão deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Estes deveres, por sua vez, desempenham um papel imprescindível no sentido de mitigar as desigualdades processuais, sem que para tanto haja o comprometimento da imparcialidade do órgão judicial.

⁴⁷⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 32, p. 27, 1977.

⁴⁷⁵ Visualizando a questão da colaboração, sob outro prisma de visualização, Dierle Nunes, adota a teoria do modelo participativo de processo civil, como técnica de construção de um processo civil democrático constitucionalmente adequado. Como base em uma perspectiva democrática, a comunidade de trabalho deve ser revista, sob o ângulo policêntrico e participativo, afastando o protagonismo judicial e se estruturando a partir de um modelo constitucional de processo, permitindo de um lado, um limite às atividades invocadas dos sujeitos processuais, e por outro, garantindo a participação e a influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por eles formadas. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 215.

⁴⁷⁶ Nesse raciocínio, Streck questiona o que é a colaboração, de onde nascem esses deveres, bem como as consequências advindas se o juiz não colaborar. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 570.

⁴⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 219. A propósito, Luigi Paolo Comoglio afirma que os direitos fundamentais do processo justo são os "os mais caros valores de civilidade jurídica, colocados como base do moderno Estado Democrático de Direito. Próprios para salvaguarda efetiva daqueles valores - no quadro geral dos direitos invioláveis do homem, que cada Estado moderno não cria, mas reconhece e garante - consente de dar corpo aos indelévels *componentes éticos* da própria noção de "justo processo", fazendo assim que o indivíduo como pessoa seja sempre considerado o centro dos acontecimentos pessoais que o envolvem, como sujeito de direitos fundamentais inalienáveis (ou de poderes e também de deveres), mas não mais aquele titular de posições de mera sujeição no confronto do *imperium judicis* ou, pior ainda, como mero objeto de indagação, verificação e análise, na dialética do acerto judicial. COMOGLIO, Luigi Paolo. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 157, p. 86-87, 2008.

3.8.2 Análise Suscinta do Papel Destinado à Colaboração na Dogmática do Processo Civil: debate entre Daniel Mitidiero e Lenio Streck

A colaboração ou cooperação processual surgiu em *terrae brasilis* como um novo “princípio processual” e tem sido muito difundida, entre outros⁴⁷⁸, pelo processualista gaúcho Daniel Mitidiero, o qual defende que a colaboração não só é um modelo de organização do processo, mas também um princípio⁴⁷⁹.

Como modelo de organização do processo civil, Mitidiero sustenta que a colaboração visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, visando a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes⁴⁸⁰.

Outrossim, além de modelo de organização do processo civil, Daniel Mitidiero defende que a colaboração é um princípio jurídico⁴⁸¹. Em resposta às críticas realizadas por Lenio Streck⁴⁸² acerca da livre criação de princípios jurídicos (panprincipiologismo), Daniel Mitidiero sustenta que o fundamento do “princípio da colaboração” seria o “dever de

⁴⁷⁸ A doutrina de Fredie Didier, por exemplo, utiliza o termo cooperação processual. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, p. 75-79, set, 2005). Já a Escola Mineira - cujo um dos expoentes no assunto é Dierle Nunes – diante da necessidade de ultrapassar perspectivas meramente conceituais, percebe a imprescindibilidade de verificar, a partir da quebra do protagonismo judicial, como se estrutura à nível constitucional e da técnica processual, uma efetiva democratização do processo. Sob esse prisma, propugna a Escola Mineira fazer uma releitura do processo civil, a partir da teoria habermasiana, que vislumbra o processo em uma perspectiva participativa e policêntrica, propugnando a defesa de um processo constitucional com menos formalidade e menos decisões solipsistas. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 209.

⁴⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 194, p. 55-68, 2011.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 59 e seguintes.

⁴⁸¹ O problema da controvérsia é acentuado pelo fato do processualista, a partir da lição de Humberto Ávila, aproxima-se da teoria de Robert Alexy, o qual considera os princípios como mandados de otimização. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011). Nesse sentido, Lenio Streck critica a teoria da argumentação, pelo fato desta teoria compreender os princípios como mandados de otimização, o que acaba por conferir, segundo Streck, uma abertura interpretativa, chamando à baila, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência). Entende ele que a hermenêutica parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, fechando, portanto a interpretação, e diminuindo o espaço da discricionariedade do intérprete. (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 235). A legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra/norma por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática. *Ibid.*, p. 546.

