

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO**



**CONTRIBUTO PARA CONCRETIZAÇÃO DE UM MODELO
COOPERATIVO DE PROCESSO SOB A ÓTICA DOS PODERES
DO JUIZ**

Eduardo Augusto Madruga de Figueiredo Filho

**Coimbra
2013**

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

CONTRIBUTO PARA CONCRETIZAÇÃO DE UM MODELO
COOPERATIVO DE PROCESSO SOB A ÓTICA DOS PODERES
DO JUIZ.

Eduardo Augusto Madruga de Figueiredo Filho

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Civilísticas.

Menção: Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita

Coimbra
2013

Dedico esta dissertação aos meus pais, por serem meus exemplos de dedicação, de amor e de fé e por serem meus maiores incentivadores.

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, pelo dom da vida e por ter me dado, ao lado de Nossa Senhora do Carmo, o privilégio de poder estudar em uma Faculdade de excelência e ter me transmitindo o discernimento e a iluminação necessária para conclusão do presente estudo.

Aos meus pais, Maria Bernadete Maia Marinho de Figueiredo e Eduardo Augusto Madruga de Figueiredo, por terem me acompanhado durante toda essa caminhada com muito amor dedicação e carinho. Meus sinceros agradecimentos.

Aos meus avós, Maria do Carmo Maia Marinho de Araújo (in memoriam) e Sebastião Marinho de Araújo (in memoriam), que sempre incentivaram os meus estudos e que são meus exemplos de honestidade, fé e de amor. E, a minha avó Edith Madruga por todo amor e torcida por minha vitória.

A minha querida irmã, Danielle Maia Marinho de Figueiredo, pela atenção e cumplicidade.

A minha namorada, Isabela Queiroga, pelo carinho e compreensão durante a elaboração deste trabalho.

Ao meu orientador, Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita, pelo exemplo de profissional dedicado, paciente e diligente na orientação do presente estudo. Como também pela experiência jurídica e de vida passada pelo professor doutor durante as sessões de mestrado no ano de 2011/2012. Muito obrigado Professor.

Ao professor, Sérgio Cabral dos Reis, que acompanhou-me incentivando minha trajetória acadêmica, sendo meu orientador na conclusão do Curso de Direito e na Pós- Graduação em processo civil.

A professora Elizabeth Fernandes, por ter me convidado para o Congresso na Faculdade do Minho e por ter contribuído para a bibliografia do presente estudo.

A professora Maria José Capelo, pela atenção, pelo convite para assistir sua palestra na Ordem dos Advogados do Porto e pelos diálogos que tanto enriqueceram o estudo em tela.

Aos funcionários da Universidade de Coimbra, que muito contribuíram para a realização desse trabalho, sempre muito responsáveis e diligentes no atendimento dos mestrados.

Aos amigos-irmãos, que fiz em Coimbra durante toda minha estadia, estes que torcem pelo meu sucesso e me apoiam. Saibam que foram essenciais nesta jornada e espero manter esta irmandade para o resto da vida.

RESUMO

O presente estudo é fruto de uma pesquisa desenvolvida no âmbito do Direito Processual Civil, que tem o escopo de encontrar um ponto ótimo de equilíbrio entre os dois modelos clássicos de processo: o dispositivo e o inquisitivo. Logo, tais paradigmas serão analisados, para que possamos detectar os seus vícios e os seus pontos positivos, e a partir deles defender, com base na doutrina mais abalizada, um novo modelo de processo, o cooperativo, que mais se coaduna com os novos ares da processualística moderna. Nesta senda tal modelo tem o condão de dividir equilibradamente as funções do juiz e das partes no iter do processo, transformando o ambiente processual em uma comunidade de trabalho, que por meio do diálogo irá buscar a justa composição do litígio, respeitando sempre o princípio da paridade de armas, do contraditório, da economia processual e da tutela jurisdicional efetiva. O princípio que irá permitir a harmonização desse modelo é o da cooperação. Vale salientar que o foco de análise será os deveres do juiz que são extraídos da máxima da cooperação (esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio). Para essa análise, o ordenamento português e o alemão, que consagram o princípio da cooperação, serão utilizados como base para o estudo das principais características do modelo cooperativo, por meio da análise de doutrina, de textos legais e de jurisprudências, com o objetivo de propor soluções para o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Superação dos modelos clássicos. Modelo Cooperativo de Processo. Princípio da Cooperação. Deveres do juiz.

ABSTRACT

This study is the result of a research carried out under the Civil Procedural Law, which has the scope to find an optimum balance between the two classical models of the process: the adversarial and inquisitive. Therefore, such paradigms will be analyzed so that we can highlight their negative and positive points and from them to defend, based on the most respected opinions of jurists, a new process model, the collaborative, which is more consistent with modern Civil Procedural Law. For that reason, such a model has the ability to evenly divide the functions of the judge and the parties along the process, transforming the procedural environment in a real work community that through dialogue will seek a fair trial, respecting the principle of *parità delle armi*, the contradictory principle (*right to a judicial hearing*), economy and effective judicial protection. The principle that will enable harmonization of this model is that of cooperation. It is noteworthy that the focus of analysis will be the duty of the judge which are extracted from the maximum cooperation (clarification, dialogue, prevention and aid). For this analysis, the Portuguese and German legal system, which establishes the principle of cooperation, will be used as the basis for the study of the main characteristics of the cooperative model, through the analysis of doctrine, legal texts and jurisprudence, in order to propose solutions to the Brazilian legal system.

Keywords: Overcoming the classical models. Collaborative process model. Principle of Cooperation. Duties of judge.

LISTA DE SIGLAS

AC – Apelação Cível
AgIn – Agravo de Instrumento
Art. – Artigo
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
CC – Código Civil
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição da República Federativa do Brasil
CJ – Coletânea de Jurisprudência
CP – Código Penal
CPC – Código de Processo Civil
CRP – Constituição da República Portuguesa.
LEC – *Ley de Enjuiciamiento Civil nº 1/2000*
nº – Número
NCPC – Novo Código de Processo Civil Português (Lei nº 41/2013, de 26 de junho)
Rel. – Relator
REsp – Recurso Especial
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
TRG – Tribunal da Relação de Guimarães
TRP – Tribunal da Relação do Porto
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I: MODELO PROCESSUAL DISPOSITIVO	14
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	14
1.2 O PARADIGMA LIBERAL E O MODELO DISPOSITIVO	16
1.3 TRAÇOS DISTINTIVOS DO MODELO ADVERSARIAL CLÁSSICO	18
1.3.1 Do processo como coisa das partes	19
1.3.2 Do princípio dispositivo clássico	20
1.3.3 Da igualdade formal e a imparcialidade negativa do juiz	24
1.3.4 Busca da verdade formal	27
1.4 MARCOS LEGISLATIVOS	28
CAPÍTULO II - MODELO PROCESSUAL INQUISITORIAL OU MISTO	30
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	30
2.2 PARADIGMA SOCIAL E O SOCIALISMO PROCESSUAL	31
2.3 TRAÇOS DISTINTIVOS DO MODELO INQUISITIVO	32
2.3.1 Da publicização do processo	33
2.3.2 O Princípio inquisitório	35
2.3.3 Da igualdade material e a imparcialidade do juiz	37
2.3.4 Da busca da verdade material	38
2.4 MARCOS LEGISLATIVOS	39
2.5 BREVES NOTAS SOBRE O MOVIMENTO GARANTISTA OU NEOPRIVATISMO PROCESSUAL	40
CAPÍTULO III - MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO	45
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	45
3.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL	49
3.3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO	52
3.4 CARACTERÍSTICAS DO MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO	55
3.4.1 Processo como uma comunidade de trabalho	55

3.4.2 A igualdade e a imparcialidade no modelo cooperativo	58
3.4.3 Busca da verdade e a justa composição do litígio no modelo cooperativo	60
3.5 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO	64
3.5.1 Coordenação entre os princípios: dispositivo, inquisitório e o da cooperação	65
3.5.2 Momento mais indicado para intensificação do princípio da cooperação	76
3.5.3 Relação entre o princípio da gestão processual e o princípio da cooperação	79
3.5.4 Princípio da cooperação enquanto dever das partes	83
3.5.5 Princípio da Cooperação enquanto dever do magistrado	83
3.5.6 Dever de Esclarecimento	87
3.5.7 Dever de Prevenção	94
3.5.8 Dever de Consulta ou Diálogo	113
3.5.8.1 Princípio da cooperação e o contraditório	114
3.5.9 Dever de Auxílio	124
3.5.9.1 A cooperação e a distribuição dinâmica do ônus da prova	128
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERENCIAS	144

INTRODUÇÃO

A presente dissertação propõe-se a abordar o problema da “divisão do trabalho entre o juiz e as partes” (BARBOSA MOREIRA, 1989a, p. 35) no arco do processo, ponto que constitui uma “importante área de debate” (JOLOWICZ, 2003, p. 283), uma “questão absoluta” (DEL CLARO, 2009, p. 17), um “tema transcendental” (PESSOA VAZ, 2002, p.312) no estudo do direito processual civil moderno.

Percebe-se, que há uma constante *tensão* entre o ativismo do juiz e a autonomia das partes, tensão esta que não pode ser ignorada pela processualística hodierna, já que, como afirma o ilustre doutrinador carioca: “é um problema central de política judiciária, a cujo respeito todo sistema processual é chamado a definir-se” (BARBOSA MOREIRA, 1989b, p. 45).

Por esta razão, a ideia do presente estudo surge da necessidade de oferecer algum contributo construtivo e harmonizador na tentativa de determinar a linha tênue que separa a intervenção do juiz e o exercício da liberdade das partes no curso do processo.

Nesse contexto, essencial nos indagarmos: como precisar as fronteiras dos comportamentos dos sujeitos processuais? Qual o conteúdo, a relação e a linha limítrofe entre os poderes do juiz e a liberdade das partes? É possível alcançar um ponto ótimo de equilíbrio entre a posição das partes e o perfil do juiz? Como harmonizar o princípio dispositivo com o inquisitório em um modelo processual?

Vasta doutrina já se incumbiu de responder a tais interrogações, no entanto, o consenso¹ a respeito do tema parece estar distante. Percebe-se, pois, claramente, que cada sujeito processual possui sua parcela de contribuição durante o iter processual e tal repartição funcional costuma variar no tempo e no espaço, sob a *influência de inúmeros fatores* (BARBOSA MOREIRA, 1989a, p.35). Isto posto, balancear e definir os contornos de tal distribuição é tarefa árdua para o processualista hodierno.

Registre-se que, o propósito desse estudo é lançar algumas luzes sobre os modelos² tradicionais do processo, sob a ótica da *repartição de poderes, ônus e deveres*

¹ Del Claro assevera que milhares de páginas já foram escritas sobre o tema, mas a discussão acerca do ideal balanceamento entre a ação e a inércia judicial está longe de atingir um consenso. E talvez esse consenso nunca seja atingido, já que de acordo com cada período, cada sociedade e cada sistema processual precisam por si só decidir quais parâmetros são a elas melhor adaptados (DEL CLARO, 2009, p.17).

² Para uma correta compreensão do tema é preciso atentar para uma breve noção do que seria um modelo processual. De modo que é suficiente salientar que o conceito de modelo deve estar associado à construção de *protótipos ideais dos diversos ordenamentos jurídicos* pode estabelecer um nível de análise sobre o qual *a comparação é possível e proveitosa*, evitando que *se perca na massa infinita de detalhes* (TARUFFO, 2009a, p. 229).

aos sujeitos processuais (KESSLER, 2005, p.2) visto que, tal entendimento é imprescindível para compreensão da evolução do fenômeno processual, e, por conseguinte, para que com a observação crítica dos seus erros e acertos se possa defender um *novo modelo integrador*, já apontado pela doutrina mais moderna, com uma visão democrática e participativa do processo.

Sob essa perspectiva, há um tradicional duelismo de modelos de processo, adversarial-inquisitorial que é identificado por grande parte da doutrina como instrumento de comparação³. Em consonância com tal critério, assevera-se que no modelo adversarial prepondera o *princípio dispositivo*, pois as partes são protagonistas na condução formal e material do processo, enquanto no modelo inquisitorial prepondera o *princípio inquisitório*, já que o juiz ganha relevo como ator principal do processo.

Apesar de tal contraposição ter surgido no âmago da dualidade entre o *civil law* e *comom law*, o presente estudo irá focar sua análise na experiência *civil law* por meio da relação de quase simbiose que existe entre o processo e cultura.

Importa notar, que esse trabalho parte da premissa de que o processo civil é um fenômeno cultural (TARUFFO, 2009, p. 63-92). Há, pois, uma relação de mútua implicação entre processo e cultura, de tal forma que, utilizaremos um importante elemento cultural que possui assaz intimidade com o processo, que é o Estado, para analisar as influências e as ressonâncias dessas concepções dominantes no meio processual.

Deste modo, os dois paradigmas que obtiveram maior êxito no curso da história foram dois: o Estado Liberal, estruturado no período iluminista da Revolução Francesa (Séc. XIX), que delineou um modelo processual com protagonismo das partes e domínio do princípio dispositivo. E o Estado Social que se consolidou por meio das lutas sociais e do desenvolvimento teórico do começo do século XX, e que arquitetou um processo com nítido protagonismo judicial e domínio do princípio inquisitório.

Evidente, ainda, não adentraremos em uma comparação completa de todos os sistemas relevantes a respeito dos modelos dispositivos e inquisitivos. Durante o presente estudo serão feitas referências dispersas a sistemas específicos e a ordenamentos, principalmente, ao modelo dispositivo elaborado na França no período Liberal clássico e

³ Como bem afirma Francesco Parisi: “escolas processuais de comparação, muitas vezes, contrapõem o modelo Americano ao modelo Continental Europeu pondo em relevo às distintas funções exercidas por juízes e advogados nas duas tradições jurídicas. A distinção é feita entre sistemas processuais “adversarial” and “inquisitorial”. Os dois paradigmas se referem aos diferentes papéis desempenhados pelo juiz e pelas partes na condução do processo” (PARISI, 2002, p. 195).

ao modelo inquisitivo austríaco elaborado na Áustria no Estado Social e as ressonâncias de tais modelos no ordenamento Português.

Destarte, no primeiro capítulo será feito um estudo a respeito do modelo adversarial que dominou nos países europeus durante o Século XIX, que estava inundado dos ideais do paradigma liberal e que refletiu em um processo visto como coisa das partes, com amplo domínio destas na condução formal e material do processo (princípio dispositivo em sentido clássico), a consagração de uma igualdade meramente formal, e o perfil de um juiz neutro e espectador que observava o desenvolver do processo sem contribuir para a atenuação das desigualdades e sem a possibilidade de participar no aprimoramento do material fático e de ter iniciativas probatórias próprias para a busca de uma decisão justa e efetiva.

O segundo capítulo será feito a análise do modelo inquisitorial que representou uma guinada ideológica de 180° na esfera processual. O seu desenvolvimento se deu com o surgimento do paradigma social. Movimento que eclodiu a partir do Século XX, que consagrou o princípio inquisitório como a locomotiva do processo e concedeu a condução do processo ao juiz, inclusive, com a concessão de amplos poderes instrutórios ao juiz.

Essa posição, diametralmente oposta ao modelo anterior, transformou o perfil do juiz que passou a atuar ativamente na busca de uma verdade material e da igualdade das partes a todo custo, gerando, em contrapartida, um amesquinamento do papel das partes e a desvalorização do princípio dispositivo.

Ao final do capítulo serão analisadas, ainda, algumas notas explicativas a respeito do movimento garantista, que ataca o modelo inquisitivo e defende um neoprivatismo processual, que tenta resgatar a essência do modelo dispositivo para os dias hodiernos.

Vale ressaltar, que tais paradigmas chegaram ao seu esgotamento devido às degenerações por eles próprios criadas, pois tentaram resolver o problema da divisão do trabalho entre o juiz e partes, de forma extremada, conformando duas visões extremadas da problemática, muitas vezes, influenciados pela ideologia subjacente aos modelos processuais.

Portanto, é imprescindível perceber os pontos de convergência e de divergência de tais modelos clássicos com a processualística atual para que se possa apontar para uma nova tendência predominante no processo moderno que tentar resolver essa tensão de forma harmoniosa, por meio do reinado do princípio da cooperação na lógica do processo.

Nesta senda, o terceiro capítulo será destinado a analisar as bases para concretização de um modelo cooperativo de processo. Percebe-se, então, que a crise do

Estado Social e o correlato surgimento do Estado Democrático de Direito aliado ao fenômeno da constitucionalização do processo civil trouxeram todo caldo ideológico e cultural fundamental para extrair a valia do princípio da cooperação. Princípio este que será o fio condutor da lógica do processo com o fulcro de potencializar os ideais de participação, mostrando a preocupação com a concretização dos direitos fundamentais, com o acertamento do material fático, com a igualdade processual das partes, enfim, com a justa composição do litígio.

Serão, ainda, analisadas as principais características do modelo cooperativo que tem o escopo de harmonizar a incidência dos princípios dispositivo e inquisitório por meio da formação de uma verdadeira comunidade de trabalho na busca da justa composição do litígio, privilegiando a busca da verdade no processo, a igualdade formal e material, o contraditório dinâmico e a imprescindível imparcialidade do juiz.

O cerne do estudo será a análise do plexo de deveres extraídos da cooperação (esclarecimento, prevenção, diálogo e auxílio) que pesam na cabeça do juiz e são os *pilares fundamentais para a concretização de um modelo cooperativo do processo*, pois buscam por meio do diálogo, da participação, da repartição de responsabilidades, e da ativação do contraditório dinâmico, o esclarecimento dos fatos e do direito, a prevenção e a correção de alegações fáticas, a densificação do direito fundamental à prova e, máxime, a possibilidade de inversão do ônus com base na teoria da carga dinâmica, tudo isso, com intento de proporcionar a justa composição do litígio.

Para isso, será utilizado como parâmetro o ordenamento português que possui uma doutrina de excelência a respeito do princípio da cooperação cujos expoentes são: Miguel Teixeira de Sousa, Ana Paula Costa e Silva, José Lebre de Freitas, Mariana França Gouveia, Lopes do Rego, bem como todo o contributo intelectual ensinado pelo prof. Dr. Miguel Mesquita nas sessões de mestrado do ano 2011/2012.

Já no tocante à doutrina brasileira, temos como referências para o trato do tema os professores: José Carlos Barbosa Moreira, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero, Fredie Didier Jr, Lúcio Grassi, Luís Guilherme Marinoni e Dierle Nunes.

E, ainda, na doutrina italiana: o professor Eduardo Grasso que em artigo seminal delineou o modelo cooperativo de processo, bem como o professor da Faculdade de Pavia Michelle Taruffo que possui valiosas obras no campo da verdade e da prova. Serão ainda feitas breves referências ao ordenamento alemão que é referência no que concerne ao princípio da cooperação.

Vale salientar que esse estudo servirá de parâmetro para o aperfeiçoamento da legislação processual brasileira onde tramita um projeto de lei de um novo CPC que consagrará em seu texto, expressamente, o princípio da cooperação.

Por fim, a pesquisa foi desenvolvida por meio de uma metodologia exploratória que analisa os pensamentos de doutrinadores que guardam uma pertinência temática com o estudo em tela e com os objetivos e conclusões a serem desenvolvidos. Além da investida teórica se buscará enriquecer a presente investigação com a inserção de textos legislativos e jurisprudências, de Portugal, do Brasil e estrangeiros, com o intento final de atingir conclusões no campo teórico que possam refletir e influir verdadeiramente no seio social por meio da adoção de um modelo processual cooperativo que garanta um a justa composição do litígio, a busca da verdade, a paridade de condições e a potencialização dos ditames do Estado de Direito Democrático.

CAPÍTULO I: MODELO PROCESSUAL DISPOSITIVO

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma primeira premissa que deve ser fixada é que o modelo dispositivo, entendido como aquele onde há um nítido protagonismo das partes na condução do processo, encontra suas raízes históricas bem estruturadas na tradição da família do “*commom law*”, pois como bem define Taruffo:

No tradicional modelo adversarial de processo, a figura do juiz é aquela de um árbitro passivo, de um “*umpíre desinformado*” e desinteressado, além de neutro que teria a exclusiva função de assistir ao livre combate das partes, garantindo a correção e sancionando os comportamentos “unfair” ou ilícitos (TARUFFO, 2009a, p. 236). (tradução livre)

Dessa maneira, em rigor, o surgimento da nomenclatura *adversarial system* tem sua base nos países da *commom law*. Tal denominação surge associada a tradicional contraposição criada pelos *common lawyers*, de que o modelo adversarial⁴ dominado pelas partes é superior ao modelo inquisitorial típico dos países de *civil law*, onde o juiz possui bem mais poderes na condução do processo (PARISI, 2002, p.4).

Diante desse contexto, criou-se um verdadeiro dogma na processualística que vincula os modelos processuais dos países de *common law* a um modelo adversarial de processo, ao passo que os países de *civil law* estariam submetidos a um modelo inquisitivo de processo (JOLOWICZ, 2003, p. 281), de forma que tal associação foi se enraizando por meio de ampla difusão doutrinária na cultura jurídica de vários países.

Na realidade, tal correlação, num primeiro momento, não é uma descrição de todo falsa, já que tal cenário pode até ter tido algum significado no passado (PARISI, 2002, p.3), no entanto, hodiernamente, encontra-se superada e defasada no tempo, pois não deve ser ignorada a relação de comunicação e de influências que esses sistemas vêm causando um no outro (DIDIER, 2010, p.44).

Há, pois, uma imagem fortemente idealizada e ideologizada do processo adversarial como modelo ideal do processo anglo-americano, em contraposição a uma imagem igualmente ideologizada do processo inquisitorial como modelo típico do processo europeu, sem advertir, que nenhuma das duas imagens corresponde à realidade efetiva (TARUFFO, 2009a, p. 246; KESSLER, 2005, p.2).

⁴ O modelo adversarial ou dispositivo quando utilizado no presente estudo é um aportuguesamento do termo inglês: *adversarial sytem*.

Nesse momento, é oportuno enfatizar que o presente estudo não possui a pretensão de realizar uma análise comparada⁵ entre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*.

No entanto, é preciso deixar claro que tal associação rígida não encontra mais sentido na processualística moderna, tendo em vista que, como bem aponta Taruffo, “não há um critério científico para tal ligação, estando a mesma superada e incapaz de prover conhecimentos confiáveis, pois são pura propaganda ideológica a favor de um ou outro sistema e são completamente ilógicas sob um ponto de vista científico” (TARUFFO, 2009a, p.233).

Logo, seguindo o mesmo trilho, defendemos a quebra desse verdadeiro dogma presente na cultura jurídica, sendo certo que não cabe mais no processo civil hodierno uma visão condicionada por elementos excessivamente ideológicos e que de forma rígida associe toda família do *common law* ao modelo adversarial e toda família do *civil law* a um modelo inquisitivo. Curial assentar, portanto, que em ambas as famílias, existem ordenamentos jurídicos que se enquadraram nesses dois modelos tradicionais.

Nesse contexto, outro ponto precisa ser desmitificado, o de que os modelos devem ser vistos como substâncias “quimicamente puras” (BARBOSA MOREIRA, 2003, p.178), inundados apenas do princípio dispositivo ou do princípio inquisitório. Tal realidade não se perfaz, pois, tal pureza é praticamente utópica no plano concreto, visto que o máximo que se pode afirmar é que os ordenamentos são preponderantemente adversariais ou inquisitoriais.

Portanto, o enquadramento dos ordenamentos em categorias (inquisitivo e dispositivo) será realizado por meio da utilização de um “*critério de predominância e não de exclusividade*” (BARBOSA MOREIRA, 2003, p.179).

Por isso, o estudo dos modelos processuais deve ser analisado por intermédio de uma *escala*, onde em uma extremidade encontra-se um modelo ideal puramente dispositivo em que há um pleno protagonismo das partes, e no outro extremo, um modelo ideal puramente inquisitivo onde há um pleno protagonismo judicial. E dentro dessa escala, os ordenamentos jurídicos estarão localizados em pontos *intermediários que o aproximam do modelo dispositivo ou do modelo inquisitivo, e nunca nas extremidades* (JOLOWICZ, 2003, p 284).

⁵ Para uma análise mais aprofundada de tal tema remetemos o leitor para seguintes obras: (DAMAŠKA,1986; TARUFFO, 2009).

Feita tais considerações, é vital destacar que a dissertação em tela se concentrará na análise do forte elo existente entre o modelo adversarial e a ideologia liberal clássica (TARUFFO, 2009a, p. 234; DAMASKA, 1986, p. 98), focando mais no estudo da experiência adversarial do *civil law*, demonstrando, com isso, que a experiência histórica do século XIX desmente a correlação entre modelo dispositivo e *common law*, comprovando a existência de modelos dispositivos no seio de países pertencentes à família do *civil law*.

Apesar das sensatas críticas acima analisadas, tal dicotomia será adotada, por uma questão estritamente didática, não para estabelecer uma associação matemática (adversarial = *civil law*; inquisitorial = *common law*), ou para enxergá-los como modelos puros, mas para agrupar as características que predominam em um e noutro modelo, e que indicam para uma predominância da atividade das partes no modelo dispositivo, e um protagonismo judicial no modelo inquisitivo.

Isto posto, o escopo principal deste primeiro capítulo é o de descrever as principais características do *liberalismo processual* que vigorou durante o século XIX na Europa Ocidental, experiência que pode ser enquadrada, por aproximação, no modelo dispositivo de processo a fim de demonstrar seus principais vícios (privatismo processual, partes como donas do processo, análise excessivamente ampla do princípio dispositivo, ideia de imparcialidade negativa do juiz liberal, busca de uma verdade meramente formal e consagração da igualdade meramente formal) e não só derrotá-los como enterrá-los, expurgando-os de vez da prática civil hodierna, bem como observar os pontos positivos que se referem, em essência, na preocupação com liberdade das partes e com a imparcialidade do juiz, que são pontos caros e essenciais e que devem ser preservados em um modelo cooperativo de processo.

O primeiro passo desse itinerário é analisar a influência do Estado Liberal Clássico, com maior ênfase no liberalismo francês, na formação de um modelo dispositivo de processo, como se fará no próximo tópico.

1.2 O PARADIGMA LIBERAL E O MODELO DISPOSITIVO

Neste ponto, revela-se substancial analisar a íntima relação que existe entre o modelo dispositivo e o liberalismo, pois como defende, com maestria, Cappelletti, o direito processual pode ser considerado, em certo sentido, como um “espelho que reflete, com extrema fidelidade, os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia de um determinado período histórico” (CAPPELLETTI, 1988, p. 15).

Parece desejável ressaltar que, historicamente, na Europa Continental, nunca tinha existido um modelo unitário e homogêneo de processo civil passível de estudo. Ao contrário, a disciplina processual estava *extremamente fragmentada* em função de uma gama de jurisdições e da diversidade de procedimentos. Por esta razão, havia a vaga afirmação dos *commom lawyers* de que os países do *civil law* possuíam um modelo inquisitivo, considerado inferior ao modelo adversarial peculiar de sua tradição (TARUFFO, 2009a, p. 241-242).

No entanto, no Século XIX com a revolução francesa, a consolidação do Estado Liberal e o desenvolvimento de um aparato teórico vasto subjacente, tal conjuntura irá influenciar, de modo decisivo, o processo civil europeu a formar sua identidade e sua unidade em torno de um modelo dispositivo de processo.

Nesse contexto calha lembrar a lição de Canotilho, de que o termo liberalismo engloba o liberalismo político (envolve doutrina dos direitos humanos e da divisão dos poderes) e o liberalismo econômico (economia de mercado livre – capitalista) (CANOTILHO, 2003, p. 109). A esses dois elementos, Correia de Mendonça acrescenta o positivismo jurídico para sintetizar as três concepções fundamentais do processo liberal do século XIX (MENDONÇA, 2007, p. 86).

Barbosa Moreira define bem a imagem do processo liberal em razão das influências do Estado Liberal:

Esse pensamento parte de uma premissa: a melhor solução para as questões da convivência humana é a que *resulta do livre embate entre os interessados, com a presença do Estado reduzida à de mero fiscal da observância de certas "regras do jogo"*. Projetada na tela da economia, semelhante ideia leva à glorificação do mercado como supremo regulador da vida social. Projetada na tela da Justiça, fornece apoio a uma concepção do processo modelada à *imagem de duelo ou, se se quiser expressão menos belicosa, de competição desportiva* (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 1084).

Essa perspectiva liberal pressupõe, assim, a existência de *cidadãos autossuficientes*, que não prescindem de qualquer assistência estatal para defesa de seus direitos. Por isso esse ideal conduziu a um modelo processual que, como assevera Dierle Nunes: “sobrevalorizava o *princípio dispositivo*, em razão da suposição de uma cidadania igualitária que era capaz de lutar pelos seus próprios interesses, sem alguma intervenção estatal” (NUNES, 2008, p. 28).

O principal marco legislativo desse período será o *Códe de Procédure Civile* de Napoleão Bonaparte, que será um “código modelo” a ser difundido por toda Europa

criando uma convergência de ideias e de legislações passíveis de ser estudadas (TARUFFO, 2009, p. 242).

Na linha da tradição liberal, o modelo dispositivo será estudado por meio dessa íntima ligação entre o Estado liberal clássico e o desenvolvimento de autênticos modelos processuais dispositivos durante o século XIX, onde há um protagonismo das partes na condução material e formal do processo, com o fulcro de perceber seus pontos positivos e preservá-los, bem como seus dogmas e degenerações, a fim de, definitivamente, enterrá-los, com vista à defesa de um modelo cooperativo de processo.

É fundamental, ainda, reconhecer a importância do liberalismo como importante meio de contenção dos poderes estatais, principalmente, em relação aos juízes, que ainda tinham uma áurea negativa do período absolutista, por terem praticado diversos atos de corrupção⁶.

Assim, tais ideais não podem ser simplesmente descartados. Como se verá no terceiro capítulo, eles serão *redimensionados à luz do Estado Democrático de Direito*. Portanto, o modelo cooperativo de processo não irá desprezar o caráter essencial do liberalismo que se manifesta na *segurança jurídica*, na *liberdade das partes*, na *garantia dos direitos dos cidadãos* e na *imparcialidade do juiz*.

1.3 TRAÇOS DISTINTIVOS DO MODELO ADVERSARIAL CLÁSSICO

Com base nesse foco de análise, o modelo dispositivo recebia, em regra, assaz influência dos movimentos teóricos desenvolvidos no Estado Liberal formando legislações baseadas em princípios estritamente técnicos.

Como bem atenta Couture, a relação de direito processual eminentemente privada era regida nesse período pelos princípios da prova racional, do impulso processual a cargo da parte, do processo escrito e do princípio dispositivo (COUTURE, 1978, p. 309).

Percebe-se, pois, que esses aportes teóricos liberais se irradiaram de modo intenso no processo, e tinham o escopo primordial de assegurar o controle do processo às partes, como também manter a imparcialidade e uma atuação passiva do julgador, criando uma cultura privatística, duelística e liberal no ambiente judiciário.

⁶ Cf. Os juízes anteriores à revolução francesa eram tão comprometidos com o poder feudal que se recusavam a admitir qualquer inovação introduzida pelo legislador que pudesse prejudicar o regime. Os cargos de juízes não eram apenas hereditários, como também podiam ser comprados e vendidos, e daí a explicação natural para o vínculo dos tribunais judiciários com as ideias conservadoras e próprias do poder instituído, e para a consequente repulsa devotada aos magistrados pelas classes populares (MARINONI, 2006, p. 28.).

Isto posto, serão estudados a seguir: a visão do processo como coisa das partes, a igualdade formal e a sua influência no processo, o perfil do juiz na busca pela verdade material, a imparcialidade do juiz, e, com maior ênfase, o princípio dispositivo, características que conformaram um perfil de um julgador espectador, convidado de pedra, que possuía um papel neutro e passivo na condução processual e material do processo.

1.3.1 Do processo como coisa das partes

Uma das principais características do modelo adversarial clássico era a concepção do processo como um ambiente de reverência à autonomia privada das partes que dominavam toda a condução do processo. O processo, assim, deveria ser visto como o *locus* propício para que as partes exercitassem sua liberdade com a mais plena liberdade, obstaculizando o julgador de qualquer interferência na condução do processo.

O processo no período liberal era concebido como verdadeira “coisa das partes” (*sache der parteien*), significando, não apenas, o respeito ao caráter privado dos direitos subjetivos deduzidos em juízo, ou seja, o poder monopolístico das partes relacionado ao objeto do processo, mas também o domínio das partes sobre o desenvolvimento do processo, sobre a técnica processual, em apertada síntese, sobre *todas as regras que fixam os termos e as modalidades do processo* (CAPPELLETTI, 2002, p. 39).

Nesse contexto, o direito apresentava uma clara dissociação entre os interesses privados e públicos (ACOSTA et al., 2005, p. 104), e como a característica essencial do processo era seu caráter privado, tal condição privilegiava a autonomia e a iniciativa dos particulares, concedendo o “absoluto império da vontade das partes em todos os momentos da tramitação” (FRANÇA GOUVEIA, 2007, p. 48).

Outro ponto substancial é que a finalidade da jurisdição era, exclusivamente, a proteção dos direitos subjetivos dos cidadãos, o processo tinha, pois, a exclusiva função de ser um *instrumento de tutela do direito subjetivo* e, assim, absolutamente vinculado à liberdade das partes. Daí resulta que o direito objetivo material só interessa às partes, não havendo uma preocupação pública com a resolução daquela lide.

Por conseguinte, o processo era concebido como uma “instituição canalizada à realização dos direitos privados” (OLIVEIRA, 2011, p. 2). Por isso, no liberalismo a aplicação ampla e plena do princípio dispositivo se explicava em razão da completa falta de interesse do Estado na resolução do litígio, como se verá no próximo tópico.

1.3.2 Do princípio dispositivo clássico

A priori, importa salientar que o estudo do conteúdo jurídico do princípio dispositivo torna-se um tanto nebuloso em razão da existência de vários conceitos e manifestações descritas pela doutrina que impedem certa unidade no que toca ao tema. Por isso temos um *termo plurissignificativo* cujos contornos variam no espaço e no tempo, não havendo clareza nem muito menos uma unidade interpretativa a seu respeito.

Uma noção habitual que se denota de tal princípio na doutrina é de vincular sob um rótulo amplo e genérico, sem preocupações metodológicas, qualquer manifestação da liberdade das partes, seja qual for a intensidade, procurando restringir, máxime, excluindo por completo, a interferência do juiz (BARBOSA MOREIRA, 1989a, p.35-36). Em apertada síntese: sempre que o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo vê-se manifestação do princípio dispositivo (DIDIER JR., 2011, p. 214).

Essa compreensão do princípio se dá, pois, o mesmo entronca suas raízes no antigo Direito Romano, sendo a emanção da tríade “*jus utendi, fruendi et abutendi*” no processo, pois traduz a ideia de que: quem é titular de um direito subjetivo tem, sob sua propriedade, a possibilidade de dispor de tal direito extra ou judicialmente (LEITÃO, 1999, p. 25).

Neste modelo, o princípio dispositivo possui íntima ligação com a relação jurídica privada, e encontra fundamentação constitucional no direito de propriedade (ACOSTA et al., 2005, p. 104), se revelando como uma verdadeira “*faceta processual da autonomia privada*” (JAUERNING, 2002, p. 131), um espelho processual da liberdade de contrato (*privatautonomie*) (HAAS, 2011, p. 90). Seguindo tal raciocínio, todo exercício de autonomia privada na esfera do processo é consequência lógica do princípio dispositivo.

Esclarecedoras sobre o tema é a linha de pensamento desenvolvida por Barbosa Moreira, que afirma que:

A palavra “dispositivo”, por sua origem, sugere relação imediata com o âmbito das relações jurídicas disponíveis, dos direitos de que os respectivos titulares podem dispor com liberdade, a seu próprio alvedrio. A quem ouça ou leia a expressão e atente na estrutura do adjetivo, é, pois, natural que ocorra a suposição da coincidência entre o conjunto desses direitos e o das hipóteses submetidas às diversas manifestações do princípio que assim se nomeia. Este se justificaria como projeção lógica e necessária, no campo processual, daquela disponibilidade; os seus múltiplos desdobramentos nada mais seriam, em substância, que corolários de uma proposição fundamental; o que é disponível fora do processo continua a sê-lo no processo (BARBOSA MOREIRA, 1989a, p. 36).

Desta forma, essa raiz do princípio dispositivo, fortemente imbricada com a autonomia privada, onde tudo girava ao redor da proteção ao direito de propriedade (GOZAÍNI, 2007, p. 116) vai elevar tal princípio ao patamar de *trave mestra do modelo dispositivo*. Pois, os sistemas liberais concebiam a auto regulação como pilar essencial, fazendo com que o princípio dispositivo fosse acolhido com grande amplitude (SILVA, 2003, p. 564).

No mesmo sentido Lebre de Freitas concebe que no seio da concepção liberal do processo civil, o princípio dispositivo exprimia a possibilidade que as partes tinham de dispor do processo, em termos equivalentes àqueles em que lhes era lícito dispor da relação jurídica material (FREITAS, 2009, p. 135).

Nesta senda esse tópico irá analisar os contornos de tal princípio sob o viés liberal que dominou o século XIX o que levava como afirma Lebre de Freitas “a pensar o processo civil como uma *coutada das partes*, que melhor do que ninguém pode orientar, em juízo como fora dele, a prossecução dos seus interesses”, e que conformou o que se chama de concepção clássica ou princípio dispositivo em sentido amplo (FREITAS, 2009, 136).

Desde logo, importa notar que para uma correta análise das manifestações do princípio do dispositivo no processo é de assaz importância visualizar tal princípio sob a ótica de dois fenômenos que estão relacionados à distribuição de poderes entre as partes e o juiz.

Um primeiro, denominado pela doutrina tedesca de *dispositionsmaxime*, é relacionado à propositura da demanda e a respectiva delimitação do objeto litigioso do processo; enquanto o segundo chamado de *verhandlungsmaxime*, atine à estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo dos recursos (DIDIER JR., 2011, p. 87; BEDAQUE, 2011, p. 95).

O inicial será chamado por Cappelletti de princípio dispositivo *em sentido material ou em sentido próprio* e irá indicar a existência de um “*potere esclusivo delle parti*” no requerimento da tutela jurisdicional e na fixação do objeto litigioso, já o segundo será identificado pelo mesmo autor como *princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio*, aquele que diz respeito à vinculação do juiz às iniciativas das partes e que, por isso, diz respeito à técnica e ao desenvolvimento interno do processo e, ainda, a eleição dos instrumentos para a formação do convencimento judicial (CAPPELLETTI, 1974, p. 357-358).

No que concerne ao *dispositionsmaxime* a doutrina clássica extrai do mesmo o *princípio da demanda*, e o utiliza como um “*standard para a iniciação do processo*”. A consagração das máximas *nemo iudex sine actore*, com referência a quem pode prover a demanda e *ne procedat iudex ex officio*, proibindo o juiz de fazê-lo, deixaram assentado que jamais o juiz poderia promover a defesa de um interesse particular (GOZAÍNI, 2007, p. 117), estando o processo exclusivamente sujeito ao impulso das partes (MENDONÇA, 2006, p. 386).

Ainda no que se refere a esse primeiro fenômeno as partes é que tinham o monopólio para carrear ao processo todo o material fático do processo, estando sob sua responsabilidade a fixação do objeto da controvérsia, sem qualquer interferência do juiz, de modo que a única base decisória do juiz eram os fatos alegados pelas partes, sendo impedido, ainda de conhecer de fatos supervenientes e os notórios, se os mesmos não fossem alegados pelas partes, como estava expresso no CPC português de 1876 (MENDONÇA, 2007, p. 70).

Já no que toca ao segundo fenômeno o princípio dispositivo clássico tinha o condão, ainda, de impedir a produção de provas pelo juiz, pois a teoria liberal fazia crer que *todo poder de iniciativa probatória, reconhecido ao juiz, seria incompatível com a natureza do direito privado* (GOZAÍNI, 2007, p. 124), resultando na amputação dos poderes instrutórios do juiz (BEDAQUE, 2011, p. 94) que se limitava a observar, como um convidado de pedra, a introdução das provas nos autos, exclusivamente pelas partes, sendo vedado de intrometer-se, de ofício, no domínio da prova (*secundum allegata et probata iudex judicare debet*) (MENDONÇA, 2007, p. 70).

O procedimento probatório era todo dominado pelas partes, esvaziando o juiz de qualquer poder instrutório *ex officio*, inviabilizando, assim, a produção de outras provas que as partes não tivessem submetido à sua apreciação.

A liberdade de disposição do processo era tamanha que a vontade das partes era capaz de criar, de forma ampla, *acordos probatórios que impelia o juiz a colocar como base da sentença fatos manifestamente não acontecidos ou impossíveis*, não havendo comprometimento algum com a realidade dos fatos (CAPPELLETTI, 2002, p. 39).

Desta sorte, é no solo fértil dos ideais liberais que o princípio dispositivo encontra terras fecundas para atingir o ápice de sua amplitude e aplicação rígida, dominando toda estrutura lógica do processo e sendo aplicado, em absoluto, nos dois fenômenos acima descritos, tendo as partes o monopólio de toda a tarefa de iniciação do processo, de

determinação do objeto e conteúdo, e do impulso processual, bem como o domínio sobre a produção probatória.

Uma primeira explicação ideológica para essa aplicação ampla do princípio dispositivo, dominando todas as etapas do processo, é a *posição de desconfiança do liberalismo frente a toda e qualquer atividade do Estado*, pois tal princípio funcionava como meio de garantir e proteger a autonomia privada dos cidadãos no exercício das suas faculdades processuais, sem qualquer interferência do órgão judiciário, que deveria se manter completamente passivo.

Outro fator de assaz importância para essa aplicação ampla do princípio dispositivo era a fase processual a qual o processo civil fazia parte, denominada de *praxismo ou sincretismo*, onde havia uma nítida confusão entre direito material e o processo, não havendo distinção entre a relação jurídica processual em face da relação jurídica da natureza substancial, de modo que o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas, o direito processual, enfim não tinha autonomia científica (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 51; DIDIER JR., 2012, p. 31).

Disto resulta, que a estrutura interna eminente privada do processo, onde não era reconhecida a autonomia da relação processual formada, nem muito menos a sua natureza pública, estruturou o terreno ideal para edificação do princípio dispositivo, e do monopólio da atuação das partes, não só na iniciativa processual, como também na sua estrutura interna.

Por fim, é preciso reconhecer que tal princípio, no período liberal, desempenhou um papel de assaz importância para a doutrina liberal, por impor diversas limitações à atuação do juiz, garantindo a sua imparcialidade e vedando a iniciativa probatória, em um *período de total desconfiança na classe judiciária*.