⁴⁸² Para Streck, se a colaboração processual é um princípio, possui normatividade, de acordo com a teoria do direito contemporânea, por ele aderida, que versa acerca da principiologia no Estado Democrático de Direito. Sendo assim, questiona, em que situações seria este “princípio” aplicado, bem como, bem como as consequências advindas do seu descumprimento.. É nesse paradigma que o “princípio da colaboração” encontra terreno fértil para debate. *Ibid.*, p. 517, 518, 528 e 539.

diálogo”, que, por sua vez, está fundamentado no direito fundamental ao contraditório, consubstanciado no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

Entretanto, adverte Lenio Streck, que face à importância assumida pelos princípios no seio do Constitucionalismo Contemporâneo, é de fácil constatação a impossibilidade de constituição de princípios a cada momento, como subterfúgios utilizados de maneira *ad hoc* para solução de (pseudo) problemas. O uso de um “catálogo de princípios”, decorre de um fenômeno bastante comum no direito brasileiro, que é o que Lenio Streck denomina de panprincipiologismo. Leciona Streck que o panprincipiologismo é um subproduto do neoconstitucionalismo, que à pretexto de aplicar princípios constitucionais, faz com que haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver problemas concretos, muitas vezes ao livre arbítrio da própria legalidade constitucional.⁴⁸³

Prossegue Lenio Streck, aduzindo acerca que o panprincipiologismo, à pretexto de aplicar princípios constitucionais, faz com que haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver problemas concretos, muitas vezes ao livre arbítrio da própria legalidade constitucional, sendo prática a criatividade dos juristas na livre criação de princípios. Enfatiza que além de possuir um caráter retórico e tautológico, confunde em muitas vezes, argumentos, pontos de vista, ou ainda, pautas de conduta com princípios constitucionais, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para resolução dos casos difíceis, ou ainda, para correção das incertezas da linguagem.⁴⁸⁴

Conforme critica Lenio Streck, o ponto fulcral reside em saber, qual é efetivamente a consequência advinda da não colaboração do juízo? Qual a sanção imposta a ambos? Podem as partes exigir do juiz a referida colaboração? Ou ainda, , qual a inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?⁴⁸⁵ Segundo Streck, se a colaboração é um princípio, como defendem por exemplo, Daniel Mitidiero⁴⁸⁶ e Fredie Didier Jr⁴⁸⁷, então possui normatividade, segundo a Crítica Hermenêutica do Direito.

Com base nisso, Streck lança o questionamento acerca das situações onde esse princípio seria aplicado. Ou ainda, sobre quais são os elementos que poderiam conduzi-lo ao

⁴⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 517, 518, 528 e 539.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 528.

⁴⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴⁸⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento.

nível de normatividade que deve se revestir um princípio bem como a sua validade. Nesse raciocínio, Lenio Streck entende que a superação desse artificialismo abstrato é medida que se impõe e justifica sua posição no fato de ser não crível que em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito seja possível uma livre nominação de princípios, como se o direito não tivesse uma história institucional que o envolvesse.

Nesse senda, Lenio Streck entende que a tese da colaboração como princípio mostra-se um tanto problemática, na medida em que além de não resolver a questão deontológica dos deveres, não consegue explicar de onde nasce esse “princípio”, bem como qual a sua utilidade em face do devido processo. Argumenta sua tese com base no fato de que os princípios, são vivenciados (faticizados) pelos participantes da comunidade política, e que são essenciais para a formação comum de uma sociedade, sendo por essa razão que os princípios são elevados ao status de constitucionalidade- por isso que os princípios são deontológicos.⁴⁸⁸ Assim, Streck vai dizer que a colaboração mais se assemelha a uma “pauta de orientação” a ser seguida no processo civil. E esse critério aplicativo denominado de princípio, pode ser importante na busca de solução jurídica, mas jamais alçado ao status de princípio constitucional.

Daniel Mitidiero, por seu turno, defende que a colaboração no processo civil se dá mediante a instituição de regras de conduta para o juiz. Nesse sentido, seixa claro que:

E aqui importa desde logo deixar claro: *a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes*. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio⁴⁸⁹

Ao discorrer acerca da colaboração como modelo de processo civil, Mitidiero acaba dando feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes. Arremata Mitidiero, dizendo que o princípio da colaboração tem assento firme no Estado Constitucional, sendo que não há processo justo sem colaboração⁴⁹⁰, onde e como da necessidade de participação, se encontra à base da democracia contemporânea, o que acaba por assegurar seu fundamento normativo.

⁴⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55.

⁴⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 194, p. 55-68, 2011.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 95; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento, p. 79.

3.8.3 Breves Considerações Acerca da Colaboração no Projeto do Novo Código Civil (PL do Senado nº. 166/2010)

A doutrina portuguesa delineou a existência de quatro deveres de colaboração do juiz para com as partes: o dever de esclarecimento, o dever de prevenção, o dever de auxílio e o dever de consulta. Entretanto, o Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL do Senado nº. 166/2010) não conforma de forma satisfatória o tema. Isto porque, o legislador absteve-se de prever de forma expressa a existência genérica dos quatro deveres em que se baseia a colaboração do juiz para com as partes, que é o pano de fundo para a conformação de um modelo cooperativo de processo. Assim, o assunto vem tratado de forma esparsa, à exemplo do que já ocorre no atual Código de Processo Civil.