Todavia, importa salientar que essa manifestação exacerbada de dispositividade ⁷, onde as partes eram consideradas *dueñas del proceso* (AROCA, 2001, p. 66), inundada dos ideais liberais, que facilitava a esperteza da parte mais forte e hábil (NUNES, 2008, p. 45), se mostrou esgotada ainda no curso do século XIX, em razão das suas nítidas degenerações e insatisfações, fazendo com que a processualística reconhecesse os efeitos maléficos do liberalismo processual e buscasse novos horizontes capazes de suprir os déficits mediante novos paradigmas teóricos.

⁷ Nesse sentido Jolowicz qualifica o sistema adversarial como uma aplicação exagerada do princípio dispositivo (JOLOWICZ, 2000, p. 219).

1.3.3 Da igualdade formal e a imparcialidade negativa do juiz

A desigualdade, por desgraça, constitui não a exceção, mas a regra”
(CARNELUTTI, 1952, p. 97)

O presente tópico terá como intento primordial, analisar, de forma crítica, a postura que o juiz deveria tomar no modelo dispositivo no que atine à promoção da igualdade jurídica que foi delineada naquele período histórico.

Nesta senda, a aceção da igualdade desenhada pelos filósofos liberais tinha o escopo de desconstruir a teoria do poder absoluto, com o intuito de eliminar todo o feixe de privilégios que predominavam no ambiente real. Para essa finalidade, a igualdade formal era o remédio ideal para proclamar a igualdade de todos perante a lei (BONAVIDES, 2009, p. 221).

Destarte, o ambiente criado pelo Estado Absolutista de discriminações em razão de sua origem ou classe social, aliado aos vigorosos privilégios da época, foi bastante propício para o surgimento no período liberal de uma visão igualitária dos cidadãos perante a lei, como meio de coibir às desigualdades que marcaram o absolutismo estatal.

Esse desenvolvimento teórico paradigmático para este período histórico não poderia deixar de influenciar o processo. De tal forma que essa concepção irá dominar a distribuição de poderes na dinâmica do processo, delineando o perfil de um juiz “*tradutor das necessidades do Estado Liberal*” (CANTOARIO, 2011, p. 195).

Nesta quadra, urge ponderar que o liberalismo aliado ao conceito de igualdade meramente formal impôs uma leitura da imparcialidade do juiz *completamente esvaziada de conteúdo ético*, prescrevendo uma caricatura de um “juiz eunuco político e social, cego e insensível a qualquer diferenciação sócio- econômico- cultura das partes no âmbito da relação jurídica processual” (SOUZA, 2010, p. 28).

De modo que, tal concepção obstaculizava uma atuação do juiz positiva com o intento de balancear as desigualdades sociais e econômicas das partes, deixando às partes a tarefa de *conduzir todo o processo solitariamente*. A preocupação era apenas com a igualdade meramente formal, que a jurisdição fosse aplicada de modo igualitário a todos os jurisdicionados, sem observar se, em concreto, os litigantes estavam em paridade de condições para exercerem seu contraditório efetivo.

O aspecto formal da igualdade demonstra-se, assim, mediante: “rígida previsão dos atos processuais, com a disponibilidade privada da tutela jurisdicional, a exigência de

certeza jurídica e o acolhimento do princípio da igualdade abstrata entre as partes” (OLIVEIRA, 2003. p. 43).

Analisando essa igualdade formal, Damaska assevera que todas as partes devem ser tratadas de modo igual aos fins de alocação dos instrumentos processuais. Para descrever tal ideia o autor compara os litigantes aos votantes que devem ser considerados iguais na disciplina das eleições (um homem, um voto) (DAMASKA, 1986, p.188).

Exatamente em face dessa realidade as regras processuais elaboradas para assegurar a igualdade dos litigantes eram de caráter abstrato, pois tinham como único escopo salvaguardar uma igualdade meramente formal, igualdade perante a lei (JOLOWICZ, 2004, p. 146-147), visto que, sendo ou não iguais na essência, todos devem ser considerados iguais para efeito de aplicação da lei processual.

Desta forma, a questão relativa à “*situazioni di disuguaglianza reale*” (TARUFFO, 1979, p. 73), entre as partes não deveria ser objeto de estudo do direito processual, e o juiz não poderia intervir para promoção de uma igualdade real, de acordo com o caso concreto.

Portanto, o julgador tinha o dever de comporta-se de forma passiva, absentéista, no que concerne a promoção da igualdade material das partes, não lhe incumbindo a tarefa de auxiliar a parte hipossuficiente, devendo restringir sua atuação ao julgamento da demanda, sob pena de sua interferência ser interpretada de modo negativo, como um indício de que o magistrado violou o seu dever de imparcialidade (DAMASKA, 1986, p.107).

É essencial reconhecer a importância dessa igualdade formal, na evolução histórica da sociedade como meio de extirpar os privilégios inaceitáveis do Estado Absolutista (ROSA, 2006, p. 457-458). No entanto, essa visão abstrata, estaque da igualdade, especialmente no ambiente processual, termina por evidenciar ainda mais as diferenças.

Desta maneira, o ambiente processual é composto por litígios que envolvem partes que podem estar em patamares de extrema oposição de igualdade pré-processual, seja técnica ou econômica, como exemplo de processos entre litigante habitual e ocasional (TARUFFO, 1979, p. 90), grandes multinacionais contra simples consumidores hipossuficientes, ricos contra pobres, letrados contra analfabetos, capazes contra incapazes e partes com defensores com alta habilitação, contra partes com defensores inaptos.

Assim, o julgador que se mantém inerte e assiste, como um espectador de um duelo, um convidado de pedra, o massacre de uma das partes, permite que uma parte se

consagre vencedora por razões de mera superioridade econômica ou técnica, em detrimento de uma parte hipossuficiente, de modo que o processo foi concebido para declarar o direito que uma das partes possua e *não para retirar direitos de quem os tem e dá-los para quem não os têm* (WAMBIER, 2005, p. 40).

Carnelutti, analisando a igualdade no processo, percebe de forma acertada que o equilíbrio perfeito entre as partes é na verdade uma “*raridade no meio processual*”. E conclui o autor, que essas disparidades não podem ser relevadas, pois, influem, de modo contundente, sobre a eficácia do contraditório, que é um pilar de qualquer modelo de processo (CARNELUTTI, 1971, p. 294).

Em face disso, a concepção do contraditório nesse período era de um princípio *externo e puramente lógico formal*, que visava apenas garantir uma simples audiência bilateral das partes que se concretizava quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida (OLIVEIRA, 1999).

De acordo com essa concepção, a parte era dona da lide (*dominus litis*), estando legitimada a comporta-se como preferir, não cabendo ao magistrado intervir para corrigir uma gestão deficiente dos interesses dos particulares (MENDONÇA, 2007, p. 388).

Desse modo, conclui-se que um modelo que pressupõe a ausência de disparidades entre as partes não pode prosperar, pois as razões de desigualdade entre as partes são infinitas e se manifestam de diversas formas no caso concreto.

Calha nesse contexto atentar para as lições de Oliveira que assevera que:

Esse ambiente onde se considera todos iguais perante a lei, gera como consequência, uma propensão em dificultar ou mesmo *impossibilitar o aumento dos poderes do órgão judicial, privilegiando-se o predomínio das partes no processo*. O juiz é completamente passivo à causa, o que dá azo à lentidão e ao abuso, uma vez que as partes e seus defensores figuram como árbitros praticamente absolutos (OLIVEIRA, 2003, p. 41).

Desta sorte, um modelo adversarial, baseado em uma igualdade meramente formal e numa acepção meramente negativista da imparcialidade é assaz inapto para reduzir ou eliminar a heterogeneidade substancial que se observa entre as partes, bem como para garantir uma paridade de condições de ataque e defesa, um contraditório real e uma decisão justa e eficaz.

1.3.4 Busca da verdade formal

Para um melhor entendimento da busca da verdade no modelo garantista de oitocentos é substancial perceber que a função e os objetivos do processo, bem como a concepção duelística, que imperavam no período liberal, modelaram uma atuação do juiz visando a busca de uma verdade meramente formal.

Damaska enquadra muito bem o Estado Liberal Clássico como um “Estado Reativo” que tinha como função essencial do processo a de fornecer um foro neutro para resolução das controvérsias, que se limitava a atuar em funções meramente burocráticas, impedindo a atribuição de responsabilidade ao órgão jurisdicional no ritmo e no impulso do processo (DAMASKA, 1986, p. 107). Destarte havia uma preocupação apenas com a composição do litígio, de modo que o juiz não devia atuar ativamente na concretização da justiça material da decisão.

Sob essa perspectiva, a verdade dos fatos não podia ser alcançada porque não deve ser perseguida, e não deve ser perseguida porque a ideia de um processo dirigido à busca da verdade entra em conflito com a ideologia que concebe o processo civil essencialmente como um *instrumento para resolver conflitos*, em particular os que assumem a forma de controvérsia jurídica entre as partes (TARUFFO, 2005, p. 37).

Outro elemento era que o processo era o palco de um duelo, onde os combatentes, ao invés de espadas ou bastões, usavam os argumentos e as palavras. De tal forma que os advogados eram como gladiadores que utilizavam suas próprias armas do jeito que lhe parecesse mais eficaz, sem nenhum controle por parte do julgador, que se restringia a fiscalizar o embate, com o fulcro de evitar ou reprimir golpes desleais e, ao fim, declarar o vencedor (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 179).

Essa concepção do processo se traduz na “*sporting theory of justice*” que retira dos escopos do processo a preocupação com correspondência da sentença com a realidade dos fatos, de tal forma que a busca da verdade é vista como um “*spreco di attività, di tempo e di denaro*” (TARUFFO, 2012, p. 1122).

Deste modo, o principal argumento utilizado pelos teóricos liberais era que os modelos dispositivos presumem que as partes terão todo o interesse em descrever a fatorialidade tal como ocorreu e com a maior completude possível, negando, pois a afirmação de que um processo assim modelado pressupõe uma verdade meramente formal (SILVA, 2003, p. 564).

Por esta lógica, se as partes são as que melhor defendem seus interesses não há necessidade da intervenção do juiz, sendo vedada ao julgador uma postura ativa na procura dos fatos, ele era visto como um mero árbitro na competição entre as partes, resolvendo apenas os incidentes interlocutórios que porventura surgissem, e verificando a observância das regras fundamentais de conduta processual e proferindo a decisão final sobre o mérito (MENDONÇA, 2007, p. 290).

Ocorre que, na verdade, o perfil do juiz imposto pelo Estado Liberal o impedia de uma postura ativa na busca da verdade processual, pois, como bem assevera Theodoro Jr., o juiz liberal não tinha uma preocupação com a verdade propriamente dita, mas apenas em apurar qual a parte que obteria maior êxito nos complicados jogos processuais, resultando em uma verdade meramente formal, que impregnava a maioria das demandas, de alta dose de injustiça (THEODORO JR., 2007, p. 74).

Por esta razão, exclui-se a verdade do conjunto de finalidades perseguidas pelo processo, de tal forma que o modelo adversarial não é estruturalmente orientado ao accertamento da verdade (TARUFFO, 2012, p. 1122), sendo seu principal escopo garantir a composição dos interesses das partes, de forma mais satisfatória possível, evitando sempre que o conflito prossiga, prezando pela autonomia das partes, pela segurança jurídica, e pela paz social.

Criticando o modelo dispositivo que foca apenas a resolução do litígio Echandía descreve ironicamente o papel que o juiz exerce nesse contexto:

Na realidade, o juiz fica adstrito a reconhecer a justiça que as partes obtêm por seus próprios esforços ou a oficializar a injustiça que elas sofrem em razão dos seus erros, de sua incompetência ou das limitações que as sujeita a pobreza ou a ignorância na escolha dos seus representantes, na luta probatória ou no exercício do direito de recorrer (ECHANDÍA, 1968, p. 393).

É fato, pois, que o processo hodierno não se contenta mais com uma verdade meramente formal, pois a acomodação do juiz diante da delimitação fática e probatória do litígio retrata uma completa indiferença no que atine ao fenômeno do mundo empírico, de modo que essa realidade vai ser completamente superada como se verá adiante.

1.4 MARCOS LEGISLATIVOS

Essa estruturação do processo como um verdadeiro duelo entre os litigantes será adotada nas legislações processuais liberais, que irão assimilar as características acima

estudadas, que apontam para um acentuado protagonismo das partes e uma forte restrição à atuação do juiz, um típico modelo dispositivo.

Dessarte, as duas principais legislações processuais civis do período iluminista: o código napoleônico de 1806 e o Código Italiano de 1865 serão inundados de tais princípios, sendo modelos processuais claramente dispositivos, por encampar um nítido protagonismo das partes durante todo o processo.

Em Portugal, é ponto assente identificar que todo modelo processual civil anterior às reformas operadas nos anos 20, é de viés liberal, onde se observa o protagonismo das partes durante todo o iter processual.

Assim, o código processual que foi enraizado da ideologia liberal do seu tempo foi o Código de 1876, que foi profundamente influenciado pelo princípio dispositivo e por uma concepção jusprivatista do processo. O código instituiu um processo escrito, mediato e não concentrado, que coloca em relevo o respeito pela forma. O processo se desenvolvia como um duelo entre dois adversários perante um terceiro judicante (MENDONÇA, 2006, p. 386-387). As partes eram dona da lide (*dominus litis*) e se comportavam como bem entendesse, sem a interferência do juiz na correção da gestão deficiente dos interesses particulares (MENDONÇA, 2006, p. 386-388).

CAPÍTULO II - MODELO PROCESSUAL INQUISITORIAL OU MISTO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O próximo passo do itinerário é analisar o modelo processual que vem se contrapor ao dispositivo. Á medida que se dá a crise do modelo liberal e a ascensão de um Estado Social, a divisão de poder será, inequivocamente, remodelada em razão da nova organização política, que, dessa vez, em extrema oposição, imporá um *papel de protagonismo à magistratura* e o consequente *enfraquecimento do papel das partes*.

Uma primeira observação deve ser feita em relação à expressão “inquisitivo”, em razão de ser um termo de valoração negativa usado, muitas vezes, para comparar os modelos inquisitivos com o espírito da Santa Inquisição, onde o investigado não tinha nenhum poder de defesa diante de um tribunal onipotente (TARUFFO, 2009b, p.234).

Em razão disso, Taruffo, sem invalidar a importância da dicotomia entre os modelos adversarial-inquisitorial, propõe que essa terminologia seja banida, defendendo que o modelo inquisitorial seja chamado de *modelo misto*, para representar aquele em que sejam estabelecidos, de forma mais ou menos acentuada, os poderes instrutórios do juiz.

Apesar de concordarmos com a crítica de tal eminente processualista, o presente trabalho mantém a nomenclatura em razão da sua consolidação doutrinária, mas afasta essa conotação incorreta dada ao termo, delimitando o seu uso para significar, unicamente, o modelo que mais fortemente se contrapõe ao dispositivo e que *indica para um nítido protagonismo do juiz* na condução do processo, modelo este que apesar de ser criticado, na maioria dos casos, respeita os direitos e garantias das partes.

Outro ponto que precisa ser enfatizado é que mais uma vez a prática vai desfazer a tão propagada associação entre: *civil law* = inquisitivo e *common law* = dispositivo, pois as recentes reformas operadas no direito inglês (*common law*), promovidas por Lord Woolf (TARUFFO, 2009b, p. 234) são exatamente no sentido de conceder relevantes poderes do juiz no plano da gestão do procedimento, bem como controle sobre aspectos da prova (principal característica dos modelos inquisitivos).

Em razão disso, o termo inquisitorial deve ser entendido como um modelo que foi estruturado na maioria dos países europeus durante o XX, com o surgimento do Estado Social (em sua noção multifacetada) e o consequente aumento dos poderes judiciais, que vai ter como característica típica o *protagonismo judicial* na condução formal e material do processo.

2.2 PARADIGMA SOCIAL E O SOCIALISMO PROCESSUAL

Mais uma vez é preciso fazer uma breve síntese das transformações ocorridas na ideologia subjacente ao processo civil para que possamos entender melhor as transformações que se dará no sistema processual com a crise do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social.

Importa notar, pois, que a base do modelo liberal torna-se descompassado em relação a tudo que o habitava visto que, por inúmeros fatores, era nítida a necessidade de *ruptura* com esse modelo.

A lógica do Estado liberal de liberdade de jogo das forças políticas e econômicas acaba por ruir (NUNES, 2008, p. 49), a liberdade econômica se desvirtua contribuindo para formação de oligopólios e monopólios, além da revolução industrial que impõe uma utilização abusiva da força de trabalho e uma incessante busca por lucros (BONAVIDES, 2009, p. 59).

Essa conjuntura faz nascer, em contraposição ao *laissez-faire* liberal, um Estado *intervencionista e Social*, (MIRANDA, 2012, p. 36), que buscará, por meio de ações positivas e com a consagração dos direitos fundamentais de segunda dimensão (sociais, econômicos e culturais), *atuar na busca de um Bem Estar Social*.

Esse ambiente subjacente ao Estado Social, de desenvolvimento do intervencionismo estatal, irá propiciar a formação de variados interesses políticos, aparecendo e, depois, desaparecendo no seu seio, *regimes autoritários e totalitários de diversas inspirações* (BONAVIDES, 2009, p. 59). Daí resulta que o conceito de *social* é “*notoriamente polifacetado*” (BARBOSA MOREIRA, 1986, p. 51).

Como bem assevera o processualista de Pavia, muitas vezes, não se distingue os variados tipos de regime. Os Estados Ativos (fascismo, comunismo, socialismo, Estado assistencial ou Estado Social) são colocados, indistintamente, sem o uso de uma teoria política articulada, no rol genérico de *autoritários* (TARUFFO, 2009b, p. 268).

Imperioso salientar que, essa não é a sede para adentrar em assuntos constitucionais. O que interessa para o presente estudo é analisar a viragem ideológica que se deu no processo com a superação do liberalismo processual e o surgimento de uma nova divisão de poderes no iter processual que arquiteta a figura de um juiz protagonista.

O modelo adversarial baseado em um duelo entre as partes, que dirigiam toda a locomotiva do processo, enquanto o juiz não era mais que “um paciente colaborador-um

boneco de engonços, que só se poderia mover, quando as partes lhe puxassem o cordel”, revela sua *completa inoperância* (SPRUNG, 1980, p. 140).

Ultrapassa-se, então a figura do juiz passivo, espectador do duelo, perfil que se mostra descompassado com o aparato ideológico advindo com o Estado Social. Surge, portanto, uma nova visão do processo que tenta *publicizar o fenômeno processual*.

O processo do Século XX, denominado de processo social, é desta feita, fruto da combinação de uma concepção social da ordem jurídica, de uma ideia intervencionista do Estado e de uma noção holística das relações entre o indivíduo e a sociedade (MENDONÇA, 2007, p. 71).

Desta forma, surge um modelo socializador, onde nas palavras de Dierle Nunes “há um nítido *reforço dos poderes dos juízes*, especialmente oficiosos, de modo a viabilizar uma engenharia social governada e predisposta para o Judiciário, que com sensibilidade, aplicaria o direito aos seus clientes” (NUNES, 2008, p. 28).

Por fim, em consonância com essa concepção que dominou a disciplina processual do século XX, o aumento do poderio Estatal associado a um Estado mais intervencionista, justificava o aumento de poderes do juiz, fazendo surgir um novo modelo processual que conferia um *nítido protagonismo à figura do juiz*.

Assim, a visão do processo como coisa das partes, bem como o poder monopolístico das partes no campo da produção probatória, características estas típicas do processo liberal do século XIX, se mostram deficitárias e superadas com o advento dos ideais propugnados pelo Estado Social (CAPPELLETTI, 1972, p. 122-123).

Essa mudança de perspectiva representou um completo redimensionamento da lógica do processo o que influenciou de forma assaz significativa o mundo jurídico da época, fazendo com que transformasse, de forma radical, a distribuição de poderes no processo civil, transformando a lógica de pensar o processo.

2.3 TRAÇOS DISTINTIVOS DO MODELO INQUISITIVO

Uma vez analisado o modelo estatal social subjacente ao modelo inquisitivo, esse tópico terá o escopo de analisar os principais traços característicos que estruturam o modelo processual de corte inquisitivo.

Importante assentar que é o modelo legislativo de Franz Klein que irá romper as bases do modelo liberal, e partindo de uma suposta função assistencial que o juiz

desempenharia no âmbito processual *enceta o discurso de protagonismo judicial no meio processual*, (NUNES, 2008, p. 28).

De tal maneira que as ideias base do código austríaco se disseminaram, em diferentes graus, influenciando a reforma dos sistemas processuais do século XX, mais especificamente, nos Estados Sociais, considerados por Damaska como Ativos.

Por conseguinte é sob uma lógica de ataque ao modelo anterior que se desenha um novo modelo de processo que será o extremo oposto do modelo dispositivo. A relação jurídica, antes eminentemente privada, será publicizada, o perfil do juiz será redimensionando, pois passará a buscar a verdade material e igualdade das partes, conjuntura que acarretará uma concentração dos poderes nas mãos do juiz.

De modo que as características a serem examinadas a diante irão rebater todas as características do modelo liberal conformando uma ideia de processo completamente oposta e que irá, mais uma vez, levar a degenerações.

2.3.1 Da publicização do processo

Conveniente destacar, que a *visão do processo como “coisa das partes”* rui, visto que o ambiente processual passa a espelhar um *locus* no qual se manifesta a autoridade do Poder Estatal, com o intento de não apenas tutelar interesses privados, como, também, realizar o interesse público.

Em apertada síntese, o processo não é mais entendido como uma mera explicação da autonomia privada no exercício dos seus direitos, mas como um instrumento que o Estado põe à disposição dos particulares para atuação da lei (TARUFFO, 2006, p. 188).

Daí a necessidade de observar o processo sob um duplo viés. O primeiro enfoque é o interno, onde há o litígio que é construído pelo start essencial do autor com a peça inicial e cuja decisão tem como destinatário direto às partes. Já o segundo enfoque é de caráter externo, e indica que a decisão judicial deve se harmonizar também com um viés social, que exige que a solução atue no sentido de apaziguamento social e na realização do direito objetivo (ASSIS, 2010, p.4).

Por esta razão, o processo civil, recebe um *plus* funcional, pois além da função de pacificação dos interesses privados, passa a ter uma função de caráter público. Por isso, a Administração Pública, passa a se interessar em um exercício ordenado, rápido, orgânico e imparcial daquela função, influenciando na atuação das partes, pois as mesmas, apesar de serem livres para dispor dos seus direitos deduzidos em juízos, não podem dispor a seu bel-prazer

do próprio processo e do modo como o processo deve se desenvolver (CAPPELLETTI, 2002, p. 38).

Desta maneira, apesar de ser certo que aquilo que é discutido no processo, por regra geral, é de caráter disponível e privado, isto não permite que tais características possam ser estendidas ao processo, pois o modo de se desenvolver o mesmo não pertence aos particulares, senão ao Estado, único titular da função jurisdicional, que se utiliza do processo como instrumento para efetividade dessa função (ACOSTA et al., 2005, p. 124).

Destarte, as instituições judiciais adquirem uma *concepção publicista* onde há um substancial incremento da participação judicial no processo, afastando o completo domínio das partes sobre o objeto do litígio, sobre a relação em litígio, seu início, continuação e conteúdo, minimizando, assim, a importância do princípio dispositivo e transferindo os holofotes das partes para o juiz.

Deve advertir-se, por outra parte, que a publicização excessiva (DINAMARCO, 2003, p. 62), que abarca não somente o processo, mas o próprio *objeto do processo*, ou seja, a relação de direito material é assaz preocupante, pois, significaria, em últimas consequências lógicas, *a abolição do direito subjetivo*, tal como já foi defendido doutrinariamente na Alemanha Nazista onde se sugeriu a atribuição ilimitada de poderes ao juiz na investigação probatória e o conseqüente enfraquecimento das garantias e segurança dos direitos individuais (OLIVEIRA, 2011, p. 3).

Nesta senda, o ápice do modelo inquisitorial, coloca-se com a instituição de um processo civil estritamente ligado as relações de direito público com propensão para exclusão do princípio dispositivo e absoluto reinado do inquisitório e da oficialidade em prol da ampla investigação da verdade real objetiva o que acarretaria a *quase total absorção do direito civil pelo direito público*. Transferindo para o plano legislativo temos, como exemplo a reforma Prussiana, que determinou uma ampla investigação oficiosa dos fatos pelo juiz em qualquer tipo de processo (OLIVEIRA, 2011, p. 2-3).

No entanto, esse modelo inquisitivo radical, que estaria posicionado quase na extremidade da escala inquisitorial, não será o paradigma processual que se disseminará por toda Europa ocidental durante o século XX, o modelo a ser copiado será o proposto pelo austríaco Franz Klein que irá influenciar de modo decisivo as legislações supervenientes.

Um grande contributo da teoria publicística e que foi o ponto de partida para o regulamento austríaco de Klein, marco legislativo mais importante do modelo inquisitorial, foi considerar os conflitos jurídicos como um “verdadeiro mal social, que implicam em

perda de tempo, dispêndio de dinheiro, uma ligação infrutífera de valores, de instigação de ódio e zanga entre as partes litigantes, e outras funestas emoções para vida da comunidade” (SPRUNG, 1980, p. 140).

Klein irá enxergar, ainda, um enorme significado político, econômico e social no processo, mas evidenciará o processo como um caso de crise social, mal este que deveria ser resolvido mediante a atuação mais efetiva do Estado em todas as fases processuais, o processo é visto como uma inevitável instituição de bem estar social para a busca da pacificação social (NUNES, 2008, p. 50).

Por conseguinte esse caráter socializante, proposto por Klein, evidencia uma nítida ruptura com os tradicionais modelos liberais, revelando uma função assistencial a ser desempenhada pelo juiz, e iniciando a defesa legislativa por um protagonismo judicial.

Vale salientar que apesar da legislação de Klein ser um modelo inquisitivo mais ponderado, o ordenamento austríaco apresentará suas degenerações por ser um ordenamento *assaz paternalista* e que acredita que *a defesa pura e simples do protagonismo judicial será a solução de boa parte dos problemas do processo*, posição que nos parece um tanto simplista e ingênua (NUNES, 2008, p. 55).

Por isso, é medular encontrar o ponto de equilíbrio entre o privatismo e publicismo, harmonia esta que só pode ser alcançada com a consagração de um modelo cooperativo de processo.

Assim, o presente trabalho defende que o processo deve ser visto sob um prisma publicista. No entanto, é preciso entender que *a ótica publicista é mais ampla e não exclui a privatista*, pois ao buscar a atuação do direito objetivo, defendido pela sociedade, fatalmente o processo servirá para *defesa do direito subjetivo* (GAVIORNO, 2007, p. 286).

Percebe-se, então, que o fenômeno da publicização foi essencial para o desenvolvimento da processualística moderna. Nesta senda uma saudável publicização do processo aliada a garantia dos interesses privados das partes (princípio dispositivo) são elementos essenciais no modelo cooperativo a seguir defendido.

2.3.2 O Princípio inquisitório

Com essa nova perspectiva proposta pela socialização do processo, a lógica do processo sofre uma verdadeira *revolução ideológica e teórica*, a partir de uma busca pela reestruturação dos poderes processuais representada pelo enfraquecimento do papel das

partes e pelo reforço do papel dos magistrados, como meio de suplantar os déficits do modelo anterior, buscando novos meios de ver e interpretar o processo.

Todo esse giro axiológico irá afetar diretamente a divisão de trabalho entre o *trium personarum*. De tal forma que a orientação que conforma o processo a uma total e completa disponibilidade das partes, com um domínio absoluto dos particulares e um tribunal assumindo uma posição puramente passiva, como estudado no capítulo anterior encontra-se completamente ultrapassada no ambiente da doutrina processual civil (TEIXEIRA DE SOUSA, 1993).

Resulta intuitivo, com efeito, que o processo que dominou o Século XX não será mais regido predominantemente pelo princípio dispositivo, ganhando forma e força, em contraposição, a aplicação do *princípio inquisitivo*, modelando um processo com nítido protagonismo judicial.

Importa enfatizar que no plano da teoria do processo se desenvolve uma *nova fase metodológica do processo* que vem romper com a fase sincrética (modelo dispositivo clássico), inaugurando uma *fase autonomista*, também chamada de *processualismo científico*, quer terá o condão de fazer o divórcio do direito processual e o direito material, que permitiu a autonomia do processo civil e o desenvolvimento científico de categorias processuais (DIDIER JR., 2012, p. 31).

De tal maneira que essa relação jurídica processual autônoma irá receber os reflexos do fenômeno da publicização do processo, fazendo com que a relação jurídica processual se torne pública, condição fundamental para afastar as teses doutrinárias que rechaçavam a iniciativa probatória do juiz devido à natureza privada processo.

Este ambiente de ataque ao modelo anterior irá impor, nesse contexto, uma lógica de contraposição entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitório, como se tais princípios tivessem caráter absoluto, sendo indispensável fazer a opção por um deles e a eliminação do outro (LOPES, 2006, p. 91).

Consequentemente, temos uma forte ideologização da análise, ligando o princípio dispositivo a ideias liberais consideradas já superadas e enaltecendo o princípio inquisitivo como o mais adequado ao modelo inquisitivo enaltecido.

O traço marcante da inquisitorialidade do processo é dado em aderência ao seu significado literal (inquirir = indagar, investigar). Daí extrai-se que o juiz não está mais vinculado a julgar *secundum allegata et probata a partibus*, podendo, livremente, buscar os fatos ou indagar sobre a verdade dos fatos colocados na base do seu provimento (BARBIERI, 2000).

Essa mudança de perspectiva revoluciona a atuação do juiz que passa a ser *responsável pela condução do processo*, adotando uma posição ativa no recolhimento da prova com o escopo de atingir a verdade real, assumindo o impulso oficial do processo, e tendo os seus poderes no iter processual assaz reforçados, inclusive, os poderes instrutórios ex officio.

Entende-se, pois, que a visão clássica do princípio dispositivo está completamente superada, sendo certo que a concepção do processo como uma relação jurídica de direito público foi de assaz importância para perceber que o *monopólio exclusivo das partes sobre a prova não é uma manifestação do princípio dispositivo*, e que é perfeitamente possível harmonização de ambos princípios no âmbito processual, assim, a doutrina majoritária passa a excluir do alcance jurídico do dispositivo o monopólio probatório das partes, *concedendo ao juiz poderes instrutórios em diversos graus*.

Por fim, esse modelo começa a ser atacado e entrar em decadência a partir da Segunda Guerra Mundial por *ser um modelo que pregava o progressivo abandono do princípio dispositivo* e conferia amplos poderes de determinar de ofício todas as provas necessárias à formação do seu convencimento, sem atentar para a importância da cooperação como elemento de otimização do processo (GRECO, 2005, p. 102).

2.3.3 Da igualdade material e a imparcialidade do juiz

Como já visto anteriormente o conceito de igualdade formal de oitocentos não se demonstrou suficiente, pois vinculava a igualdade, exclusivamente, à ideia de liberdade. Tal entendimento só seria possível em uma sociedade formada por iguais, o que, pela dimensão concreta da vida, mostrou-se assaz utópico (MARINONI, 2006, p. 42).

Exatamente em face dessa realidade, deixou de ser suficiente assegurar uma igualdade jurídica entre as pessoas, reclamando-se do Estado Social ou interventor a *remoção dos obstáculos de natureza, social, econômica e cultural que limitavam de fato a igualdade de oportunidades que a todos assiste* a fim de alcançar uma igualdade real e efetiva, impondo-se, pois, uma “obrigação de diferenciação” (RIBEIRO SOUZA, 2012, p. 2), passando a ordem jurídica a ter que estabelecer um “direito desigual igualitário” (MARINONI, 2006, p. 42).

Importa notar que a crise do princípio da igualdade nos moldes liberal culminou, exatamente, na transição do Estado Liberal ao Estado Social, quando o positivismo lógico-formal vislumbrava unicamente a norma, enquanto o positivismo sociológico, mais crítico

e atento às mudanças sociais e históricas, via a norma e ao mesmo passo a realidade (BONAVIDES, 2009, p. 224)

Uma vez percebida a distância que separa a igualdade meramente formal e uma efetiva igualdade real, a doutrina começa a desenvolver a concepção de *igualdade material*, e todas essas transformações vão incidir de forma direta no processo, por meio de mecanismos legais tendentes a impedir, a corrigir e a ultrapassar desigualdades, no caso concreto, existentes no curso da ação.

Ocorre que, com o intento de atacar o conceito anterior, adota-se uma visão da igualdade que se põe no extremo oposto, valorizando muito mais a busca por uma igualdade real e, muitas vezes, esquecendo-se do essencial *valor liberdade que deve ser inerente ao conceito de igualdade*, ocasionando mais uma vez a sua degeneração.

Registra-se, pois, que se deve ser certo que não existe igualdade sem liberdade, também o é que não existe liberdade sem igualdade. Nesta senda, a imparcialidade deve ser vista como um *corolário da igualdade*, (RIBEIRO, 1996, p. 203). De tal forma que a igualdade não pode ser buscada de forma cega sem que seja garantida a imparcialidade do julgador que é um dos seus consectários lógicos.

Consequentemente, a busca incessante por uma igualdade material e da justiça material, pontos vitais desse modelo, por meio de um juiz assistencialista e paternalista, que põe em risco, muitas vezes, a imparcialidade do juiz e a liberdade das partes não pode prosperar. É de substancial importância, mais uma vez chegar a um ponto de equilíbrio, entre um juiz ativo e a preservação da liberdade das partes, não se podendo nunca defender o processo como um instrumento de concretizar a justiça e a igualdade a qualquer preço, como se os fins justificassem os meios.

2.3.4 Da busca da verdade material

Nesse tópico se demonstrará que a verdade formal passa a ser assaz criticada, por não se preocupar com a justa composição do litígio, ocorre que, o modelo inquisitivo, sob a forte tendência publicista, irá conformar uma busca da verdade no extremo oposto da verdade formal o que levará mais uma vez a degenerações.

Nesta senda, a tendência publicista observa a litis como um fenômeno social, e com uma função social, cuja justa solução interessa à coletividade para o restabelecimento da ordem jurídica alterada; dentro desta ótica o processo é, então, um instrumento de

atuação do direito objetivo, e em razão disso, devem-se ampliar as faculdades para a investigação da verdade real frente à verdade formal (VELOSO, 1982, p.4).

O modelo inquisitivo irá negar o modelo dispositivo que se restringia a buscar a verdade de forma estritamente restrita ao material apresentado pelas partes, e passará a dotar os juízes de amplos poderes na busca da verdade, até mesmo fora do material trazido pelas partes. De tão modo que o juiz adversarial é confinado ao passo que inquisitivo não (MOORHEAD, 2006, p. 14).

Destarte, como se apercebe a visão extremamente oposta mais uma vez levará a defeitos e vícios, visto que a busca da verdade material não pode ser entendida como uma fórmula onde só há justiça do caso concreto se a verdade objetiva for alcançada (AROCA, 2012, p. 57).

A perseguição da verdade material ou objetiva não pode se converter em uma obsessão ideológica (AROCA, 2012, p. 52), pois tal busca excessiva por uma verdade que por vezes não será possível alcançar, compromete muitas vezes a celeridade processual, e transforma o juiz em uma figura paternalista que trata as partes como crianças que não sabem o que querem para si próprias

Portanto, o juiz não pode ser concebido como um carrasco da verdade, como foi concebido em alguns modelos inquisitivos, pois tal perfil não foi capaz de suprir as necessidades sociais que clamavam por um processo mais justo.

Por isso o reconhecimento do interesse público do processo não implica conceder poderes absolutos do juiz sobre eles, pois, o juiz não é seu “*senhor exclusivo*” (SCARPARO, 2008, p.84).

A busca da verdade material deve ser um dos objetivos da justiça como se verá no próximo capítulo, no entanto não pode ser levada ao extremo, sob pena, de ser tachada de utópica e, máxime, *sufocar princípios essenciais do processo civil, como os princípios do dispositivo, do contraditório e da imparcialidade.*

2.4 MARCOS LEGISLATIVOS

Nesta senda, o grande *tsunami socializador*, na esfera legislativa, foi sem dúvida, Ordenança processual civil do império austro-húngaro, de 1895 – ÖZPO, obra do jurista e sociólogo Franz Klein que foi a grande referência e serviu de base para vários códigos europeus.

No que toca a Portugal o modelo dispositivo já não mais se adequava, evidentemente à organização política que passou a vigorar em Portugal entre 1926 e 1974, de modo que logo no primeiro ano do novo regime político é alterado esse paradigma, consagrando-se um perfil ideológico autoritário, sendo ponto assente na doutrina tal perfil do código de 1934, sendo caracterizado pela maximização da função do juiz no processo, fazendo dele o sujeito processual mais relevante, por meio da atribuição de poderes não só em aspectos formais da causa, como também no saneamento de exceções dilatórias, como também em matérias objetivas, como *poderes oficiosos na investigação dos fatos da ação* (GOUVEIA, 2007, p. 49).

Essencial enfatizar que a contribuição de Alberto dos Reis para difusão dessa concepção foi paradigmática, pois o eminente doutrinador da Faculdade de Coimbra exerceu papel fundamental ao elaborar o código processual português, bem como com sua vasta contribuição doutrinária a respeito do tema.

Assim o segundo CPC português é o de 1939, intitulado de “código José Alberto dos Reis” em razão de ter a paternidade intelectual do brilhante mestre de Coimbra, que tanto contribui para o direito português na esfera legislativa, bem como deixou uma herança doutrinária valiosa que permanece para posteridade nas prateleiras da Faculdade de Coimbra.

Vale ressaltar que a cooperação existia no modelo processual português no direito pregresso à revisão de 1995/1996. Embora latente esse critério, o que mais se sobressaía era um dever de colaboração, mas das partes e dos seus mandatários, apenas, em relação ao tribunal (LAMEIRAS, 2008, p. 124), de modo que como bem assevera GOUVEIA *quando acentua-se apenas os deveres de cooperação das partes, sublinha-se o carácter autoritário do processo* (GOUVEIA, 2007, p. 52).

2.5 BREVES NOTAS SOBRE O MOVIMENTO GARANTISTA OU NEOPRIVATISMO PROCESSUAL

É oportuno notar o compassado movimento pendular ocorrido no processo civil até agora analisado. O surgimento do Estado Liberal Clássico que foi o solo propício para a ascensão de um modelo dispositivo na Europa Ocidental onde havia um protagonismo das partes, modelo este que a partir do Século XX passa a ser assaz contestado em razão da ascensão do Estado Social, onde o juiz passa a ser o protagonista do processo e a ele é concedido poderes instrutórios e de condução em todo iter processual.

É desse contexto que surge uma recente corrente doutrinária⁸, denominada de garantismo processual, que combate o processo social, e que tem como slogan a proteção do cidadão diante dos abusos do Estado, caracterizado, no caso, pelo *aumento dos poderes do juiz*, principalmente os poderes instrutórios *ex officio*, reagindo contra o fenômeno da publicização do processo.

O doutrinador português, Correia de Mendonça, defensor ativo dessa concepção, assevera que no Século XIX o processo civil foi invadido por um vírus, que a comunidade científica o classificou como autoritário, que apareceu pela primeira vez na casa do imperador da Áustria, Francisco José, vírus este transmitido por Fraz Klein, que contaminou o ZPO austríaco de 1895 e que se propagou por toda Europa, chegando em Portugal com o código processual de 1926 e no Brasil com o CPC de 1940 (MENDONÇA, 2007, p.1-2).

Tal movimento tem como base de crítica dois pontos centrais: o primeiro é o que Monteiro Aroca chama de “*el mito del proceso social*”, onde ele ataca, principalmente, o fenômeno da publicização do processo civil, e os mitos derivados deste fenômeno, como o de que o juiz faz a justiça independente das partes e seus advogados, e para isso necessita de amplos poderes. Assevera o autor neoprivatista que “trata-se da ideia mítica, quiçá, ilusória de que sendo o processo um instrumento da justiça, quantos maiores forem os poderes conferidos aos juízes, mais justiça se poderá obter” (AROCA, 2006, p. 148).

Depois, tal doutrinador leva ao extremo de dizer que todos os modelos processuais que concedem poderes ao juiz, seja inquisitivo ou cooperativo, são fruto de uma concepção autoritária do processo e que, por esse fator, violam as garantias das partes, (AROCA, 2001, p. 69). Defende, assim, que ao conceder poderes discricionários ao juiz se está automaticamente privando as partes de tais poderes.

O primeiro ponto não merece prosperar, pois o fenômeno da publicização, se for entendido de forma equilibrada, sem adentrar na esfera privada do cidadão, traduz-se como uma grande evolução do processo civil, que deve ser devidamente defendido desde que todas as garantias das partes sejam garantidas como de regra acontece.

⁸ Essa ampliação dos poderes do juiz é fortemente criticada por este movimento que é liderado por Cipriani na Itália, por Juan Montero Aroca na Espanha, Jorge Peryano na Argentina e por Luis Correia de Mendonça em Portugal. Para uma análise completa das ideias do movimento garantista remetemos o leitor para a obra *Processo e Ideologia* (AROCA, 2006).

No que concerne ao segundo ponto, parece que tal movimento, talvez imbuído por uma essência excessivamente liberal (vírus liberal)⁹, enxerga a distribuição de poderes entre as partes e o juiz do modelo inquisitivo de forma peculiar.

O movimento neoprivatista também parte de uma concepção ideológica do processo (AROCA, 2006, p. 134). Ocorre que, utilizam dessa premissa de forma assaz extremada, ao concluir que todos os códigos do século XX em que os poderes do juiz foram aumentados, foram editados, e não por casualidade, por regimes políticos autoritários, nos quais foi limitada ou fortemente suprimida a independência judicial (AROCA, 2006, p. 141).

Apoiado nas lições de Taruffo (2009c), Barbosa Moreira (2006), que denomina esse movimento de “neoprivatismo processual”, e de Junoy (2007) o presente estudo discordará do excessivo garantismo proposto por tal doutrina, rebatendo essa associação excessivamente ideológica e rígida entre regimes autoritários e a concessão de poderes instrutórios.

Portanto, apesar de concordamos que as concepções ideológicas e políticas com perfis mais interventistas tendem a conceder mais poderes aos juízes¹⁰, a realidade é sempre mais complexa do que tais afirmações simplistas, pois a experiência histórica demonstra várias legislações que foram editadas sob a égide de regimes autoritários¹¹, mas que não refletiram as características de tal regime, como também legislações editadas abaixo de regimes autoritários que, após a redemocratização dos países, demonstraram compatibilidade perfeita com o novo regime estatal (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 199).

Em apertada síntese, como bem afirma Didier Jr., “nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário” (DIDIER JR. 2011, p. 216).

Na mesma linha Taruffo assevera que: “equações gerais do tipo (poderes de instrução do juiz = regime autoritário) e (juiz passivo = regime liberal) são vagas e

⁹ Tal expressão foi utilizada para contrapor o texto de Luís Correia de Mendonça, Vírus autoritário, que defende que todos os ordenamentos que concedem poderes ao juiz (seja um modelo inquisitivo ou cooperativo de processo), são manifestação de um vírus autoritário que foi disseminado por Franz Klein durante o século XX (MENDONÇA, 2006, p. 390).

¹⁰ É verdade que há certa tendência em relacionar Estados Autoritários com modelos processuais onde os juízes são munidos de maiores poderes, pois a história oferece exemplos de Estados Autoritários cujas legislações processuais investiam o juiz de poderes amplos, na disciplina das provas e em outros aspectos.

¹¹ Inúmeros são os exemplos que rebatem o raciocínio garantista. No direito brasileiro temos leis processuais como a de ação popular e da ação civil pública que são insuspeitas de autoritarismo e foram editadas e preparadas abaixo de governos militares. (MOREIRA, 2006, p. 199).

genéricas, e se reduzem a slogans polémicos carentes de valor científico” (TARUFFO, 2009c, p. 270).

Posto isto, tal pensamento nos parece um salto lógico muito excessivo, pois, apesar de ser nítida a influência do regime político sobre o processo, a associação acima apregoada, à luz da experiência histórica, parece ser assaz simplista e redutora, pois concebe tal relação de forma rígida e automática, ao considerar que se determinada lei processual foi herança de um governo autoritário, seu conteúdo fatalmente será reflexo das ideias subjacentes, sendo, por conseguinte, incompatível com o respeito às garantias democráticas (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 199).

Não bastasse tal associação, o ponto central da doutrina garantista que precisa ser atacado é que a concessão de poderes instrutórios ao juiz implica necessariamente na violação das garantias das partes, notadamente, o princípio dispositivo e a imparcialidade do juiz.

Rechaçando tal lógica, Taruffo assevera que é imperioso perceber a diferença entre um juiz potencialmente ativo inserido em um contexto processual onde são asseguradas as garantias das partes, de um juiz inquisidor, integrado em um sistema político e processual de molde autoritário (TARUFFO, 2009c, p. 280).

Tal dissociação é fundamental, pois o movimento garantista, de forma excessivamente ideológica e extremada, parece colocar o que é exceção como regra, inserindo todos os modelos processuais que concedem poderes ao juiz¹² no segundo perfil traçado pelo doutrinador italiano.

Onde na verdade o que acontece é o contrário, como defende o citado processualista, a figura do juiz inquisidor que suprime as garantias das partes não se dá, hodiernamente, em nenhum dos ordenamentos europeus, nem na maioria dos extra-europeus, sendo a regra dos ordenamentos processuais modernos a concessão de poderes mais ou menos amplos aos juízes, mas sempre preservando as garantias das partes (TARUFFO, 2009c, p. 280).

Dessa maneira, é vital deixar assente que não há uma correspondência biunívoca entre concessão de poderes instrutórios e supressão das garantias das partes, isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro, visto que a concessão de poderes

¹² É preciso atentar que com a queda do Estado Liberal, realmente a ideologia que irá dominar o século XX é de intervencionismo estatal, surgindo diversos regimes autoritários e totalitários, que por receberem influências de tal ideologia conformarão processos com um protagonismo do juiz, como foi observado no segundo capítulo.

instrutórios ao juiz é perfeitamente compatível com modelos processuais democráticos e que não violam as garantias das partes.

Nesta quadra é imperioso enfatizar que na concepção dos sistemas modernos, o princípio inquisitório que concede poderes ao juiz, não vem negar a plena aplicação do princípio dispositivo, nem a natureza privada dos direitos subjetivos materiais, como quer fazer parecer o movimento garantista.

Ora conceder poderes ao juiz não pode ser sinônimo de privação dos poderes das partes e a supressão de suas garantias. Aqui, não se aplica a teoria da torta, segunda a qual ao conceder poderes ao juiz se está retirando os poderes das partes, é imperioso chegar, pois, a um ponto ótimo de equilíbrio nessa distribuição de poderes, que deve ser alcançado por meio da adoção do modelo cooperativo de processo (TARUFFO, 2009c, p. 205).

Por conseguinte, apesar de concordarmos que o modelo inquisitivo não é o mais apropriado para um Estado Democrático de Direito, consideramos um salto lógico excessivo demais, acusa-lo de forma genérica de autoritário e violador dos direitos das partes.

Desta feita, criticamos o modelo inquisitivo em alguns excessos por vezes praticados, nomeadamente, o protagonismo do juiz e o amesquinamento das partes, com intento de defender a introdução do princípio da cooperação como o melhor antídoto contra o vírus autoritário e contra os vícios de tal modelo, como se verá no terceiro capítulo.

Vale salientar, ainda, que apesar da doutrina garantista ser notoriamente ideológica e radical nas suas críticas, esses doutrinadores inspiraram um importante debate ativismo versus garantismo no processo, preocupação que serviu como alerta para que o princípio inquisitório recebesse limitações legítimas e entrasse em sintonia e interação com um novo princípio da cooperação que será analisado a seguir, diálogo este que parece amenizar essa tensão em tom harmonioso.

Por isso, não podemos mais retroceder em busca de reativar um modelo dispositivo, pois como já visto apresenta vícios incontornáveis. É imprescindível, pois, superar também o modelo inquisitivo para defender uma solução que se coadune com um Estado Democrático de Direito e que distribua de forma mais equilibrada e útil os poderes entre as partes e o juiz, modelo este que será defendido no terceiro capítulo.

CAPÍTULO III - MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Depois de tantos passos prévios, porém necessários, é vital constatar que há uma grande resistência da doutrina clássica na superação dos modelos tradicionais de processo, por esta razão sempre se busca encaixar as legislações processuais em um dos modelos, dispositivo ou inquisitivo, de acordo com a análise da distribuição dos poderes processuais entre as partes e o juiz.

Ocorre que, é indispensável se ancorar na doutrina mais moderna¹³ e atentar para o fato de que tais modelos estão “superados e não servem mais para marcar os aspectos mais relevantes dos sistemas processuais atuais” (TARUFFO, 2009d, p. 236).

Como já analisado, a evolução do processo não se fez em trajeto linear, mas foi muito parecido com uma dialética de oposição, em que a antítese (modelo inquisitivo) se levantou contra a tese (modelo dispositivo), para negá-la.

Dessa maneira, acreditamos que esse é o momento da síntese, onde é imperioso fazer uma ponderação das degenerações e das virtudes dos modelos dispositivo e inquisitivo, já estudados, para se coletar o *material genético que formará o ADN do modelo processual cooperativo*. Percebe-se a tensão entre ambos os modelos e procura-se extrair dos mesmos as preocupações tanto com a garantia das partes, quanto com a atuação judicial no iter processual.

Por conseguinte, esse movimento pendular que oscila entre o modelo dispositivo e o inquisitivo deve atingir o seu equilíbrio com o modelo cooperativo de processo cuja estrutura se coaduna com as exigências e os anseios tanto dos países da *civil law* como da *common law*, pois distribuem os poderes entre os sujeitos de forma equilibrada, terminando, finalmente, com esse duelo entre os modelos clássicos.

O modelo cooperativo de processo surge exatamente para *balancear as manifestações de inquisitividade e de dispositividade*. Assim, ele não repele por completo os modelos adversarial e inquisitorial, ele apenas os redimensiona, à luz de um *modelo integrador*.

¹³ No mesmo sentido Teixeira de Sousa em recente palestra no IX Congresso Mundial de Direito Processual Civil, assevera que se é certo que a distinção entre o processo “continental” e o processo “anglo-saxônico” deve passar por qualquer outro critério, há muito que a oposição entre inquisitorial system e um adversarial system deixou de corresponder à realidade (SOUSA, 2008, p. 9).

Ademais, o caráter dialógico do processo relativiza a contraposição entre processo inquisitório e processo dispositivo (GRASSI GOUVEIA, 2009, p. 36), viabilizando a devida harmonização entre os princípios que regem tais modelos. Eduardo Grasso aponta o princípio da cooperação como: independente, equidistante e diverso dos princípios dispositivo e inquisitivo e que é capaz de organizar o processo de forma mais equilibrada (GRASSO, 1966, p. 596-597).

Portanto, o ponto nevrálgico do presente estudo é defender a existência de um terceiro modelo de processo que percebe a tensão entre o liberalismo e o socialismo e propõe uma solução que se coaduna com os reclames participativos de um Estado Democrático de Direito.

Para isso, o primeiro passo é determinar se a reforma de 95/96, que veio estabelecer de forma inovadora o princípio da cooperação em seu conteúdo, pode ser considerada, de fato, como um parâmetro legislativo, in concreto, legítimo para análise desse modelo cooperativo?

Teixeira de Sousa, que realizou um dos estudos mais detalhados sobre o princípio da cooperação em Portugal, não aponta de forma direta para o surgimento de um modelo cooperativo de processo em terras lusitanas, pois defende que a reforma consagrou um *modelo social de processo civil* em contraposição ao modelo liberal (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p. 59).

No entanto, o eminente doutrinador da Faculdade de Lisboa se afasta do pensamento garantista, pois, acredita que a base ideológica do perfil ativo do juiz pode ser oriunda tanto de governos autoritários como social-democratas, sendo perfeitamente viável a existência de modelos neoliberais que *adotam o ativismo judicial, mas que não refletem uma conduta autoritária do juiz* (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p. 59).

Assim, podemos concluir que citado processualista é um nítido defensor do socialismo processual *com o tempero do princípio da cooperação*, visto que ele enxerga a reforma de 95/96 como uma evolução do modelo social criado por Klein com a inovação do princípio da cooperação que vem propiciar uma legitimação externa às decisões judiciais.

Nada obstante, acreditamos que a melhor interpretação é a esposada por Daniel Mitidiero que defende que tal reforma teve o intento de consagrar em Portugal um novel modelo processual cujo arrimo qualificativo ideal é o cooperativo que encampa o princípio da cooperação como uma de suas linhas mestras na tarefa de obter com brevidade e eficácia a justa composição do litígio (MITIDIERO, 2007, p.75).

Seguindo o pensamento do citado autor, Fred Didier Junior defende que a condução do processo deixa de ser determinada por atuações exclusivas seja da parte ou do juiz, para se buscar uma condução cooperativa do processo, *sem protagonismos* (DIDIER JR., 2010, p. 47), onde não há barreiras ou obstáculos para a comunicação entre os sujeitos processuais.

No mesmo sentido, Mariana França Gouveia advoga pela existência de um modelo cooperativo de processo, como uma terceira via que se distancia dos modelos estudados nos capítulos anteriores, e que tem como espinha dorsal o princípio da cooperação que tenta impor uma mudança de postura a ser adotada pelos sujeitos processuais no curso de todo o processo (FRANÇA GOUVEIA, 2007, p. 46-49).

Seguindo a mesma linha Dierle Nunes aponta como modelo ideal de processo o *compaticipativo*, que possui a mesma essência do modelo cooperativo, pois afasta qualquer protagonismo e observa o processo sob uma perspectiva “policêntrica e compaticipativa” (NUNES, 2008, p. 163).

Em sentido diametralmente oposto, encontramos o posicionamento de Correia de Mendonça, adepto da corrente garantista, para quem o modelo proposto pela reforma, nada mais é do que, uma intensificação do modelo inquisitivo que foi aprofundado com a acentuação dos deveres de cooperação. Para o citado autor o princípio da cooperação “não possui a virtualidade de anular o autoritarismo processual enquanto os objetivos comuns ou os fins específicos a prosseguir forem os chamados interesses superiores, a verdade verdadeira” (MENDONÇA, 2007, p. 86).

Data vênia, a posição de tal doutrinador, o modelo cooperativo de processo não vai ser a fiel cristalização de uma ideologia, mas será um modelo de equilíbrio, que observa atentamente a tensão existente entre os paradigmas liberal e social e propõe um terceiro modelo que visa sugar as concepções mais acertadas de tais paradigmas somadas às contribuições do fenômeno da constitucionalização do direito e do caldo cultural do Estado Democrático de Direito.

Destarte, se o autoritarismo é um vírus, como defende Correia de Mendonça, parece-nos que o *melhor antídoto para imunizá-lo é o princípio da cooperação intersubjetiva*, que terá o condão de retirar o protagonismo tanto dos juízes, quanto das partes, estabelecendo uma verdadeira rede de diálogo entre o *trium personarum*, por meio da consagração de um contraditório dinâmico, pela valorização da decisão de mérito, pela busca da justa composição do litígio, tudo isso, com o colorido essencial do princípio da cooperação.

De modo que, esse trabalho vem defender a posição de ampla doutrina que acredita que a consagração do princípio da cooperação com a reforma de 95/96 plantou um feixe de raízes para formação e concretização de um modelo cooperativo de processo em terras lusitanas.

Ocorre que, a formação de um modelo cooperativo do processo exige a introdução de uma nova cultura judiciária¹⁴, um verdadeiro giro de mentalidade, uma vez que, os objetivos do legislador podem virar “letra morta” caso esta fase não seja encarada com a devida seriedade por todos os que têm sua quota de responsabilidade na dinâmica do processo (GERALDES, 2006, p. 90).

Dierle Nunes já alertava que a reforma portuguesa só obteria resultados de eficácia caso o princípio da cooperação e do contraditório se enraizassem na cultura e na mentalidade dos litigantes (NUNES, 2008, p.87), revolução esta que não se deu na realidade portuguesa.

É imprescindível reconhecer que a concretização de um modelo cooperativo é um processo longo e dificultoso, pois estamos diante de uma releitura de conceitos vitais que durante anos se enraizaram na mentalidade dos sujeitos processuais. Por isso, o sucesso desse novo paradigma está condicionado ao envolvimento e ao comprometimento de todos os operadores do direito, para que essa nova lógica do processo *adentre na cultura jurídica hodierna*.

Foi constatando essa dificuldade que foi formada uma comissão imbuída do mesmo espírito da reforma de 95/96 e que elaborou um NCPC que foi publicado em 26 de julho de 2013, que apesar de ter sido tímido em alguns aspectos, tenta dar um salto qualitativo na concretização de um modelo gerencial cooperativo como será analisado adiante.

É preciso, pois, afastar certos padrões tradicionais e dogmas processuais ultrapassados para impor uma nova mentalidade de uma cultura jurídica mais adequada aos vetores estruturantes da processualística hodierna, para que só assim o modelo cooperativo possa sair do papel e apresentar suas potencialidades práticas (LAMEIRAS, 2008, p. 121-122).

¹⁴ Essa necessidade de mudança de mentalidades estava assente no preâmbulo do decreto lei n. 329-A/95, que atrelava o sucesso da reforma a necessidade de “renovação de algumas mentalidades, o afastamento de alguns preconceitos, de algumas inusitadas e esotéricas manifestações de um já desajustado individualismo, para dar lugar a um espírito humilde e construtivo, sem desvirtuar, no entanto, o papel que cada agente judiciário tem no processo, idóneo a produzir o resultado que a todos interessa – cooperar com boa - fé numa sã administração da justiça”.

Sob esse prisma, o modelo de corte cooperativo consagrado em Portugal será analisado com o fulcro de perceber os pontos positivos e os negativos da prática processual portuguesa para que se possa fazer um *diálogo com o ordenamento brasileiro nos pontos atinentes ao princípio da cooperação*, com vistas a propor soluções que se coadunam com uma visão moderna do processo civil e com os ditames de um Estado Democrático de Direito, atentando, também, para os contributos do modelo cooperativo consagrado na Alemanha.

Para isso será analisado no próximo tópico a influência da constitucionalização do processo e do Estado Democrático de direito na formação das bases ideológicas para concretização de um modelo cooperativo e em seguida as principais características necessárias para concretização do modelo cooperativo.

3.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

O que se pretende nesse tópico é analisar o processo civil à luz do atual Estado de Direito Democrático, demonstrando que o ambiente formado por este modelo estatal implica na exigência de um *modelo cooperativo de processo*.

A perspectiva democrática deve ser alcançada por meio da problematização dos modelos estatais da modernidade. Não se pode mais adotar regulamentações discriminatórias típicas do direito liberal, nem paternalistas típicas do Estado social. Assim, deve-se fazer uma releitura democrática desta tensão com o escopo de superar as degenerações e os equívocos por elas propugnados (NUNES, 2008, p. 28).

No mesmo fio lógico calha atentar para lição de Oliveira, que aponta que:

Posições extremas dispostas a privilegiar seja o lado privatístico seja o lado publicístico do processo, não encontrariam hoje solo fértil para frutificar e seriam, de pronto, repudiadas em face das condições culturais, econômicas, políticas e sociais do mundo atual (OLIVEIRA, 2004, p.189).

Nesta senda, o Estado Democrático de Direito, aparece como esse terceiro paradigma, que também recebe o arrimo qualificativo de Constitucional que se enquadra como uma *evolução histórica do Estado Social* que acrescentou o *elemento participativo*. Destarte, a doutrina passa a reconhecer o *valor participação em todo procedimento de formação de decisões estatais* (ZANETI JUNIOR, 2005, p. 169).

Deste modo, faz-se mister analisar as transformações impostas por esse modelo Estatal e pelo constitucionalismo e sua respectiva influência sobre o processo civil, propugnando uma verdadeira democratização da lógica processual.

O nascedouro do constitucionalismo moderno se dá início com o surgimento das constituições democráticas em Alemanha (1949), em Itália (1947), que viabilizaram uma fecunda produção teórica e jurisprudencial que se expandiram por toda Europa chegando em Portugal (1976), em Espanha (1978) e mais tardiamente em Brasil (1988) por meio dos movimentos de redemocratização (BARROSO, 2005, p. 1).

O núcleo teórico dessa propagação de ideias era o reconhecimento da força normativa da Constituição, proposta pelo teórico Konrad Hesse, que confere às normas constitucionais uma forma ativa capaz de imprimir ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991, p. 5).

Essa construção doutrinária aliada a sua rigidez e à consagração de um vasto rol de direitos fundamentais no seu texto, *fez o epicentro do ordenamento se deslocar da lei para a Constituição*. A carta magna passa, assim, a poder ser aplicada, diretamente, ao caso concreto.

Dentro desse contexto, a constitucionalização do direito representa uma mão de via dupla: a elevação de diversas normas legais para o patamar constitucional o que garante maior eficácia e proteção com tal estatura, bem como o movimento contrário¹⁵ que indica a incidência da Carta Maior sobre os ordenamentos jurídicos, fazendo com que as leis sejam relidas e reinterpretadas conforme as normas e os princípios constitucionais.

No campo processual, a primeira via se traduz com a *constitucionalização das principais garantias processuais e dos princípios que estruturam* o processo que se dá a partir da metade do Século XX, onde se assegura um mínimo de garantias a favor das partes, que devem presidir qualquer modelo de julgamento.

A constitucionalização do processo sob a segunda via se dá com o exame e o reexame dos problemas processuais sob o enfoque dos princípios e das diretrizes constitucionais, acarretando uma verdadeira impregnação de valores constitucionais na interpretação do direito (BARBOSA MOREIRA, 2009, p. 55).

Por esse fator, a análise do caso concreto à luz da constituição passou a ser uma rotina na prática judiciária, aumentando a incidência dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da boa-fé no processo (PEIXOTO, 2013, p.93). É por meio desse

¹⁵ O fenômeno da constitucionalização sob esse segundo prisma é também percebido por Peter Giles, que defende a humanização e a democratização da justiça hodierna, e que os sujeitos processuais devem ser aplicadores e concretizadores da Carta Maior (GILES, 2009, p. 339).

fiio lógico que o princípio da cooperação poderá ser extraído da Constituição como se verá no próximo tópico.

Apesar deste não ser o foco do presente estudo é fundamental enfatizar a importância do diálogo que deve ser travado entre o direito processual civil e a constituição¹⁶, para que o processo seja um ponto de encontro dos direitos fundamentais e as normas processuais possam ser interpretadas à luz dos valores constitucionais.

Por isso é imperioso deixar claro que qualquer posição que se eleja em relação ao tema modelo processual não pode descurar da moldura axiológica delineada na Constituição bem como dos princípios e garantias processuais por ela protegido.

A constitucionalização do processo e a conseqüente incidência dos valores inerentes o Estado Democrático de Direito, como a *participação, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, na esfera processual*, foram determinantes, assim, para formar as bases estruturais do modelo cooperativo de processo.

Nesta senda, aumenta a importância de um princípio que “sintetize os valores que de maneira mais significativa influenciam o processo civil contemporâneo” (STUMPF, 2012, p. 73), sendo o arrimo cooperativo aquele que mais se coaduna com os ditames participativos do Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, é desse caldo cultural que exsurge a defesa por um modelo cooperativo de processo, constitucionalmente adequado e que garanta a concretização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, esse conjunto de transformações que forma o movimento do neoconstitucionalismo, reunidas, *refletem na esfera processual*, refundando a ciência do processo e inaugurando uma nova fase processual chamada de *neoprocessualismo* ou *formalismo valorativo/axiológico* (OLIVEIRA,2006), que adota o modelo cooperativo como o que mais se coaduna com os reclames desse movimento.

Dierle Nunes assevera que somente uma mudança de mentalidade dos sujeitos processuais e da *interpretação feita do sistema em um viés democrático – constitucional* viabilizará a busca e percepção das virtudes dos dois macros modelos, liberal e socializador, e dos seus respectivos equívocos (NUNES, 2008, p. 30).

De modo que, novos tempos pedem inovações paradigmáticas e o modelo cooperativo de processo vem representar essa viragem Kantiana, esse novo rosto do processo, uma mudança na mentalidade da lógica do processo.

¹⁶ Para uma análise mais adequada do tema remetemos ou leitor para as seguintes obras: (MOREIRA, 2009; BARROSO, 2005). Na doutrina espanhola ver a importante obra (ACOSTA et al., 2005).

3.3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O processo deve ser um palco ideal para um ponto de encontro entre os direitos fundamentais consagrados na constituição federal, para que só assim se obtenha uma tutela jurisdicional justa e efetiva. Na esfera constitucional, os princípios do devido processo legal, do contraditório, da solidariedade social e da igualdade cumulados servem de base estruturante para se extrair o princípio da cooperação.

A relação entre a cooperação e o Estado Democrático de Direito (participação, solidariedade social) já foi analisada adrede. O vínculo estreito entre a igualdade e o contraditório com a máxima da cooperação serão analisados mais adiante em tópicos próprios.

Assim sendo, o presente tópico terá o intento de relacionar, primeiramente, o princípio da boa fé e o princípio da cooperação. Para isso, o primeiro passo do itinerário é buscar a base constitucional da boa fé processual, para assentar que tal princípio, apesar de não estar expresso na constituição portuguesa nem na brasileira, pode ser considerado um *princípio constitucional processual de natureza implícita*.

Fredie Didier Jr. realizou um cotejo doutrinário analisando uma gama de autores que extraem o dever de boa fé de diversas bases constitucionais (DIDIER, 2010, p. 87). Nesse sentido Menezes Cordeiro entende ser o direito fundamental a igualdade o fundamento da boa fé (CORDEIRO, 2006, p. 51), Passos Cabral assevera que seja o contraditório (CABRAL, 2005, p. 63) e Picó Junoy se apoia no devido processo legal (JUNOY, 2011, p. 124-147).

Diante de tais construções doutrinárias, Didier Jr. chega à conclusão que tais opções são todas “dogmaticamente corretas”, e se posiciona no sentido do dever geral de boa fé processual ter como conteúdo o devido processo legal, pois “o processo para ser equitativo precisa ser ético e leal” (DIDIER JR., 2010, p. 89-90).

Por conseguinte, ao concluir que o princípio da boa fé processual tem estatura constitucional, é preciso salientar que o princípio da cooperação exsurge como um corolário da cláusula geral da boa fé processual. Nas lições de Didier Jr. “o princípio da boa fé é a fonte do princípio da cooperação, que impõe os deveres de cooperação entre os sujeitos do processo” (DIDIER, JR, 2010, p.89).

Importa enfatizar que o princípio da boa fé, que serve de base constitucional para a cooperação, é a aceção objetiva, que deve ser concebida como uma “norma de conduta”

acepção mais ampla e que embora englobe a boa fé subjetiva, que não é uma norma, mas sim um fato jurídico, com ela não se confunde (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 328).

É necessário, então, salientar a diferença entre a boa fé objetiva e boa fé subjetiva. Enquanto a primeira baseia-se nos ideais da lealdade, probidade e honestidade, que se evidencia na adequação da conduta individual a um modelo objetivo de conduta, estando, a máxima da confiança, a ela inerente. A faceta subjetiva é atrelada a ideia de vontade, estando vinculada ao estado psíquico, de consciência do indivíduo, traduzindo-se pela íntima convicção de atuação do indivíduo conforme o direito (CABRAL, 2005, p. 77). À vista disso, a boa fé objetiva é mais ampla, sendo uma cláusula geral que engloba a boa fé subjetiva.

Apesar do princípio da boa fé ser mais desenvolvido no campo das partes, faceta que não será o foco do presente estudo, que se limitará a analisar a cooperação enquanto dever do juiz. É imprescindível salientar que tal princípio também incluirá o órgão jurisdicional na esfera de incidência da boa fé, vertente, muitas vezes, esquecida pela doutrina e também pela legislação que no NCPC português no art. 8º, com redação ipse literis ao código anterior, defende que *as partes* devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação.

Tal artigo, no entanto, deve ser estendido também ao *jugador*, pois, a cooperação no seu sentido jurídico se refere à ideia da formação de uma plataforma de boa-fé e de confiança recíproca entre todos os sujeitos processuais, que devem ter como fio condutor da sua atuação a otimização das condições necessárias à realização do escopo principal do processo que se traduz no *apuramento da verdade sobre a matéria de fato e com, base nela, a obtenção de uma decisão justa e expedita* (LAMEIRAS, 2008, p. 122).

O outro ponto a ser tratado nesse tópico é o concernente ao devido processo legal. É forçoso reconhecer que tal princípio¹⁷, que possui suas raízes no ordenamento norte americano, disseminou-se nos países de *civil law* estando presente nas principais constituições ocidentais,¹⁸ sendo alçado a estatura de um super princípio (ÁVILA, 2012), que de forma dinâmica (OLIVEIRA, 2008, p. 22) irá coordenar e delimitar todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento, inspirando e tornando realizável a proporcionalidade e a razoabilidade que devem pautar a harmonização de todos os princípios do direito processual hodierno (THEODORO JR., 2009).

¹⁷ O termo devido processo legal trata-se de uma óbvia tradução para o português do termo inglês “*due process of law*” (MOREIRA, 2009, p. 55).

¹⁸ A recente reforma no ordenamento italiano consagrou o devido processo legal no art. 111 da Constituição Italiana.

O devido processo legal foi uma das normas processuais que em razão da sua importância foi constitucionalizada. Assim tal garantia é reconhecida em Portugal no n.º 4º do artigo 20º da CRP (PORTUGAL, 2013) e recebe a denominação de *processo justo ou equitativo*, assim como no ordenamento brasileiro no art. 5º, LIV da Carta Magna brasileira.

Nesta quadra o direito ao processo justo constitui um princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional (MITIDEIRO; MARINONI; SARLET, 2012, p. 616), sendo uma fórmula mínima de atuação processual do Estado, portanto, sua consagração é uma condição necessária, porém não suficiente, para a obtenção de decisões justas (MITIDEIRO, 2012, p. 33).

Desde já é preciso enfatizar que o fulcro do presente tópico é o de estabelecer a relação existente entre o devido processo legal e o modelo cooperativo de processo, de modo que não se poderá exaurir o conteúdo da cláusula geral do devido processo legal.

Apesar do devido processo legal ou processo justo ser uma cláusula geral é possível delimitar um perfil mínimo, um núcleo forte ineliminável, um conteúdo mínimo essencial sem o qual não se está diante de um processo justo (MITIDEIRO; MARINONI; SARLET, 2012, p. 618).

Destarte, sob o ponto de vista da repartição do trabalho entre o *trium personarum* o processo justo terá uma importante concretização que é exatamente instaurar um ambiente processual pautado pela colaboração do juiz para com as partes.

Resulta intuitivo destarte que um modelo processual leal e cooperativo parece ser uma: “nova etapa na concretização do conteúdo do processo justo e equitativo consagrado no ordenamento português” (DIDIER JR., 2010, p. 79), de tal modo que a base constitucional do princípio da cooperação é exatamente o processo justo (CUNHA, 2012, p. 360).

A legislação infraconstitucional é, portanto, um instrumento de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. Assim sendo, as leis processuais não são nada mais nada menos do que concretizações desse direito, direcionadas para suprimir entraves processuais e instaurar um ambiente cooperativo onde orbitam a igualdade, o contraditório dinâmico e a imparcialidade.

3.4 CARACTERÍSTICAS DO MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO

Uma vez estudada a influência da constitucionalização do processo e do aparato ideológico do Estado Democrático de Direito, é imprescindível analisar as linhas orientadoras do modelo processual cooperativo.

Vale salientar que o modelo cooperativo de processo encontra-se em constante construção. Por isso, o objetivo desse trabalho é dar sua contribuição fornecendo um núcleo mínimo que deve ser garantido para formação de um processo de corte cooperativo, bem como apresentar soluções que possam se coadunar com a concretização do modelo cooperativo.

Para isso serão analisadas as principais características desse modelo, dentre elas: a necessidade do processo ser visto como uma comunidade de trabalho, a igualdade dinâmica, a busca da verdade e o princípio da cooperação e suas diversas manifestações.

3.4.1 Processo como uma comunidade de trabalho

Como já estudado adrede no modelo adversarial o processo é um ambiente eminentemente privado, sendo considerado como uma coisa das partes, onde as mesmas controlam toda a condução do processo, em detrimento de um juiz observador, passivo. Já no modelo inquisitorial a relação jurídica processual é reconhecida e publicizada, e o juiz passa a conduzir de forma ativa uma verdadeira pesquisa oficial em busca da verdade material, ao passo que as partes ficam reduzidas a um papel coadjuvante.

Partindo-se da premissa de que a concepção privatista do processo já não encontra guarida no processo atual é preciso ainda *delimitar a concepção publicista do processo com vistas a afastar aplicações degeneradas*.

Nesta realidade de extremidades, *o modelo cooperativo traduz um verdadeiro ponto de equilíbrio entre a tensão dos modelos anteriores* e propõe uma inovadora distribuição de tarefas entre as partes o juiz, de modo a diluir os protagonismos e a valorizar a atuação do *trium personarum* durante o curso do processo.

O modelo cooperativo encontra seu *substrato nodal no princípio processual da cooperação intersubjetiva*, que será analisado mais detidamente no próximo tópico, de modo que tal princípio destina-se a transformar o processo civil numa “*comunidade de trabalho*” (*arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro*), e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p. 62). A comunidade de

trabalho imuniza o autoritarismo do magistrado sem privá-lo de uma feição ativa, como também afasta o protagonismo das partes, mas mantendo o princípio da autorresponsabilidade.

A expressão comunidade de trabalho não está infensa às críticas da doutrina. O doutrinador alemão Jauernig defende que a expressão “grupo de trabalho” deveria ser evitada. Pois, segundo ele seria “*insípida e enganadora*”. Insípida se o qualificativo for utilizado apenas para significar que os interessados no processo não se acham desligados ao lado um do outro. Enganadora se leva a sugerir que não exista antagonismos entre os interesses do tribunal, do autor e do réu (JAUERNIG, 2002, p. 149).

O mesmo autor parte, ainda, da pressuposição de que o princípio da cooperação está associado ao Estado Social e afirma que a aceitação dessa harmonia de interesses é mesmo característica do processo civil socialista que tinha como slogan a afirmação de que os interesses pessoais devem se conjugar com as exigências sociais. Em apertada síntese, o citado processualista conclui que *o princípio da cooperação não se coaduna com a ordem jurídica alemã, porque esta reconhece a existência real de interesses antagônicos e tenta resolver tais antagonismos* (JAUERNIG, 2002, p. 149).

Data vênia a posição do ilustre jurista alemão, o presente estudo defende que concepção do processo como uma comunidade de trabalho *não desconhece a existência de interesses antagônicos*, apenas busca *humanizar os antagonismos para que seja garantida uma disputa leal* e que resulte em um *resultado justo, seja no aspecto procedimental seja no aspecto substancial*.

Consequentemente, a comunidade de trabalho aqui defendida é a de que exista um verdadeiro ambiente de *fair play processual* (MILMAN, 2007, p. 87), onde as partes são parciais e interessadas no resultado favorável, no entanto jogam de forma leal, sob os ditames da boa-fé e de forma dialogal.

É, pois, nesta lógica dialogal que o modelo cooperativo se espraia como oportunamente observa Eduardo Grasso: “o juiz, no desenvolvimento do diálogo, move-se para o nível das partes: a tradicional construção triangular é substituída por uma perspectiva de posições paralelas” (GRASSO, 1966, p. 609). A comunidade de trabalho deve, pois, ser compreendida como um feixe de relações colaborativas que se desenvolvem em um plano paralelo, com plena predominância do diálogo.

De modo que, a atividade do *trium personarum* deve se entrecruzar mutuamente por meio do diálogo, resultando em uma “*unica forza operosa (unus actus)*”, força essa que tem uma direção certa, a descoberta da verdade (GRASSO, 1966, p. 609).

A comunidade de trabalho pressupõe a quebra dos protagonismos, não reservando o papel de ator principal para nenhum dos sujeitos processuais. Nesse sentido precisas são as lições de Greger:

O processo liga os envolvidos (juiz e partes) em um relacionamento cujo sentido e fim são o de alcançar o propósito processual, isto é, a afirmação e a execução do direito privado e a restauração da paz jurídica perturbada. Essa tarefa necessita de uma interação entre os envolvidos, como se expressa no conceito de comunidade de trabalho de Rosenberg e Schawb. Também requer particularmente uma condução processual do juiz orientada ao seu objetivo, que não pode ser autoritária, mas sim cooperativa, tendo em conta certo controle das partes (*parteiherrschaft*) sobre o processo civil (GREGER, 2012, p. 124).

Assim, a correta divisão das funções entre as partes e o tribunal que atende aos reclames de um Estado Democrático de Direito, é, sem dúvida, aquela que impõe que ao longo de todo o iter processual seja mantido um diálogo entre todos os sujeitos processuais, devendo o processo ser entendido, essencialmente, nas palavras de Paula Costa e Silva, como uma “*comunidade de comunicação*”, que permita uma discussão a respeito de todos os aspectos fáticos e de direito relevantes para o deslinde da causa (SILVA, 2003, p. 589).

É preciso ainda responder a seguinte indagação: quais são os sujeitos processuais que participam dessa comunidade de trabalho e que, portanto, são atingidos pela cooperação?

A resposta só pode ser no sentido de incluir todos os operadores da administração da justiça: a começar pelas partes e seus mandatários judiciais, o juiz, auxiliares da justiça e, inclusive, terceiros. Assim, a máxima da cooperação tem o condão de impor deveres para todos os intervenientes processuais, a fim de que se produza, no ambiente processual, uma “eticização” comparável à que já se observou no direito material com a consagração das cláusulas gerais da boa fé e do abuso de direito (REGO, 2004, p. 265).

Por fim, deve-se salientar que essa comunidade de trabalho deve ser um *palco onde todos os direitos fundamentais devem atuar*, tendo em vista que uma concepção democrática de processo deve fomentar a devida harmonização e concretização óptima dos direitos fundamentais.

3.4.2 A igualdade e a imparcialidade no modelo cooperativo

“A balança que sobre um prato leva dois grossos volumes de folhas, e no outro a gentileza de uma rosa, e que se vê que naquela balança, em contraste com as leis da física, a rosa pesa mais do que os dois livros grossos. A fim de que a justiça funcione humanamente é necessário que a balança se incline para o lado da rosa” (tradução livre) (CALAMANDREI, 1961, p. 94).

Esse tópico tem o intuito de analisar o conteúdo e os contornos da igualdade em um Estado Democrático de Direito, para que se possa chegar à conclusão de que o modelo cooperativo de processo é o ideal para alcançar a igualdade pretendida pelo processo civil moderno.

O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado através do “asseguramento de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade” (STRECK, 1999, p. 37).

Assim, no plano da igualdade deve ser feita uma devida filtragem dos paradigmas liberais e sociais, para que se chegue a um ponto de equilíbrio onde ganha relevo a igualdade material, sem, no entanto, descuidar da igualdade formal. Essa nova conformação da igualdade vai então ressoar na lógica processual, por meio da incidência do princípio da igualdade nesses moldes nos meandros do processo.

O ordenamento português é fortemente caracterizado pelo princípio da igualdade que está consagrado no art. 13º da Constituição portuguesa (PORTUGAL, 2013) e que influencia, de modo decisivo, o sistema processual, pois o acesso à justiça deve ser um “acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades” (CANOTILHO, 2003, p. 501). De tal forma que o art. 3º do NCPC português assegura ao longo de todo o processo um estatuto de igualdade substancial das partes.

Nesta senda o direito fundamental à igualdade irradia-se no processo sob duas perspectivas: estática e dinâmica. A primeira se relaciona à estruturação do processo, que deve ser organizado de forma isonômica, coibindo privilégios e corrigindo eventuais desigualdades por meio da previsão de instrumentos processuais que viabilizem tais finalidades. A segunda liga-se à direção do processo que deverá assegurar a paridade de tratamento às partes (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 33).

E é nessa segunda faceta que a cooperação exercerá papel fundamental, pois a igualdade dinâmica só pode ser alcançada por meio da potencialização da máxima da cooperação, que é um instrumento valioso para dinamizar a igualdade das partes no

processo. Logo, o maior contato entre juiz e partes, num ambiente de igualdade, depende de um juiz de perfil colaborante que se aproxime e esteja à vontade frente às partes, como também os litigantes perante o julgador.

Destarte, o modelo cooperativo de processo impõe uma faceta democrática, dinâmica e positiva à igualdade (ROCHA, 1996, p. 294), que tem como escopo garantir a “paridade de condições” (BARBOSA MOREIRA, 1989c, p. 70) dos litigantes, para que as mesmas desfrutem, concretamente, das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa (GRECO, 2002).

A faceta da cooperação que se estende ao juiz que são os deveres processuais de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, que serão devidamente analisados em tópico próprio, exercerão um *papel de assaz importância na mitigação das desigualdades processuais*, sem que para tanto o julgador corra o risco de comprometer a sua imparcialidade, uma vez que são postos com a *finalidade de alcançar a justiça do caso concreto e não para beneficiar uma parte em detrimento da outra* (SANTOS, 2011, p. 47-80).

O julgador assumirá, assim, uma postura ativa com o *fulcro de contrabalancear os déficits de igualdade real* que se demonstravam, in concreto, entre as partes.

Isto posto, a direção material do juiz e os poderes instrutórios são importantes instrumentos que visam *estabelecer um real equilíbrio entre as partes* na busca de uma verdadeira igualdade material (*parità delle armi, égalité des armes, Waffengleichheit*). Essa atuação judicial ganha particular relevo *quando entre as partes exista relação fática de subordinação ou dependência*, como nas relações de família, trabalho e consumo (GRECO, 2002).

O juiz deve, assim, suprir, em caráter assistencial, os déficits defensivos de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas estejam em paridade de condições para acessar a tutela jurisdicional de seus interesses (GRECO, 2002).

Nessa senda, é preciso salientar que a imparcialidade do juiz é um pré-requisito do devido processo legal, que dá funcionalidade ao sistema judicial (HASS, 2012, p.88), por isso, esse novo perfil do juiz impõe uma releitura da imparcialidade do juiz sob um viés cooperativo, que viabilize o efetivo alcance dos objetivos traçados por Estado Democrático de Direito.

Esse redimensionamento só será possível por meio do *princípio da parcialidade positiva do juiz*, que preconiza que o agir do juiz será no sentido de concretização dos

direitos fundamentais e, principalmente, no sentido de reduzir, atenuar, ou mesmo eliminar as desigualdades reais existentes entre as partes durante o exercício de sua atividade, sempre com vista à realização do contraditório cooperativo e do devido processo legal. (CARPES, 2006, p.35).

Outro aspecto essencial é que a paridade de condições constitui um “pressuposto para efetiva participação das partes no processo e, portanto, é requisito básico para plena realização do direito ao contraditório” (MITIDIERO; MARINONI; SARLET, 2012, 641). Logo, em um processo onde as partes não estejam em igualdade de condições para postulação de seus direitos o contraditório se transforma em uma farsa (PORTANOVA, 2008, p. 47), pois não é suficiente que diante do juiz estejam dois litigantes em contraditório, mas é imprescindível também que estas duas partes se encontrem em condição de paridade não meramente jurídica, mas que quer exista entre elas uma efetiva igualdade prática, quer dizer paridade técnica e também paridade econômica (CALAMANDREI, 1956, p. 690).

3.4.3 Busca da verdade e a justa composição do litígio no modelo cooperativo

Ponham dois pintores diante da mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade? (CALAMANDREI, 1997, p. 125).

Tal passagem do genial doutrinador italiano reflete a subjetividade na interpretação da verdade no processo. E é exatamente por isso que esse tópico focará na análise do perfil que deverá ser adotado pelo juiz no que atine a busca da verdade no processo civil hodierno, especificamente, em relação aos poderes instrutórios e a necessidade de uma conduta corretiva, preventiva, dialogal e transparente do juiz na formação do material fático e de direito do processo.

O dualismo existente no tema busca da verdade leva a posições antagônicas, que no modelo dispositivo se caracteriza por uma predominância das partes na busca da verdade meramente formal, enquanto no modelo inquisitivo essa tarefa era destinada, de modo preponderante, ao juiz, que buscava a verdade material.

O modelo cooperativo vem superar essa dicotomia verdade material e verdade formal para propor uma *verdade provável* (ZANETI JÚNIOR, 2005, p. 123), que só

poderá ser alcançada por meio de uma atividade compartilhada entre todos os sujeitos processuais por meio dos deveres de cooperação.

Por conseguinte, acreditamos que essa divisão entre verdade real e formal está superada e envelhecida, pois a verdade não pode ser medida em graus, *só existe uma verdade e esta é a que deve ser perseguida pelo julgador*. Parece-nos, então, que a concepção que deve prevalecer em um modelo cooperativo de processo é a delineada por Taruffo (2005), quando assevera que a verdade deve funcionar como *um norte, um objetivo*, de forma que o juiz não pode se esquivar de procurar a verdade dos fatos.