Nesse raciocínio, é possível constar a existência da previsão do dever de auxílio às partes nos incisos dos artigos 731 e 732 do Projeto do Novo Código de Processo Civil, os quais conferem ao juiz a possibilidade de determinar o comparecimento das partes, de ordenar que pessoas naturais ou jurídicas indicadas pelo credor forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder; de adotar as medidas necessárias para a ordem de entrega de documentos e dados.

Iniciando-se no artigo 10 do Projeto, pode-se extrair o dever de consulta, que veda a tomada de decisões com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. Trata-se de previsão que destaca o direito das partes de participarem da formação dos provimentos jurisdicionais, consubstanciando assim, uma correlação entre o dever de consulta e o direito de participação.

Referentemente ao dever de prevenção, o Projeto do Novo Código, através do artigo 305 dispõe expressamente, o dever de o juiz, se verificado que a petição inicial não preenche os requisitos legais ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, de determinar a emenda ou complementação de petição inicial, indicando as emendas a serem realizadas.

Nessa esteira, pode-se dizer que existe um progresso com relação ao artigo 284 do atual Código de Processo Civil, que não determina de forma pontual ao juiz o dever de apontar as falhas presentes na petição inicial.

No tocante ao dever de esclarecimento, o mesmo também deixou de ser contemplado especificamente, assim como os outros deveres acima especificados. Contudo, não se pode deixar de mencionar que o artigo 364 do Projeto, é um pouco ainda mais explícito que o atual

artigo 342 do Código de Processo Civil, podendo, de um certo modo, servir como provável previsão genérica do dever de esclarecimento, além da seção da inspeção judicial em que foi implantado. O mencionado dispositivo traz a previsão que, de ofício ou a requerimento da parte, pode o juiz, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa, tratando-se, pois, de hipótese em que o dever de esclarecimento foi considerado pelo projeto, corroborando para a implementação de um modelo colaborativo de processo.

Nessa perspectiva, o artigo 5º do Projeto do Novo CPC, que refere que as partes têm o direito de participar ativamente do processo cooperando com o juiz, deve ser visto sob a ótica da participação das partes no processo, bem como que o resultado dessa participação tenha reflexos na formação das decisões.

De igual maneira, o artigo 8º do Projeto do Novo Código de Processo Civil, que prevê o dever das partes colaborarem com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito. Referido dispositivo interfere diretamente na conduta das partes, que deve ser pautada pela boa-fé objetiva e lealdade processual, o que representa deveres, obrigações e ônus ao litigantes.⁴⁹¹ Nessa senda, no Projeto do Novo Código de Processo Civil, pode-se visualizar no artigo 66, inciso II, o dever das partes de proceder com lealdade e boa fé.

Nesse viés, à título de ilustração, tem-se o dever do executado de indicar ao juiz quais são, bem como onde estão os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores, sob pena de incorrer em ato atentatório à dignidade da justiça, ocasião em que haverá incidência de multa em valor não superior a 20% do valor da execução, à teor do que dispõe o parágrafo único do artigo 700, do Projeto do CPC. Há ainda, *o ônus* do réu contestar a ação, sob pena de se reputarem verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, consoante o art. 342, do Projeto do CPC, bem como a obrigação de indenizar a parte contrária em decorrência dos prejuízos sofridos pela atuação desleal do litigante de má-fé, nos termos do art. 84, do Projeto do CPC

3.9 A Organização do Processo Civil no Estado Democrático de Direito. O Direito à Prestação Jurisdicional Efetiva e Adequada: o modelo de colaboração processual

Na construção sistemática do fenômeno processual, a idéia da organização da atividade é ainda ofuscada. De fato, os estudiosos tem se esforçado para retratar a história

⁴⁹¹ Conforme RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 134.

processual de algum ângulo visual, singularmente fixo e determinado em sua mutabilidade aparente.⁴⁹²

Na década de sessenta, o italiano Eduardo Grasso⁴⁹³, discorria acerca da colaboração no processo civil. Segundo lições de Grasso, o trabalho em conjunto das partes e do juiz deve ser repensado sob diferente perfil: cada um dos quais aparece por sua vez suscetível de uma variedade de interpretação e reconstrução em termos de lógica utilizada, dada à universalidade da experiência jurídica.⁴⁹⁴

Nesse raciocínio, há uma evidente imbricação entre igualdade e colaboração, de modo a delinear a organização do processo, conforme acertadamente entendeu Eduardo Grasso, em ensaio seminal acerca do tema da colaboração no processo civil. De acordo com o autor, na tradição jurídica liberal o juiz, durante a instrução da causa, alocava-se acima das partes (*super partes*), não somente em face da sua autoridade, mas também porque não seria crível que o juiz desempenhasse atividade análoga, na substância e objeto, daquela exercida pelas partes. E, sob esse ângulo, o juiz teria o papel de moderador, atuando como um árbitro, restando excluída a possibilidade de concebê-lo no mesmo nível que os demais sujeitos processuais.⁴⁹⁵

Uma organização do processo que não seja conduzida por outro critério que não o do princípio da igualdade das partes, reflete, mais uma geral concepção da mecânica processual, em parte contrária ao seu desenvolvimento no sentido da cooperação.

Suscede que, para conformar a questão da distribuição das posições das partes e do órgão judicial, mostra-se cogente, no Estado Democrático de Direito, a adoção de um modelo de organização processual, no qual, seguindo a linha de orientação preconizada por Eduardo Grasso, o juiz desenvolva o diálogo no mesmo nível das partes⁴⁹⁶. Como forma de equalização, para parafrasear Barbosa Moreira, do problema da divisão do trabalho entre o juiz e as partes,⁴⁹⁷ um modelo cooperativo de processo⁴⁹⁸, constitui um panorama adpropriadado

⁴⁹² GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 21, p. 603, 1966.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 580-609.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 581.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 595.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 609.

⁴⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 7, jan. 1986.

⁴⁹⁸ Conforme Daniel Mitidiero, que na doutrina nacional melhor delineou a concepção de um modelo cooperativo de processo, "o processo cooperativo parte da idéia que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar assim posições coordenadas. O direito a ser concretizado é um direito que conta com a *juris prudentia*, nada obstante concebido, abstratamente, como *scientia juris*. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local

para potencializar a colaboração entre o órgão julgador e as partes, como forma de obter uma prestação jurisdicional efetiva e adequada.

Assim, torna-se imperioso a implementação da colaboração entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina italiana e que, levada a sério, conduziu à idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz a redução do tempo processual e a formação de decisões melhor construídas, com a corrente diminuição da utilização de recursos,⁴⁹⁹ contribuindo assim, para uma decisão mais célere e eficaz.

Desta forma, partindo-se da constatação que nem as partes, nem o juiz, solitariamente, são capazes de atingir o melhor resultado do processo, edifica-se, pela premissa da cooperação, a necessidade de trabalharem em conjunto⁵⁰⁰. Nesse cenário, em que pese o juiz dirija o processo de forma ativa, passa a fazê-lo "de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões".⁵⁰¹ Nessa esteira, de forma inevitável, o contraditório passa a informar a atividade das partes e do próprio órgão julgador⁵⁰².

Nesse sentido, as atividades realizadas entre os três sujeitos do processo combinam entre si, de modo a assumir a característica de uma predeterminada comunhão de trabalho, sendo a unidade do processo considerada por inteiro, através do que se constitui o princípio organizacional da operação processual⁵⁰³, do ponto de vista de seu resultado, preconizam a combinação de forças jurídicas diversas, cada um movido por uma intenção, mas todos inclinando-se para o mesmo fim. Nessa seara, a combinação no processo civil, da atividade do autor, do réu e do juiz assume a estrutura ínsita ao modelo de colaboração judicial.

destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica de seu turno necessariamente a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa. A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se junta à subjetiva para realização de um processo leal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la". MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 102.

⁴⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 6, nov./dez. 2009.

⁵⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 217.

⁵⁰¹ MITIDIERO, op. cit., p. 73.

⁵⁰² Ibid., p. 74.

⁵⁰³ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 21, p. 602, 1966.

Objetivamente, se cada um desses sujeitos opera na mesma matéria de fato ou de direito, contribuindo para o seu ‘tratamento no laboratório processual’, antes que ele seja submetido ao juiz na posição solitária daquele que decide, eleva-se o processo a um regime de colaboração processual⁵⁰⁴. O juiz, no desenvolvimento do diálogo, move-se para o nível das partes, substituindo a construção triangular tradicional a uma perspectiva de posição paralela.

Nessa perspectiva, o modelo de colaboração processual parece ser o mais adequado para uma democracia⁵⁰⁵, derivando daí os deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, que assume uma dupla posição: “mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual”, e “assimétrico” no momento da decisão;⁵⁰⁶ não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes na “divisão do trabalho”, mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio.⁵⁰⁷

Na verdade, segundo profícua lição de Barbosa Moreira, o “papel do juiz e o das partes são aqui complementares; absurdo concebê-los como reciprocamente excludentes”, consubstanciando-se dessa premissa que o ponto de equilíbrio⁵⁰⁸ é a chave mestra para a concretização de uma tutela efetiva e adequada, bem como para a legitimação das decisões no processo civil.

⁵⁰⁴ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 21, p. 600-606, 1966.

⁵⁰⁵ Nesse sentido, Dierle Nunes vai chamar de modelo participativo de processo como técnica de construção de um processo civil democrático em conformidade com a constituição, afirma que “a comunidade trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo. (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 215). Neste mesmo raciocínio, ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 60-61.

⁵⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 102-103.

⁵⁰⁷ Note-se que não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva. Entretanto, se pode dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual desenvolvida em colaboração dos sujeitos processuais, sendo, portanto, resultado das discussões travadas ao longo de íter processual. Assim, a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional. Assim, conforme Daniel Mitidiero, o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão. *Ibid.*, p. 98.