Assim, o que importa é que *o processo tenha como bússola a verdade*, ainda que em alguns casos tal intento não se concretize. De modo que deve haver uma valorização da matéria de facto visando chegar a um grau de acerto o mais próximo possível da realidade. O processo deve ter a *pretensão de verdade*, pois a legitimidade da decisão pressupõe que *os cidadãos acreditem que a sentença está devidamente baseada com a verdade dos fatos* (TARUFFO, 2005, p.174-180).

Para espelhar a necessidade da intervenção judicial na verdade é preciso perceber que o cenário que geralmente ocorre no processo é de um autor que apresenta um material fático incompleto, apresentando apenas as circunstâncias fatuais que legitimam o seu interesse e omitindo os fatos que podem lançar uma luz desfavorável a sua pretensão. Enquanto o réu irá se restringir a apresentar sua defesa, omitindo qualquer elemento factual que possa favorecer ao autor. Seria muito bom que o resultado matemático dessa exposição fosse: “ $\frac{1}{2}$ verdade do autor + $\frac{1}{2}$ verdade do réu = $\frac{1}{1}$ verdade completa”. Ocorre que, geralmente, o verdadeiro resultado é: “ $\frac{1}{1}$ inverdade do autor + $\frac{1}{1}$ inverdade do réu = $\frac{1}{1}$ inverdade” (GILES, 2011).

Daí a necessidade de estabelecer o perfil de um juiz ativo, gestor do processo, que possa *equacionar o material fático* trazido pelas partes buscando um resultado o mais próximo possível da realidade extraprocessual. Entendimento contrário, como bem afirma Taruffo, nos levaria *a tirar no cara e coroa o sentido da decisão*.

Nesta senda, o processo justo *nunca é incompatível com o papel ativo do juiz de diretor do processo em busca da verdade*, desde que sempre se respeite o *contraditório preventivo entre as partes*. De modo que um juiz ativo é imprescindível para a obtenção de uma tutela efetiva dos direitos substanciais e dos interesses legítimos dos cidadãos (BERIZONCE, 2003, p. 56).

O princípio da cooperação confere, assim, à decisão judicial uma *valiosa função legitimadora*, pois uma decisão imbuída dos deveres de cooperação conduz a uma sentença

que se coaduna com a verdade e com alta dose de participação das partes. Assim, a delimitação do quadro fático será mais próxima da realidade extraprocessual quanto maior e mais responsável for a participação do *trium personarum*.

As legislações mais atuais consagram exatamente essa tendência irremediável do processo civil de ter como norte da decisão judicial a busca da verdade.

A ZPO alemã no § 138 consagra o dever de declaração sobre os fatos e o dever de dizer a verdade no processo. Na alínea 1º, assevera que *as partes devem fazer suas declarações sobre questões de fato de forma completa e adequadas à verdade*. E na alínea 2º assevera que cada parte *deve declarações sobre as alegações de fato da sua contraparte* (RAGONE; PADILLO, 2006, p. 195).

Na mesma linha o art. 417º do NCPC português, corretamente, repetiu o teor do CPC anterior, que determina que 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 e submetendo-se às inspeções necessárias, facultado sempre o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

Apesar de muito se discutir a respeito da impossibilidade de existência de uma verdade. O certo é que é *inerente à função social do processo a busca pela verdade*, e o modelo cooperativo *fomenta a dialética e o contraditório* por meio do diálogo processual na busca de uma verdade provável.

O juiz colaborante, assim, tem o escopo de buscar uma decisão justa¹⁹, que pode ser definidas nas palavras de Taruffo, como uma *espécie de algoritmo que combina três fatores principais*: a) a *imparcialidade do procedimento (justiça processual)*; b) a *interpretação correta e precisa e a aplicação das disposições jurídicas substantivas que regem os o caso*; c) a *reconstrução precisa, completa e verídica dos fatos do caso* (TARUFFO, 2009d, p. 346).

Deduz-se, então, que a bússola da verdade deve sempre estar presente no processo, no entanto, dentro dos limites legais e constitucionais, devendo-se, pois, ter a consciência de que haverá casos em que não será possível alcança-la e isso não deve implicar em uma decisão injusta.

Portanto, a *construção verdadeira dos fatos* é um elemento imprescindível para formar a justiça da decisão. De modo que não é suficiente a mera observância da justiça

¹⁹ No mesmo sentido Sergio Chiarloni aponta que para se alcançar uma sentença justa é preciso que se passe por um critério duplo de verdade: a correta interpretação da norma bem como uma minuciosa reconstrução dos fatos (CHIARLONI, 2008, p.147).

processual com a observância de um devido processo, se o resultado da decisão judicial não seja comprometido com a verdade.

Outro passo importante para obtenção de uma decisão justa e qualificada é o *abandono da onisciência dos juízes* (típica do modelo inquisitivo), bem como a do *legislador* (típica do modelo liberal), admitindo-se, no mesmo passo, a insuficiência da norma, a priori para fornecer a “verdade” e dos fatos isoladamente para levarem à certeza jurídica (ZANETI JÚNIOR, 2005, p.129).

Nessa quadra, para busca de uma verdade provável que mais se aproxime da realidade extraprocessual é condição necessária que se realize uma ampla discussão do material fático e de direito, submetendo ambos a uma alta dose de debate e de correção, por meio da aplicação do princípio da cooperação conjuntamente com um amplo contraditório preventivo.

Um ponto sensível que possui íntima relação com a busca de verdade é a revelia. Oportuno aqui criticar o NCPC português que no que diz respeito à revelia não foi coerente com a ideia da busca da verdade ao consagrar um tratamento assaz rigoroso ao instituto no art. 567º, n.1º, que estabelece o efeito imediato da revelia, ou seja, se o réu não contesta os fatos, consideram-se, automaticamente, confessados os fatos articulados pelo autor, sem que o réu possa coloca-los em causa no âmbito do processo.

Importa nos indagarmos que garantia se tem que os factos que não foram contestados são verdadeiros? Um modelo cooperativo de processo que preza pela verdade se coaduna com tal solução?

Miguel Mesquita acredita que não. O citado doutrinador acredita que a regra consagrada no NCPC não se coadunou com o pensamento mais moderno no que atine aos efeitos da revelia, como acontece em Itália²⁰ e em Espanha²¹. Indo de encontro ao preâmbulo do novel códex que aponta para necessidade de dar um conteúdo útil ao princípio da verdade material²².

Assim, concordamos com tal posicionamento, pois, um modelo cooperativo de processo deve prezar sempre pela verdade e pelo diálogo como fontes produtoras de uma

²⁰ Por regra, à revelia não implica quaisquer alterações na distribuição do ónus da prova, na medida em que não se consideram admitidos os factos alegados pelo autor em consequência da falta de contestação (artigo 115.º, n.º 1 do CdPC a contrário) (FRANÇA GOUVEIA, et al., 2012, p.63).

²¹ Ao contrário do que sucede em Portugal, a revelia não acarreta – em regra – qualquer efeito cominatório. Assim, os factos alegados pelo autor não se consideram admitidos por falta de resposta e devem ser objeto de prova nos termos gerais (artigo 496.º, n.º 2 da LEC) (FRANÇA GOUVEIA, et al., 2012, p.61).

²² Pensamento esposado por Miguel Mesquita em Audiência parlamentar no âmbito da apreciação na especialidade da Proposta de Lei n.º 113/XII/2.ª (GOV), proferida no dia 26/02/2013, Disponível em: <<http://www.parlamento.pt>> acesso em: 03 de ago. de 2013.

decisão justa e útil, de modo que, o efeito imediato, automático e tabelar da revelia não deve ser a melhor solução para o processo civil moderno.

Como bem atenta Daniel Mitidiero, esse tema está umbilicalmente ligado com o *valor da igualdade e com a máxima da cooperação no processo civil*.

E completa, o citado autor, que em um processo onde se privilegia o diálogo processual, a melhor solução seria que se considerassem *fictamente contestadas as alegações de fato do demandante*, formando o objeto litigioso do processo e constringendo os seus participantes a um efetivo debate a respeito da causa (MITIDIERO, 2007b, p. 81), solução está que garante a igualdade substancial dos litigantes e privilegia os ideais propugnados por um processo civil de corte cooperativo.

Por fim Mariana França Gouveia define bem o perfil que o juiz deve busca na busca da verdade no processo, ao afirmar que em uma sociedade democrática não se pode admitir:

Uma justiça autoritária, que subjugue o interesse privado a uma ideia pública de verdade; mas também não pode admitir-se uma justiça autista, que abstrai em absoluto da realidade, do mundo, da sociedade em que se integra para julgar cada acção como se de uma ilha se tratasse. Na sociedade da informação, na sociedade da comunicação a função judicial do Estado é uma entre várias e não pode desligar-se da justiça que aplica, da justiça que transmite, da justiça que comunica (FRANÇA GOUVEIA, 2007, p. 52).

3.5 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A colocação da ideia de cooperação na categoria de princípios processuais é majoritariamente rejeitada na Alemanha²³. No entanto, nos filiamos a corrente que identifica a máxima da cooperação como um princípio que *tem origem na Alemanha*, e corresponde a um dever de perguntar e esclarecer que encontra o seu substrato normativo no §139 da ZPO alemã (GRASSI GOUVEIA, 2006, p. 47; GREGER, 2012, p. 212; MITIDIERO, 2011, p.55).

Silva assevera que o princípio da cooperação vem refletir-se na: “imputação de situações jurídicas aos diversos intervenientes processuais, que visam uma atuação colaborante ao longo do processo” (SILVA, 2003, p. 590).

Tal princípio, como visto anteriormente, tem uma abalizada fonte constitucional que o coloca como um princípio fundamental exponencial na estruturação de um modelo

²³ Nesse sentido ver: (JAUERNIG, 2002, p.131; Kooperationsmaxime in Zivilprozess,1983, p.299).

cooperativo de processo. O cerne da cooperação é exigir uma atitude colaborante no respeito às regras e desenvolvimento processual, sendo aplicado ao juiz em seu relacionamento com as partes. São, pois, *via de mão dupla* pelas quais a cooperação transita de e para cada um dos vértices do *trium personarum* (BERALDO, 2011, p.457).

O princípio da cooperação foi consagrado expressamente no art. 266/1 do CPC, sendo tal redação repetida no NCPC português no art. 7/1 do CPC. Essa tendência vem sendo seguida nas principais legislações modernas, como se verá mais a frente. Portanto, o ordenamento Português juntamente com o Alemão serão as principais referências no direito estrangeiro para a defesa de um modelo cooperativo de processo no Brasil como se verá adiante.

3.5.1 Coordenação entre os princípios: dispositivo, inquisitório e o da cooperação

A falta de uma correta delimitação dos princípios dispositivo e inquisitório, em razão das incompreensões cometidas pelos modelos já estudados, sensivelmente, em razão da perspectiva do problema ser observada por ângulos distintos e excessivamente ideologizados (GOZAÍNI, 2007, p. 121), fez gerar, em sede doutrinária, uma aparente incompatibilidade entre tais princípios, realidade que não se coaduna com um processo de corte cooperativo.

Foi vislumbrando a incoerência dessa polaridade ideológica, que em artigo há vinte quatro anos atrás, Barbosa Moreira já atentava para a necessidade do reinado do princípio da cooperação, no âmago do processo civil, como a solução para a tensão entre tais modelos clássicos:

Com alguma ajuda das circunstâncias, pode-se começar a divisar aí o *advento do reinado*- que em geral parece ainda tão longínquo- daquele “*princípio da cooperação*” que, de acordo com a vanguarda da doutrina, está fadado a resolver, *em acorde harmonioso, a tradicional contraposição entre o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo do processo civil* (BARBOSA MOREIRA, 1989d).

À vista disso parece-nos que chegou a hora e a vez do princípio da cooperação assumir definitivamente o seu trono, passando a ser a *locomotiva do processo civil moderno*, sendo o ponto ótimo de equilíbrio na aplicação dos princípios dispositivo e inquisitório, solucionando de forma equilibrada e harmoniosa essa aparente tensão.

Deste modo, neste tópico ganha relevância a delimitação da devida *coordenação entre esses três princípios na perspectiva do modelo cooperativo de processo*, defendendo

que a exigência do princípio da cooperação *não contradiz o princípio dispositivo, nem tão pouco, leva ao seu esvaziamento ou substituição*, de modo que tais princípios devem se articular e integrar a dinâmica do processo.

Como bem afirma o juiz alemão Greger:

Uma compreensão adequada do princípio da cooperação não dilui o controle das partes, nem conduz a um *mixtum compositum* do princípio dispositivo e do princípio inquisitório. Ao contrário justamente porque no processo civil existe o princípio dispositivo, o juiz deve cooperar com as partes, elas não podem promover ou permitir uma descoordenação (GREGER, 2012, p. 213).

O princípio da cooperação surge, então, como uma *enzima* que irá *otimizar* a aplicação do princípio dispositivo e do inquisitório, *expurgando os contornos excessivos ou as concepções pálidas de tais princípios*. A máxima da cooperação tem, assim, o condão de criar uma *atmosfera dialogal e cooperante em esferas que antes eram de monopólio apenas das partes ou do juiz*.

Em sentido contrário, Jauernig defende que o princípio da cooperação está conectado, necessariamente, à supressão da responsabilidade das partes e, por via de consequência, à limitação da autodeterminação das partes, afetando por via transversa o princípio dispositivo (JAUERNIG, 2002, p. 131).

Ousamos discordar de tal posicionamento, pois acreditamos que a cooperação não despotencializa ou boicota a atuação das partes no processo, nem muito menos lhe retira poderes de influir diretamente no desenvolvimento do processo. Pelo contrário, as partes são a pedra angular, a plataforma estruturante do processo civil, pois a elas competem o impulso inicial da ação e da defesa, a delimitação fática essencial, e, subsequentemente, a arquitetura da respectiva instrução.

No entanto, é preciso salientar que com a consagração do princípio da cooperação, o princípio do dispositivo não pode ser visto como um *dogma absoluto* (GREGER, 2012, p. 212), deve, portanto, ser mitigado em determinados campos com o fulcro de viabilizar uma *atividade compartilhada e cooperante entre as partes e o juiz*.

A priori, vale salientar que não concordamos com a retirada da epígrafe: princípio dispositivo e a sua substituição por ônus de alegação, consagrado no NCPC português²⁴ pois o *dispositivo é a matriz do processo civil*, por mais que seja necessária a sua mitigação nos parece um salto muito excessivo retirar tal expressão do ordenamento, mesmo ainda

²⁴ Também criticando essa supressão Mariana Gouveia França em palestra realizada no dia 26 de abril de 2013 em Lisboa sobre a reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <www.justicav.com> Acesso em: 10 de jun. de 2013.

deixando o seu conteúdo, pois tal alteração pode gerar uma falsa impressão de que tal princípio foi eliminado, onde na verdade continua a vicejar como um pilar do processo, sendo uma constante em todos os ordenamentos jurídico-processuais democráticos (LEITÃO, 1999, p. 25).

Isto posto, é essencial redimensionar o princípio dispositivo à luz de um modelo cooperativo de processo. Para isso passaremos a analisar os principais pontos sensíveis atinentes à divisão de trabalho entre as partes e o juiz.

Primeiramente, no que concerne ao *campo da iniciativa da ação*, mesmo que se entenda que se trate de uma manifestação do princípio dispositivo na sua acepção material/própria (HAAS, 2011, p. 89) ou que se exclua da órbita do princípio dispositivo,²⁵ a cooperação e o perfil ativo do juiz não interferiram nessa esfera, deixando *intocável o monopólio das partes para iniciativa do processo* (HAAS, 2011, p. 104), como se observa na maioria das legislações modernas²⁶.

Outro ponto sensível e essencial do princípio dispositivo que merece ser analisado é no que se refere à seleção da matéria de facto relevante para apreciação da causa, aspecto que representa a autonomia das partes nas “definições dos fins prosseguidos pelo processo” (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p. 69).

Nesse campo o artigo 5º, n.1º, do NCPC português consagrou *a máxima de que às partes incumbe alegar os fatos essenciais*²⁷ que constituem a causa de pedir bem como aqueles em que se baseiam as exceções invocadas, deixando, portanto, intacta uma importante manifestação da dispositividade das partes.

Essa consagração é essencial, pois a cooperação não pode exercer uma influência negativa no direito material da parte, (BERALDO, 2011, p. 457) de tal forma que a função de constituir a “*moldura externa do poder endoprocessual do juiz*” (ACIERNO; BARRECA, 2006, p. 177), estabelecendo quadro delimitativo quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz (BEDAQUE, 2011, p. 102), deve permanecer sempre com as partes,

²⁵ Nesse sentido, no qual seguimos, Barbosa Moreira e José dos Santos Bedaque se posicionam por retirar a iniciativa das partes da órbita do princípio dispositivo, pois acreditam que a impossibilidade do juiz dar início ao processo não é consequência do caráter disponível da relação material. Para tais autores o monopólio sobre a iniciativa do processo existe de *forma independente da natureza do direito litigioso, sendo mais correto alocar a exigência do monopólio da parte na iniciativa do processo na esfera do princípio da inércia da jurisdição*. Para comprovar tal raciocínio demonstram que mesmo em litígios que envolvem interesses públicos a inércia do juiz continua intacta, conferindo o poder de iniciativa a outro órgão estatal, no caso do Brasil é o Ministério Público (BEDAQUE, 2011, p. 99; MOREIRA, 1989a. p. 36-37).

²⁶ Art. 3º, nº1 do NCPC português (MENDES, 2013, p.29); Art. 262 do CPC do Brasil.

²⁷ Essa alteração foi fundamental para impor uma mudança de mentalidade nas partes na redação dos atos processuais que deve se restringir a alegar os factos essenciais e evitar uma injustificável proximidade que ainda reina no ambiente processual.

sob pena de mutilar o interesse privado que é inerente ao processo e alterar a essência do princípio dispositivo.

No entanto, a divisão de tarefas entre o *trium personarum* não pode mais ser resumida de forma absoluta ao brocardo “*da mihi facta, dabo tibi jus*” (SOUSA, 1997, p. 69), pois a máxima da cooperação influenciará os contornos do princípio dispositivo, de forma determinante, ao atribuir ao juiz, no exercício do dever de prevenção, a incumbência de participar de forma dialogal e cooperante na delimitação fática do litígio, como se verá mais adiante de modo mais tímido no ordenamento português e de forma mais ampla no ordenamento alemão, injetando diálogo em um campo que sempre foi tido como de monopólio das partes.

Destarte, a cooperação não implica amesquinamento do papel das partes, nem muito menos, a retirada da regra de que a elas incumbe deduzir suas alegações. Ocorre que, o juiz *deve auxiliar, assistir e orientar as partes nessa tarefa*, com o fulcro de evitar, que por erro ou omissão do advogado, venham as partes a sofrer um injusto prejuízo em seus direitos (LOPES, 1994, p. 36), buscando sempre a utilidade e a justa composição do processo.

Assim, a grande mudança que marca o centro de gravidade do princípio dispositivo, está na copernicana variação realizada no objeto do processo civil contraditório, pretendendo que o clássico debate dialético abandone a natureza de luta das partes, para localiza-se no plano de um “*deber de colaboración de los contradictores*” a encontrar uma solução justa firmada sobre a verdade dos fatos (GOZAÍNI, 2007, p. 124).

É preciso atentar, ainda, para a principal inovação trazida pelo NCPC no art. 5º refere-se ao n.2º, al., que assevera que além dos fatos alegados pelas partes são ainda considerados pelo juiz: *os fatos que sejam complemento ou concretização* dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles às partes tenha tido oportunidade de se pronunciar.

Uma primeira crítica a este artigo é a manutenção da classificação tripartida dos fatos do processo (*os essenciais, os complementares ou concretizadores e os instrumentais*)²⁸. Acreditamos que a reforma perdeu uma ótima oportunidade de acabar com esse conceitualismo que só gera divergências e obscuridades.

²⁸ Teixeira de Sousa analisa a classificação tripartida como *demasiada esquemática*. Define os fatos essenciais como àqueles que integram a causa de pedir ou o fundamento da exceção e se ausente importa na inviabilidade da ação ou da exceção; já os instrumentais, probatórios ou acessórios são os que indicam os fatos essenciais e que podem ser utilizado para prova indiciária dos últimos, e por fim os complementares ou concretizadores são aqueles que se ausentes não são motivo de inviabilidade da ação ou da exceção, mas que

Miguel Mesquita, de forma acertada, entende que essa complexa definição gera uma maléfica incerteza no juiz que, ao se deparar com um fato novo, que brota no iter da audiência, deverá analisar se tal fato é essencial principal ou um fato essencial complementar ou concretizador, para que só em último caso permita a entrada do fato (MESQUITA, 2013).

Destarte, um modelo cooperativo de processo se coaduna com conceitos exatos, claros, transparentes, que ajudem e não prejudiquem a prática do processo. Como bem entende o citado doutrinador, em essência, só devem existir dois tipos de fatos no processo, aqueles que são essenciais e que devem ser trazidos ao processo e os que não são essenciais e que, por esta razão, não devem ser considerados para o deslinde da causa²⁹.

Sem adotar essa classificação escolástica³⁰, bizzara (FRANÇA GOUVEIA, 2007, p. 60), que mais diminui do que acrescenta, temos como exemplo o CPT de Portugal que no seu art. 72º assevera que se houverem fatos (sem especificação alguma) que no decurso da produção da prova surjam, embora não articulados, o tribunal considerando-os relevantes para a boa decisão da causa, deve ampliar a base instrutória, ou não a havendo, tomá-los em consideração na decisão da matéria de fato, desde que sobre eles tenha incidido discussão (LISBOA, 2009).

Feita tal consideração, importa salientar ainda que o legislador no artigo ora analisado atinge a essência do princípio dispositivo ao permitir que o juiz introduza fatos complementares ou concretizadores que não foram alegados na petição inicial, *sem a anuência das partes*³¹. Miguel Mesquita entende que o legislador com essa alteração quis eliminar o princípio dispositivo do NCPC, mas que não foi até o fim, deixando o princípio em estado latente, moribundo, enfim, em um estado complexo (MESQUITA, 2013).

Desta feita, mesmo que a parte não demonstre sua concordância para ampliação do campo fático, o juiz poderá fazê-lo de ofício segundo a redação do artigo. Essa introdução compulsória do facto pelo juiz atinge, pois, a espinha dorsal do dispositivo. O

participam da causa de pedir ou de uma exceção complexa, sendo portanto indispensáveis à procedência dessa ação ou exceção (SOUSA, 1997, p.70).

²⁹ No mesmo sentido Maria José Capelo em palestra dada no Ciclo de Conferências sobre o novo código de processo civil: “Os poderes do juiz à luz do novo código de processo civil”, realizada no dia 16 de junho de 2013 na cidade do Porto.

³⁰ Entendendo que essa classificação é escolástica, confusa e pouco clara e que, portanto, deveria ser abolida do moderno processo civil, (MESQUITA, 2013).

³¹ O modelo anterior consagrado em Portugal só permitia, a nosso ver de forma correta, a entrada de fatos complementares ou concretizadores que resultavam da instrução da causa *desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório*.

juiz, nesse aspecto, passa a substituir a parte, cumprindo o seu papel e as partes passam a ser “*um joguete nas mãos do juiz*”³².

Portanto, ao permitir que o juiz substitua a vontade das partes, no que atine à formação do material fático, o legislador parece desvirtuar uma pilar do processo civil que não pode ser desprezado, o de que o processo tem a função de dirimir *litígios privados* e que, apesar da constante tensão com o caráter público do processo, o *interesse privado e o princípio dispositivo devem ter um núcleo mínimo inatingível*³³.

No mesmo sentido, Lebre de Freitas apregoa a *necessidade de valorização do princípio dispositivo*, defendendo que tal inovação deve ser interpretada no sentido de dar às partes a possibilidade de se oporem à introdução de fatos no processo pelo juiz, pois, a essência do princípio dispositivo é que as partes são responsáveis por trazerem os fatos ao processo. Acrescenta, ainda, que no modelo alemão onde se admite a introdução de fatos no processo até antes da audiência final, desde que não haja culpa das partes nessa alegação tardia, às mesmas é dado o direito de se opor a introdução de fatos sugeridos pelo julgador em respeito ao princípio dispositivo que deve continuar sendo uma trave mestra do processo civil³⁴.

Portanto, na Alemanha, ainda que o juiz possa propor um convite, sugerir a parte determinado comportamento, ao abrigo do § 139 da ZPO, são as próprias partes que tomam a *decisão final no sentido de seguir ou não a sugestão do juiz*, (HAAS, 2011, p. 104), sendo garantido sempre o livre exercício da liberdade das partes.

Por conseguinte, discordamos com tal alteração, pois acreditamos que essa função não deveria estar nos meandros dos poderes inquisitórios do juiz como consagrou o NCPC, mas sim na órbita do dever de cooperação, de tal forma que, a solução ideal seria o juiz, em diálogo com as partes, convidá-las para introduzir os fatos complementares ou concretizadores, e caso as mesmas aceitem a “sugestão” elas próprias o fariam e não de forma autoritária como faz o NCPC.

Outro aspecto criticável, ainda, nessa seara, é a timidez da reforma no campo da flexibilização do ônus de alegação, que não permite a introdução de fatos essenciais que

³² Expressão dita pelo prof. Dr. Miguel Mesquita durante as sessões de mestrado do ano de 2011 na Faculdade de Coimbra e que se aplica ao caso analisado.

³³ Também criticando essa introdução compulsória dos fatos complementares ou concretizadores sem a anuência das partes, a professora Doutora Maria José Capelo em palestra dada no Ciclo de Conferências sobre o novo código de processo civil: “Os poderes do juiz à luz do novo código de processo civil”, realizada no dia 16 de junho de 2013 na cidade do Porto.

³⁴ Pensamento esposado em palestra realizada na Universidade Nova Lisboa – Comemorações do dia do advogado- novo código de processo civil- realizada no dia 23 de maio de 2013 sobre “os temas de prova”. Disponível em: <www.justica.tv> Acesso em: 21 de jul. de 2013.

brotam da instrução do caso, como acontece no ordenamento alemão como será visto adiante.

Diante de tantas críticas urge elogiar o que parece ser o ponto mais positivo da reforma que é a eliminação pela raiz do sistema do questionário/base instrutória, que tinha um perfil castrador e era um espartilho para descoberta da verdade, figura que tolheu as ações cíveis ao longo de mais de 70 anos, e impunha diversos limites artificiais à instrução da causa (PIMENTA, 2013, p. 1).

Como bem salienta Miguel Mesquita, apesar de não estarmos diante de um novo CPC, deve-se reconhecer que foram dados passos importantes com a reforma. E o citado processualista destaca como nó vital do NCPC o fim do anacrônico questionário, que há muito deixou de fazer sentido no processo moderno, pois essa lista pormenorizada e atomística de perguntas não encontra embasamento em nenhum ordenamento (MESQUITA, 2013).

Logo, esse sistema processual que por décadas se enraizou na cultura portuguesa criava um sistema rígido e fechado quanto ao acervo fático, fechando as portas para qualquer alteração ou aprimoramento fático após a fase dos articulados, sem o acordo da parte contrária. De tal forma que o modelo processual era indiferente à desconformidade entre o que era alegado pelas partes e a realidade das coisas, visão oriunda de uma concepção impregnada de ónus e preclusões. O questionário era, pois, um espartilho que amarrava as partes e o juiz, trazendo diversos efeitos perversos e artificiais (PIMENTA, 2013, p. 1).

Assim, a eliminação pela raiz da base instrutória e do questionário desamarra o juiz do seu espartilho bem como “lhe retira do confronto solitário com o papel” (GERALDES, 2013). A consagração dos temas de prova acaba, finalmente, com a “quesitação atomística e sincopada dos pontos de facto”, permitindo que a instrução se liberte, nos limites definidos pela causa de pedir e pelas exceções, de barreiras artificiais, assegurando a livre investigação e consideração do material fático pertinente para decisão da causa. O sistema passa finalmente a se preocupar com a verdade dos fatos e com a prova produzida sobre os mesmos (PIMENTA, 2013, p. 1).

Por fim, o último ponto sensível que interessa ao presente estudo é o referente aos poderes instrutórios ao juiz, que são manifestação do princípio inquisitório, e que apresenta pontos de tensão com o princípio dispositivo e da cooperação.

Como já foi analisada, a distribuição dos poderes instrutórios entre as partes e o juiz recebeu a influência de elementos ideológicos, sendo uma “opção que transcende com absoluta nitidez o plano da técnica” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 1081).

Ocorre que, a repartição dos poderes já analisada, anteriormente, nos modelos dispositivo e inquisitivo distribuem os poderes instrutórios de forma “demasiadamente esquemática e em boa medida despistadora, pois pretende constranger em moldes de rigidez artificial uma realidade matizada e ondulante” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 1080).

Para esse intento, os doutrinadores utilizavam a amplitude do conceito do princípio dispositivo como principal ferramenta para possibilitar ou não a concessão de poderes instrutórios ao juiz.

Percebe-se, então que essa polaridade não pode mais vicejar no modelo cooperativo que aqui se defende, pois os princípios inquisitório e dispositivo, hodiernamente, estão mais para “*água e vinho do que para água e óleo*” (YOSHIKAWA, 2008, p. 112). É

À vista disso, nenhum ordenamento jurídico pode regular a instrução probatória em termos de monopólio seja em favor das partes, seja em favor do juiz. Deve então haver uma dosagem de participação entre o *trium personarum*, para que se chegue a um ponto de harmonia, que garanta a justiça da decisão e que não comprometa a imparcialidade do julgador.

Como já foi visto no tópico sobre o garantismo processual, a solução proposta pelo movimento neoprivatista de tentar reimplantar a essência do modelo dispositivo hodiernamente, castrando novamente os poderes instrutórios do juiz, não parece ser a melhor solução. Nesse contexto, o princípio da cooperação surge para legitimar o uso dos poderes instrutórios, por meio de um contraditório mais dinâmico e efetivo, como também através da responsabilização de todos os intervenientes processuais.

Resulta intuitivo, com efeito, nos questionarmos qual o papel que exerce o juiz e as partes na instrução da causa em um modelo cooperativo de processo? Qual a linha tênue que separa uma atuação do juiz comprometida com a verdade e com justiça da decisão, sem comprometer a sua imparcialidade?

Logo, o núcleo central da discussão a respeito da extensão e do alcance da cooperação no seio da instrução probatória está em um embate salutar entre o interesse público e o interesse privado. Posto que esse conflito não pode ser resolvido com a afirmação peremptória de supremacia daquele sobre este, como nos casos de estados

declaradamente fascistas, nem deste sobre aquele ignorando-se os pressupostos da democracia (SCARPARO, 2008, p. 83).

Nesta senda é preciso *redimensionar o princípio inquisitório a uma lógica cooperativa do processo, que impõe uma atividade probatória compartilhada, formando uma comunhão* de responsabilidades, onde o juiz sempre atua em conjunto com as partes e nunca em substituição a elas, preservando sempre o núcleo e a essência do princípio dispositivo.

Destarte, a atuação ativa do juiz não pode ter como contrapartida o amesquinamento do papel das partes, nem muito menos a eliminação ou redução das garantias a que fazem jus, nem tampouco da responsabilidade que pesa às partes (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 54).

No mesmo sentido, Nuno Lemos Jorge entende que o princípio inquisitório deve ser entendido de forma equilibrada, de tal forma que os poderes oriundos de tal princípio devem ser exercidos por um juiz de perfil: “participante, mas não parcial; inquiridor, mas não inquisidor; com autoridade, mas sem autoritarismo” (LEMOS JORGE, 2007, p. 79).

É capital, ainda, nos indagarmos quais poderes encerram o princípio inquisitório no modelo cooperativo?

Além dos poderes que serão analisados sob o enfoque do dever de auxílio em tópico próprio, o nó vital do inquisitório encontra-se no art. 411º do NCPC, que prevê que incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, *quanto aos factos que lhe é lícito conhecer*³⁵.

Uma primeira indagação nos surge é se o exercício dos poderes instrutórios é uma mera faculdade jurídica ou um poder dever? Parece que a resposta só pode ser no sentido de configura um poder- dever³⁶, em razão do comprometimento do juiz cooperativo com uma justa composição do litígio.

E não poderia ser diferente, pois os poderes instrutórios, desde que seja utilizado de forma hábil e diligente, são essenciais para iluminar os principais aspectos da situação

³⁵ Vale salientar que o Código Brasileiro (art. 130 do CPC brasileiro) e o português empregam a mesma técnica pois legitimam em termos genéricos a atuação oficial e em regras específicas disciplinam a atuação nos demais meios de prova. (MOREIRA, 1989b, p. 49.).

³⁶ No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro aponta para um reforço dos poderes de direção do processo pelo juiz, conferindo-lhes o *poder-dever* de adoptar uma posição mais interventora no processo e funcionalmente dirigida à plena realização do fim deste, eliminam-se as restrições excepcionais que certos preceitos do Código em vigor estabelecem, no que se refere à limitação do uso de meios probatórios, quer pelas partes quer pelo juiz, *a quem, deste modo, incumbe realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente e sem restrições*, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”

fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, suprindo, pois inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes (BARBOSA MOREIRA, 1986, p. 60-61).

A grande limitação a que se questionava no ordenamento anterior quanto ao art. 265º era a limitação dos poderes do juiz na expressão “quanto aos factos que lhe é lícito conhecer”. A interpretação dessa limitação já era entendida de forma a englobar não apenas os factos instrumentais, como também os factos principais (essenciais, complementares ou concretizadores) que foram alegados pelas partes (FRANÇA GOUVEIA, 2007, p. 60).

Com a inovação já analisada do art. 5º n.2º, al. b do NCPC, o art. 411º permite que o juiz produza provas sobre fatos principais complementares ou concretizadores que sejam trazidos pelo mesmo, sem a necessidade de anuência das partes, posição já criticada.

Dentro dessas coordenadas é preciso, ainda, desmitificar alguns dogmas a respeito da aplicação do princípio inquisitório. Um primeiro deles é o de que os poderes instrutórios concedidos ao juiz boicota a atividade das partes, desvirtuando a essência do princípio dispositivo.

Moreira elucida a questão ao constatar que nenhuma intensificação de atividade instrutória por mais ousada que se revele, tornará dispensável, ou mesmo secundária, a iniciativa dos litigantes. Para este autor: “o papel do juiz e o das partes são complementares; absurdo concebê-los como reciprocamente excludentes” (MOREIRA, 1986, p. 63).

Ainda sobre o tema precisas são as palavras do ilustre doutrinador carioca:

Nem há temer que o progresso nessa direção redunde em amesquinamento do papel das partes, como se se tratasse de uma espécie de gangorra, em que à subida de um lado corresponde por força a descida do outro. Com atuar de modo mais intenso não estará o órgão judicial, necessariamente, relegando os litigantes a posição passiva. Não se trata, é evidentíssimo, de competição ou disputa, em que cada participante se tenha de preocupar em passar à frente do outro e em evitar que o outro lhe passe à frente. Ninguém preconiza o absurdo de cercear-se a iniciativa das partes, para deixar-se tudo, ou quase tudo, por conta do juiz. Como já tivemos ocasião de dizer alhures, o lema do processo social não é a contraposição entre juiz e partes, e menos ainda o da opressão destas por aquele: *apenas pode ser o da colaboração entre uma e outras* (BARBOSA MOREIRA, 1989b, p. 50).

Nesta senda, um juiz proativo que não mutile a atuação das partes e não despoticize suas garantias é essencial num cenário do modelo cooperativo de processo,

para que o mesmo possa filtrar a atuação das partes para que façam um uso e não um abuso de suas garantias. A máxima da cooperação impõe, assim, um ponto de equilíbrio em que nem o juiz é um joguete na mão das partes, nem as partes são um joguete nas mãos do juiz, formando uma rede de diálogo e de responsabilidades compartilhadas.

Tal conclusão será de assaz importância para rebater a tese de que os poderes instrutórios desvirtuam as regras do ônus objetivo da prova, ponto que será analisado no tópico sobre a teoria da carga dinâmica.

Outra questão sensível recorrente é no que atine a possível violação do princípio da imparcialidade com a consagração dos poderes instrutórios “ex officio”. Mais uma vez nos parece ser uma visão distorcida do fenômeno.

Um primeiro ponto que deve ficar assente é que, se um juiz carece do requisito de imparcialidade em razão de uma falta de desprendimento com o assunto discutido em juízo ou com as partes, tal julgador não deveria participar de nenhum oficial (HAAS, 2011, p. 89). Logo, não será a vedação legal apenas aos poderes instrutórios que irá impedir a atuação parcial do juiz no iter do processo.

Nessa senda, o que deve ser aprimorado em um sistema cooperativo de processo são os mecanismos de fiscalização da atuação parcial do juiz, como acontece no § 41 da ZPO alemã que estipula inúmeras circunstâncias para prevenir a parcialidade ou até mesmo uma dúvida sobre ela, oferecendo o direito da parte recusar o juiz em razão de uma suspeita de parcialidade, (HAAS, 2011, p. 90) bem como a garantia do duplo grau de jurisdição obrigatória, inclusive no que concerne a matéria fática, condição que permite a correção da decisão, caso o juiz seja parcial.

Outra constatação de essencial importância feita por Barbosa Moreira é a de que o juiz não é “futurólogo ou dispõe de bola de cristal” para prever com segurança a quem o resultado da prova irá beneficiar. E conclui, ainda, que se é claro que o resultado da prova irá beneficiar alguém, *a não produção da prova também beneficia determinada parte*, de tal maneira que é preferível ser parcial na tentativa de aproximar-se da verdade real, do que se omitindo. Além disso, essa suposição, na prática, pode levar a uma ilógica conclusão de que nos procedimentos em que são admitidas as iniciativas probatórias ex officio, como no processo penal, haveria um juiz parcial (BARBOSA MOREIRA, 1989b, p. 52).

Assim é preciso enterrar tais dogmas a respeito da conduta do juiz com o intento de solidificar e concretizar cada vez mais o perfil de um juiz diretor e colaborante que se coaduna com um modelo cooperativo de processo e que traduza os ditames de um Estado Democrático de Direito.

Cirúrgicas são as palavras de Alvaro de Oliveira na busca desse equilíbrio:

A sentença final só pode ser resultado conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a ideia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo *fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes* (OLIVEIRA, 2006. p. 17-18).

Por conseguinte, é com a adoção de um modelo cooperativo de processo que há uma harmonização entre os princípios dispositivo e inquisitivo visto que as partes continuam a ter o papel determinante no campo da alegação dos fatos, sendo o princípio dispositivo basilar do processo civil, no entanto, está agora em ligação direta e constante com o princípio inquisitório para que possa haver uma potencialização da cooperação entre o julgador e as partes.

3.5.2 Momento mais indicado para intensificação do princípio da cooperação

Nesse momento reputa-se substancial estabelecer qual o momento em que o princípio da cooperação deverá incidir de forma mais intensa?

Sabe-se que os sistemas processuais modernos da *civil law*, influenciados pelas reformas austro-germânicas, dimensionaram suas fases em estruturas bifásicas em que numa primeira fase técnica, ocorre a *preparação do debate* (audiência preliminar: fixação dos pontos controvertidos e preparação escrita do tema da prova) e, uma segunda *fase de discussão endoprocessual* de todos os argumentos relevantes (audiência de instrução e julgamento) (TARUFFO, 2009a, p. 245).

É essencial nesse cenário perceber uma importante novidade nos atuais sistemas jurídicos no sentido de *deslocar a preocupação com a fase de produção de provas* (antigamente concentrada na fase instrutória), para a primeira fase, na qual ocorre a preparação do debate e da produção de provas, pois percebeu-se que a depuração quase completa das questões objeto do processo permite um diálogo profícuo, instituindo procedimentos mais vocacionados a garantir a efetividade, a influência e a consideração dos argumentos de todos para formação do pensamento jurídico (NUNES, 2008, p. 185).

Resulta intuitivo que tal deslocamento é essencial, pois percebe-se que o momento mais apropriado para a irradiação de forma intensa do princípio da cooperação é, sem dúvida, na audiência prévia³⁷, onde o juiz irá gerir o processo de modo dialógico com o intento de concretizar os princípios processuais em busca da justa composição do litígio e sem as amarras do princípio da preclusão.

Consoante lição de Dierle Nunes, se a fase preparatória for utilizada como um *locus* de fomento ao debate e ao diálogo entre todos os sujeitos processuais, em uma plataforma horizontalizada, sem protagonismos, como o fulcro de depurar os elementos fáticos e jurídicos, tal fase atenderá os “anseios participativos da democratização processual” (NUNES, 2008, p. 186), sendo o ambiente ideal para a irradiação intensa do princípio da cooperação.

Portanto, se a utilização da fase preparatória for realmente levada a sério, como um *centro da tramitação do processo civil* trará benefícios consideráveis de, pelo menos, duas ordens³⁸. A primeira de assaz importância para o processo civil hodierno, e que possui uma íntima ligação com o princípio da cooperação, mas que não será o foco do presente estudo, é no que atine a resultados positivos no que se refere às alternativas formas de resolução de disputa (ADR).

Já a segunda se refere ao diálogo a respeito das *questões de fato e de direito*. A audiência prévia é, pois, o momento adequado para o juiz expor as dificuldades detectadas, por meio do diálogo com as partes, promovendo, por meio da oralidade e da cooperação, *o esclarecimento e a correção dos fatos e do direito* que o demandem, expurgando o essencial do acessório (FARO, 2013, p. 5).

Assim, essa tendência de utilização metódica da fase preparatória para com o intento de *filtragem e fomento das questões endoprocessuais de fato e de direito*, teve o seu início com a reforma de Franz Klein (Ordenança Processual Civil austríaca) de 1895, as reformas alemãs do ZPO e pela reforma de Woolf do processo civil inglês e pela *Ley de enjuiciamiento civil espanhola* (THEORORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 115).

³⁷ Nesse sentido a Exposição de Motivos do NCPC português revela um nítido investimento da comissão na audiência prévia, entendida como *meio essencial para operar o princípio da cooperação, do contraditório e da oralidade* (MENDES, 2013, p.15).

³⁸ No que diz respeito aos fins da audiência prévia no NCPC português, exposto na Exposição de Motivos, tem como objeto: a) a tentativa de conciliação das partes; b) o exercício do contraditório, sob o primado da oralidade, relativamente às matérias a decidir no despacho saneador que as partes não tenham tido a oportunidade de discutir nos articulados; c) o debate oral, destinado a *suprir eventuais insuficiências ou imprecisões na factualidade alegada e que hajam passado o crivo do despacho pré-saneador*; d) a prolação do despacho saneador, apreciando exceções dilatórias e conhecendo imediatamente, no todo ou em parte, o mérito da causa (MENDES, 2013, p.16).

O ordenamento português, com a reforma de 95/96, consagrou a audiência preliminar em seu texto, no art. 508º-A, novidade considerada “verdadeiramente revolucionária” (FRANÇA GOUVEIA, 2007, p. 56).