⁵⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Uberaba, v. 49, p. 63, jan./mar.1986. E ainda, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 62, 2003.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se da premissa de que o processo é um fenômeno cultural, procurou-se evidenciar o contexto da evolução do papel do juiz na condução do processo desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito. O processo, não mais concebido como algo privado, passou a representar o exercício de um direito público, deixando de ser considerado como "coisa das partes", para refletir um *locus* no qual se revela o poder estatal, com o escopo de não somente tutelar os interesses privados, mas, também, de realizar o interesse público da administração da justiça.

Com base nisso, demonstrou-se que a ciência processual passou por consideráveis mudanças nos últimos tempos, sendo notório que a percepção sobre a atuação judicial no processo civil, também sofreu influxos dessas alterações.

Em outros termos, pode-se dizer que o processo civil espelha os valores do Estado. Nesse raciocínio, chamou-se atenção para o fato de que, à época do Estado liberal, o objetivo do direito era garantir a liberdade dos cidadãos e, para tanto, preservava-se a igualdade formal, não se intervindo nas relações jurídicas privadas. Nessas circunstâncias, segundo a clássica afirmativa de Montesquieu, os juízes eram seres inanimados que não poderiam moderar nem a força e nem o rigor da lei. A função passiva do Estado, a primazia do direito fundamental à liberdade, o entendimento de que o processo envolvia direitos de natureza privada e a necessidade de se garantir um juiz imparcial, acabaram por difundir e fortalecer um processo dominado pelos interesses das partes;

No final do século XIX, já se encontram sinais da falência dos ideais propagados pela burguesia. A necessidade de uma participação ativa do Estado junto à sociedade, culminou por alterar a percepção da função e da estrutura do processo, que, com sua publicização, passa a ser considerado como o local de expressão da autoridade estatal.

A doutrina de Anton Menger e Franz Klein foram precursoras na identificação da necessidade de uma participação mais ativa do magistrado, que deveria conduzir objetivamente o andamento do processo, racionalizando o seu curso e as suas atividades, avistando no reforço dos poderes do órgão julgador o caminho para se obter os objetivos públicos da justiça, buscando um resultado mais célere para a solução da controvérsia judicial.

Assinala-se que a transição do liberalismo individualista para o Estado Social, culminou por incrementar a participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Contextualizado esse ambiente para o plano processual, o fenômeno verificou-se pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no protótipo do

observador distante da luta entre as partes, como simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das regras do jogo.

Esse redimensionamento pelo "social" produziu reflexos no processo civil, acabando com o domínio do *laissez faire*. Nesse sentido, não coube mais aos litigantes a possibilidade de imperar no desenvolvimento da marcha processual, acentuando-se assim, o problema da divisão de tarefas entre as partes e o órgão jurisdicional. É inegável, portanto, que à medida que se passou a considerar o processo como instituto pertencente ao direito público, a figura do juiz distante e indiferente começou a não mais se coadunar com a atividade jurisdicional pretendida.

O juiz passou a ser visto como garantidor e indispensável aos resultados aspirados do processo pelo Estado, culminando, progressivamente, no progressivo desenvolvimento teorias capazes de justificar a intervenção do juiz no plano fático processual. Nesse raciocínio, pode-se afirmar que as idéias de Tito Carnacini e Mauro Capelletti, estabeleceram uma nova forma de compreender o processo.

A doutrina de Tito Carnacini, vislumbrou a existência de dois tipos de questões que se desenvolvem no processo: as referentes à tutela requerida e àquelas que dizem respeito à técnica processual, diferenciando, portanto, as questões referentes ao direito posto à apreciação das questões inerentes ao próprio procedimento. Por sua vez, Mauro Cappelletti combateu a falta de compasso existente entre direito substancial e o direito processual, mediante a aproximação deste com a realidade política e social, através da distribuição da justiça de forma igualitária, justa e efetiva. Nesse sentido, Cappelletti propõe a conciliação do princípio dispositivo com os poderes instrutórios do juiz, demonstrando que às partes incumbe a tarefa de expor suas pretensões, e ao juiz a possibilidade de orientar as partes quando verificar um injusto prejuízo ou desequilíbrio entre elas.

Destarte, o juiz teve seus poderes acentuados, dentro dessa nova forma de se entender o direito processual. Mais do que gerir, apenas, o andamento rápido do processo, ele passou a se preocupar com a efetiva tutela dos direitos nele envolvidos.

Desta forma, o aumento dos poderes do juiz é corolário natural da ruptura dos ideais do Estado Liberal, somado à conseqüente mudança na forma de encarar a participação do Estado-juiz junto à sociedade e à forma de se olhar o processo como um instrumento público de interesse fundamental da nação. Na verdade, o aumento de áreas de atuação do juiz está intimamente ligado à intensificação de suas próprias funções e com o fenômeno de publicização do processo.

No marco do Estado Democrático de Direito, o movimento de constitucionalização do processo desenvolveu-se a partir da perspectiva de implementação da eficácia dos direitos fundamentais, sendo que o estudo do processo civil deve partir da Constituição, pois o direito processual, pertencente ao ramo de direito público que é, deve ter suas linhas mestras delineadas pelo direito constitucional.

Com efeito, a nova perspectiva adotada pelo processo civil, com o advento do Estado Democrático de Direito, emana não só das inquietações sociais com o processo, mas também do cariz transformador próprio do constitucionalismo contemporâneo, que se desprende do modelo liberal de processo.

Esse novo viés democrático do Estado reflete consequências na conformação do processo, partilhando de maneira diversa a proeminência dos sujeitos processuais na estruturação do procedimento, colimando em uma nova forma de se entender o desenvolvimento e o papel das partes e do juiz dentro do processo.

Passou-se a exigir do juiz uma participação mais ativa, mais presente na condução do processo. Nesse raciocínio, verificou-se ainda, que a noção de que a jurisdição é inerte, só podendo ser despertada pela iniciativa das partes e dentro dos limites que estas impõem, é uma das bases tradicionais do processo civil, isso porque vista como garantidora da imparcialidade da prestação jurisdicional. Através do estudo do princípio dispositivo como elemento central da divisão de trabalho entre o juiz e as partes, cabendo a estas a instauração do processo, devendo o mesmo ser impulsionado pelo juiz; vale dizer, que, o processo civil contemporâneo, notadamente para o alcance dos seus fins jurídicos e sociais, confia ao juiz o relevante papel de autêntico “diretor material” do processo.

Essa democratização lança-se no processo, mediante o direito fundamental ao contraditório, entendido como direito real e efetivo a influenciar a decisão judicial. Inevitavelmente, recupera-se o valor essencial ao diálogo, vislumbrando as decisões proferidas nos autos como fruto do resultado de todos os sujeitos processuais.

É assim que no Estado Democrático de Direito, busca-se conciliar características do processo liberal e do processo social a partir de um modelo de organização processual em que o juiz deve desenvolver diálogo no mesmo nível das partes, sempre com base na democracia participativa. Por outro lado, a noção de equilíbrio da posição e funções das partes e do juiz decorre do modelo colaborativo ou participativo de organização do processo.

No entanto, não se pode olvidar, para uma das objetivas consequências trazidas pelas alterações na legislação processual, qual seja, a de que os poderes do Estado-Juiz só têm aumentado. A procura constante por uma tutela jurisdicional efetiva e adequada tem como

consequência o fato de que, atualmente, são atribuídos aos juízes maiores poderes de direção do processo.

Assim, dentro da renovada percepção do processo civil, procurou-se ressaltar que o juiz tem seus poderes acentuados, bem como chamou-se atenção acerca da intensificação da relação entre Estado e cidadãos, na qual diminuíram os limites de suas mútuas interações. Advertiu-se para o fato de que, mais que conduzir o andamento do processo, o juiz, nos dias que correm, passou a preocupar-se com a efetiva tutela dos direitos nele envolvidos, de modo que o incremento das relações entre o Estado e a sociedade terminou por influenciar o modo de compreensão do direito e do processo.

Nessa perspectiva, demonstrou-se que a relação existente entre sociedade e o Estado, acabou por influenciar de forma direta a conformação do processo civil, de modo a harmonizar o problema da divisão do trabalho entre o juiz e as partes. Não é demais lembrar que o aumento dos poderes do juiz é consequência lógica do desmoronamento das aspirações do Estado Liberal aliada à consequente modificação no modo de conceber a participação do juiz, bem como à forma de percepção do processo como um instrumento público de interesse fundamental da coletividade.

É inegável ainda, que o feitiço democrático do Estado reflete consequências na estruturação do processo, culminado em uma nova forma de se entender o desenvolvimento e o papel das partes e do juiz na conformação do processo, abrindo espaço para a constatação da exigência de um modelo de organização processual em que o juiz deva desenvolver o diálogo no mesmo nível das partes, sempre com base na democracia participativa. Por outro lado, a noção de equilíbrio da posição e funções das partes e do juiz decorre do modelo de colaboração do processo, ressaltando-se a importância dos deveres de colaboração do juiz para com as partes, e destas para com aquele, chamando-se atenção para a boa-fé e lealdade processuais, tidos como os pressupostos éticos da colaboração no processo civil.

O modelo colaborativo de organização do processo, próprio do Estado Democrático de Direito, decorre de uma concepção conjunta de trabalho em (comunidade de trabalho) entre o juiz e as partes. Assim, por força do contraditório, o juiz está obrigado ao debate, ao diálogo Judiciário, sendo o contraditório uma verdadeira garantia de proibição de decisões surpresas.