Neste contexto Lebre de Freitas já salientava a importância da audiência preliminar, pois a mesma assume o caráter de pivô entre uma fase intermediária entre os articulados e a fase da instrução e julgamento, *locus* apropriado para incidência da cooperação recíproca, dos deveres de boa fé processual, da verdade material e manifestas simplificações e economias processuais (FREITAS, 2002, p. 118), sendo um ponto de coordenação e de intensa cooperação situado entre o ponto inicial e o destino do processo.

No entanto, o NCPC percebendo a sua inaplicabilidade prática^{39 40}, consagra em seu texto uma *audiência prévia tendencialmente obrigatória*, no seu art. 591º. A resistência a essa fase parece que encontra suas raízes em uma concepção liberal e duelística do processo, que ainda associa a audiência preliminar a um *locus* exclusivo para tentativa de conciliação entre partes, função está ainda muito desprestigiada pela classe advocatícia que busca sempre a litigância como fim.

Acreditamos que, a legislação portuguesa, de forma intencional ou não, avançou com a mudança do arrimo qualificativo da fase para “prévia”, pois essa alteração vem exatamente dar *ares de novo ao instituto*, com o intento de impulsionar a tão almejada mudança de mentalidade, principalmente dos advogados, contrários a tal fase, atentando ainda para essencial função de *preparação do litígio* que deve ser realizado nesse momento, que tem como *locomotiva o princípio da cooperação*.

Apesar do nítido avanço representado pelo NCPC, e da ênfase dada a sua tendência obrigatória⁴¹ acreditamos que o art. 593º do NCPC ainda fornece uma ampla gama de possibilidades de dispensa da audiência prévia pelo juiz (nomeadamente no que se refere aos casos de despacho de agilização e simplificação em que o diálogo é essencial para mostrar às partes o novo percurso a ser traçado no processo e no que concerne à fixação dos temas de prova que exige o ambiente cooperativo para que as partes possam

³⁹ Nesse sentido bem acentua a exposição de motivos do NCPC, que a audiência preliminar, instituída em 1995/1996, ficou aquém do que era esperado, muito em parte pela inusitada resistência de muitos profissionais forenses, mas também por certos aspectos da regulamentação processual que acabavam por dificultar a efetiva implantação desta audiência no quotidiano forense (MENDES, 2013, p.15).

⁴⁰ A audiência preliminar na Alemanha também não exercia bem as suas funcionalidades antes da reforma de 2002, pois eram tardiamente preparadas e o juiz recebia os expedientes com uma semana ou dias de antecipação da audiência oral, o que dificultava na sua eficiência. (RAGONE; PRADILLO, 2006, p. 50).

⁴¹ Nesse sentido a exposição de motivos do NCPC assevera que: “a audiência prévia é, por princípio, obrigatória, porquanto só não se realizará nas ações não contestadas que tenham prosseguido no regime de revelia inoperante e nas ações que devam findar no despacho saneador pela procedência de uma exceção dilatória, desde que esta tenha sido debatida nos articulados” (MENDES, 2013, p.15).

estabelecer a sua estratégia processual), possibilidades que deveriam ser obrigatórias em um *modelo gerencial cooperativo*.

Outra ponderação importante é feita por Maria Capelo que defende que seria de bom grado antecipar a audiência para um “*momento mais útil de definição e de conformação da instância*”, tal como está previsto no CTP português⁴², que “*propicia um espaço privilegiado de diálogo, de informação, de contraditório, de cooperação e de compreensão, suscetíveis de conduzir a soluções mais consentâneas com os respectivos interesses e legítimas expectativas*” (CAPELO,2011,p.122), opção que não foi consagrada pelo NCPC.

Apesar de ser uma boa opção a antecipação da audiência para que a conformação da instância não sofra os efeitos preclusivos previstos no ordenamento português. Acreditamos que em um modelo cooperativo de processo, a estabilização da demanda não deve se dá com a citação do réu e sim após o fim da audiência prévia, para que o princípio da cooperação não fique confinado em uma redoma sem poder atuar de forma efetiva no aprimoramento fático com intento de tornar a ação útil e buscar uma justa composição do litígio.

Pois acreditamos que audiência prévia é o ambiente mais propício para que por meio de uma rede de diálogos entre o *trium personarum* o juiz possa aplicar o feixe deveres oriundos da cooperação, com o intento de aperfeiçoar o exercício da liberdade das partes, sem as amarras da preclusão, permitindo que ação se torne útil para um julgamento realmente justo.

3.5.3 Relação entre o princípio da gestão processual e o princípio da cooperação

O primeiro passo desse tópico é definir os contornos do que vem a ser gestão do processo. Na Alemanha tal fenômeno recebe o nome de direção material do processo e é cindida em duas acepções: a formal e material.

Como bem define Roberto Del Claro, a direção formal é necessária e não controversa, ela é uma função burocrática direcionada às questões processuais do processo, sendo o juiz responsável pela marcação de audiências, pelas citações e pelas intimações, enfim pelo impulso do procedimento em geral. Tal função está, pois, relacionada aos

⁴² O art. 54. Do CPT português assevera que recebida a petição inicial, caso o juiz verifique deficiências ou obscuridades, deve convidar o autor a completa-la ou esclarecê-la, sem prejuízo do seu indeferimento (LISBOA, 2009).

impulsos necessários para que o procedimento atinja os seus objetivos, durante todo o iter processual, faceta esta, vale salientar, que não será objeto de estudo do presente trabalho (DEL CLARO, 2009, p.175).

Já a direção material do processo é uma forma de ativismo processual, como bem define BETTERMANN (1978, APUD, DEL CLARO, 2009, p. 17).

O juiz não assiste o desenrolar do processo como um árbitro assiste um jogo de futebol. O juiz participa do processo e busca, da melhor maneira possível, fazer com que as partes obtenham aquilo que elas próprias se dispuseram a obter mediante o processo. O juiz que dirige materialmente o processo não permite que alegações de fato feitas pelas partes fiquem sem prova; não permite que provas relevantes juntadas ao processo fiquem sem discussão; não permite que as partes deixem de lado importantes aspectos jurídicos da controvérsia; não permite que matérias que podem ser conhecidas de ofício fiquem sem discussão. Em suma, o juiz auxilia as partes a obterem o máximo do processo, ao mesmo tempo em que se mantém neutro e imparcial com relação ao resultado do litígio. O juiz está proibido de trazer fatos novos para o processo. Ele só trabalha com os fatos que foram alegados pelas partes. Se esses não estiverem suficientemente esclarecidos ou provados, ele pode agir.

No mesmo sentido atenta Supponen para existência de duas facetas da gestão do processo:

Na tradição de *civil law* o juiz ou a corte tem, com certa extensão um papel condutor do processo. O case management na doutrina é separado em dois campos: case management material/substancial e o formal/processual. O material case management consiste na participação da corte na investigação e na apresentação do caso. É direcionado para o material do caso, isto é, as reivindicações e os seus fundamentos, as provas, bem como a legislação pertinente. Já o formal case management, consiste na ação das corte para organização do curso dos procedimentos, por exemplo, fixando horários de audiências (SUPPONEN, 2008, p. 9) (tradução livre).

Nesse campo, faz-se mister atentar para o fato de que o princípio da gestão processual consagrado no NCPC português, não foi compreendido na amplitude que deveria, pois só fortaleceu um dos pilares do poder de gestão do juiz, função que já era desempenhada pelo princípio da adequação formal, pouco agindo no sentido de aprimorar e desenvolver a faceta material da gestão processual.

Como bem pondera Miguel Mesquita em audiência proferida no Parlamento Português sobre o NCPC português:

É fato que o juiz tem poderes de simplificação e de agilização do processo. Mas é imperioso realçar outro aspecto fundamental da gestão processual que é o juiz com poderes de gestão para composição útil, justa e expedita do litígio. A gestão ultrapassa e muito a planificação do

procedimento ao nível de forma dos trâmites. É imprescindível atentar para outra importante faceta, que é a gestão processual que interfere com o mérito, com o fundo da causa, com o sentido da decisão, a gestão pode ter implicações materiais (MESQUITA, 2013).

Portanto, a Comissão do NCPC parece ter deixado de lado esse importante debate, esquecendo-se de aprimorar e discutir essa faceta essencial do princípio da gestão do processo, que foi recentemente reforçada na reforma de 2005 realizada no ordenamento alemão. O NCPC enxerga, assim, o fenômeno da gestão processual de forma redutora e simplista.

Acreditamos, pois, que o princípio da gestão processual deve ser a pedra angular de um modelo cooperativo de processo. Pois é imprescindível atentar que a atuação do juiz sob a égide desse princípio apresenta diversos reflexos na esfera do direito material. Logo, a gestão processual ampla, que engloba a *faceta processual e a material*, deve ser um farol a iluminar toda a lógica da relação jurídica moderna, apontado sempre para uma composição útil, justa e expedita do litígio.

Nessa senda, o princípio da cooperação indicará a forma como o juiz irá comporta-se nessa gestão material do processo. O juiz no modelo cooperativo reaparece, então, com um perfil inovador, tendo a função de dirigir o processo de modo mais operativo, interventor e ativo, mas com um papel mais dinamicamente participado (LAMEIRAS, 2008, p. 123), o juiz passa atuar de forma vertical e descendente na dinâmica do processo⁴³.

Por isso, é preciso reconhecer que o processo civil hodierno é de pendor marcadamente dinâmico, onde deve se valorizar a habilidade de direção material do juiz. Logo, os deveres extraídos da cooperação conferem ao juiz um perfil dinâmico e participativo que colabora com as partes no accertamento dos fatos e na aplicação do direito. A máxima da cooperação, enquanto dever do juiz, faz com que a direção material do processo se torne legítima e efetiva, como também impõe ao juiz um papel de conselheiro que auxilia as partes a exercitarem a sua liberdade da forma mais eficaz possível.

Vale salientar, ainda, que esse perfil ativo do juiz no âmbito de uma gestão material do processo deve respeitar sempre o princípio dispositivo que é a pedra angular de um processo justo, bem como o contraditório dinâmico que impede que o juiz baseie suas decisões em considerações que não foram discutidas devidamente.

⁴³ Nesse sentido o pensamento do Dr. Luís Miguel Andrade de Mesquita durante as sessões de mestrado do ano de 2011 na Faculdade de Coimbra.

Destarte, o grande salto qualitativo do ordenamento português no que atine à gestão material do processo se deu com a reforma de 95/96 que consagrou o princípio da cooperação de onde emanam os deveres de prevenção, auxílio, consulta e esclarecimento. No entanto, a comissão do NCPC como se verá mais adiante pouco avançará nesse sentido, reforçando apenas a gestão processual do processo com a consagração do princípio da gestão processual no art. 7º, cuja redação se transcreve:

Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, *dirigir ativamente o processo* e providenciar pelo seu andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando *mecanismos de simplificação e agilização processual* que garantam a *justa composição do litígio* em prazo razoável.

A consagração de tal princípio como a grande novidade do NCPC se restringe a reforçar a faceta formal da gestão do processo, como se fosse um mero reforço do princípio da adequação formal. De modo que não reforçar os poderes de gestão material do processo e não incluí-lo dentro do princípio da gestão processual parece ser o grande equívoco do NCPC, se limitando a fazer pequenas alterações semânticas no reforço dos poderes materiais do juiz como se verá adiante.

De fato, o único elemento do art. 7º que aponta no sentido da gestão material do processo é a menção à necessidade das decisões judiciais buscarem a justa composição do litígio, no entanto, atrelam tal exigência apenas à faceta processual da gestão.

Assim, para que se concretize, cada vez mais, o modelo cooperativo de processo é imperioso realçar o aspecto material da gestão processual que indica para um perfil de um juiz mais ativo e dinâmico que busca a composição útil, justa e expedita do litígio.

Portanto, o desenvolvimento da cultura do *active case management* deve receber a atenção da processualística moderna. De modo que, a tão almejada mudança de mentalidade dos operadores do direito no sentido da gestão material do processo deve se dá por meio da *educação dos juízes*, que devem ser motivados a participar ativamente do processo sem serem acusados de parcialidade, talvez, só com uma completa *mudança na geração de juízes* seja possível implantar uma nova cultura de gestão ativa do processo (MAXLAND, 2011, p. 84).

Nesse contexto, sábias são as palavras de Jonh Maxland que acredita que para que um ordenamento amadureça e se aperfeiçoe continuamente na direção da gestão material,

três palavras chaves são essenciais: “*tempo, conhecimento e experiência*” (MAXLAND, 2011, p. 85), realidade que bem se aplica a Portugal e ao Brasil.

3.5.4 Princípio da cooperação enquanto dever das partes

O princípio da cooperação para ser compreendido como um marco da democratização processual, que afasta o autoritarismo do modelo inquisitorial, deve ser entendido sob um duplo enfoque. Uma primeira vertente que se reporta às partes: deveres das partes e uma segunda vertente, muitas vezes esquecida, que se dirige ao juiz: deveres do juiz.

Essas dimensões são realidades em absoluto diferentes, pois quando acentuamos os deveres de cooperação das partes, sublinhamos o caráter autoritário do processo, ao passo que quando acentuamos os deveres de cooperação do juiz, atenuamos o cunho autoritário (FRANÇA GOUVEIA, 2007, p. 52). Consequentemente, enxergar tais deveres separadamente sem enxergar o entrecruzamento mútuo entre eles pode levar a visões equivocadas do princípio.

Nesse ponto é preciso fazer uma importante nota delimitativa, pois o presente estudo irá focar na análise do plexo de deveres do juiz na condução do processo, ótica que maximiza o contraditório e o diálogo na atuação judicial e que tem o poder de afastar decisões autoritárias e violadoras das garantias das partes.

Portanto, sem desconhecer a importância do estudo do dever de cooperação enquanto dever das partes (FRANÇA GOUVEIA, 2007, p. 54), principalmente no que se refere aos pontos de intersecção entre a litigância de má-fé e o dever de boa-fé processual, que possuem grande importância para maior responsabilização das partes e para eticização dos comportamentos das partes na dinâmica do processo, o presente estudo focará na análise no princípio da cooperação enquanto dever do juiz, por meio da análise minuciosa do plexo de deveres impostos ao julgador, sem descurar de fazer breves apontamentos ao dever de cooperação na vertente das partes quando pertinente.

3.5.5 Princípio da Cooperação enquanto dever do magistrado

Como já foi enfatizado o presente trabalho focará na vertente da cooperação enquanto dever do magistrado, acepção que implica a alteração do modo de atuar do

magistrado perante o litígio e que imuniza o possível autoritarismo do julgador como bem define Mariana França Gouveia:

Quanto mais se defender a postura colaborante do magistrado mais autoritarismo lhe retiraremos. Uma magistratura obrigada pela colaboração é a concretização de uma justiça próxima ao cidadão, de uma justiça ao seu serviço. Uma justiça de igualdade entre todos os homens, independentemente de sua posição concreta (GOUVEIA, 2007, p. 56).

Destarte, esse tópico terá a função de dissecar o princípio da cooperação demonstrando suas concretizações no enfoque do juiz, que se evidencia pela imposição de um feixe de deveres ao mesmo, visando à democratização do processo, impondo limites e pautando uma conduta diligente, responsabilizante e efetiva do magistrado.

Teixeira de Sousa é quem vai desenvolver as linhas mestras do plexo de deveres impostos ao magistrado na condução do processo, dividindo tais deveres em quatro: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de auxílio e dever de diálogo, que serão analisados em tópico próprio em razão de sua importância (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p. 66).

Vale salientar, primeiramente, que o eminente doutrinador da Faculdade de Lisboa não confere ao princípio da cooperação a eficácia normativa suficiente para que do mesmo se extraiam os poderes-deveres do órgão jurisdicional (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p. 65). Portanto, tais deveres são todos consagrados em regras específicas presente no ordenamento jurídico português, e não extraídos da cláusula geral do art. 266, n° 1, atual art. 7°/1 do NCPC.

Apesar de reconhecermos a importância da concretização do princípio da cooperação expressamente na norma, tal delimitação torna os limites do princípio relativamente claros, resultando da justaposição do conteúdo dos deveres em que se manifesta (SILVA, 2003, p. 591).

Tal condição leva o juiz a pautar a sua atuação de acordo com as concretizações normativas legais o que ocasiona um grande empobrecimento de aplicabilidade de tal princípio, pois ao exigir-se uma norma de concretização, amputa-se este princípio do seu espaço natural de atuação que se relaciona a *impor uma intervenção justificada diretamente por uma justa composição do litígio* (SILVA, 2003, p. 592).

No entanto, essa constatação não retira a importância de consagrar os deveres oriundos da cooperação, pois a atmosfera cooperativa requer uma mudança de mentalidade que só é alcançada, muitas vezes, com uma carga imperativa legal que imponha comportamentos, cuja violação incorra em severas sanções.

Assim, a sistemática de funcionamento da colaboração estrutura-se por meio da previsão de regras direcionadas ao juiz na condução do processo, que consagram tais deveres para com os litigantes, conformando um modelo cooperativo de processo (MITIDIERO; MARINONI; SARLET, 2012, 627).

Para analisar tais deveres o ordenamento português será utilizado como a principal referência normativa, pois representa um modelo cooperativo que consagra ainda que de forma tímida tais deveres extraídos da cooperação. Logo, esse tópico terá o escopo primordial de extrair do princípio da cooperação um importante núcleo essencial que já foi delimitado principalmente na legislação e na jurisprudência portuguesa que devem ser sempre assegurados em um processo civil cooperativo

Reconhece-se que o ordenamento português é paradigmático por ter reconhecido o princípio da cooperação no seu ordenamento como uma trave mestra do modelo processual estruturado na reforma de 95/96.

Ocorre que, a prática judicial revelou que a aplicação de tal princípio exigia uma verdadeira mudança de mentalidade que não foi observada na prática, em razão da cultura portuguesa ainda estar muito arraigada em concepções formalistas e presas a ideais liberais. Tal realidade exigiu, então, a elaboração de um NCPC que foi imbuído do mesmo espírito da reforma de 95/96 e veio tentar aperfeiçoar as patologias que se observou no código anterior⁴⁴.

No entanto, nesse ponto devemos criticar o NCPC que foi tímido na sua reforma, se limitando a reordenar os artigos anteriores⁴⁵ sem mudanças significativas, perdendo uma ótima oportunidade de analisar as patologias na aplicação de tais deveres patentes na jurisprudência portuguesa, modificando detalhes semânticos e potencializando esse plexo de deveres no sentido de fortalecer de forma mais significativa à cooperação com vistas a lograr um direito processual mais eficiente, mais transparente e principalmente impor a tão almejada mudança de mentalidade que o modelo cooperativo apregoa e que torna o processo mais próximo ao cidadão.

⁴⁴ É o que se deduz de parte da exposição de motivos do novo CPC que assevera que: “pode, hoje concluir-se que a reforma de 1995/1996 erigiu corretamente os princípios orientadores do moderno processo civil, mas não colocou nas mãos dos intervenientes processuais os instrumentos adequados para os tornarem eficazes, viabilizando os fins a que se tinha proposto. É o que ora se visa com a presente reforma, quando se preconizam e consagram os concretos deveres processuais, os infungíveis poderes de gestão, a inevitável responsabilização de todos os intervenientes, tudo de molde a viabilizar e conferir conteúdo útil aos *princípios da verdade material, à cooperação funcional e ao primado da substância sobre a forma* (MENDES, 2013, p.8-9).

⁴⁵ No mesmo sentido Miguel Mesquita critica a reordenação dos artigos realizada pelo NCPC. (MESQUITA, 2013).

Semelhante crítica pode ser estendida ao projeto de novo CPC que tramita no Brasil que apesar de ter evoluído consideravelmente ao prever expressamente no art. 8º o princípio da cooperação (BRASIL, 2010)⁴⁶, não sistematizou o núcleo mínimo do princípio da cooperação de forma correta no que concerne aos deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta, pois tratou o tema de forma esparsa sem prever expressamente a existência genérica do plexo de deveres, que é o pilar estrutural de um modelo cooperativo de processo.

Nesse contexto deve-se usar como parâmetro a recente reforma da ZPO alemã, que teve como espinha dorsal o reforço da função e do perfil do juiz dentro do processo, no que se refere à direção e ao impulso do processo, por meio da ampliação de seus deveres com o intento de orientar e prevenir as partes na dinâmica do processo (RAGONE; PADILLO, 2006, p. 40). De tal forma que os deveres do § 139 da ZPO é considerado no processo alemão como um dos pilares do processo justo (RAGONE; PADILLO, 2006, p. 50).

Assim, acreditamos que o ordenamento alemão é paradigmático e inovador nessa seara sendo um modelo cooperativo assaz evoluído e que será utilizado como um dos parâmetros para análise dos deveres de cooperação, servindo, pois, de referência para o diálogo com o processo civil português e o brasileiro.

Posto isto, acreditamos que a concretização de forma sistemática e expressa dos deveres extraídos da cooperação é a espinha dorsal para concretização de um modelo cooperativo de processo e, conseqüentemente, para valorização da instância judicial de primeiro grau.

Assim sendo, é de assaz importância para concretização de um modelo cooperativo o *fortalecimento da primeira instância judicial* (CAPELO et al., 2005, p. 2-3), por meio do correto uso de tais deveres de modo a definir uma relação regida pelo diálogo, pelo contraditório dinâmico aproximando a relação entre o juiz e as partes promovendo interação, transparência e legitimidade às decisões judiciais.

Portanto, a hierarquização da justiça demonstra que “*só uma base sólida pode gerar uma justiça equilibrada e eficiente nos tribunais superiores*” (CAPELO et al., 2005, p. 2-3), de forma que o princípio da cooperação cumpre exatamente com esse desiderato de construir uma decisão de primeiro grau sólida e transparente que possa refletir diretamente na *eficácia da decisão de primeiro grau* e no *descongestionamento do sistema recursal*.

⁴⁶ Art. 8º do Anteprojeto de Código de Processo Civil Brasileiro: “as partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, *colaborando com o juiz* para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios” (BRASIL, 2010).

Dessa forma, o objetivo primordial do modelo cooperativo deve ser no sentido de promover a qualidade das decisões, prevenindo-se, dessa forma, em muitos casos o exercício do direito de recurso (CAPELO et al., 2005, p. 2).

Curial assentar, ainda, que o exercício correto de tais poderes potencializa o principal objetivo do processo que é a pacificação da lide por meio de uma solução justa do conflito e que se coadunada com a realidade extraprocessual, utilizando como *ultimum remedium* para solução do processo a extinção anômala do processo, que forma uma sentença que não aprecia o mérito da causa.

Como bem afirma Barbosa Moreira uma das condições necessárias para efetividade do processo é assegurar condições e instrumentos propícios para a exata e completa reconstituição dos fatos relevantes a fim de que o convencimento do julgador possa corresponder tanto quanto possível à realidade dos fatos (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 27), função que só pode ser desempenhada por um modelo cooperativo de processo.

De modo que, a intensificação desses deveres do juiz se faz essencial para eliminar as demoras e as travas da tramitação processual e, principalmente, para construção de um modelo cooperativo de processo que privilegia a reconstrução do material fático e de direito da causa da forma mais completa possível, a busca da verdade e a justa, a igualdade material entre as partes, e a justa composição do litígio.

Esses deveres oriundos da cooperação terão o escopo de: i) possibilitar uma reconstrução dos fatos o mais próxima possível da realidade, elemento imprescindível para justiça da decisão; ii) privilegiar as decisões de mérito sobre a de forma; iii) permitir o diálogo em espaços que eram de monopólio ou das partes ou do juiz, inclusive no que atine às questões de direito, afastando as decisões surpresa; iv) permitir uma atuação judicial proativa no sentido de alcançar uma igualdade material; v) viabilizar uma decisão judicial baseada no convencimento do juiz, afastando o quanto possível, as provas difíceis, o estado de dúvida e as decisões baseadas no artificialismo do ônus da prova como regra de julgamento.

Passemos, então, a análise detalhada de cada um dos deveres.

3.5.6 Dever de Esclarecimento

O dever de esclarecimento é um corolário do princípio da cooperação, sendo um dos pilares do modelo cooperativo de processo, pois visa evitar que a decisão do juiz tenha

por base uma informação débil, prezando sempre por um acertamento dos fatos o mais próximo possível da realidade extraprocessual tornando o processo transparente e legítimo e condizente com a realidade dos fatos que é um dos elementos da justiça da decisão.

Desse modo, sempre que o juiz tiver dúvidas a respeito das argumentações, das alegações, dos pedidos ou quaisquer posições em juízo expressadas pelas partes, terá o julgador o poder-dever de pedir o esclarecimento de tais pontos obscuros ou deficientes o quanto antes. Tal atuação tem a principal função de impedir que o juiz emita decisões baseadas em um material fático débil que não tem comprometimento com a verdade apurada (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p. 65).

O termo “esclarecer” pressupõe uma predisposição recíproca tanto das partes quanto do julgador em responder, indagar e disponibilizar o máximo de informações para, com isso, tentarem solucionar o caso (CAMPOS, 2012, p. 32).

Visa-se nesse preceito a prestação de esclarecimento para que o juiz possa, na tarefa de diretor do processo, arredar quaisquer dúvidas sobre a lide, designadamente, perante situações de falta de clareza do raciocínio discursivo (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p. 65).

O citado processualista ao analisar o tema no ordenamento português identifica que o dever de esclarecimento implica em um dever recíproco do tribunal perante as partes e destas perante aquele órgão: o tribunal tem o dever de se esclarecer junto às partes e em contrapartida estas têm o dever de responder ao pedido de esclarecimento (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p. 65).

O primeiro plano de análise é sob a perspectiva do juiz que impõe ao julgador o dever do julgador de, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, *convidando-os* a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência, que foi consagrado no código anterior no art. 266º, nº2.

Uma primeira crítica que deve ser feita a esse artigo é no que concerne ao seu carácter semântico que consagra um texto sem imperatividade: “o juiz *pode* ouvir as partes”. Uma interpretação literal apressada pode nos levar a conceber a natureza dessa situação jurídica como uma mera faculdade e não como um poder dever.

Tal entendimento não pode prevalecer, pois tal situação jurídica é concedida ao tribunal *não no seu interesse exclusivo, mas também no interesse das partes*, de modo que a atuação do dever de esclarecimento revela como *beneficiários diretos as partes* (SILVA, 2003, p. 606).

De modo que o NCPC português, ao repetir a mesma redação do código anterior, no art. 7º, al.2º perdeu a oportunidade de enfatizar que tal situação jurídica é na verdade um poder-dever, falha semântica esta que não impede a defesa do seu caráter não opcional.

Importante ainda neste momento delimitar o objeto do dever esclarecimento, respondendo a seguinte indagação: quais matérias podem ser esclarecidas pelo juiz? A resposta deve ser no sentido de englobar tanto o material fático alegado pelas partes quanto às questões de direito, como corretamente consagra o art. 7º, nº2 do CPC. Vale salientar que o dever esclarecimento deve ser sempre exercido de mãos dadas com o princípio da proibição de decisões surpresa, princípio este que será estudado em tópico próprio.

Portanto, a atividade do juiz no pedido de esclarecimento de fatos e de direito, deve ser englobada em um “dever geral negativo de proibição de decisões surpresa” (DECLARARO, 2009, p.17). Assim, sempre que o juiz atue nesse sentido deve dar ciência do resultado de tais providências a ambas as partes.

No plano fático o juiz deverá obter esclarecimentos referentes às alegações dos fatos da causa, com o escopo de clarificar o máximo possível o seu entendimento com vistas a uma perfeita compreensão da causa (FREITAS, 2009, p. 165) e para formar o seu convencimento da melhor maneira possível.

Vale salientar uma inovação importante do NCPC português que concretiza mais uma importante expressão do dever de esclarecimento no art. 452^{o47} que defere ao juiz o poder de em qualquer estado do processo, determinar a comparência pessoal das partes para a prestação de depoimento, informação ou *esclarecimento* sobre os factos que interessem a decisão da causa.

Já no que atine às questões jurídicas o juiz quando necessário para a justa composição do litígio deverá requerer esclarecimentos a respeito da posição das partes quanto aos fundamentos de direito do pedido e das exceções (FREITAS, 2009, p. 165).

Didier Jr., analisando o dever de esclarecimento nessa ótica assevera que quando o magistrado encontrar-se em dúvida a respeito do preenchimento de um requisito processual de validade deverá providenciar o esclarecimento da parte envolvida ao invés de determinar de forma imediata à consequência prevista em lei para tal ilícito processual, que seria a *absolvição de instância* (DIDIER JR., 2010, p. 15).

O dever de esclarecimento exerce ainda um papel assaz essencial no *campo probatório*, pois tão como ocorre na Civil Procedure Rules, o juiz deve: i) indicar às partes

⁴⁷ Tal artigo possui correlação com o art. 552 do CPC anterior que só previa a determinação de comparecimento da parte para prestar depoimentos, sem incluir as importantes funções de prestar informações ou esclarecimentos (MESQUITA, 2011, p. 175)

as questões a cujo respeito entende necessitar de provas ii) especificar a natureza da prova de que carece para resolvê-las, iii) determinar o modelo pela qual a prova deve ser produzida; iv) ordenar, em qualquer tempo, que a parte ministre esclarecimentos a respeito do assunto controverso, ou preste informação adicional (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 1081).

A outra faceta do dever de cooperação é o dever de esclarecer das partes para com o juiz que foi consagrado no art. 266º, n. 3º do anterior CPC e foi repetido no art. 7º, nº3 do NCPC. Vale salientar que a cooperação da parte para com o juiz na prestação do esclarecimento encontra um importante limite legal na parte final desse artigo que excepciona o dever de esclarecimento da parte em caso da existência de alguma *causa de legítima recusa*, baseadas em garantias constitucionais.

No que concerne ao ordenamento brasileiro que apesar de não ter uma cláusula geral da cooperação consagrada em seu ordenamento, extrai-se a necessidade de cooperação de algumas normas esparsas bem como do aparato principiológico constitucional.

Uma primeira manifestação percebida por Grassi Gouveia é o caso dos arts. 340º I, e 342º do CPC brasileiro, que prescrevem um dever da parte de comparecer em juízo, respondendo ao juiz o que lhe for interrogado e permitindo que o juiz, de ofício, em qualquer estado do processo, determine o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (GRASSI GOUVEIA, 2006, p. 51).

O dever de esclarecimento é, pois, um instrumento assaz importante para aquilatar as desigualdades das partes, privilegiando o princípio da paridade de condições, bem como para inibir decisões que extinguem o processo por questões meramente formais e em contrapartida valorizar o devido acerto dos fatos em busca da tão almejada decisão de mérito, pilar este essencial em um modelo cooperativo de processo.

De modo que o NCPC português, ao repetir a mesma redação do código anterior, no art. 7º, al.2º, perdeu a oportunidade de enfatizar que tal situação jurídica é na verdade um poder-dever, falha semântica esta que não impede a defesa do seu caráter não opcional.

Importante ainda neste momento delimitar o objeto do dever esclarecimento, respondendo a seguinte indagação: quais matérias podem ser esclarecidas pelo juiz? A resposta deve ser no sentido de englobar tanto o material fático alegado pelas partes quanto às questões de direito, como corretamente consagra o art. 7º, nº2 do CPC. Vale salientar que o dever esclarecimento deve ser sempre exercido de mãos dadas com o princípio da proibição de decisões surpresa, princípio este que será estudado em tópico próprio.

Portanto, a atividade do juiz no pedido de esclarecimento de fatos e de direito, deve ser englobada em um “dever geral negativo de proibição de decisões surpresa” (DEL CLARO, 2009, p. 17), de modo que sempre que o juiz atue nesse sentido deve dar ciência do resultado de tais providências a ambas as partes.

No plano fático o juiz deverá obter esclarecimentos referentes às alegações dos fatos da causa, com o escopo de clarificar o máximo possível o seu entendimento com vistas a uma perfeita compreensão da causa (FREITAS, 2009, p. 165) e para formar o seu convencimento da melhor maneira possível.

Vale salientar uma inovação importante do NCPC português que concretiza mais uma importante expressão do dever de esclarecimento no art. 452^{o48} que defere ao juiz o poder de em qualquer estado do processo, determinar a comparência pessoal das partes para a prestação de depoimento, informação ou *esclarecimento* sobre os factos que interessem a decisão da causa.

Já no que atine às questões jurídicas o juiz quando necessário para a justa composição do litígio deverá requerer esclarecimentos a respeito da posição das partes quanto aos fundamentos de direito do pedido e das exceções (FREITAS, 2009, p. 165).

Didier Jr. analisando o dever de esclarecimento nessa ótica assevera que quando o magistrado encontrar-se em dúvida a respeito do preenchimento de um requisito processual de validade deverá providenciar o esclarecimento da parte envolvida ao invés de determinar de forma imediata à consequência prevista em lei para tal ilícito processual, que seria a *absolvição de instância* (DIDIER JR., 2010, p.15).

O dever de esclarecimento exerce ainda um papel assaz essencial no campo probatório, pois tão como ocorre na *Civil Procedure Rules*, o juiz deve: i) indicar às partes as questões a cujo respeito entende necessitar de provas ii) especificar a natureza da prova de que carece para resolvê-las, iii) determinar o modelo pela qual a prova deve ser produzida; iv) ordenar, em qualquer tempo, que a parte ministre esclarecimentos a respeito do assunto controverso, ou preste informação adicional (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 1081).

A outra faceta do dever de cooperação é o dever de esclarecer das partes para com o juiz que foi consagrado no art. 266^o, n. 3^o do anterior CPC e foi repetido no art. 7^o, n^o3 do NCPC. Vale salientar que a cooperação da parte para com o juiz na prestação do esclarecimento encontra um importante limite legal na parte final desse artigo que

⁴⁸ Tal artigo possui correlação com o art. 552 do CPC anterior que só previa a determinação de comparecimento da parte para prestar depoimentos, sem incluir as importantes funções de prestar informações ou esclarecimentos (MESQUITA, 2011, p. 175).

excepciona o dever de esclarecimento da parte em caso da existência de alguma causa de legítima recusa, baseadas em garantias constitucionais.

No tocante ao ordenamento brasileiro que apesar de não ter uma cláusula geral da cooperação consagrada em seu ordenamento, extrai-se a necessidade de cooperação de algumas normas esparsas bem como do aparato principiológico constitucional.

Uma primeira manifestação percebida por Grassi Gouveia é o caso dos arts. 340º I, e 342º do CPC brasileiro, que prescrevem um dever da parte de comparecer em juízo, respondendo ao juiz o que lhe for interrogado e permitindo que o juiz, de ofício, em qualquer estado do processo, determine o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (GOUVEIA, 2006, p. 51).

O dever de esclarecimento é, pois, um instrumento assaz importante para aquilatar as desigualdades das partes, privilegiando o princípio da paridade de condições, bem como para inibir decisões que extinguem o processo por questões meramente formais e em contrapartida valorizar o devido acerto dos fatos em busca da tão almejada decisão de mérito, pilar este essencial em um modelo cooperativo de processo.

A principal limitação imposta ao dever de esclarecimento é a linha tênue que separa a imparcialidade da parcialidade judicial. Um primeiro ponto que precisa ser esclarecido é que o escopo direto do dever de esclarecimento não é auxiliar a parte hipossuficiente, atuação mais associada ao juiz paternalista do modelo inquisitivo que despotencializa a função do advogado no processo.

O núcleo de atuação do dever de esclarecimento é delimitado por seu próprio conceito. Pois a operacionalidade do poder-dever em causa só deve ser exercido quando importa que alguma coisa deva ser esclarecida ou clarificada (LISBOA, 2012). Portanto a principal preocupação do juiz cooperativo é potencializar o exercício diligente e efetivo da liberdade das partes, clarificando e esclarecendo todas suas alegações por meio da rede de diálogo que o dever de esclarecimento impõe.

Dessa maneira, é preciso deixar claro que o magistrado no exercício do seu dever de esclarecimento não compromete a sua imparcialidade, pois o juízo de prognose a ser feito pelo julgador é puramente objetivo incidindo apenas sobre as questões que demandem esclarecimento.

Somente na situação em que a deficiência e a obscuridade do material fático e de direito tiver sido resultado dos articulados de uma parte hipossuficiente, como na maioria dos casos acontece, o dever de esclarecimento ganhará um *plus* funcional, pois, além de esclarecer as dúvidas do julgador a respeito da verdade dos elementos fáticos e jurídicos,

desempenhará um importante papel assistencialista, equilibrando o prato da balança para o litigante débil.

Nestes casos, então, a atuação judicial além de buscar o melhor acerto fático possível, aprimorando as alegações das partes, desempenhará de forma indireta, e sem comprometer sua imparcialidade, uma essencial função de caráter assistencial na concretização da paridade de condições entre as partes.

Nesse sentido Igor Raatz assevera que o magistrado não coloca em xeque sua imparcialidade, uma vez que tal dever não incide somente a favor da parte com melhores condições econômicas ou técnicas, mas, sim, em face de qualquer questão que demande ser esclarecida para proporcionar um julgamento mais adequado a causa (SANTOS, 2011, p. 51).

Outra questão é o limite temporal de aplicação de tal dever. Como já dito o dever de esclarecimento tem o escopo amplo de, por meio do diálogo, arredar quaisquer dúvidas, clarificando as obscuridades e procurando a essência da vontade das partes no curso do processo.

De modo que não há limite temporal para atividade de clarificação, pois o esclarecimento não gera alterações no campo prático do processo, mas no convencimento do juiz e na potencialização cognitiva das partes no processo.

Destarte, o dever de esclarecimento deve ser entendido como um dever amplo que buscará a *máxima clarificação do objeto do processo*. Por esta razão tal dever deve ser entendido como um gênero enquanto os deveres de consulta, de prevenção e de auxílio espécies (CAMPOS, 2012, p. 32). Deste modo, o primeiro passo deve ser a aplicação do dever de esclarecimento na busca de um diálogo compartilhado do *trium personarum* para que se possa clarificar e perceber os possíveis vícios factuais e jurídicos passíveis de saneamento para que uma vez esclarecido se aplique os demais deveres. Daí a “*mens legis*” de estabelecer que o dever de esclarecimento deve ser aplicado em “*qualquer altura do processo*”.

No entanto, alerta-se que é dever do magistrado o de proporcionar a transparência e a clareza *o mais breve possível* (CABRAL, 2009, p. 305). Isso implica uma atitude responsabilizante do julgador que durante todo o iter do processo deve primar pela clarificação e pela transparência do material fático e de direito assim que perceber a necessidade de um esclarecimento, para que o exercício dos demais deveres de cooperação não possa ser obstaculizado por outros limites a eles impostos, sendo a audiência prévia o momento mais apropriado para o exercício de tal dever.

3.5.7 Dever de Prevenção

O dever de prevenção é dirigido ao tribunal perante as partes com uma finalidade claramente *assistencial*, pelo que não implica qualquer dever recíproco destas perante o tribunal. Assim, em face de tal dever, o julgador vê-se incumbido de prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências de suas alegações ou pedidos (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p. 57,66).

E tais déficits ocorrem, em razão da narração dos fatos realizada pelas partes, para o cumprimento do seu ônus de alegação, ser um *processo criativo e complexo*, que não é realizado de forma passiva ou neutra (TARUFFO, 2008, p. 95) e que suporta os reflexos de diversos fatores, que podem ser de ordem técnica⁴⁹, econômica (LOPES, 2009, p. 90) ou até mesmo de estratégia processual⁵⁰.

Por esta razão, um modelo cooperativo exige um perfil de um juiz dinâmico e colaborante na busca da verdade e na garantia da paridade de condições entre os litigantes. E tal intento só será alcançado se o dever de prevenção for concretizado, para que o juiz possa aconselhar às partes a exercitarem a sua liberdade da forma mais eficiente e efetiva possível.

De tal forma que, sempre que os litigantes exercem o seu ônus de alegação de forma *deficitária, lacunosa ou inadequada*, o juiz tem o dever de orientá-los no sentido de oportunizar a otimização das suas alegações, com o fulcro de evitar futuros prejuízos (economia processual) e tornar a ação útil para um julgamento de mérito justo.

Uma vez feita tal digressão é essencial lançar algumas indagações com vistas a estabelecer os devidos limites ao exercício de tal dever: até que ponto o juiz pode interferir, no exercício do dever de prevenção, no pedido ou na causa de pedir formulado pela parte? E qual o limite temporal para essa atuação?

Para responder a tais perguntas, os parâmetros legislativos serão: o *ordenamento português que oferece um sistema intermediário de flexibilidade*, bem como o modelo alemão que é mais flexível e viabiliza a aplicação de tal dever em todas as suas potencialidades, e por fim, o modelo brasileiro que é um sistema ainda *excessivamente*

⁴⁹ Leonardo Greco aponta como fatores dessas alegações deficientes: “omissão deliberada ou não das partes, desídia ou incompetência dos advogados, incapacidade das partes de descobrirem que provas poderiam gerar a certeza dos fatos na mente do juiz.” (GRECO, 2008, p. 46).

⁵⁰ Taruffo elenca diversas situações que interferem na correta e completa delimitação do material fático pelas partes: i) as partes não transmitem ao advogado os elementos factuais tal como aconteceram ou porque desconheciam a importância daqueles relatos ou porque se tivesse feito integralmente não alcançaria a sua pretensão; ii) o advogado embora consciente de todas as circunstâncias relativa ao caso estudado não as elencou na inicial por despreparo ou de forma proposital como uma estratégia de defesa para obtenção do maior êxito possível na demanda que não o obriga a elencar todos os fatos (TARUFFO, 2008, p. 96).

rígido.

Os principais limites que se impõe ao dever de prevenção são: as regras de *eventualidade e de preclusão*. Tais preceitos fixam os momentos oportunos para a prática dos atos processuais. Por esta razão, é pela análise da extensão dada a tais institutos nos ordenamentos que se pode classificar a flexibilidade no que concerne à alteração do material fático.

Nesta senda, o princípio da *eventualidade* determina que: incumbe às partes carrear para os autos, de forma concentrada, todas as afirmações de fato ou de direito que desejam ser apreciadas no processo. Devendo, ainda, o réu cumular todas as defesas, sucessivamente, ainda que incompatíveis entre si (PORTANOVA, 2008, p.132).

Tal regra é cumulada com a *preclusão temporal*, modalidade que interessa ao tema, que é aquela que atinge o ônus de alegação dos fatos e confere estabilidade à demanda. Portugal e o Brasil, de forma tradicional, estabelecem de forma semelhante o momento de estabilização da demanda, sendo *após a citação do réu o momento escolhido*, vedando, pois, a possibilidade de alteração objetiva do processo após esse marco, salvo as permissões legais.

Tais preceitos foram consagrados no processo civil com o nobre intento de preservar o *contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica* (BEDAQUE, 2002. p. 34), já que permite à parte contrária, o prévio conhecimento sobre as alegações do adversário, e que as mesmas não sejam surpreendidas com *alterações tardias de questões no processo*, em momentos nos quais não mais terão a plena condição de participar ativamente da discussão (PINTO, 2002. p. 82).

Ao mesmo tempo em que tutelam a economia processual, pois tal tramitação rígida e concentrada *impulsiona o processo para frente*, para que o mesmo não se torne uma concha de retalhos, que é remendado a todo instante (LOPES, 2009, p. 90).

Diante dessa conjuntura extremamente rígida no que toca a dinâmica dos fatos, o CPC português na reforma de 95/96 deu um importante passo no *caminho da flexibilização da alegação fática*. Nessa linha, a dita reforma expande o dever de prevenção, prevendo como principal arma para concretização da cooperação na vertente prevenção, o *convite ao aperfeiçoamento dos articulados*, consagrado no art. 508º, nº 1º, al. b.

Além do convite ao aperfeiçoamento, a reforma de 95/96 inova na possibilidade de flexibilização do princípio da demanda, ao permitir que em qualquer altura, *se reduza ou amplie o pedido até o encerramento da primeira instância*, desde que a *ampliação seja desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo*, ainda que sem a concordância do

réu. Bem como oferece uma tábua de salvação para ação com a possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido na réplica de acordo com o art. 273º, itens 1 e 2 do CPC português.

Apesar da timidez, pois a reforma mantém todas as regras preclusivas e de estabilização intactas obstaculizando com peias formalísticas a pretensão de correção do dever de prevenção, não podemos deixar de aplaudir o avanço proporcionado pela reforma de 95/96, pois a cooperação exige uma mudança de mentalidade, condição esta que deve ser concretizada lentamente, de tal forma que esse primeiro passo dado foi essencial para *plantar as raízes de um modelo cooperativo de processo* em Portugal.

Nesta senda, o código reformado em 95/96 previa no art. 508º, n.º. 2º, o convite ao aperfeiçoamento ou despacho pré-saneador em duas situações diferentes: quando há falta de requisitos exigidos por lei ou a falta de apresentação de certos documentos, ou nos casos articulados deficientes em razão de um erro técnico na formulação dos fatos, conforme o art. 508º, n.º. 3.

Tais hipóteses são analisadas por Paulo Pimenta que define os articulados insuficientes ou incompletos como aqueles em que o arranjo fático não se mostra suficiente para o preenchimento da figura em causa, ou seja, quando o material fático trazido pelo autor é insuficiente para a correta subsunção do fato à norma (PIMENTA, 2003, p. 257).

Já no que toca aos articulados imprecisos (inexatos ou inconcretos), esclarece o mesmo autor, que é quando a narração dos pontos de fato realizada pelo autor desencadeia dúvidas, seja por falta de limpidez ou precisão, seja porque é vaga, ou é obscura, seja porque é ambígua ou incoerente (PIMENTA, 2003, p. 257).

Logo, quando os fatos que alicerçam o pedido e a causa de pedir preencherem tais conceitos acima descritos faz-se necessário o convite ao aperfeiçoamento dos articulados.

Nessa esteira, Montalvão Machado evidencia uma nítida *relativização* do princípio dispositivo, ao permitir a participação do juiz na delimitação fática do próprio litígio por meio do convite às partes a esclarecer e tornar mais precisos os fatos narrados tanto na inicial quanto na contestação (MACHADO, 2001, p.159).

Consoante o mesmo autor, o juiz não é mais um sujeito estranho em relação à formação dos fatos da causa, não é mais um mero árbitro, é, afinal, um “colaborador” das pretensões dos litigantes, ou melhor, do próprio processo, ajudando à clareza, à exatidão, à concretização das alegações fáticas seja da parte, seja do autor (MACHADO, 2001, p.160).

No entanto, tal atuação do juiz é restringida pela preclusão que irá atingir a possibilidade de o autor modificar ou sair da causa de pedir por si invocada, alterando-a

por outra, como também ao réu é vedado acrescentar novas exceções. Nas palavras de Paulo Pimenta o que se permite é: “*arranjar, retocar (complementando ou corrigindo) os factos originariamente alegados, em cumprimento daquele ônus*” (PIMENTA, 2003, p.259).

No mesmo sentido é a visão esposada no acórdão do STJ que afirma que o convite ao aperfeiçoamento com o intento de acautelar, em absoluto, a equidistância e a imparcialidade do julgador deve ser usado apenas *para corrigir as deficiências puramente processuais dos articulados*, com intento de permitir ao juiz uma rigorosa e unívoca seleção ulterior da matéria relevante à decisão, denegando, pois, a possibilidade de tal instrumento ser utilizado para suprir aspectos substantivos ou materiais (ônus de alegação e prova de elementos constitutivos do seu direito), nomeadamente, a indicação de pedidos ou concretização da causa petendi, em razão da sua ineptidão⁵¹.

Essa faceta do dever de prevenção de retoque e aprimoramento do ónus de alegação das partes é vital para concretização de um modelo cooperativo. E nesse campo a jurisprudência portuguesa possui decisões em considerável espectro, como será visto a seguir.

Em decisão do TRP⁵², o dever de prevenção foi aplicado por meio do convite ao aperfeiçoamento de um articulado que estava eivado de um erro material na causa de pedir, com o fito de clarificar o articulado suprimindo a insuficiência fática da petição, e impedindo a inépcia da petição inicial. Já no TRL⁵³ o dever de prevenção foi utilizado para aperfeiçoar pedido de assistência judiciária, para que fosse inserido fatos que, relacionem o pedido à comprovação económico-financeira da parte hipossuficiente.

A aplicação prática de tal dever levou ainda a jurisprudência portuguesa a determinar importantes limitações à sua aplicação, já que a práxis revela, muitas vezes, colisões aparentes entre princípios que devem ser harmonizados na busca da justa composição do litígio.

Um primeiro ponto de tensão é no que atine à violação da igualdade e da imparcialidade. Há, ainda, grande parte dos operadores do direito que presos a uma concepção liberal de processo associam qualquer atuação judicial assistencialista a um

⁵¹ Assim foi decidido no Ac. 9184/11.1 do TRL, de Rel. de Catarina Arêlo, em 02/05/2013, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em: 16/07/2013; Ac. do STJ de 21.11.2006 (Pº 06A3687), disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em: 07/07/2013;

⁵² Ac. nº 0121026, Rel.: Des. Fernanda Soares, julgada em 20/11/2001, disponível em: www.dgsi.pt, acesso em: 01 de mai. de 2013.

⁵³ Ag. nº 0037111, Rel.: Des. Quinto Gomes, julgado em 08/07/1999, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em: 01/07/2013.

quebra de imparcialidade, em razão do convite ao aperfeiçoamento ser visto como uma atitude parcial do julgador.

Ocorre que, essa visão não se coaduna mais com um processo de corte cooperativo. Nesse sentido, esclarecedoras são as linhas do acórdão prolatado pelo TCP⁵⁴ que ao analisar um pedido de inconstitucionalidade de tal instituto defende que *o* dever de prevenção *não viola o princípio da igualdade* na medida em que a previsão abstrata do convite ao aperfeiçoamento contempla ambas as partes, estando preservada a isonomia processual, bem como o contraditório relativo à parte adversa, nos termos do art. 508º, nº4, do CPC português. Tal instituto não viola, ainda, a imparcialidade, pois a atuação do juiz não afasta *a aplicação das regras de impedimento e de suspeição* e nem confere à parte beneficiada com o convite a garantia de decisão favorável quer sob o ponto de vista fático quer sob o ponto de vista jurídico.

Outro ponto sensível é o relativo à aparente tensão com o princípio dispositivo. Mais uma vez, não se sustenta a linha de argumentos. Como já ponderado no tópico sobre a coordenação dos princípios, a cooperação não empalidece ou enfraquece o princípio dispositivo, já que ambos devem se coordenar para a busca da justa composição do litígio.

Assim, o princípio da cooperação surge para injetar diálogo em um campo que era pacificamente reconhecido como de atuação exclusiva das partes, no entanto, sem atingir a liberdade das partes.

De forma que, a atuação judicial realizada, dessa maneira, não interfere na vontade das partes, que no exercício da sua autonomia pode rejeitar a indicação do julgador e promover sua estratégia processual, tendo, como garantia a possibilidade de correção da decisão em segundo grau.

E nessa esteira a “palavra de ouro” que vai potencializar a harmonia entre tais princípios é a expressão “convite” utilizada pelo legislador. Pois, o juiz ao convidar as partes para um aperfeiçoamento está apenas indicando, sugerindo os pontos que podem ser alterados com o intento de viabilizar uma decisão de mérito que seja o mais próximo possível da verdade, não podendo ser interpretada nunca como uma imposição autoritária do juiz sobre a vontade das partes.

Mauro Cappelletti é cirúrgico ao analisar o tema afirmando que:

⁵⁴Ac. nº 517/00 do TCP, Rel.: Des. Maria Helena Brito, processo n. 944/05, disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt>>, acesso em: 01 de ago. de 2013.

É certo que, como se disse, o juiz pode advertir às partes de que em suas conclusões ou em suas alegações haja alguma lacuna ou irregularidade e convidá-las a remediar aquelas lacunas e irregularidades. Mas trata-se sempre e unicamente de um *simples convite*, dirigido simplesmente a ajudar a parte que, por inabilidade ou por alguma outra razão, caiu em erro, mas nunca é entendida como *dirigida para obrigá-la a se comportar de determinado modo, nem a substituir a vontade do juiz pela livre disposição da parte em tudo o que se refere à determinação do objeto do juízo* (CAPPELLETTI, 2002, p. 58).

Nada impede, assim, que o juiz cumprindo o seu papel responsabilizante de colaborar com as partes convide-as para o aperfeiçoamento e as mesmas rejeitem o ponto de vista do julgador e mantenha o seus articulados da forma que bem entender, tendo apenas que suportar as consequências oriundas da inadequação do seu ônus, devendo ter sempre ao seu dispor o duplo grau de jurisdição no que concerne a apreciação fática.

No mesmo sentido, são as palavras de Montalvão Machado:

Se as partes *querem permanecer na obscuridade fática*, se insistem (pela sua passividade) na imprecisão e na insuficiência de alegação (ou da impugnação) isso constituirá as mais das vezes (como se disse) *um risco para as suas pretensões*, um risco que elas querem (preferem, porventura) correr, não podendo o juiz (por mais poderes que se lhe reconheçam e por muito que se atenuem o dispositivo) *contrariar a intencional posição da parte perante o litígio fático*. Por outro lado, estas possíveis correções e completamento dos articulados (através da consequente apresentação de novos articulados, a que podemos passar a chamar de “judicialmente estimulados”) devem naturalmente respeitar o princípio do contraditório, como se refere ao nº 4º do art. 508º do CPC, possibilitando-se à parte contrária a refutação dos esclarecimentos, aditamentos ou correções prestados, o que implica que, além dos tais articulados judicialmente estimulados a que acima se aludiu, devam ainda ser admitidos outros para apresentação das respostas que se mostrem necessárias.

Assim, o papel de um juiz colaborante é de *alertar e prevenir as partes*, em nenhum momento impor, como acontece com a alteração do NCPC que prevê a introdução de fatos complementares e concretizadores de forma compulsória sem anuência das partes, posição já criticada no presente estudo.

Destarte, o princípio dispositivo continua sendo um dos pilares num modelo cooperativo de processo, no entanto, ele deve ser devidamente ponderado com intento de viabilizar a participação do juiz na formação do material fático, visto que é fato que a comparticipação traz muito mais ganhos do que os monólogos.

Outro ponto importante que merece ser analisado é se essa conduta assistencialista do juiz não conduz a uma *pedagogia processual negativa* privilegiando um culto pela

irresponsabilidade das partes na condução do processo. Tal linha de pensamento nos parece assaz redutora e falaciosa. Ora deduzir que a consagração de um dever de prevenção do juiz conduz a um laxismo por parte dos advogados, nos parece uma visão desrespeitosa e preconceituosa com a classe advocatícia.

Parece-nos que a advocacia é autônoma e responsável o suficiente para que a consagração de tal dever interfira em uma atuação diligente a ser desempenhada pelo advogado no processo, na busca dos interesses dos seus clientes.

Além desse fator, a aplicação do dever de prevenção deve sempre ser ponderada com *princípio da responsabilidade das partes*, não podendo as partes pretender, que toda e qualquer falha sua seja suprida pelo juiz, já que o julgador não pode ser visto como o *depositário de sabedoria infinita*, que tudo sabe e tudo resolve, suprimindo sempre a lacuna das partes, devendo, o juiz, impor uma *cultura de responsabilidade em detrimento de uma cultura laxista*⁵⁵.

Outra recente decisão do TRG percebendo a necessidade de harmonizar o *princípio da auto responsabilidade das partes* com o *dever de prevenção*, julgou improcedente um recurso, que pretendia reformar a decisão de primeiro grau, no sentido de viabilizar o depoimento da parte que fora indeferido, em razão do autor não ter cumprido o ônus de indicação especificada dos factos sobre os quais deveria incidir o requerido depoimento de parte da ré, imposto pelo nº 2, do artigo 552º, do CPC, fundamentando no fato do juiz do tribunal a quo não ter convidado a parte ao aperfeiçoamento do seu articulado⁵⁶.

Assim, assevera o texto do acórdão que: "não cremos que o princípio da cooperação tenha um alcance tão extenso que possa significar uma obrigação permanente do tribunal de socorrer a parte *a propósito de todo e qualquer erro processual cometido*, designadamente nos casos em que a *lei é absolutamente cristalina na sua estatuição quanto ao meio ou à forma como deve ser exercido determinado direito processual*"⁵⁷.

De tal forma que tal limitação, se bem aplicada, é essencial para *prestigiar o princípio da responsabilidade das partes* no processo que se acomodariam diante de um juiz paternalista que supriria todas as dificuldades que porventura surgissem no processo.

⁵⁵ Ag. nº 0620384, Rel.: Des. Cândido Lemos, julgado em 14/02/2006, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em: 01/08/13.

⁵⁶ Ac. O2629/11.2, Rel.: Edgar Gouveia, julgado em 21/05/2013, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em: 10/06/13.

⁵⁷ Ac. O2629/11.2 do TRG, Rel.: Des. Edgar Gouveia, julgado em: 21/05/2013, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em: 10/06/13.

Assim, o magistrado deve utilizar tal ferramenta com critério, afastando os abusos, e se mostrando diligente e responsável para desconstituir a imagem geradora do “deixar andar” ou do “erra que o Juiz corrige”.

Outro ponto importante é o defendido em acórdão do STJ⁵⁸, que com o intento de harmonizar o dever de prevenção com o princípio da responsabilidade das partes e com a economia processual assevera que *o convite ao aperfeiçoamento é insusceptível de ser renovado ou reiterado*, não havendo uma segunda oportunidade para as partes. Posição contrária seria absolutamente incompatível com as necessidades de fluidez e celeridade na tramitação da causa, bem como com princípio da responsabilidade das partes.

Portanto, a necessidade de concretizar tal função ao dever de prevenção com as devidas limitações é incontestável, sendo essencial em um modelo cooperativo de processo. Percebe-se, com nitidez, que nesse campo, Portugal tem grande contributo doutrinário e jurisprudencial para servir de parâmetro para mudanças legislativas no Brasil, sendo certo que esse instituto do convite ao aperfeiçoamento parece viajar bem o atlântico para concretizar mais uma faceta da cooperação no Brasil.

Uma vez acentuado os pontos positivos da reforma de 95/96 é preciso tecer alguns comentários sobre o NCPC português, acentuado os benefícios e o que poderia ter avançado mais no sentido da *flexibilização do processo* com o intento de potencializar o uso do dever de prevenção no ordenamento português.

Uma primeira alteração que precisa ser aplaudida foi de carácter semântico que veio acabar com uma forte corrente doutrinária (GERALDES, 1999, pp. 78 a 80; FREITAS, 200, p. 34; FREITAS; MACHADO e PINTO, 2008) e jurisprudencial⁵⁹ que despontecializava o uso do convite ao aperfeiçoamento por *razões meramente semânticas*, atrelando o n.º.2 do art. 508º (“o juiz convidará”) a uma situação jurídica de poder-dever ao passo que associava o n.º.3 (“pode ainda o juiz”) do art. 508º a uma situação jurídica de discricionariedade.

Assim, o art. 590º, n. 4º do NCPC⁶⁰, com uma redação clara, confirma o posicionamento de parte da jurisprudência⁶¹ e da doutrina (SOUSA, 1997, pp. 65 a 68;

⁵⁸ Ac. 373/06.1TBARC-A.P1.S1, Rel: Lopes do Rego, julgado em 06/12/2012, disponível em: www.dgsi.pt, acesso em: 01/07/2013.

⁵⁹ Nesse sentido o Ac. do TRL, Rel.: Des. Ondina Carmo Alves, julgado em: 25/10/2012, disponível em: www.dgsi.pt, acesso em: 10/06/2013, que defendia que o n.º2 do art.508º previa uma obrigação do juiz, ao passo que o n.º3 do 508º não fazia nenhuma imposição, sendo uma mera faculdade.

⁶⁰ “Art. 590º, n. 4 - *Incumbe* ainda ao juiz convidar as partes ao suprimento das 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 (MENDES, 2013, p.15).

SILVA, 2003, pp. 405 e 406; PIMENTA, 2003, pp. 194 a 207), que já defendia que ambas as hipóteses do convite ao aperfeiçoamento faziam parte de um *poder-dever do juiz* que deve ser utilizado por meio do prudente critério do juiz quando for necessário para alcançar a justa composição do litígio, tendo, desta forma, natureza vinculada, não opcional.

Nesse sentido, Paulo Pimenta que participou da Comissão de Reforma do NCPC já atentava para necessidade de considerar o caráter vinculado do convite ao aperfeiçoamento fático dos articulados, pois em caso contrário o novo sistema perderia a coerência estabelecendo entraves para a concretização do modelo cooperativo (PIMENTA, 2003, p. 194).

No entanto, apesar da nítida evolução no sentido de tornar imperativo o uso do convite ao aperfeiçoamento nos casos pertinentes, o NCPC perde a oportunidade de avançar mais, indo ao encontro das mais modernas tendências do processo que aponta para *flexibilização da preclusão* no que atine a introdução do material fático, com o intento de tornar o *processo útil para ser julgado e mais próximo da verdade material*, campo em que o dever de prevenção poderia agir de modo determinante, tal como ocorre no ordenamento alemão.

Neste sentido, Paula Costa e Silva pondera a incongruência de consagrar o princípio da cooperação como princípio exponencial de um modelo processual e ao mesmo tempo *deixar intacta a rigidez da tramitação*:

Quer este dever seja autónomo, impondo todo o tipo de intervenção ao tribunal quer concorra para a justa composição do litígio, quer tenha o respectivo conteúdo demarcado pelos deveres de pedir esclarecimentos, de auxílio, de prevenção e de consulta tal como previsto no CPC, a manutenção de uma *tramitação rígida, associada a uma estabilização do objeto em momento anterior ao do exercício daquele dever* podem *frustrar grande parte das potencialidades* que a descrição realizada pelo art. 266/1 sugere (SILVA, 2003, p. 601).

Destarte, acreditamos que o NCPC nesse campo não se coadunou com os novos ares do moderno processo civil. Como bem sustenta a citada autora, no que se refere ao código reformado em 95/96, mas que se aplica também ao NCPC, o legislador “se limitou a dar um pequeno passo na desformalização da decisão”, pois não previu o dever de prevenção como uma “*cláusula geral de segurança contra a falência da ação por má aplicação do direito da parte*” (SILVA, 2003, p. 593-594).

Teixeira de Sousa também acredita que o dever de prevenção, tal como no direito alemão, deve ser visto por um *âmbito mais amplo*, valendo genericamente, para “todas as

⁶¹ Nesse sentido Ac. 9184/11.1 do TRL, Rel.: Catarina Arêlo Manso, julgado em 02/05/2013, disponível em: www.dgsi.pt, acesso em: 16/07/13.

situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. Elenca ainda o autor quatro áreas fundamentais em que o dever de prevenção justifica-se: a) explicitação de pedidos pouco claros; b) o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes c) necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta d) *sugestão de certa atuação* (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p. 66).

Tal exigência parece ser uma nova tendência encontrada nas recentes reformas (RHEE, 2008, p. 191-212) onde o ativismo judicial é utilizado como instrumento de buscar o melhor acerto fático possível, pois acredita-se que o melhor remédio para as patologias factuais é, sem dúvida, o saneamento preventivo.

No entanto, o NCPC, no seu art. 260º, repete a regra de estabilização da demanda prevista no art. 268º do CPC anterior, essência esta também consagrada no Brasil no art. 264º do CPC, mais uma vez *frustrando as potencialidades e a pretensão de correção que o princípio da cooperação pode proporcionar*.

Para restringir ainda mais a possibilidade de alteração do material fático o NCPC, que tanto conclama a flexibilidade e atenuação da preclusão⁶², estreita os casos de réplica⁶³ que era, muitas vezes, a tábua de salvação do articulado, pois permitia alteração da causa de pedir e do pedido na petição de réplica.

De tal modo que, sob o enfoque da carga de afirmação, a preclusão temporal que atinge o ônus de alegar fatos, deve admitir mitigações com o intuito de permitir que o diálogo não seja interrompido tão precocemente, sem que o juiz possa realizar a sua função de aquilatar as desigualdades entre as partes, que comprometem a justa composição do litígio (LOPES, 2009, p. 90).

Destarte, o NCPC poderia ter evoluído mais nesse aspecto permitindo não apenas o retoque, como a possibilidade das partes *modificarem a causa de pedir ou pedido para tornar a ação útil* prestigiando o princípio da economia processual e da justa composição do litígio. Assim, a preclusão deveria ser mitigada quebrando esse ritualismo que não se coaduna com a tendência moderna do processo civil.

Pois, apesar da eventualidade e da preclusão prestigiarem os princípios da economia processual e do contraditório, o dever de prevenção também possui

⁶² A exposição de motivos do aponta no sentido que o NCPC reconhece as restrições decorrentes de uma concepção assente num rígido esquema de ônus e preclusões, bem como que tal concepção tem por efeito condicionar a prova e limitar os poderes cognitivos do tribunal, criando-se, assim sérios obstáculos à desejada adequação da sentença à realidade extraprocessual, acreditando estar diante de um novo paradigma que, por isso mesmo, tem necessárias implicações, na eliminação de preclusões quanto à alegação de fatos (MENDES, 2013, p.16- 17).

⁶³ Art. 584º do NCPC assevera que só é admissível a réplica para o autor deduzir toda a defesa quanto à matéria da reconvenção, não podendo a esta opor nova reconvenção (MENDES, 2013, p.186).

potencialidades para tutelar tais valores que são imprescindíveis para um processo justo e equitativo.

No que toca a tutela do princípio da economia processual, acreditamos que se o dever de prevenção for bem aplicado, a justiça expedita e justa estará garantida, pois a repetição de demandas entre as mesmas partes, com a apresentação dos fatos, que foram impedidos de ser alterados pela preclusão, afronta diretamente a economia processual. De modo que a quebra da rigidez tem a capacidade de tutelar a economia de forma até mais eficiente, visto que permitirá que, *em um único processo, todas as questões que tenham pertinência com a ação possam ser, de logo, apreciadas* (LOPES, 2009, p. 167).

Na mesma linha de raciocínio, é questionável a ligação entre a eventualidade e a economia, já que é muito raro que, logo de início, a demanda se apresente completa, o que costuma acontecer no iter do processo. Portanto, é imperioso analisar a economia processual sob um viés macro, ou seja, levando-se em consideração os possíveis novos processos que serão acionados com os fatos que foram impedidos de ser discutidos, violando a economia e a segurança jurídica (TEIXEIRA, 2005, p.54 -55).

Precisas, ainda, são as lições de JAUERING a respeito da relação entre o princípio da preclusão e a economia processual:

O “puro” princípio da preclusão só raramente é seguido nas leis processuais; já que, em vez dos desejados efeitos de aceleração, seria alcançado o contrário: a matéria processual crescia monstruosamente, porque cada uma das partes apresentaria todas as alegações e provas imagináveis por medo da ameaçadora preclusão; a demora do processo era consequência. Para, além disso, havia o receio de que o juiz tivesse de proferir uma evidente sentença injusta se, e porque, as partes não pudessem apresentar corretamente a matéria de fato essencial.

Deste modo, para que a prevenção atinja todas as suas potencialidades, é imprescindível temperar o princípio da preclusão, já que o cumprimento da carga da afirmação sofre os reflexos das condições sociais e econômicas das partes envolvidas no conflito, o que muitas vezes compromete seriamente a justiça da decisão, caso não seja permitida a atuação do juiz (LOPES, 2009).

Assim, acreditamos que a preclusão estática e excessiva sufoca os efeitos benéficos que o princípio da cooperação pode trazer para o processo. Desta maneira, de nada adianta que o juiz em diálogo com as partes perceba os defeitos do material fático, durante a audiência prévia, e não possa concretizar essa pretensão de correção, em razão do processo estar de portas fechadas, precocemente, para a entrada de novos fatos. É como se um médico diagnosticasse um paciente, tivesse a vacina correta para a doença e fosse

impedido de aplicá-la.

Nesta senda, apesar das barreiras legais impostas pela legislação portuguesa, defenderemos que, na audiência prévia, e ao abrigo do princípio da gestão processual sob sua faceta material, o juiz deve dirigir materialmente o processo, possibilitando *a alteração fática e do pedido nessa fase vestibular*.

A modificação do título referente ao dever de prevenção para “da gestão inicial do processo” no art. 590º do NCPC parece indicar que tal dever deve ser iluminado pelo princípio da gestão processual sob o seu viés material.

Destarte, imbuído desses novos ares da gestão material do processo, o juiz Paulo Ramo Farias em decisão tomada sob a égide do regime experimental admitiu em resposta ao convite de aperfeiçoamento do juiz, a *alteração* do pedido e da causa de pedir (para acrescentar relações contratuais não referidas), privilegiando o princípio da gestão processual, celeridade, adequação e economia processual (BRITO, 2009, p. 51).

O juiz, a nosso ver, de forma correta, acredita que ampliação/alteração da causa de pedir e do pedido nessa fase vestibular do processo *não viola o princípio do pedido e do dispositivo, nem muito menos o do contraditório, já que a vontade da parte foi preservada, e ao réu foi dada a possibilidade de defesa sobre a alteração autorizada, concedendo o prazo como se fosse uma nova petição inicial* (BRITO, 2009, p. 51).

Além, da proteção da economia processual, é vital enfatizar que essa atuação gerencial do juiz não afetará o contraditório. Porque como se verá adiante o princípio da proibição surpresa deve iluminar todo o processo e em todas as suas fases.

De tal maneira que sempre que o juiz viabilizar a entrada de um novo fato é obrigatória a imediata ativação do contraditório, concedendo prazo igual ao da contestação para que a parte possa se manifestar sobre o novo fato.

Assim sendo, apesar do NCPC ter deixado tal debate de lado, e ter consagrado uma regra ainda bastante preclusiva. Acreditamos que uma interpretação sistemática do NCPC levando-se em consideração o princípio da gestão material do processo, da cooperação processual, da responsabilidade das partes, da economia processual e da justa composição do litígio, deve viabilizar que o magistrado, no caso concreto, permita tal alteração fática ou do pedido na audiência prévia, desde que seja garantido o efetivo contraditório.

Isto posto, conclui-se que a audiência prévia deve ser o *locus* ideal para o exercício da cooperação, sendo capital estender essa possibilidade de alteração objetiva, ao abrigo do princípio da gestão processual, até o final dessa fase, para que se possa

aproveitar todas as potencialidades de correção que o debate, o esclarecimento e o diálogo entre o *trium personarum* proporcionam.

Por fim, um último ponto sensível sobre o dever de prevenção no ordenamento português é: se é factível imaginarmos a sua aplicação para além de um retoque, não apenas na audiência como já foi defendido, mas também, posteriormente, até o final da audiência de instrução, com a possibilidade de *alteração* da causa de pedir e do pedido para tornar a ação útil, tal como acontece no ordenamento alemão?

No que toca à possibilidade de alteração da causa de pedir, ou seja, a introdução de um fato novo durante a fase de instrução, nada modificou o NCPC, que a contrário senso da tendência mais moderna, não permite que o dever de prevenção tenha essa amplitude de aplicação.

Consequentemente, o novel código perde a oportunidade de dar um passo significativo na concretização da gestão material e de um modelo cooperativo de processo, ao manter limitações e condições assaz apertadas à alteração do material fático durante outras fases do processo.

Nesta senda, apesar da novel redação deslocar o dever de prevenção para a epígrafe referente à *gestão inicial do processo*, o NCPC não atentou para a possibilidade da gestão material do processo incidir nas fases subsequentes, tornando a ação mais útil e mais condizente com a realidade extraprocessual.

Posto que, como já criticado, a escolástica divisão tripartite foi mantida com o NCPC e só foi permitida a entrada dos fatos *complementares e concretizadores* em momento posterior, vedando a entrada dos fatos essenciais principais.

Criticando a opção do legislador, Miguel Mesquita acredita que o processo civil moderno caminha para uma *ideia de flexibilidade*. De tal forma que o processo não deve ser algo *excessivamente rígido ou preclusivo, mas aberto, poroso, fluído*. Os fatos devem poder chegar ao processo mais tarde, visto que não há sentido o excesso de preclusividade, nomeadamente, no que concerne à matéria de fato. Em apertada síntese, nas palavras do citado processualista, “o excesso de preclusividade faz com que o processo feche as portas para a justiça” (MESQUITA, 2013).

Portanto, é assaz nítida a timidez da reforma no campo da *flexibilização do ônus de alegação*, que não permite a introdução de fatos essenciais que brotam da instrução do caso, como acontece no ordenamento alemão.

O exemplo dado por Mariana França Gouveia, ao analisar o NCPC é tradutor dessa incongruência. Com bem atentou a citada autora, no caso de um acidente de viação

em que a parte autora alega como causa de pedir do acidente o excesso de velocidade da parte ré, caso no curso da instrução, brote outro fato essencial principal, como uma manobra perigosa ou embriaguez ao volante, elementos extraídos do depoimento de uma testemunha, por exemplo, tal elemento fático não poderá ser aproveitado, já que a preclusão atinge os fatos novos principais, só permitindo a entrada do complementar ou concretizador⁶⁴.

Logo, conclui a citada processualista que é preciso eliminar a esquizofrenia ou a bipolaridade que existe entre o conteúdo dos articulados e o que brota da instrução da causa, já que é essencial haver uma correspondência entre tais fases, sob pena, de se criar injustiça no caso concreto.

Assim, o NCPC não está em consonância com essa ideia de maleabilidade, tal como ocorre nos sistemas inglês e alemão onde se concede ao tribunal uma flexibilidade considerável neste domínio, facultando-se ao juiz a possibilidade, de forma relativamente ampla, de solicitar às partes, no decurso da instância, *novas informações factuais* (FRANÇA GOUVEIA et al., 2012, p. 319).

A estrutura alemã viabiliza a modificação da alteração fática por ter uma estrutura da ação assaz flexível. De tal maneira que o processo está sujeito ao *princípio da unidade e não ao da eventualidade* (SILVA, 2003, p. 595), como ocorre em Portugal e no Brasil.

Costa e Silva assevera que tal característica:

Tem reflexo direto no modo como o legislador desenhou a tramitação. Poucos são os atos sujeitos a um prazo, que é fixado de acordo com o prudente arbítrio do tribunal. E mesmo quando a prática do ato depende de prazo, o respectivo decurso não determina uma imediata preclusão do que poderia ter sido deduzido e não foi. Apenas se impede a dedução de nova matéria de facto ou de direito quando os autos são conclusos ao juiz para que seja lavrada a decisão. (SILVA, 2003, p. 595)

A essa característica soma-se que na tramitação alemã a estabilização do objeto do processo não se dá após a citação do réu. Destarte, esta estrutura aduba o terreno ideal para que a cooperação se desenvolva sem peias formalísticas. O modelo alemão confere, então, mais valor aos benefícios oriundos da flexibilidade, que abre as portas do processo para o aproveitamento de tudo quanto possa ser útil à justa composição do litígio, minorando a importância de uma sequência de atos formalmente ordenada. (SILVA, 2003, p. 595).

⁶⁴ Entendimento esposado por Mariana Gouveia França em palestra realizada no dia 26 de abril de 2013 em Lisboa sobre a reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: www.justicativ.com. Acesso em: 10/06/2013.

Aliada a essa estrutura flexível o ordenamento alemão consagra a direção material do processo e o princípio da cooperação de forma ampla no § 139 da ZPO. Assim, tal parágrafo é a pedra de toque da cooperação.

A primeira alínea do § 139 da ZPO, no nosso entender, consagra o dever de esclarecimento na primeira parte e na segunda parte o dever de prevenção, como se observa:

O órgão judicial deve esclarecer os fatos relevantes e as questões em litígio com as partes, *o quanto seja necessário*, no que atine às questões de fato e de direito aclarando-as e *realizando perguntas*. O juiz deve agir para que as partes de forma oportuna e completa se esclareçam sobre os fatos relevantes, em especial nos casos de declarações insuficientes que dizem respeito aos fatos invocados com o fulcro de completa-los, de indicar os meios de prova e *formular pedidos baseados nos fatos afirmados*.” (tradução livre).

Esse texto legal que recebe a alcunha genérica de dever de pergunta determina que incumbe ao juiz a função de *colaborar* com as partes para aclarar as suas petições relacionadas às questões de fato e direito contraditórias, consideradas como insuficientemente claras. Por conseguinte, pode o juiz por meio do seu *direito de pergunta*, em relação a todas as questões não devidamente precisadas, *aclará-las*, descrever da melhor maneira possível os meios de prova empregados às partes, como também solicitar todos os esclarecimentos necessários para determinação das questões de fato e direito (RAGONE; PRADILLO, 2006. p. 51).

Pois como bem atenta Costa e Silva:

Perante o sistema alemão, a regra é a da impossibilidade de rejeição de qualquer conduta relevante para uma boa decisão da causa. O sistema basta-se com a garantia do contraditório quanto à matéria que vai sendo introduzida na ação ou quanto às alterações a pretensões já deduzidas (SILVA, 2003, p. 595).

Nessa quadra, o NCPC focou em reforçar apenas a gestão processual do processo que já tinha o princípio da adequação formal para desempenhar tal função, enquanto a gestão material/ substancial parece ter sido negligenciada pelo legislador. Resulta intuitivo, com efeito, que o grande déficit do NCPC repousa nessa falha legislativa que deixou de consagrar um juiz gestor que busca o melhor acerto dos fatos para uma decisão a mais próxima possível da realidade extraprocessual tal como ocorre no ordenamento alemão.

No que se refere à possibilidade de alteração do pedido o NCPC mais uma vez nada evolui nesse sentido. A única maleabilidade permitida nesse campo é expressa no art.

265º do NCPC, que repete o teor do CPC anterior. Sendo certo que tal possibilidade não permite a alteração do pedido com o intento de tornar a ação útil para uma justa composição do litígio.

No entanto, a jurisprudência portuguesa tem casos onde o princípio do pedido é redimensionado, permitindo uma *atuação dinâmica do juiz com o intento de tornar a ação mais útil e justa*.

Nesse sentido, em acórdão⁶⁵ onde a parte AA propôs uma ação contra um restaurante circunvizinho que exercia uma atividade geradora de ruídos e mau cheiro, alegando a violação dos direitos da personalidade (direito ao sossego, repouso e tranquilidade), pedindo a condenação da parte ré a abster-se de exercer tal atividade no local, o juiz decidiu pela procedência do pedido da parte autora.

Inconformado, com tal decisão a parte ré interpôs recurso à Relação, que ponderando o conflito entre o direito a iniciativa e exploração econômica e o direito ao sossego, decidiu por uma *decisão intermediária de compatibilização*. O tribunal alterou a sentença, impondo a condição de que a abstenção perdurará até que se realizem, no restaurante, obras que assegurem, eficazmente, o isolamento acústico do mesmo, de tal forma que não perturbe os direitos da personalidade dos autores e dos familiares.

Com essa decisão da Relação, a parte autora interpõe recurso ao STJ afirmando que a decisão recorrida contraria flagrantemente o princípio dispositivo, quer no plano da disponibilidade, quer no plano da conformação de instância, porque a ré, durante o processo, jamais se dispôs a realizar obras ou sequer introduziu a questão e formulou semelhante pretensão. Por fim o STJ decidiu pela procedência do pedido de AA e pelo encerramento das atividades do restaurante.

Nesse caso acreditamos que agiu certo o tribunal da relação, pois redimensionou princípio do pedido, permitindo uma terceira solução que foge ao que foi pedido pelo autor, mas que melhor se coaduna com a harmonização dos direitos e princípios em jogo e com a justa composição do litígio.

É preciso, pois, ter uma visão de futuro no que concerne ao princípio do pedido, pois o NCPC português continua a ser excessivamente rígido, não demonstrando nenhuma flexibilidade, como se observa no art. 615º, al. 3º do NCPC que considera a sentença, onde o juiz condena em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido, nula.

⁶⁵ Ac. 419/06.3TCFUN.L1.S1 do STJ, rel.: Lopes do Rego, julgado em 07/04/2011. Disponível em: www.dgsi.pt. Acesso em: 16/07/2013.

Bem como o art. 3/1 do NCPC que assevera que o tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

E essa visão de futuro pode ser encontrada no ordenamento alemão, que redimensiona o princípio do pedido a uma visão participada e dialogal, ao permitir que o juiz em diálogo com as partes possa *sugestionar a alteração do pedido com o intento de tornar a ação útil*.

Assim, a ZPO alemã permite no § 263 que logo que se produza a litispendência, o pedido possa ser *alterado ou tolerado*, quando o réu autoriza ou quando *o juiz a considerar pertinente* (tal atuação deve ser interpretada em conjunto com o princípio da cooperação, com a proibição de decisões surpresa e com o § 296), possibilidade esta que, infelizmente, não foi consagrada pelo ordenamento português.

Essas características do modelo cooperativo alemão permite que o juiz, de forma correta, ao nosso sentir, dialogue com as partes chegando, até mesmo, a sugerir uma adequação do pedido feito pela parte com o fulcro de tornar a ação útil, privilegiando as decisões de mérito, a justa composição do litígio e a economia processual.

Tal importante possibilidade também não se vislumbra no atual CPC português, não havendo nenhuma norma que atribua esse poder-dever ao julgador. Agindo dessa forma o juiz colabora para que as partes se pronunciem de maneira mais completa possível, fazendo com que as mesmas exercitem a sua liberdade da forma mais efetiva, clara e transparente possível.

Por fim, vale salientar que a aplicação ampla desse dever de prevenção no ordenamento alemão irá receber críticas semelhantes a já analisadas no que concerne ao modelo de prevenção português.

A primeira é o pior ataque que um modelo processual pode receber: o de que o juiz pode ser tornar parcial. Tal crítica mais uma vez não se sustenta, pois a atuação do juiz será de convite ou sugestão, nunca devendo ultrapassar a linha da imparcialidade, prezando sempre pela preservação da liberdade das partes em conformarem o processo da sua forma, nesse sentido precisas são lições de HASS:

A fina linha entre a independência do juiz e a sua parcialidade não é atravessada em tanto quanto a utilização do poder de investigação judicial for necessária (HAAS, 2011, p.106). (tradução nossa)

Outro ponto sensível é a compatibilidade com o princípio da responsabilidade das partes. Nesse campo o ordenamento alemão é paradigmático, pois é um sistema flexível

que admite a entrada de novos fatos. No entanto, para impedir a entrada desenfreada de fatos, a todo o momento, no processo, o que violaria o contraditório e a economia processual, a ZPO no seu § 296 prevê um instrumento de controle essencial chamado de rejeição das declarações tardias.

Segundo tal parágrafo as alegações tardias só serão admissíveis quando, de acordo com o livre convencimento do tribunal, *sua admissibilidade não dilate a resolução da causa, ou quando a demora na sua incorporação não é suficientemente imputável à culpa da parte*. Tal instrumento também é essencial para equilibrar o sistema flexível que predomina no ordenamento alemão.

Destarte, o juiz, por meio dos poderes de direção material do processo, poderá auferir, no caso concreto, se a ausência do fato foi imputável à culpa da parte, privilegiando também o princípio da responsabilidade das partes.

Por isso, o presente estudo, mais uma vez, pondera pela defesa de um ponto ótimo de equilíbrio que afasta tanto o rigor estrito, quanto elasticidade absoluta, visto que essa parece ser a diretriz tomada pelo ordenamento alemão.

Apesar de ser certo que “as evoluções não se fazem aos saltos”, acreditamos que o legislador processual deu a primeira investida no sentido da cooperação com a reforma de 95/96, e passados 18 anos de tal reforma, o NCPC pouco avançou nessa seara, perdendo uma ótima oportunidade de dar mais um passo na concretização de um modelo processual mais democrático e cooperativo, que se preocupa com a justiça das decisões, com uma verdade processual legítima e com a liberdade das partes.

Por fim, no que concerne ao ordenamento brasileiro, a situação parece ser ainda pior nessa seara, pois temos um CPC com regras excessivamente preclusivas, pois veda a introdução de fatos novos pelo autor, após a estabilização da demanda (que se dá após a contestação), salvo em caso de anuência do réu, conforme o art. 264º do CPC, como também veda a investigação oficiosa de fatos não articulados pelas partes e o julgamento diverso do pedido feito na inicial, salvo os fatos simples de acordo com o art.131, sob pena, de invalidade da sentença (art. 128º do CPC - proibição da sentença ultra ou extra petita). Essa estrutura excessivamente rígida impede que a cooperação possa dar os seus reais contributos para utilidade e efetividade da ação.

No que se refere à cooperação o dever de prevenção possui algumas concretizações tímidas no atual código. De tal forma que acreditamos que tal dever é muito pálido no ordenamento brasileiro em razão da cultura excessivamente preclusiva e duelística enraizada no atual CPC.

Nesse campo, a mais importante concretização é o *direito à emenda da petição inicial*. Tal instituto é aplicado quando o juiz, ao apreciar a petição inicial, verifica a presença de defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinando que o autor a complete ou a emende no prazo de 10 dias.

Vale salientar que apesar desse momento ser mais apropriado para a prevenção e correção da petição inicial, *pois ainda não se deu a estabilização do processo*. Tal previsão quebra a isonomia entre as partes, pois *não estende à parte ré a possibilidade de emendar e corrigir a sua contestação*.

Além disso, outro ponto criticável é que o momento mais salutar para a prevenção e correção dos articulados *é após o amplo debate e esclarecimento, que deve ocorrer durante a audiência preliminar*, de tal forma que o instituto da emenda à petição retira a parte ré do diálogo, pois não permite *que a convicção do juiz a respeito dos articulados seja realizada após amplo debate com o trium personarum, empalidecendo, assim, o diálogo e o princípio da cooperação*.