Nesse cenário, deve o juiz impulsionar o processo a partir do dever de colaboração (cooperação), dever este que, por sua vez, se desbora em múltiplos outros deveres, de acordo com a doutrina portuguesa, quais sejam: esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta. A colaboração, como modelo de organização do processo, possui como principal característica,

a inclusão do juiz no rol dos sujeitos do diálogo processual, resgatando a importância de todos os seus integrantes no processo, o que acarreta, por sua vez, o controle de legitimidade, tanto do desenvolvimento do procedimento, quanto da decisão judicial.

Portanto, a democratização do processo, inevitavelmente, recupera o valor do diálogo, da participação, permitindo assim o pleno exercício da cidadania, da mesma forma que impõe a leitura do contraditório durante todo o *iter* processual, condicionando o juiz à sua observação, sem perder de vista o dever de fundamentação das decisões, como forma de assegurar o controle e a responsabilidade do órgão jurisdicional como agente político. Nesse contexto, o princípio do devido processo legal atua como elemento delineador da atuação do Juiz no Estado Democrático de Direito.

O mais importante nesse ponto, foi visualizar o modelo de colaboração processual como o modo de organização do processo civil no Estado Democrático de Direito, chamando atenção para o fato de que essa forma de compreensão do processo acabou por materializar a importância dos sujeitos processuais nos contornos do processo civil. Aliás, é do fluxo discursivo entre o juiz e as partes que se dá a formação de um provimento judicial adequado, efetivo e legítimo, próprio do Estado Democrático de Direito.

REFERENCIAS

ALÁRCÓN, Pietro Lora. Processo, igualdade e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 2, p. 192, jul./dez. 2003.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. *Cadernos do Ministério Público do Paraná, Curitiba*, v. 1, n. 3, p. 60-63, 1998.

APPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado; las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1973. v. 1.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 103-129.

BARZOTTO, Luis Fernando. O direito ou o justo. O direito com objeto da ética no pensamento clássico. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. Mestrado e doutorado UNISINOS. São Leopoldo, UNISINOS, 2000. p. 159-184.

BAUR, Fritz. *Da importância da dicção 'Iuria Novit Curia'*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 169-177, jul. 1976.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 186-194, jul./set., 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BERIZONCE, Roberto Omar. Humanización del proceso y la justicia (la efectividad de los derechos sociales). *Revista Autónoma de Processo*, Curitiba, n. 3, abr./jun. 2007.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.

- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.
- CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 60, p. 449-464, apr./giugno. 2005.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 59-81, ago, 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Traduzido por Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença no direito processual civil. *Revista Dialética de Direito Processual: RDDP*, São Paulo, n. 44, p. 9-19, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro, Max Limonad, 1997.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 116-125, 1994.
- CAMPOS, Helio Márcio. *O princípio dispositivo em direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado; las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1973. v. 2.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução e Revisão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas em el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile: parte prima*. Milano: Giuffrè, 1962.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNACINI, TITO. *Tutela guirisdizionale e tecnica del processo, em Studi in onore de E. Redenti*. Milano, Guiuffrè, 1951. v. 2.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, gustizia della decisione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 152, p. 87-108, out. 2007.

CHIARLONI, Sergio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 58, p. 105-120, Dic. 2009. Suppl, n. 4.

CHIOVENDA, Giuseppe. Lo stato attuale de processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali. In: *Saagi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930b. v. 1.

CIPRIANI, Franco. Nel centenario del regolamento di Klein: Il processo civile tra libertà e autorità. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 50, pt 2, 1995.

COELHO, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione del processo e responsabilita del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 32, n. 1, 1977.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il 'giusto processo' civile in italia e in europa. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, p. 97-158, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 157, p. 85-102, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve noticia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1970.

COSTA, Pietro. Lo stato di diritto: un'introduzione storica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*. A cura di Pietro Costa e Danilo Zolo con la collaborazione di Emilio Santoro. Milano: Giugliano Feltrinelli, 2003. p. 89-170.

COSTANTINO, Giorgio. Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 66, n. 5, p. 1012-1037, Sett./Ott. 2010.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. t. 1: La Constitución y el proceso civil.

COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Caminhas: RED Livros, 1999.

COVER, Robert; FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Procedure*. New York: The foundation Press, 1988.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *O juiz e seus poderes no novo CPC*. [S.l.]: Revista Técnicas, 1977.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. O principio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v.46, p. 97-115, 1989.

DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 2002.

DELLE DONNE, Clarice. Il difficile cammino della parità delle armi e dell'effettività della tutela nel processo cautelare: Il caso dei provvedimenti ripristino. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 60, n. 1, p. 355-371, mar. 2006.

DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Il profilo storico. In: DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006.

DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O principio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, p. 75-79, set, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 29, p. 505-516, 2003.