Posto isso, acreditamos que a melhor opção para o ordenamento brasileiro seria a importação do convite ao aperfeiçoamento dos articulados do CPC português, desde que fosse acompanhada da mitigação da preclusão, para que a pretensão de correção do dever de prevenção não fosse frustrado.

Apesar disso, o instituto da emenda à petição inicial vem sendo redimensionado sob um prisma cooperativo. Já no atual código há forte interpretação doutrinária que defende que só há legitimidade no indeferimento da petição inicial caso o juiz tenha *dialogado com a parte a respeito do problema por ela verificado*, devendo preveni-las das falhas e vícios que a referida peça detenha e concedendo a oportunidade *de correção dos defeitos para que só assim seja possível o indeferimento* (MITIDIERO, 2007b, p. 79).

Esse viés cooperativo é defendido, pois a ausência do diálogo pode gerar um círculo vicioso de propositura de sucessivas emendas inúteis, pois a parte não possui uma bola de cristal *para saber o que o juiz considerou inepto*. Portanto, a correção da petição não pode ser feita solitariamente pela parte, mas por meio da transparência e da comparticipação. Sendo certo que o juiz deve indicar, de forma clara e precisa, os vícios a serem sanados para que a ação se torne útil.

Nessa quadra, na esteira da doutrina e da jurisprudência, o projeto de novo CPC brasileiro trás, de forma expressa, *o dever de prevenção*, ao estabelecer no art. 295º que é dever do juiz, caso verifique que a petição inicial não preenche os requisitos legais ou que

apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito⁶⁶, determinar a emenda ou a complementação da petição inicial, *indicando com precisão o que deve ser corrigido*.

Assim, tal concretização é essencial em um modelo processual cooperativo, pois prestigia uma decisão de mérito em detrimento das meramente formais, bem como legitima a atuação do juiz tornando-a transparente e dialógica e por fim traz nítidos ganhos financeiros e de tempo, pois *não submete a máquina judiciária a atuar inutilmente*.

3.5.8 Dever de Consulta ou Diálogo

O dever de consulta é delineado por Teixeira de Sousa como um dever de caráter assistencial do tribunal perante as partes. De tal maneira, que o tribunal não pode decidir uma questão de fato ou de direito, mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem e de influenciarem a respeito do trajeto a ser dado pela causa (TEIXEIRA DE SOUSA, 2000, p. 66).

O dever de consulta está consagrado no ordenamento português no art. 3º, nº 3º, que dispõe que o tribunal deve consultar às partes sempre que pretenda conhecer a matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem. Assim, dada a estreita afinidade de tal artigo com o princípio do contraditório, o seu tratamento será realizado, em conjunto, no próximo tópico.

Outra importante manifestação do dever de diálogo é no que atine a necessidade de *motivação das sentenças*, que deve conter uma completa análise das razões arguidas e debatidas pelas partes para encontrar a solução da controvérsia, pois a justificação dá às partes a possibilidade de controle da decisão jurisdicional (DEXHEIMER, 2013, p. 532).

Há, assim, no modelo cooperativo, uma “assimetria condicionada” no momento da decisão judicial, que obriga o juiz a valorizar o diálogo exercido durante todo o procedimento, devendo analisar todos os argumentos enfrentados durante todo o arco processual (PEIXOTO, 2013, p.96)

Defendendo o dever de motivação a ser cumprido pelo juiz o recente acórdão do

⁶⁶ Vale salientar que a falta de clareza não se confunde com uma completa ininteligibilidade da peça inicial, hipótese em que se justifica a extinção do processo sem resolução do mérito, mesmo sem o convite a emenda da inicial. Tal entendimento foi adotado nesse acórdão, que extinguiu o processo, sem oportunizar a emenda à petição, em razão da mesma ter sido interposta em extensa ininteligibilidade, com dizeres desconexos, desordenados e impertinentes, sem ao menos dar a conhecer sobre o que litigaria nem o fundamento jurídico dos seus interesses processuais. (Petição. 3794, Rel.: Min. Ellen Gracie, STF, decisão veiculada no DJE de 06.08.2009).

STJ de Portugal decidiu pela nulidade do acórdão da Relação determinando que o mesmo aprecie de forma clara o que foi posto à consideração para não deixar dúvidas sobre a ocorrência de tal apreciação de molde a poder aferir-se e concretizar-se o duplo grau de jurisdição, o que no caso sub judice não se afigura ter sido cumprido, exigindo que o tribunal recorrido se pronunciasse sobre os vícios suscitados em relação à intervenção do perito da autora e as eventuais repercussões na matéria dada como provada, que não foi devidamente motivada no acórdão⁶⁷.

3.5.8.1 Princípio da cooperação e o contraditório

Esse tópico tem como principal escopo determinar a relação entre o princípio da cooperação e o contraditório, precisamente, no que atine à proibição de decisões surpresa, evidenciando o *ponto de intersecção* existente entre tais princípios. Para isso é preciso, primeiramente, perceber que o contraditório não possui uma acepção estanque, infensa ao caldo cultural que lhe medeia.

A trajetória percorrida pelo contraditório é bem atípica. Haja vista que a conjuntura social da Idade Média conformou uma acepção dialogal do contraditório, estruturando um processo de *cariz isonômico* voltado à descoberta da verdade provável, com altas doses de diálogo na solução do caso concreto, conformando um ambiente processual dialético em que a verdade seria extraída a partir de um esforço conjunto das partes (MITIDIERO, 2009, p. 79-82).

Ocorre que, com o surgimento da Idade Moderna a compreensão do contraditório irá sofrer uma *grande involução* passando a ser concebido sob uma ótica estritamente mecânica, de contraposições de teses (dizer-contradizer), como uma mera garantia formal de bilateralidade da audiência, (THEODORO, JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 109-110) inserido em um processo assimétrico em que o juiz buscava a solução do litígio solitariamente, enfraquecendo a concepção participativa do contraditório dos moldes da idade média (MITIDIERO, 2009, p. 84-90).

Essa concepção logo se mostrou ultrapassada e escolástica, pois o contraditório estático, de cunho lógico formal não era suficiente para ser a trave-mestra do moderno processo civil que prima pela participação, previsibilidade e pela possibilidade de influência efetiva de todos os sujeitos processuais. Assim, é com o segundo pós - guerra

⁶⁷ Ac. do STJ 41/06.4TBCSC.L1.S1, Rel.: Des. Ana Paula Buralot, julgado em 21/03/12, disponível em: www.dgsi.pt, acesso em: 09/03/13.

que se inicia o renascimento do princípio do contraditório (GRECO, 2005b, p. 73).

O fenômeno da constitucionalização do direito faz com que o contraditório dê um grande salto de princípio a garantia fundamental, transformando-o em uma *ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz* (GRECO, 2005b, p. 73). Constata-se, pois, a insuficiência dessa concepção pálida e débil do contraditório e desenvolve-se uma nova faceta para o princípio do contraditório representada pelo *princípio da proibição de decisões surpresa*. Nesse contexto, há uma divergência doutrinária no sentido de encontrar fundamento de tal princípio no contraditório ou na cooperação.

A doutrina liderada por Eduardo Grasso assevera que a obrigação do juiz de indicar aos litigantes as questões a serem decididas *ex officio*, antes da tomada de decisão, está relacionada na realidade ao princípio da *leal colaboração entre as partes e o juiz* (GRASSO, 1966, p. 585; RAMALHEIRA, 2011, p.49-51).

Já outra parte da doutrina aponta o contraditório como a base constitucional para extração do princípio da decisão- surpresa, defendendo que o contraditório passou a ser um direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo (FREITAS, 2009, p. 108; GRADI, 2010, p.115).

Vale salientar que esse duelo doutrinário nos parece ilógico e não traz reais contributos para o debate, já que ambas as concepções chegam ao mesmo resultado, qual seja: *reconhecer a importância da proibição da decisão surpresa no ordenamento jurídico hodierno*.

Destarte, a melhor visão, em nosso entender, é que o princípio da cooperação tem o escopo de ativar esse novo rosto do princípio do contraditório, fazendo surgir o princípio da proibição das decisões surpresa como corolário de ambos os princípios.

Portanto, é por meio do diálogo entre o princípio da cooperação e o princípio do contraditório que surge a ideia de proibição de decisões surpresa, como a pedra de toque do processo civil moderno.

Assim, tal princípio consubstancia, formalmente, uma nova face do tradicional princípio do contraditório, transformando a tradicional estrutura vertical do processo numa “estrutura horizontalizada”, mutação esta que resulta de uma adaptação da ideia do contraditório num verdadeiro afloramento do princípio da cooperação entre as partes e o juiz (GRAZIOLI, p. 2008, p. 13).

É desse cenário que surge o princípio da cooperação na sua faceta dever de diálogo como um instrumento que “confere luz a verdade procurada” (DINAMARCO, 2003, p. 349), para atualizar e dinamizar o conceito do contraditório, ressuscitando a

essência da concepção medieval, injetando a previsibilidade, participação e influência como elementos essenciais dessa nova faceta do contraditório.

O dever de diálogo deve ser visto, então, como uma verdadeira “*atualização do princípio do contraditório*” (BUENO, 2006, p. 55). Há, assim, um verdadeiro resgate da concepção, que passa a garantir às partes a influência efetiva no juízo, e redimensiona uma acepção mais ampla do contraditório (MITIDIERO, 2009, p. 90-91).

Consequentemente, o contraditório é devidamente relido, representando uma faceta evoluída e fortificada da dimensão medieval, inserindo também o juiz como sujeito do contraditório e criando uma verdadeira *mesa redonda de diálogo entre o trium personarum*.

O contraditório é alçado à condição de *pilar* de uma concepção democrática de processo (SANTOS, 2011, p. 193), tornando tão trilateral quanto possível o debate das questões de fato e de direito no curso do processo.

Percebe-se que a interação entre o *trium personarum* através do diálogo sobre todos os atos e fatos componentes do processo tem o condão de ampliar o quadro de análise, reduzindo consideravelmente o risco de *opiniões preconcebidas* e beneficiando a construção de um juízo *ponderado, transparente e aberto* (LIRA; CARVALHO; QUEIROZ, 2012, p. 1). É no contexto desse plexo de inovações, que o contraditório passa a ser a plataforma de sustentação de um modelo cooperativo de processo, passando a ter estatura constitucional, sendo fundamental para concretização do processo justo e equitativo (CONSTATINO, 2012, p. 2).

O juiz não pode ter o poder de “*scavalcare le argomentazioni delle parti*” por meio da inserção de temas não submetidos ao contraditório, assumindo uma “*concezione ‘debole’ del contraddittorio*” (SOMMAGGIO, 2007, p. 107 -108). Esse redimensionamento do contraditório é uma tendência mundial do processo civil moderno, sendo um tema de vital importância para a concretização de um modelo cooperativo de processo.

Assim, tal princípio foi consagrado no ordenamento Italiano, com a recente reforma de 2009, que consagrou nos arts. 101.º e 183.º do “*Código di Procedura Civile*”, o princípio da proibição da “*sentenza di terza via*”, “*deicisioni solitarie*” ou solipsisticamente adotada” (CONSTATINO, 2012, p. 1).

Esses novos ares também chegaram em França que consagrou no art. 16º do CPC do codex francês um contraditório em sentido amplo ao ampliar a necessidade da *ativação*

prévia do contraditório no que concerne a adoção de questões de direito não contidas na petição inicial, inclusive as de ordem pública⁶⁸.

O ordenamento alemão é paradigmático nessa seara, pois consagra tal princípio, primeiramente, na alínea 2º do § 139 da ZPO que possui a seguinte redação:

Caso exista um ponto de vista que não tenha sido reconhecido pela parte ou que tenha sido considerado como irrelevante, pode o tribunal *fundar sua convicção sobre os mesmos desde que advirta às partes e lhe outorgue a possibilidade de se expressarem a respeito* salvo se tratar de questão secundária. (tradução livre)

A presente alínea é considerada um corolário do julgamento justo e assevera que a corte deve chamar a atenção das partes para qualquer fator que avalie de forma diferente, protegendo as partes contra as decisões desconcertantes (“bewildering decisions”) ou decisões por emboscada (“ambush decision”) (HAAS, 2011, p. 95).

O ordenamento alemão estende, ainda, a proibição de surpresa às matérias que podem ser conhecidas, ex officio, em consonância com a alínea 3º do § 139 da ZPO. De acordo com tal texto legal o tribunal deve consultar às partes sempre que forem realizados atos de ofício, seja em relação a questões de direito ou de fato, garantindo sempre a manifestação das partes para que a influência sobre a decisão seja garantida. Vale salientar ainda que mesmo quando o ponto de vista a ser enveredado pelo juiz é completamente contrário ao das partes, o contraditório deve ser ativado (RAGONE; PRADILLO, 2006. p. 52).

No que concerne ao direito brasileiro, tal aplicação ampla do contraditório só veio a receber o tratamento adequado por meio da releitura constitucional do instituto. No entanto, o projeto de NCPC brasileiro⁶⁹ vem consagrar expressamente a necessidade do contraditório dinâmico em terras brasileiras, muito por influência da doutrina e da jurisprudência portuguesa que será analisada a seguir.

Esses novos ventos irão aportar em terras lusitanas com a reforma de 95/96, que consagra no art. 3º, nº3 o princípio da proibição de decisões surpresa. Primeiramente importa notar que tal artigo engloba no seu raio de incidência tanto as questões de fato, quanto as questões de direito. A incidência de tal princípio no que concerne às questões

⁶⁸ Art. 16º do Código de Processo Civil francês na tradução de Eduardo Ferreira Jordão: "O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes *amenos que estes tenham sido objeto de contraditório*. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações".

⁶⁹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

fáticas já foi analisada no capítulo sobre o dever de prevenção, resta-nos agora analisar, primordialmente, a sua influência no que se refere às *questões de direito*.

Nessa quadra, ganha relevância a análise da máxima do *jura novit curia* que segundo JOLOWICZ, (2006, p. 163) determina que, contanto que se respeite o “*objet du litige*” de acordo com a moldura endoprocessual delineada pelas partes⁷⁰, o juiz pode levar em consideração questões de direito que lhe pareçam apropriadas, apesar de não suscitadas pelas partes e julgar a causa a essa luz, não estando o julgador peado ou confinado à alegação de direito feita pelas partes⁷¹.

Esse princípio em sua acepção tradicional tinha uma repercussão prática quase que absolutizada, apontando para uma divisão de tarefas estanque e separada entre o juiz e as partes. Situação em que as partes se preocupavam, exclusivamente, em provar os fatos já alegados por si, ao passo que ao juiz se restringia a fazer a subsunção do material fático trazido pelas partes à norma, considerada por ele, a juridicamente mais adequada.

Montesano assevera que essa nova conformação do contraditório não elimina ou atenua o princípio fundamental do “*iura novit curia*”, pois o juiz continua a ter o poder-dever de identificar a regra aplicável em questão não estando vinculado às definições legais da causa propostas entre as partes⁷², no entanto, o “*iura novit curia*” recebe uma nova conformação prática, pois o contraditório, afeta, o modo e o tempo adequado do exercício desse poder dever (MONTESANO, 2000, p. 929).

Neste ponto a trilateralidade da decisão é fundamental para torna-la legítima. Assim, apesar do juiz não estar peado ou confinado à alegação de direito feita pelas partes, tal indagação sofre limitações endoprocessuais que atinam com a configuração fatológica que as partes pretendem conferir ao processo.

Vale salientar que a jurisprudência portuguesa é vasta na aplicação do princípio da proibição de decisões surpresa, vedando sentenças de terza via emitidas por juízes e tribunais.

Nesse sentido, em acórdão do TRL⁷³, a parte A demandou uma ação de danos contra dois advogados que foram contratados para patrocinar a parte autora em uma ação de atropelamento, mas que por deficiência técnica ou de descuido, a defesa foi

⁷⁰ A indagação de direito sofre constrangimentos endoprocessuais que atinam com a configuração factológica que as partes pretendam conferir ao processo. (Ac. 1860/07.0TVLSB.S1, Rel.: Santos Bernardino, julgado em 11/03/10, disponível em: www.dgsi.pt. acesso em 05/04/13).

⁷¹ Ac. 2005/03 do STJ, Rel.: Gabriel Catarino, julgado em 27/09/11, disponível em: www.dgsi.pt. acesso em 05/05/13.

⁷² O princípio do *jura nove curia* está consagrado no art. 5º, n.3, do NCPC que diz que o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito.

⁷³ Ac. 7892/19, rel.: Ana Resende, julgado em 02/07/13, disponível em: www.dgsi.pt, acesso em 14/08/13.

grosseiramente negligente, violando deveres de honestidade e diligência e defraudando por completo as expectativas que lhe haviam criado, causando prejuízos.

Na contestação os advogados rebateram as alegações, alegando a sua ilegitimidade e a nulidade dos atos praticados. Fizeram, ainda, um pedido reconvenicional, incluindo danos materiais, morais e a condenação da parte autora por litigância de má-fé. O juiz ao apreciar o caso proferiu despacho inadmitindo o pedido reconvenicional, ao julgar improcedente a exceção da RR e considerou a petição inicial inepta por falta de causa de pedir.

Inconformado com a decisão, a parte A impetrou recurso para TRL, que decidiu, a nosso ver corretamente, que a decisão da primeira instância, violou dois deveres da cooperação simultaneamente. Primeiramente, o princípio da proibição de decisão surpresa, pois o juiz elegeu uma solução que se desvincula totalmente do sufragado pelas partes, sem dar a ciência prévia e a oportunidade das partes se pronunciarem sobre a “terza via” eleita pelo tribunal.

Como também violou o já estudado dever de prevenção, pois a parte autora alegou todos os fatos estruturantes da causa de pedir, subjacente ao pedido deduzido, de tal forma que atuação correta do julgador, seria, antes de determinar a inépcia da petição inicial, convidar as partes a aperfeiçoar os seus articulados privilegiando o princípio da cooperação e da economia processual. Diante de tais violações ao princípio da cooperação, nas vertentes prevenção e diálogo, o tribunal decidiu que a decisão de primeira instância foi nula, determinando que o processo fosse retomado, pois, existe factualismo controvertido, sem prejuízo do convite à parte a aperfeiçoar o seu articulado, privilegiando, assim a prevalência da decisão de mérito sobre as decisões meramente formais.

Outro caso onde o juiz tomou uma decisão solitariamente ocorreu, em recente julgado, onde o TRG⁷⁴ anulou decisão do juiz a quo que destituiu administrador de insolvência por ter publicado uma venda judicial sem dar dela conhecimento ao processo, no entanto, sem ouvir o mesmo, violando, assim, o princípio da proibição da indefesa. Entendeu o Tribunal, corretamente, que é inquestionável que esta omissão influi na decisão, pois, o juiz a quo não deu a oportunidade do apelante defender-se, nem tampouco, lhe comunicou que seria destituído, violando claramente o princípio da proibição de decisão surpresa.

Ainda nesse sentido o STJ português, em recente decisão, decidiu que a

⁷⁴ Ac.4223/08, de rel. de Fernando Fernandes Freitas, julgado em 19/02/13, disponível em: www.dgsi.pt, acesso em 05/04/13.

condenação por litigância de má fé, apesar de não estar vinculada ao princípio do pedido, não pode ser decretada, *sem prévia audição da parte a sancionar*, sob pena, de violar o princípio do contraditório na vertente proibição de decisão-surpresa, cometendo-se então nulidade que influi na decisão da causa e infringe os princípios constitucionais da igualdade, do acesso ao direito, do contraditório e da proibição da indefesa⁷⁵.

Calha nesse contexto a lição de Lebre de Freitas no sentido de que a condenação como litigante de má-fé deve ser precedida de discussão contraditória, em obediência ao disposto no art. 3º, nº3, que proíbe as decisões- surpresa, de modo que quando não tenha sido objeto de discussão entre as partes, designadamente, em alegação que preceda a decisão, deve o tribunal, antes de a proferir proporcionar o contraditório, ouvindo parte contra a qual tem a intenção de proferir a condenação como litigante de má – fé (FREITAS; MACHADO; PINTO, 2008, 197).

Uma vez analisada tais manifestações, o próximo passo do nosso itinerário é analisar o âmbito de aplicação do princípio da decisão surpresa no ordenamento português. Para essa tarefa o nó vital da questão é analisar o que deve se entender pela expressão “manifesta desnecessidade”, expressa no art. 3º, nº3.

Lebre de Freitas aponta que como redator do art. 3º, nº3 na reforma de 95/96, teve a preocupação de estabelecer uma fórmula que estabelecesse limites e restrições ao princípio da proibição das decisões surpresa por meio da expressão “salvo manifestadamente desnecessária”, com o intento de que o *juiz respeitasse o princípio do contraditório* e só o afastasse quando manifestadamente inútil⁷⁶.

De tal forma que essa restrição tem a “*mens legis*” de impedir a prática de atos inúteis no processo e não de servir como *fundamento genérico para que o juiz se desincumba de respeitar o contraditório amplo e dinâmico*, como muitas vezes ocorre na jurisprudência portuguesa sendo aplicado de forma tímida e débil. Essa expressão é nitidamente destinada a casos excepcionais em que não se demonstra manifestadamente necessário o contraditório entre o *trium personarum*.

E nesse ponto o citado doutrinador é enfático ao defender que o NCPC português poderia ter avançado mais alterando a fórmula da redação do artigo de modo a fomentar a ativação do contraditório prévio evitando decisões surpresas, *impondo, ao menos, a*

⁷⁵ Ac.2326/11.09TBLLE.E1.S1, Rel: Des Fonseca Ramos, julgado em 11/09/12, disponível em: www.dgsi.pt. acesso em 05/04/13. No mesmo sentido Ac. 39/12 do TRG, rel.: de Rosa Tching, julgado em 02/07/13, disponível em: www.dgsi.pt. acesso em 01/08/13.

⁷⁶ Pensamento esposado em palestra realizada pelo catedrático José Manuel Lebre de Freitas na Universidade Nova Lisboa – Comemorações do dia do advogado- novo código de processo civil- realizada no dia 23 de maio de 2013 sobre “os temas de prova”. Disponível em: www.justica.tv. Acesso em: 21/07/2013.

*necessidade de uma devida motivação quando houver a necessidade de dispensa da aplicação do princípio*⁷⁷.

Nessa linha concordamos com a crítica de Freitas, pois acreditamos que para a mudança de mentalidade que o modelo cooperativo exige é preciso impor condutas, com textos imperativos e aplicações de sanções para que o ambiente processual vá se tornando, de forma impositiva, gradualmente, cooperativo. Dentro dessas coordenadas, é imperioso analisar o contributo de grande valia que a jurisprudência portuguesa oferece ao estabelecer um ponto de equilíbrio para uma aplicação ponderada do princípio da proibição da decisão surpresa, sempre de acordo com o caso concreto.

Em recente acórdão do STJ, analisou - se um julgado onde cada parte atribuía a responsabilidade por um incumprimento de um contrato de promessa à outra, e as partes tiveram a possibilidade de esgrimir todos os argumentos necessários para defesa do seu ponto de vista. Nesse caso entendeu o STJ que era *previsível* que o tribunal a quo pudesse vir a enveredar por uma posição em que a atribuição da responsabilidade fosse *parcialmente fixada* e na proporção da contribuição de cada uma para a ruptura do vínculo ou da relação contratual, de modo que, as partes tiveram a oportunidade de debater as questões e fatos perante as instâncias e o quadro factológico adquirido não necessitava ser ampliado⁷⁸.

O tribunal concluiu, assim, que a decisão não violou os deveres de colaboração ou de cooperação, pois as partes tiveram a possibilidade de debater sobre as respectivas responsabilidades na quebra da relação contratual ao longo de todo o processo, sendo a decisão tomada, uma emanção dos fatos adquiridos nas instâncias, mediante a atribuição de culpas repartidas na responsabilidade que cada um imputava à outra, não proferindo, então uma decisão surpresa.

Portanto, na esteira dessa jurisprudência, as partes só podem arguir a nulidade de uma decisão de terza via, caso a solução eleita pelo tribunal *se desvincule totalmente do alegado e sufragado pelas partes, na sua substancialidade*. Logo, somente se as partes não tiverem a oportunidade de aportar e debater sobre os fatos que poderiam trazer alguma luz sobre a “terza via”, oficiosamente assumida pelo tribunal, é que as partes terão o direito de

⁷⁷ Pensamento esposado em palestra realizada pelo catedrático José Manuel Lebre de Freitas na Universidade Nova Lisboa – Comemorações do dia do advogado- novo código de processo civil- realizada no dia 23 de maio de 2013 sobre “os temas de prova”. Disponível em: www.justica.tv. Acesso em: 21/07/2013.

⁷⁸Ac. 2005/03 do STJ, rel.: Gabriel Catarino, julgado em 27/09/11, disponível em: <www.dgsi.pt> acesso em 05/05/13.

anular a decisão e tentar refazer a atividade do tribunal de modo a encarrilar e adequar a estrutura do processo ao resultado decisório.

No mesmo sentido o acórdão do TRE⁷⁹, que assevera que a proibição de decisão surpresa permite decisões que, embora não tenham sido invocadas, sejam jurídica e abstratamente possíveis e jurisdicionalmente debatidas, de tal modo que as *partes tenham obrigação de as preverem*.

Seguindo ainda o mesmo raciocínio, recente Acórdão do STJ⁸⁰ entende que da articulação do princípio do *iura novit curia* com o princípio da proibição de decisão surpresa, o julgador deve facultar às partes o exercício do contraditório, apenas quando a qualificação jurídica a ser adotada não corresponda, de todo, àquilo com que estas, pelas posições assumidas, possam contar. E conclui que o princípio da proibição de *terza via* não pode ser levado tão longe que esqueça que as partes são representadas por técnicos que devem conhecer o direito, e que por isso devem prever qualificações jurídicas de que os mesmos são susceptíveis.

Dentro dessas coordenadas, importa, ainda, nos questionarmos: quais os principais benefícios e quais os pontos negativos do princípio da proibição das decisões surpresa?

O princípio da proibição de decisões surpresa possui nítidos benefícios se aplicado de forma correta e equilibrada como defendido nesse tópico sendo, então, uma pedra de toque do modelo cooperativo. Tal princípio possui a essencial função de legitimar as decisões do juiz trazendo grandes contributos para justiça material e processual, bem como para paridade de condições, elementos considerados essenciais para a justa composição do litígio.

Outro ponto que precisa ser clarificado é que a garantia do contraditório dinâmico não constitui um entrave para obtenção de maior celeridade, já que em um processo sem seu exercício, em que não houve a colocação prévia, clara e transparente dos pontos controversos é, pelo contrário, fonte geradora uma infinidade de recursos violando, claramente, o princípio da razoável duração do processo.

Além disso, é imperioso salientar o aspecto preventivo do dever diálogo que viabiliza às partes o poder de influenciar o trajeto decisório a ser trilhado pelo julgador, gerando um efeito saudável ao processo que seria a propensão da parte em não recorrer, em razão da sua *participação efetiva na formação da decisão*, que foi submetida a um *alto*

⁷⁹ Ac. do TRE, rel.: de Maria Alexandra A. Moura Santos, julgado em: 13/09/12, disponível em: <www.dgsi.pt> acesso em 05/08/13.

⁸⁰ Ac. 1860/07.0TVLSB.S1, de relatoria de Santos Bernardino, julgado em: 11/03/10, disponível em: www.dgsi.pt. acesso em 05/08/13.

grau de debate e de correção.

Nessa quadra ganha a ênfase a valorização da função jurisdicional exercida em primeiro grau, pois a partir do momento em que as questões a serem inseridas pelo juiz são postas todas em contraditório antes da decisão, se viabiliza uma antecipação do embate de argumentos que, provavelmente, seria realizado por meio de recursos.

Uma vez analisados os pontos positivos de tal princípio é imprescindível estabelecer alguns limites relacionados aos contornos de sua aplicação prática, para que se harmonize sua amplitude de forma equilibrada com os demais princípios também imprescindíveis em um modelo cooperativo de processo.

Um primeiro ponto de tensão da proibição de decisão surpresa é com o princípio da auto responsabilidade das partes, pois, é essencial distinguir uma linha tênue que separa a diligência da parte e a sua irresponsabilidade ou má fé, para que se possa identificar as situações em que a invocação da violação às sentenças de terza via constituem um abuso de direito, visando procrastinar a causa.

Portanto, para achar o ponto de equilíbrio na harmonização de tais princípios, Abílio Neto assevera que a compreensão equilibrada do alcance do dever do juiz de respeitar a proibição de decisões surpresa implica na conjugação com o importante dever da boa-fé processual, dever este que impedirá as partes de se aproveitarem de sua própria desídia, como um trunfo para, em fase posterior, quando lhe parecer conveniente, a suscitarem e obterem a destruição do processado (NETO, 2013, p.55).

Nesse sentido, recente acórdão do STJ entende que a proibição de decisões surpresa não é uma imposição rígida ao juiz que comunique às partes a própria orientação e valoração do caso previamente à decisão ou de um dever de auscultação das partes perante a mínima variação dos pressupostos normativos da decisão projetada face ao discutido, mas de *colocá-las em paridade de condições de influir no processo decisório*, chamando-as a pronunciar-se sobre aspectos jurídicos anteriormente não debatidos e que não possam considerar-se abrangidos pelo princípio da auto responsabilidade processual no *círculo da diligência razoavelmente exigível*, tomando como padrão de justa previsão e atuação um operador judiciário normalmente informado no estado da questão na doutrina e na jurisprudência⁸¹.

⁸¹ Ac. do STJ, rel.: Ana de Azeredo Coelho, julgado em: 11/04/13, no processo n° 5539/04, disponível em: www.dgsi.pt, acesso em 21/06/13.

Outro acórdão importante do STJ⁸² atenta para importância da criação e desenvolvimento *de uma cultura judiciária de responsabilidade*, e de saber, que não tenha no juiz, o limite corretor dessa responsabilidade (ou irresponsabilidade: inconsciente ou provocada) ou desse saber, (ou ignorância: inconsciente ou provocada), quando se está perante uma clara ausência de um preceito legal, e de processo, que permita contar com a ajuda dos outros, suprindo faltas processuais graves, essenciais ao objeto do conhecimento, exatamente do que se pede ao tribunal, que conheça.

Por fim, é preciso enfatizar que o juiz não está submetido a uma mera faculdade jurídica, mas a uma verdadeira obrigação censurável com um vício *in procedendo*, há, pois, um vínculo no exercício do poder decisório do juiz, cuja inobservância é sancionada por meio da *nulidade da sentença prolatada em violação ao contraditório* (GRADI, 2010, p.115).

3.5.9 Dever de Auxílio

Barbosa Moreira já cogitava na possibilidade do juiz atuar na mitigação das desigualdades substanciais entre as partes por meio da prestação de informações às partes sobre o ônus que lhe incumbem, convidando-as, sugestionando-as a esclarecer e complementar suas declarações acerca dos fatos (BARBOSA MOREIRA, 1986, p. 60).

Tal dever é concretizado no ordenamento português com a reforma de 95/96 e com base no art. 266º, nº 4º. À luz do entendimento de Teixeira de Sousa, trata-se do dever que o tribunal tem de auxiliar as partes na superação das eventuais *dificuldades que venham a impedir o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais* (TEIXEIRA DE SOUSA, 1997, p.67).

Assim, o juiz desempenhará um papel fundamental como *removedor de obstáculos*. Nesse sentido, o art. 436º do NCPC português, que repetiu o texto do art.535º do código anterior, afirma que incumbe ao juiz, por sua iniciativa ou a requerimento das partes, a *requisição de informações ou documentos indispensáveis ao esclarecimento da verdade*. Vale ressaltar que essa requisição pode ser feita aos *organismos oficiais, às partes ou a terceiros*.

Da mesma forma o art. 418º do NCPC, que repete o texto do art. 519º - A, do

⁸² Ac. do STJ, de rel.: do Conselheiro Neves Ribeiro, julgado em: 24/05/2004, disponível em: www.dgsi.pt, acesso em 21/06/2013.

código antecessor, permite que o juiz *requisite a dispensa da confidencialidade de dados, oficiosamente ou a requerimento de alguma das partes*, por meio de um despacho fundamentado determinando a prestação de informações ao tribunal, quando as considerem *essenciais ao regular andamento do processo* ou á justa composição do litígio.

Nessa quadra ganha relevância a *cooperação de terceiros para com o órgão judicial*, visto que, sempre que a parte alegue, de forma devidamente justificada, um obstáculo convencedor e devidamente motivado em obter um documento ou uma informação que seja necessária para o exercício efetivo de uma faculdade ou cumprimento de um ônus ou um dever processual, *o juiz deve atuar no intento de remover tais obstáculos*.

Vale salientar ainda que essa cooperação tem limitações já que a legislação consagra *hipóteses recusa legítima à cooperação*⁸³, por envolver interesses de maior relevo como as *inviolabilidades constitucionais*, por este motivo a legislação consagra casos de recusa legítima à cooperação presentes no atual art. 417º, n.º.3 do NCPC, que, no entanto, devem ser apreciados no caso concreto de acordo com o *princípio da prevalência do interesse preponderante*.

Utilizando tal princípio, em ação onde a parte visava ter acesso aos dados bancários do ex-marido com o intento de atualizar sua pensão por estar desempregada, o TRL ponderou a colisão entre o princípio da privacidade e o princípio da cooperação para descoberta da verdade material, e decidiu pela *quebra do sigilo bancário da parte ré*, em razão dos dados bancários configurarem elementos imprescindíveis para auferir se o ex-marido possui disponibilidade financeira para arcar com a prestação de alimentos a favor de sua mulher, para satisfação de suas necessidades básicas de sustento, habitação e vestuário⁸⁴.

A jurisprudência portuguesa é rica na aplicação do dever de cooperação de terceiros⁸⁵ quando partes que não estão no processo possuem o dever de colaborar com a descoberta da verdade quando solicitado pelo juiz.

⁸³ Em Ac. do STJ 2420/07, de 03/03/11, Rel.: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em 04/05/13, assenta que a recusa é legítima caso o fornecimento de dados implique intromissão na vida privada da ré e na correspondência, não podendo a recusa ser livremente apreciada pelo tribunal.

⁸⁴ Ac. 101420-K/1998.L1-7 do TRL, julgado em 29/04/04, Rel.: Rosa Ribeiro Coelho, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em 06/05/13.

⁸⁵ A necessidade de cooperação mesmo de terceiros se evidencia na redação do art. 519º do antigo CPC e que foi repetido no art. 417º do NCPC, que assevera que todas as pessoas, *sejam ou não partes na causa*, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

Interessante aplicação se evidencia quando a parte, depois de várias diligências, e alegando justificadamente sérias dificuldades no cumprimento dos seus ônus e deveres, se frustra na *localização do réu*⁸⁶ ou do *executado*⁸⁷. Nesses casos deve o juiz, *ex officio* ou a pedido da parte, *solicitar o endereço do réu ou do executado a um determinado órgão que possua em seu banco de dados*, removendo os obstáculos à justa composição do litígio.

Nesta senda, conveniente destacar que o principal limite a ser imposto ao dever de auxílio encontra-se na expressão “*alegue justificadamente dificuldade séria*”, presente no art. 266º – nº 4 do CPC reformado em 95/96, que impõe à parte a *devida comprovação das eventuais dificuldades que venham obstaculizar o efetivo exercício dos seus direitos*⁸⁸, demonstrando que a mesma utilizou-se de todos os meios possíveis para se desincumbir das suas responsabilidades, mas não obteve sucesso, comprovando as razões do seu insucesso.

A colaboração do tribunal para com as partes só é possível caso *a parte alegue, de modo justificado e convincente*, o obstáculo para o exercício da sua faculdade ou cumprimento do ônus processual, em razão de não dispor dos documentos ou informações necessários (BAPTISTA, 1997, p. 74).

Destarte, decidiu corretamente o STJ ao rejeitar um recurso em razão da parte não ter juntado um documento essencial para sua admissão, *sem ter demonstrado sérias dificuldades para sua obtenção*, ressaltando que o dever de auxílio só surge quando a parte alegar escolhos que, por si, embora tenha tentado, não possa ultrapassar. De tal forma *não se justifica qualquer iniciativa do julgador quando a omissão é resultado de incúria, ou menor atenção da parte*, não colocada perante uma interpretação inédita, ou mais inovadora, do Tribunal⁸⁹.

⁸⁶ Aplicando o dever de auxílio o Ac. nº 1358/2008-7, do TRL, Rel.: Des. Ana Paula Boularot, julgado em 29/03/01, disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf?OpenDatabase>, acesso em 10/05/13, defendeu-se a possibilidade de o juiz *auxiliar o autor da causa, na identificação de réus desconhecidos, ocupantes de imóvel objeto da demanda reivindicatória*.

⁸⁷ Nesse sentido o acórdão de 28/06/04 do TRP, Rel.: Des. António José Pinto da Fonseca Ramos, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em: 06/03/13, decidiu, depois de requerimento da parte, *solicitar à TMN (empresa de telemóvel) a indicação do endereço do executado*.

⁸⁸ No Ac. n. 735 do TRL, Rel.: Gouveia de Barros, julgado em 14/02/12, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em: 04/05/13, ficou estabelecido que fica de difícil compreensão o caso em que um autor possua uma sentença condenatória transitada em julgado ao seu favor, mas na prática fica sem efetividade alguma pois não consegue identificar os bens passíveis de penhora. Caso em que conhecidas as *dificuldades, virtualmente insuperáveis*, que se impõem em uma sociedade urbana e massificada, podendo nesses casos solicitar o auxílio do juiz na averiguação da efetiva *situação patrimonial do devedor* e confrontando-se ainda com a possível invocação de excessivos e desproporcionados «sigilos profissionais» sobre tal matéria.

⁸⁹ Ac. 08A660, Rel.: Des. Sebastião Póvoas, julgado em: 06/05/2008, disponível em: <http://www.dgsi.pt>, acesso em: 05/04/2013; Ac. 941/08.7 do STJ, Rel.: Des. Sebastião Póvoas, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em 06 /03/13.

Lebre de Freitas, analisando o n° 4 do art. 266° do CPC, dá como exemplo prático o caso de falecimento de uma parte, e o autor comprove dificuldade séria em identificar os seus herdeiros ou em provar a qualidade destes, devendo, então, o juiz notificar o co-réu ou um terceiro familiar do falecido para que coopere esclarecendo e prestando as informações necessárias à observância do ônus de requerer a habilitação (FREITAS, 2009, p. 153).

No mesmo sentido o TRL, analisando agravo que requisitava ao juiz que, no exercício do seu dever de auxílio, providenciasse a remoção de obstáculo, determinando que a parte ré lhe prestasse informações, negou provimento em razão da parte autora não ter alegado sérias dificuldades para saber se o seu ex-marido deixou descendentes ou ascendentes, ou se instituiu herdeiro ou legatário⁹⁰.

Vale salientar, ainda, que o julgador ao analisar o critério da “*manifesta dificuldade*” deve ponderar o grau de conhecimento, a condição financeira e as circunstâncias do caso.

Outro elemento importante, que deve ser analisado, é o *princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva, previsto no art. 20° da CRP*. Assim a dificuldade deverá ser avaliada em consonância com o que seja um *processo ágil, expedito*, de tal forma que se a obtenção do documento é possível pela própria parte, mas com um *grau de dificuldade passível de comprometer a celeridade processual* prevista no art. 20°, n°4 da CRP, deverá o tribunal mesmo assim solicitar a remessa do mesmo a juízo, cooperando com a parte (GRASSI GOUVEIA, 2006, p. 57).

O ordenamento brasileiro apresenta algumas concretizações do dever de auxílio quando, por exemplo, concede ao juiz o poder de ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder ou ainda determinar a exibição de documento ou coisa que esteja em poder de terceiro, consoante dispõem os arts. 355° e 360° do CPC brasileiro.

Pode ainda inspecionar pessoas ou coisas para esclarecer fato que interesse à decisão da causa (art. 449° do CPC), tudo com o escopo principal de obstaculizar que a parte seja prejudicada por não ter conseguido obter documento ou informação imprescindíveis para o julgamento do seu pedido ou para o desenvolvimento de sua defesa.

No ordenamento alemão também encontramos o dever de auxílio no § 142 (RAGONE; PRADILLO, 2006. p. 196) da ZPO que traz no seu texto a possibilidade do tribunal ordenar a uma parte ou a um terceiro que *apresente documentos ou outros objetos que se encontrem em seu poder, os quais uma parte fez remissão*. O tribunal pode ainda

⁹⁰ Ac. 1552/2004-2 do TRL, Rel.: Tibério Silva, julgado em: 29/04/2004, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>, acesso em 06/04/13.

impor um prazo e ordenar que a documentação permaneça por um determinado tempo na secretaria do tribunal.

Outra concretização do dever de auxílio no ordenamento alemão encontra-se no § 144 (RAGONE; PRADILLO, 2006. p. 196) que permite que *o tribunal possa ordenar a inspeção ocular, como também um ditame pericial*. Para esse intento pode o juiz dar um aviso prévio à parte ou terceiro para que ponha em disposição o objeto que se encontre em seu poder.

Portanto, o dever de auxílio exerce um papel fundamental na esfera probatória, pois permite que as parte *tenham acesso a documentos ou objetos que não estejam sob sua guarda*. Assim tal dever é de assaz importância para que a parte não se depare com um ônus diabólico, mesmo sendo responsável e diligente no cumprimento do seu ônus.

Ocorre que essas manifestações do dever de auxílio nem sempre conseguem solucionar todos os problemas oriundos da prova diabólica, por esta razão é que parte da doutrina defende a existência de outra manifestação do dever de auxílio, nomeadamente a *teoria da carga dinâmica do ônus da prova*, que em razão de sua importância será estudada em tópico separado.

3.5.9.1 A cooperação e a distribuição dinâmica do ônus da prova

Entre o sim e o não, o juiz, quando absolve por insuficiência de provas, confessa a sua incapacidade de superar a dúvida e deixa o acusado na condição em que se encontrava antes do processo: acusado por toda a vida (CARNELUTTI, 1965, p. 7).

O trecho acima descrito revela a importância de uma efetiva produção probatória para a justa composição do litígio. Por este motivo, é essencial deslocar o direito à prova, que é um postulado incontornável do acesso a uma ordem jurídica justa, do estrito campo jusprocessualístico para localizá-lo no *terreno constitucional* (CANOTILHO, 2004, p.170).

Dentro desse universo da prova, a repartição do encargo probatório é um nó vital do processo civil moderno, pois tem o escopo de atribuir às partes o que cada uma deverá provar nos autos. Nesta senda o processo seria, em apertada síntese, “a arte de administrar as provas” (BENTHAM, 2003, p. 14).