DIERLE, José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; RAATZ, Igor dos Santos. O processo civil no Estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. *Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 150-169, maio/ago. 2011. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278>>. Acesso em: 27 maio 2013.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 45, n. 1, p. 2, genn./mar. 1989.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-4.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

FIX ZAMUDIO, Hector. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FURNO, Carlo. *Teoria de la prueba legal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCEZ NETTO, Martinho. A função do juiz na direção do processo. In: *Prática de processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1949.

GELSI BIDART, Adolfo. La humanizacion del proceso. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, p. 115, 1978.

GIULIANI, Alessandro. L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). *Rivista Di Diritto Processuale*, Padova, v. 43, pt. 2, 1988.

GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995.

GOUVEA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los protagonistas del derecho procesal: desde Chiovenda a nuestros días*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 21, p. 603, 1966.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 305, p. b71, mar. 2003.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constituição, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

KNIJNIK, Danilo. *Recurso especial e revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 74-86, 1961.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

LIEBMANN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 29, pt. 1, 1974.

LOPES, João Batista Lopes. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 24-67, 1984.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 10. ed. Turim: G.Giappichelli, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1: Teoria Geral do Processo.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.

MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1988.

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

MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947.

MERRYMAN, John Henry. *La tradicion juridica romano-canonica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1945.

MIRANDA, Jorge. Constituição e processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 98, p. 29-42, abr./jun. 2000.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 194, p. 55-68, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTELEONE, Girolamo. Alle origini del principio del libero convincimento del giudice. *Rivista Di Diritto Processuale*, Padova, v. 63, n. 1, p. 123-132, jan. 2008.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba em el proceso civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002.

MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di 'terza via'. *Rivista Di Diritto Processuale*, Padova, v. 55, n. 4, p. 929-947, out. 2000.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultura, 1997. (Coleção Os Pensadores).

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK; Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-120.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado*: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão". In.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 375-388

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Uberaba, v. 49, p. 51-68, jan./mar.1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 50-57.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de processo*, São Paulo, n. 116, p. 313-323, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva: 1989. p. 70-80.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Neoprivatismo no processo civil*. In.: MOREIRA, José Carlos Barbosa *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 178-184, jul. 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 34, p. 5-16, mar./abr. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 41, jan. 1986.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, v. 5, p. 32-34, ago. 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MOTTA, Cristina Reindolff da Mota. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006.
- NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria, 1949.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, DF, n. 6, p. 243-244, 2. sem. 1999.
- NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- NEVES, António Castanheira. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 75, 1998. Separata.
- NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- NEVES, António Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- NEVES, Antonio Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Coimbra: Instituto Piaget, 2002.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...: reflexos a propósitos das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*, Porto Alegre, v. 22, 2002.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*, Porto Alegre, v. 372, p. 77-86, mar./abr. 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os poderes do juiz e a visão cooperativa de processo. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 30, n. 90, 2003.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito*, PPG-DIR., Porto Alegre, n. 2, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: Teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil.
- OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 179-200, jul. 2009.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. A instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 102, abr./jun. 2001.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 30-35, set./out. 1999.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-32.
- PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.
- PICARDI, Nicola. La vocazione de nostro tempo per la iurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 2004.
- PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. *La responsabilità del giudice*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995
- PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: um debate mal planteado. In.: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos, moción de valencia y declaración de azul*. Lima: Tirant lo Blanch, 2009.
- PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 131-162, jun. 2011.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

- PICÓ I JUNOY. Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana. *Rivista Di Diritto Processuale*, Padova, v. 62, n. 6, p. 1497-1518, 2007.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da constituição federal*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009.
- REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- REICHELT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33. n. 162, p. 330-351, ago. 2008.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 145, p. 125-149, mar. 2007.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luis; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2006.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: Para uma nova definição da democracia participativa. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- RICCI, Edoardo F. Il principio dispositivo come problema di diritto vigente. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 39, p. 380-389, 1974.
- ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo civil e comercial brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1940. v. 1.
- SANTOS, Ângelo dos. *O Estado social: análise à luz da história*. Lisboa: Minerva, 1970.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. 2. ed. Coimbra: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v 1: processo de conhecimento.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Verdade e significado*. [S.l., 2013]. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 09 abr. 2013

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição omano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da; GOMES, Luiz Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991. v. 1.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

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

SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 93, v. 338, p. 149–158, 1997.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Sebastião de. *O princípio dispositivo no código de processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil Austríaco. *Revista de Processo – REPRO*, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 138-149, jan./mar. 1980.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e processo, ou de "como discricionariedade não combina com democracia": o contraponto da resposta correta*. In:

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis Morais. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per no studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

TARUFFO, Michele. Il Significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 60, n. 2, p. 451-483, giugno 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 368, p. 11-28, jun. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 5-18, nov./dez. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 168, fev. 2009.

THIBAU, Vinícius Lott. *Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do direito. Meritum: Revista de Direito da FCH/FUMEC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, jan./jun. 2008.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile: parte generale*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1994.

VIANNA, Ataliba. *Inovações e obscuridades do código de processo civil e comercial brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins, 1940.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 3. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.