Nessas coordenadas, importa nos indagarmos: como solucionar o problema da *prova difícil, impossível* ou *diabólica* no processo civil? (PEYRANO, 2011, p. 86.96). Qual das partes poderá ser prejudicada por não ter provado certo fato jurídico? Como o juiz deve decidir quando permanece o estado de dúvida? Até que ponto a natureza privada

disponível da relação material se deve (ou não) projectar no processo?

Em regra a doutrina clássica⁹¹ e a maioria das legislações^{92 93} adotam um posicionamento tradicional para responder a tais indagações e encontram como solução natural para tais problemas a consagração de uma “distribuição prévia e abstrata do ônus da prova, que não leva em consideração as peculiaridades do caso concreto” (HOFFMANN; CAMBI, 2011, p. 67), sendo uma regra fixa e estática funcionando apenas como uma *norma de julgamento*⁹⁴, onde o juiz só focará no *onus probandi* no momento de julgar o pleito, quando, de fato, irá identificar a ausência de provas para formar o seu convencimento.

Tal conformação é herdada do período liberal que se preocupa basicamente com a segurança jurídica e com a auto responsabilidade das partes. Nesta senda, cabe, ao juiz, a simples verificação da observância das regras do jogo e decidir em função da verdade construída pelas partes (BELEZA, 2012, p. 2).

Tal pensamento clássico valoriza, apenas, o ônus da prova sob o viés objetivo que se perfaz como uma nítida *regra de julgamento*. São normas que apontam para qual das partes será prejudicada, caso a produção probatória seja sem êxito e viabiliza, assim, uma decisão de mérito mesmo pairando o estado de dúvida, afastando o malfadado *non liquet* (BARBOSA MOREIRA, 1988. p. 74-75).

Ocorre que, essa decisão judicial que utiliza o *onus probandi* como uma regra de julgamento é baseada em uma *ficção jurídica* que não tem como fundamento a averiguação da verdade. É, nessa seara, um instrumento criado para tutelar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, impedindo que o judiciário se exima de dar uma resposta aos seus jurisdicionados.

Por esta razão, acreditamos que um modelo cooperativo de processo deve se afastar o máximo possível deste tipo de decisão, visto que o julgador deve sempre buscar a aproximação da sua decisão com a realidade extraprocessual, utilizando esse instrumento

⁹¹ Não possui relevância quando as provas forem suficientes nos autos, observou que tais normas possui uma característica *substitutiva*, pois representam as provas que restaram insuficientes ou faltosas no momento da decisão. (ROSENBERG, 1956).

⁹² No atual ordenamento brasileiro adota-se no art. 333 a distribuição rígida do ônus da prova ao determinar que, cabe ao autor o encargo da prova do fato constitutivo do seu direito; enquanto cabe ao réu o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa opção do legislador teve nítida influência da teoria de Chiovenda em razão da sua distribuição estar fundada no interesse e na oportunidade de a parte provar o fato que alegou.

⁹³ O ordenamento português adota também uma distribuição rígida baseada na teoria das normas de Rosenberg. A sua regulamentação está presente no artigo 342 do CC português.

⁹⁴ MOREIRA delinea o ônus da prova objetivo como sendo uma *nítida regra de julgamento*, pois são as normas que apontam para qual das partes será prejudicada em razão de uma produção probatória sem êxito, que viabilize a decisão do julgador mesmo na prevalência de dúvidas, afastando o malfadado *non liquet*.

como um “*ultimum remedium*”, por se tratar de uma decisão automática e muitas vezes cega do caso concreto.

Nesta senda, um processo de corte cooperativo prega uma participação ativa do *trium personarum* na busca de uma tutela mais efetiva, de tal forma que a decisão pela regra objetiva do ônus da prova deve ser evitada ao máximo, já que não garante o acerto fático e desprestigia a justiça da decisão que não é baseada na verdade factual subjacente ao caso.

Assim, os deveres extraídos da cooperação já estudados até o presente momento, exercem um papel essencial para formação da convicção do julgador e para dirimir o quanto possível o estado de dúvida do juiz. Ocorre que, muitas vezes, mesmo com a utilização de todo esse aparato (dever de prevenção, poderes instrutórios ex officio, dever de diálogo) a parte a quem incumbe provar determinado fato não o faz e o estado de dúvida permanece.

O núcleo do problema reside exatamente no fato de que, muitas vezes, a parte não cumpre satisfatoriamente o seu ônus, não por laxismo ou falta de comprometimento, mas em razão da *dificuldade* ou até mesmo da *impossibilidade* de fazê-lo. De modo que inúmeros são os casos em que essa dificuldade ou impossibilidade se evidencia.

Para entendermos melhor o problema enunciaremos um rol meramente exemplificativo, onde invariavelmente a parte não consegue provar os fatos, são as chamadas provas diabólicas ou *matérias mala praxis*⁹⁵: a) casos de responsabilidade médica⁹⁶; b) a identificação negativa dos fatos⁹⁷; c) alimentos provisórios; d) relações consumeristas.

⁹⁵ Analisando a jurisprudência argentina a respeito do tema a Corte Suprema de la Nación, se manifestou no sentido de que a distribuição a carga de provar tem relação ademais com o “deber de colaboración que tienen las partes del litigio”. Nessa quadra estabelecendo um importante limite para utilização da distribuição dinâmica assevera que em matéria de “*mala praxis*” aonde se trata de situações complexas que não resultam de fácil comprovação, revela-se o campo fundamental de aplicação do conceito de carga dinâmica da prova ou prova compartilhada, de modo que o ônus deve ser distribuído de modo a recair sobre quem se encontre em melhor situação de aportar os elementos tendentes a obter a verdade objetiva (Sumário: I0078242 de la Cámara de apel. en lo civil, comercial y laboral (galeguaychu), entre ríos, Mansila, Susana Raquel. Sentença de 13/03/12, disponível em: <http://www.infojus.gov.ar>, acesso em: 10/05/13)

⁹⁶ Neste sentido um recente acórdão da Argentina enfatiza bem a dificuldade de prova dos pacientes em ações de responsabilidade médica. Evidencia, pois, que os dados utilizados na história clínica podem implicar em uma voluntária ocultação dos antecedentes, que favorece o médico ou o estabelecimento em detrimento dos pacientes. Nos casos de responsabilidade médica, as partes se encontram em posição débil para demonstrar contundentemente as provas, pois o afetado e sua família encontram-se, obviamente preocupados e ocupados pela recuperação da sua saúde e não, por definir se as lesões produzidas são resultado acidental da prática médica, se obedecem a outro problema distinto ou se são consequência de uma infração dos deveres funcionais.

⁹⁷ Conforme Taruffo (2009) a identificação dos fatos pela parte se mostra complicada quando se refere à identificação negativa. Tal situação acontece quando a norma contém a negação de uma identificação positiva ou usa termos equivalentes a essa negação como “incompetente”, “incorreto”, “ausente”, “carente de”.

Destarte, foi percebendo que as sacrossantas regras apriorísticas de distribuição estática resultam em dadas situações insuficientes ou inadequadas e que violam os princípios da igualdade material, da tutela jurisdicional efetiva, do direito à prova e da justa composição do litígio, que, já no século XIX, Jeremías Bentham propunha uma solução diametralmente oposta a essa rigidez (BENTHAM, 2003, p. 407).

Segundo tal doutrinador a regra geral deve ser no sentido do ônus probatório ser distribuído, não pela função que os fatos exercem no processo, mas em função do conceito de prova mais fácil, atribuindo-o, casuisticamente, à parte que estiver em melhores condições de provar.

É nesse posicionamento que encontramos as raízes da teoria distribuição dos ônus probatórios. Todavia, é somente no final do século XX que Jorge Peyrano irá sistematizar e delinear um ponto de equilíbrio entre as regras estáticas excessivamente rígidas e a teoria assaz elástica do americano, criando mais um instrumento de assaz valia para distanciar o juiz das decisões por regra de julgamento.

O processualista argentino irá propor uma “*concepção menos radical*” (FERNANDES, 2013, p. 814), que funcionará como um mecanismo de correção de eventual injustiça decorrente da aplicação das regras estáticas ao caso concreto. Destarte, só quando as normas tradicionais resultarem em decisões injustas, configurando a chamada *prabatio diabólica* é que a teoria poderá ser aplicada.

Assim, o ponto crucial que distingue a teoria dos citados doutrinadores é que o jurista argentino mantém as regras legais de distribuição do ônus da prova e defende a possibilidade de dinamização do ônus da prova de forma “*excepcional, in extremis*” (PEYRANO, 2008, p.21), de acordo com análise das circunstâncias do caso concreto, enquanto, o segundo defende a distribuição dinâmica como regra geral.

Feita tal digressão, o que importa para o presente tópico é responder a seguinte indagação: a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é a que mais se coaduna com um modelo cooperativo de processo?

E a resposta só pode se afirmativa, pois como bem afirma Peyrano, a teoria possui íntima relação com um processo de corte cooperativo, podendo ser chamada, ainda de *princípio da necessária solidariedade*, da *efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional*, ou teoria das *cargas probatórias compartilhadas*. Portanto, acreditamos que a convivência harmônica, de forma complementar e não excludente, entre as regras estáticas do ônus da prova e a teoria da carga dinâmica é um espinha dorsal de um modelo cooperativo de processo (PEYRANO, 2008, p.20).

De tal forma que, a dinamização do ônus da prova, apesar de ser uma espécie de ampliação de poderes do juiz, ao nosso sentir, não é perniciosa, em sentido contrário, é adequada e salutar e tem o intento de *reequilibrar as forças entre os litigantes, viabilizando um processo mais igualitário, justo, cooperativo e paritário*.

Tal teoria se enquadra, ainda, ao ideal já defendido nesse estudo, de ajustar o processo moderno o quanto possível às circunstâncias do caso concreto, evitando-se, ao máximo, abstrações desconectadas com a realidade (BARBERIO, 2008, p. 101).

A distribuição da carga de provar tem relação, ademais, com dever de colaboração que têm as partes do litígio, no que compreende o aspecto probatório do mesmo. Assim, a carga dinâmica vem ganhando um novo brilho ao ser analisada sob o enfoque que prega uma *ideia de solidariedade e colaboração das partes na etapa probatória do processo* (ARAZI, 2008, p. 85).

Essa nova dimensão se corporifica com a valorização da *faceta subjetiva do ônus da prova* que determina que o ônus da prova impulsiona às partes a produzir determinada prova, já que a sua falta acarreta julgamento desfavorável ao inerte (SCARPARO, 2008, p. 85). Nesta linha, a imposição apriorística das regras do ônus conduz a uma excessiva rigidez que petrifica a atuação das partes e desestimula a cooperação das mesmas para o deslinde da causa.

Daí resulta que, a teoria da carga compartilhada possui o condão de enfatizar a faceta subjetiva do ônus da prova. Pois, como bem aduz Arthur Carpes, no campo das regras de conduta o ônus probatório funciona como um “*catalisador da atividade probatória das partes*” que tem o escopo de incentivar as partes a cooperarem com o processo e, com isso, evita-se a falta de prova e o estado de dúvida do juiz (CARPES, 2006, p. 54).

No mesmo sentido, Daniel Mitidiero enfatiza a funcionalidade dual do ônus da prova no modelo cooperativo de processo: por um lado mantém-se caráter objetivo do ônus da prova como regra de julgamento que visa evitar-se o arbítrio do julgador no processo, e por outro lado tem ganhando *renovado fôlego o desenvolvimento do ônus da prova como regra de instrução*, o que se leva a efeito com o escopo declarado de revestir o processo com todo aparato imprescindível à formação da convicção judicial (MITIDIERO, 2008, p.125-126).

Desta feita, a aplicação da Teoria da Carga Dinâmica fortaleceria o ônus subjetivo, visto que, na maioria dos casos, em que se aplica o instituto, como regra de julgamento, *a parte sobre quem não recai o peso da prova deixa de colaborar*, pois sabe

que sua inércia prejudica o sujeito onerado com a prova. Tal situação é modificada com a teoria da carga dinâmica, que com a possibilidade de inversão do ônus *prolifera um importante efeito de incentivar uma atitude cooperante das partes*.

Nesta senda, o ônus deverá recair na cabeça do litigante que está em uma condição mais favorável para produção de prova, independentemente da posição processual das partes ou da natureza do fato a ser provado (PEYRANO, 2008, p. 19-20). Desta forma, tal teoria tem o escopo de fortalecer o papel das partes no processo e estimular a parte que detenha as melhores condições de produzir as provas imprescindíveis à justa composição do litígio.

Seguindo esse enfoque, em matéria de distribuição da carga probatória não há espaço para *princípios inflexíveis*, existindo tanto uma necessidade de cooperação em matéria probatória, de modo que o ônus de provar deverá pesar sobre a parte que goza de “facilidade probatória”⁹⁸.

Em vista disso, é capital armar o juiz de diversos instrumentos no combate à escassez probatória, sendo a *carga dinâmica um meio imprescindível capaz de evitar, ao máximo, a formação de provas diabólicas*.

Logo, vasta doutrina traz o princípio da cooperação como base estrutural que dá suporte a teoria da carga dinâmica. Nessa linha Daniel Mitidiero, acertadamente, extrai a teoria do dever de auxílio que é um dos corolários da cooperação. Nesta linha o juiz deve, no exercício do dever de auxílio, dinamizar o encargo probatório removendo os obstáculos e desobstruindo o iter probatório, atribuindo o peso na cabeça de quem se encontre em melhor posição de provar (MITIDIERO, 2007, p.94).

No entanto, essencial se faz que tal teoria seja devidamente delimitada e usada com muita cautela e prudência, pois sua má utilização é perigosíssima e seu uso inadequado pode ensejar injustiças. Portanto, para o uso correto da teoria faz-se mister a demonstração de determinadas condicionantes: materiais e processuais.

Uma primeira condicionante material é analisar se a parte, a priori, desincumbida de provar encontra-se em *posição privilegiada*, ou seja, se possui maior facilidade para produção da prova (MITIDIERO, 2007b, p. 95).

Vale ressaltar que para uma correta aplicação da teoria, *a inversão não deve fomentar a inércia e o marasmo do litigante previamente onerado*. Este deverá provar, fundamentadamente, que está onerado com uma prova diabólica e que apesar de todos os

⁹⁸ Sumario N°20882 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Sentença de 26/03/11, Disponível em: <<http://www.infojus.gov.ar>>, acesso em: 10/08/13.

esforços não conseguiu se desincumbir do seu ônus e, ainda, que a contraparte possui melhores condições de prova (BARBERIO, 2008, p. 104).

Além disso, o juiz poderá se utilizar de indícios para decidir qual parte detém a melhor condição de provar durante todo o arco processual para que, só assim, possa dinamizar o ônus da prova de acordo com o caso concreto (BARBERIO, 2008, p. 103).

Outra hipótese que legitima repartição do ônus da prova é *quando a prova diabólica for fabricada pela contraparte*, que age dolosamente e violando os deveres de cooperação e da boa-fé com a intenção de prejudicar o direito à prova da parte onerada (KNIJNIK, 2006, p. 947), tal hipótese é a única que é expressamente prevista no ordenamento português, como se verá adiante.

Outra condicionante essencial é de caráter negativo, ou seja, ela não pode existir para que a carga dinâmica seja viável. Assim, a inversão do ônus não pode resultar em uma *prova diabólica reversa*, situação em que *a parte onerada com a dinamização passa encontrar sérias dificuldade de produzir a prova* (CARPES, 2006, p. 94).

Como bem atenta Taruffo, a inversão do ônus da prova pode *apenas deslocar o problema de uma parte para outra*, colocando nas mãos do juiz a predeterminação da sucumbência (TARUFFO, 1992, p. 750-751). Destarte, é imprescindível muita cautela do juiz na aplicação da teoria, para que a mesma não seja acusada de autoritária e violadora da justa composição do litígio e da igualdade entre as partes (PEYRANO, 2008, p. 96).

Já as condicionantes processuais são duas: a *motivação da decisão e a atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar* (MITIDIERO, 2007b, p.95).

A primeira é a motivação da decisão que terá o condão de dar legitimidade à dinamização. Logo, o juiz deverá fundamentar a razão pela qual não incide a regra estática tradicional ao caso concreto, bem como os motivos que levaram o julgador a considerar que a parte, a priori desonerada, possui uma facilidade maior de produzir a prova e ainda a ausência da prova diabólica reversa. Já a segunda condicionante é a necessidade do juiz conferir a correlata oportunidade de provar a parte que foi onerada com dinamização.

Outro ponto medular dessa teoria é identificar qual o momento processual ideal para efetivar a dinamização?

Marinoni e Daniel Mitidiero apontam a audiência preliminar (em Portugal audiência prévia) como o *locus ideal* para realizar a organização prospectiva do processo em tema de prova, de forma oral e em regime de diálogo entre as pessoas do juízo ou, ainda, por escrito. Porém, o mesmo autor vislumbra, corretamente, a possibilidade de tal dinamização ocorrer em momento posterior, desde que seja garantida a correlata

oportunidade de provar (MITIDIERO 2007b, p. 96; MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 336)

Assim sendo, o presente estudo só defende a aplicação da teoria se a mesma for feita de forma sistemática e ponderada, de forma a cumprir todas as condicionantes acima descritas, com o escopo de primar sempre por uma tutela efetiva e uma justa composição do caso concreto. E é exatamente essa concepção mais ponderada, com a observância das condicionantes acima descritas, que será difundida com ares de novidade, na Argentina⁹⁹, na Espanha¹⁰⁰, no Brasil e com escassa repercussão em Portugal.

Destarte, importa salientar que o ordenamento brasileiro econtra-se mais evoluído do que o português, pois há forte tendência da jurisprudência em dinamizar o ônus da prova em casos de prova difícil, mesmo sem a expressa previsão no CPC, utilizando-se do aparato principiológico oferecido pela Constituição.

Nessa linha, em recente acórdão, o STJ entendeu que embora não se olvide que o ônus da prova deve ser aplicado, em regra, a quem alega de acordo com art. 333º, I, do CPC, no caso analisado a norma exige *abrandamentos*, nomeadamente em casos de *prova de fato negativo* (não envio dos carnês pelo Município), cuja impossibilidade de realização de realização o faz surgir uma *prova diabólica*, que dá ensejo a *inversão*¹⁰¹.

No mesmo sentido acórdão relativo à prova diabólica gerada pela dificuldade de provar um fato negativo, no caso de inexistência de intimação da decisão recorrida, caso que com base nos deveres de cooperação o tribunal inverteu o ônus da prova em razão da difícil produção, cabendo aos agravantes à demonstração do contrário¹⁰².

Para além da experiência jurisprudencial, o projeto de NCPC brasileiro que foi recentemente alterado e aprovado na Câmara dos Deputados, pretende consagrar a teoria da carga dinâmica no ordenamento brasileiro, como se observa o texto do artigo:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:
I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

⁹⁹ Em outro acórdão argentino é defendida que a regra do art. 377 do Código processual não deve ser interpretada rigorosamente e parece finamente moderada pela tese das cargas probatórias dinâmicas, que defende que nem sempre a vítima deve se onerar com exclusividade com a prova da culpa, pois existe um *dever de colaboração entre ambas as partes litigantes*, de modo que coloca na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais e fáticas a *carga de produzi-las*. Disponível em: <http://www.infojus.gov.ar/>.

¹⁰⁰ No ordenamento Espanhol a distribuição dinâmica do ônus da prova está consagrada no art. 217 da Ley de Enjuiciamiento Civil ao definir que na aplicação das regras do ônus o juiz deve observar as peculiaridades das partes quanto à disponibilidade e facilidade na produção das provas.

¹⁰¹ AgRg no Aresp 241317, de Rel. do Min. Mauro Campbell Marques, de 26/11/12, disponível em: <http://www.stj.jus.br>, acesso em 15/06/13.

¹⁰² Ac. do STJ, Resp 883656, Rel.: Des. Herman Benjamim, julgado em 09/03/2010, disponível em: www.stj.jus.br, acesso em 03/06/13.

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de *peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo* nos termos do caput ou *à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo *não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil*.

A comissão de jurista responsável pela elaboração do NCPC, percebendo os perigos de uma atuação discricionária do juiz e seguindo as propostas de aperfeiçoamento da doutrina (PACÍFICO, 2012, p. 231), alterou a redação do artigo do projeto¹⁰³.

O primeiro ponto importante alterado foi o deslocamento da teoria (antes pertencia a um art. autônomo), para integrar um parágrafo do art. referente à distribuição estática. Tal alteração se mostra essencial, pois demonstra que a teoria só deve ser aplicada de forma excepcional, respeitando sempre a distribuição tradicional.

Outra alteração crucial foi a devida regulamentação dos casos em que a teoria deve ser aplicada. Assim, o novo art. 380º aponta duas hipóteses de incidência da teoria pelo juiz: quando a parte onerada pela lei encontra-se diante de uma “*probatio diabólica*” (“impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo”) ou quando a parte não onerada, a priori, possua uma maior facilidade para obtenção da prova do fato contrário, hipótese dirigida para as hipóteses de impossibilidade de prova do fato negativo.

Além disso, tornou expressa no § 2º uma ideia que é um nó vital da teoria, qual seja, a vedação à *probatio diabólica reversa*.

Destarte, se o projeto de NCPC for realmente aprovado, acreditamos que o Brasil dará um salto qualitativo essencial na concretização de um modelo cooperativo de processo e no aperfeiçoamento da instrução probatória, privilegiando a justa composição do litígio, a igualdade material e tutela jurisdicional efetiva.

Já o ordenamento português encontra-se assaz defasado nessa seara, pois apesar de ser mais evoluído na concretização dos demais deveres de cooperação, a Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do NCPC nem sequer debateu e discutiu a respeito da

¹⁰³ Redação anterior: Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. § 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

possibilidade ou não de consagrar a teoria em terras lusitanas, deixando tal debate de lado, sendo poucos os doutrinadores a tratar do tema¹⁰⁴.

Destarte, o NCPC português repetindo a norma do art. 519º, nº2, enumera apenas uma opção que permite a inversão do ônus da prova: que é a hipótese de recusa de colaboração da ré na descoberta da verdade.

A nosso sentir, essa hipótese de inversão do ônus da prova é muito restrita e não abarca todos os casos concretos de prova difícil. Pois, tal regra só tutela os específicos casos em que *a parte ré recusou de cooperar com o propósito de sonegar a justiça impedindo a descoberta da verdade, sendo um caso de apreciação da conduta da parte para efeitos probatórios.*

Nessa senda, o STJ¹⁰⁵ ao aplicar tal artigo aponta que para se dá a inversão do ônus da prova deve haver uma *indicação detalhada e precisa de que a parte ré dispusesse dos meios de prova que lhe foram solicitados*, e que o circunstancialismo apurado permita concluir que tenha havido uma *recusa intencional e culposa*, por parte da ré, no que respeita à apresentação dos pertinentes mapas de trabalho suplementar.

Outra decisão do STJ estabelecendo critérios para recusa de cooperação estabelece que a mera falta de junção dos documentos *não é suficiente, unicamente, para o juiz formar sua convicção pela existência do dolo*. Assim, o incumprimento pode ter resultado de mera negligência ou descuido. Estabelece, ainda, que para ocorrer a inversão a conduta da ré tem que tornar impossível ao autor a produção da prova dos documentos que forem recusados. Atentando que, pra o caso analisado, as cópias pretendidas poderiam ser requisitadas à instituição bancária competente¹⁰⁶.

Portanto, apesar de tal artigo ser imprescindível para concretização de um modelo cooperativo de processo, ele não é capaz de tutelar o direito à prova da parte que se depara com uma prova diabólica ou difícil, sendo as regras estáticas consagradas em Portugal incapazes de garantir, in concreto, a tutela jurídica efetiva, a justa composição do litígio e a igualdade material.

Maria dos Prazeres Beleza, apesar de reconhecer a insuficiência dos critérios fixos, acredita que o sistema probatório português não dá suporte a uma jurisprudência, que sem

¹⁰⁴ No campo de estudo realizado pelo presente trabalho a análise da teoria da carga dinâmica somente foi referida durante as sessões de mestrado do prof. Sr. Dr. Miguel Mesquita e em dois artigos onde analisam a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica em Portugal, onde ambos concluem pela impossibilidade de aplicação da teoria em Portugal (BELEZA, 2012 p. 2; FERNANDES, 2013, p. 814).

¹⁰⁵ Ac. 06S3210 do STJ, Rel.: Pinto Hespanhol, julgado em 01/03/07, disponível em: www.dgsi.pt, acesso em 10/08/13.

¹⁰⁶ Ac. do STJ 08S149, Rel.: Sousa Peixoto, julgado em: 17/04/2008, disponível em: <http://www.dgsi.pt>, acesso em: 10/08/13.

texto legal expresso, possa inverter o ónus da prova, por razões de facilidade/dificuldade como propõe a teoria da carga dinâmica (BELEZA, 2012, p. 2).

Apesar de defendermos que a melhor solução é a expressa codificação da teoria, acreditamos que o juiz, data vênua tal posicionamento, por meio da aplicação do dever de auxílio (MITIDIERO, 2007b, p.93), deve dinamizar o ónus da prova com o fulcro de concretizar o princípio da cooperação e garantir uma decisão justa e efetiva da lide.

É que com o fortalecimento de um processo democrático, amplia-se a participação das partes na busca de uma tutela mais efetiva, apoiada nos alicerces da cooperação e do contraditório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ciência processual é uma atividade humana assaz dinâmica, que se encontra em um processo de constante aperfeiçoamento. Por isso, a ciência não pode ficar imune às novas conquistas e aos novos ares que surgem por meio da doutrina mais abalizada, sob pena, de renunciar a si própria.

A palavra de fé no desenvolvimento do processo é, pois, a confiança de que as respostas ainda não encontradas poderão ser alcançadas por meio da reflexão das construções doutrinárias legadas pelo passado e no seu repensar no presente, para que os resultados obtidos possam ser relevantes e postos à disposição da ciência do processo.

Dessa forma, imbuídos desse espírito crítico e inovador é que ao analisar as considerações e premissas elaboradas na presente dissertação tivemos a pretensão de demonstrar a insuficiência e os perigos da defesa do liberalismo processual (modelo dispositivo), bem como da socialização do processo (modelo inquisitivo), buscando o delineamento de uma perspectiva democrática, participativa e cooperativa do processo.

No que concerne ao modelo dispositivo, trabalhado no primeiro capítulo, conclui-se que o mesmo foi estruturado com o fulcro principal de conter os arbítrios estatais patentes no Estado Absoluto, visto que no contexto em que foi elaborado era justificável, já que exercia uma função essencial ao processo civil de garantir os direitos das partes.

Ocorre que, o temor do poder judicial nutrido pelo período liberal não encontra mais espaço hodiernamente, tal visão excessivamente libertária, quase caricatural, não pode mais sobreviver na dinâmica realidade da moderna processualística, pois, com a própria experiência prática, o modelo dispositivo revelou suas falhas, já que o seu funcionamento dava margem à chicana das partes, ao uso de instrumentos procrastinatórios demasiados que tornam o processo pouco célere e com excessivos custos.

Portanto, a ausência de um controle judicial sobre a atuação abusiva das partes implicava em uma prestação jurisdicional débil e que não se coadunava com uma justiça material. Daí resulta que o perfil de um julgador inerte e estático modelado pela perspectiva liberal que buscava petrificar a atuação judicial visando à proteção de sua imparcialidade acabou por ter um efeito reverso, pois a contenção judicial na condução do processo acabava por revelar sua parcialidade por não tutelar de forma efetiva e justa os direitos das partes.

Concluimos assim que o modelo adversarial não consegue distribuir os poderes entre os sujeitos processuais de forma equilibrada, concentrando todo o protagonismo do

processo nas partes, e defendendo um perfil de um juiz desinteressado com o processo, conformado com as deficiências fatuais e instrutórias que não controla em nenhum momento o andamento e o impulso do processo.

No entanto, é preciso deixar assente que a preocupação inerente aos defensores de um modelo dispositivo não pode ser meramente excluída do debate, resulta imperioso extrair de tal modelo a preocupação com a proteção das garantias das partes, com a imparcialidade do juiz e com a segurança jurídica, já que como bem assevera Rolf Stürner (pud DEL CLARO, 2009 p.17) o moderno processo civil “deve muito ao liberalismo, se não tudo”.

De tal forma que, o modelo cooperativo buscará proteger tais intentos, no entanto sem descurar de garantir a figura de um *juiz proativo protetor dos direitos fundamentais, que se preocupa com uma justa composição do litígio*. O juiz será, nesta senda, o peso necessário, para que se encontre o equilíbrio óptimo entre as partes em conflito.

Ele irá balancear o conflito pesando para o prato da balança mais leve (parte hipossuficiente, mal defendida), com o fito primordial de assegurar a paridade de condições, suprimindo as necessidades de tal parte no exercício dos seus meios de defesa.

Já no que se refere ao segundo capítulo curial assentar que o modelo inquisitivo foi uma importante fase de evolução do processo. De tal forma que os contributos dados pelos doutrinadores publicistas foram essenciais para superar uma visão privatista do processo.

Ocorre que, como natural de uma doutrina de contraposição o modelo inquisitivo revela, muitas vezes, uma posição extremada que coloca na extrema oposição os poderes de condução do processo não mãos do juiz, levando mais uma vez a uma distribuição inadequada e desequilibrada dos poderes.

Destarte, tal concepção não pode mais prosperar em face do atual Estado Democrático de Direito, que impõe novos ares culturais, econômicos políticos e sociais.

É preciso reconhecer o contributo dado no campo legislativo por Franz Klein ao editar o código austríaco que iria a influenciar vários códigos europeus, e no campo doutrinário por Bulow ao publicizar definitivamente a relação jurídica foram essenciais para a formação de uma teoria publicista no processo.

Ocorre que, tal modelo diametralmente oposto ao dispositivo, irá apresentar suas degenerações. De modo que, é fato que tais modelos opostos de articulação dos poderes entre as partes o juiz logo se mostraram insuficientes e defasados.

No entanto, muitos conceitos e concepções desses modelos serão utilizados no modelo de processo a ser defendido no terceiro capítulo.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de impor uma nova forma de enxergar a lógica do processo que visa encontrar um ponto ótimo de equilíbrio ao cortar excessos e revisitar institutos e conceitos à luz de um viés cooperativo e uma concepção democrática do processo, fazendo com que os pontos positivos dos modelos dispositivos e inquisitivos sejam aproveitados e se forme um modelo integrador que seja mais apto à justa composição do litígio.

Nesse campo, Portugal possui uma legislação paradigmática a respeito do tema, porque de forma inovadora consagrou o princípio da cooperação em seu ordenamento na reforma de 95/96, bem como uma doutrina de excelência que bem tratou sobre tal princípio.

No entanto, acreditamos que o NCPC português poderia ter dados passos mais largos na concretização do modelo cooperativo de processo, devendo receber a influência da nova tendência doutrinária que caminha no sentido da gestão material e da cooperação como acontece na Alemanha.

Por isso, a doutrina portuguesa e alemã foram analisadas com o escopo de darem um contributo ao ordenamento Brasileiro, que pretende consagrar expressamente o princípio da cooperação no projeto de NCPC que está em tramitação.

Apesar da adoção desse modelo no Brasil já ser vislumbrada, de forma tímida pela doutrina e pela jurisprudência e por legislações infraconstitucionais, ela se encontra plenamente fundamenta na Constituição Federal do Brasil, por meio da extração do princípio da cooperação dos diversos princípios por ela consagrados: democracia participativa, contraditório, igualdade, devido processo legal, boa-fé.

Vale ressaltar que o modelo cooperativo de processo aqui estudado tem como escopo primordial a justa composição do litígio, bem como pretende transformar o ambiente processual em uma verdade comunidade de trabalho, onde há uma real repartição de responsabilidades e deveres entre os sujeitos processuais.

A presente dissertação analisou o modelo cooperativo sob a ótica dos deveres extraídos da cooperação que pesam sob a cabeça do magistrado, sendo eles: o dever de

esclarecimento, o dever de prevenção, o dever de consulta e o dever de auxílio.

Portanto, para concretização de um modelo cooperativo de processo faz-se necessária a esmerada observação de tais deveres extraídos da máxima da cooperação durante todo o arco processual.

O dever de esclarecimento é um dever recíproco do tribunal perante as partes e destas perante aquele órgão que visa evitar que o juiz decida com base em uma informação lacunosa ou débil, privilegiando sempre a busca da verdade, a legitimidade da decisão judicial e o contraditório cooperativo. Assim a consagração de tal dever é essencial para que o ambiente processual cooperativo seja realmente efetivado, como ocorre em Alemanha e Portugal e de forma mais tímida no Brasil.

Já o dever de prevenção é um dever do tribunal perante as partes com nítido caráter assistencial. O julgador deve no exercício de tal dever prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências de suas alegações. O maior expoente do dever de prevenção no ordenamento português é o convite ao aperfeiçoamento que permite ao juiz convidar as partes para que possam complementar os seus articulados insuficientes. Já no ordenamento brasileiro é o instituto da emenda a petição inicial.

Ocorre que tais previsões encontram óbices de natureza formal (excesso de preclusão, regras de eventualidade) que impedem que a cooperação e a gestão material contribuam com todas as suas potencialidades na composição útil e justa do litígio, tal como ocorre no modelo alemão.

No que se refere ao dever de auxílio na esfera probatória deve-se utilizar a regra de julgamento com base no ônus da prova como uma *ultima ratio*, já que como se sabe tal convencimento judicial tem um caráter tipicamente fictício que não garante que a decisão seja justa e condizente com a verdade. De tal forma que defende-se a aplicação da teoria da carga dinâmica como um instrumento de que vela pela igualdade e pela justa composição do litígio.

Nessa senda, o Brasil se encontra bem mais evoluído, visto que, já tem forte corrente jurisprudencial e doutrinária que defendem a aplicação de tal teoria, bem como o projeto de NCPC consagra a teoria da carga dinâmica. Apesar da pouca repercussão da teoria em terras lusitanas, acreditamos que por meio de uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais e do dever de auxílio, seja possível a defesa da aplicação da teoria em Portugal.

Por fim, o último dever extraído da cooperação é o de diálogo. É por meio dele que se redimensiona o contraditório no arco processual. Assim, o dever de consulta ou

diálogo impõe um ambiente processual dialogal, em que a decisão é formada por meio de feixe de comunicações entre os sujeitos processuais, evitando, assim, as decisões surpresas, desconcertantes ou por emboscada, e viabilizando o aprimoramento da decisão de primeiro grau, e conseqüentemente, diminuindo os recursos e privilegiando a economia processual.

Destarte, conclui-se que o modelo processual cooperativo é o que mais se coaduna com os países que estão sob a égide de um Estado Democrático de Direito, a exemplo de Brasil e Portugal e que tais países ainda precisam dar saltos qualitativos na concretização de um modelo cooperativo de processo, a exemplo do modelo alemão.

REFERENCIAS

ACIERNO, Maria; BARRECA, Luciana. *A Margine di un confronto tra giudici europei i poteri del giudice e delle parti*. *Questione giustizia* n. 1, 2006.

ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez Suzaña; PICÓ, Joan. Et al. *Constitucionalización del Proceso Civil* - 1era Ed.— Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005.

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. 3º edição – Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

AROCA, Juan Montero, *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*, en *Montero Aroca, Juan (coordinador), Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

AROCA, Juan Montero, *La Prueba en el Proceso Civil*. Séptima edición, Pamplona, 2012.

AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil*. València: Tirant lo Blanch, 2001.

ASSIS, Araken. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. *Revista Eletrônica Processos Coletivos*. Porto Alegre, vol. 4 n. 3. 2010. Disponível em: <<http://www.procesoscoletivos.net/>> Acesso em: 11 de março de 2013.

AVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos principios: de definição à aplicação dos principios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BACKER, Inge Lorange. *The Norwegian Reform of Civil Procedure*. Halvard H. Fredriksen: Ed; 2005, Disponível em: <[http://www.domstol.no/upload/DA/Internett/domstol.no/Aktu elt/Backer.pdf](http://www.domstol.no/upload/DA/Internett/domstol.no/Aktu%20elt/Backer.pdf)> Acesso em: 11 de março de 2013.

BAPTISTA, Pereira, *Reforma do Processo Civil/Princípios Fundamentais*. Lisboa: Lex, 1997.

BARBERIO, Sergio José. *Cargas probatorias dinámicas: ¿qué debe probar el que no puede probar?* In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. O princípio dispositivo em sentido formal e material. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, I, n. 2, ago. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5260> Acesso em abr. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 29 de jan. de 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo: RT, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BELEZA, Maria dos Prazeres. *O ativismo judiciário em matéria probatória e a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova*. 2012. Disponível em: [https:// docs.google](https://docs.google.com), acesso em: 23/06/13.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: El Foro, 2003.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O dever de Cooperação no processo civil*. Revista de Processo, vol. 198, 2011.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Fin social del proceso y la importancia de los hechos*. In: MORELLO, Augusto Mario (director). *Los hechos en el proceso civil* Buenos Aires: La Lev, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *O Princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 3, fevereiro / 2009.

BRASIL, Código de Processo Civil. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm,

BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de *Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf> > Acesso em: Disponível em: 12 de jun. de 2013.

BRITO, Rita. *Colectânea de Decisões e Práticas Judiciais ao Abrigo do Regime Processual Civil Experimental*. Coimbra: Edit. Coimbra, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antônio 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 deve e a boa fé processual objetiva*. Revista de Processos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 126, ago. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1961 vol. 1. Biblioteca Digital. Disponível em: [http://190.147.213.68:8080/HOMEPAGE/DOCTRINA/DOCTRINA_CLASICA/D_PROCESAL_CIVIL\(Piero_Calamandrei\)/C_GENERAL.pdf](http://190.147.213.68:8080/HOMEPAGE/DOCTRINA/DOCTRINA_CLASICA/D_PROCESAL_CIVIL(Piero_Calamandrei)/C_GENERAL.pdf), aceso em: 01 de jun. de 2013.

CALAMANDREI, Piero. Processo e democraciza. *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1956.

CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia. *Princípio da Cooperação*. Uma perspectiva heraclitana no processo civil. In: questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais. Coordenador Leonardo Carneiro da Cunha. Belo horizonte: Fórum, 2012.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Almedina, 7. Ed., 2003.

CANOTILHO, Joaquim, Gomes. Estudos sobre os direitos fundamentais, Coimbra Editora, 2004.

CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza, *Poderes do Juiz e princípio do Contraditório*, Revista de Processo, *Revista de Processo (Repro)*: São Paulo. Ano 36, n. 195, maio/2011.

CAPELO, Maria José. *A tipicidade legal das formas de processo: fim à vista?* In: I Jornadas de Direito Processual Civil, Valpaços, 2011. Disponível em: <https://sites.google.com/site/ippcivil/home>, Acesso em: 02/07/2013

CAPELO, Maria José; MESQUITA, Luís Miguel A.; DA SILVA, Lucinda Dias; CAMPOS, Diogo Duarte. Coord.: Jorge S. Monteiro. *Breves contributos para a reforma dos recursos cíveis*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra; 2005. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/mestres-m-jose-capelo/downloadFile/file/MJC-MM-LDS-DDC.pdf?nocache=1210672118.55>, acesso em: 05 de abr. de 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado, Las Grandes Tendencias Evolutivas*, Tradução de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEJA, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil*. Buenos Aires: Oteiza, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. vol. I e II. Milano: Giuffrè, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. vol. 1. Buenos Aires: Ejea, 1952.

CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio, certezza in Rivista di diritto processuale*. Vol. XX (II Série), Padova: CEDAM, 1965.

CARPES, Artur Thompsen. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Formalismo-*

Valorativo. Revista da Ajuris. Porto Alegre: s/ed., 2006.

CHIARLONI, Sergio. *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*. Revista Trimestrale de diritto e procedura civile. Milano: Dott.A. Giuffrè, marzo/2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: RT, 2012.

CONSTANTINO, Roberta. *Principio del contraddittorio e decisioni della "terza via"*. Contabilita-pubblica.it, 2011. Disponível em: <<http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio11/Dottrina/Costantino.pdf>>. Acesso em 09 de jun. de 2013.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*. Coimbra: Almedina, 2006.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal*. 2. ed. Buenos Aires: De Palma, 1978.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O processo civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo. Vol. 209, 2012.

DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986.

DEL CLARO, Roberto. *Direção Material do processo*. Tese de Doutorado da USP, 2009, Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-163744/pt-br.php>,> Acesso em: 23 de jun. de 2013.

DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. *Atuação do Juiz na condução do processo civil no Estado Constitucional*. In: *O processo civil no Estado Constitucional*, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, Editora Jus Podium, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Português*, Ed. Wolters Kluwer, 2010.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Rio de Janeiro: Malheiros: Editores, 2003.

ECHANDIA, Devis. *Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1968.

FARO, Maria João Souza. *Audiência Prévia. Texto de suporte da comunicação proferida*, em 19 de abril de 2013, nas Jornadas de Processo Civil, organizadas pelo CEJ, no âmbito do Curso de Especialização sobre Temas de Direito Civil. Disponível em: http://el.earning.cej.mj.pt/mod/re_sour_ce/view.php?inpopup=true&id=4683, acesso em: 22/07/2013.

FERNANDES, Elizabeth. *A prova difícil ou impossível (a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade)*. Artigo cedido pela autora no prelo para Revista Julgar de Setembro de 2013.

FREITAS, José Lebre de, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra: Editora Almedina, 2002.

FREITAS, José Lebre de. *A Acção Declarativa Comum – À Luz do Código Revisto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais*. 2º edição. Coimbra: Almedina, 2009.

FREITAS, José Lebre de; MACHADO António Montalvão; e PINTO, Rui *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. *O contraditório, as partes e o juiz*. Ano 32, n. 148, jun. 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GERALDES, António Santos Abrantes. *A audiência prévia* (Palestra realizada no dia 23 de maio de 2013 em comemoração ao Dia do Advogado) Disponível em: <www.justiça.tv> acesso em: 10 de jun. de 2013.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 1999.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. vol. II Coimbra: Almedina, 2006.

GILES, Peter. *Civil Justice Systems and Civil Procedures in Conversion. Main problems and fundamental reform movements in Europe – a comparative view*. Revista de Processo. Ano 34. N.173. jul./2009.

GILES, Peter. *On Deconstruction of the Truth-Postulate by the Mainstream German Doctrine of Civil Procedure*. In: Public and private Justice, Truth and Efficiency in Civil Proceedings, 2011. Disponível em: <http://alanuzelac.from.hr/iuc/course2011/PPJ%20course%20materials%202011.pdf>> acesso em: 09 de mar. de 2013.

GOUVEIA, Luciano Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: Revista Dialética do Processo Civil, Número 6, 2006.

GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. Revista de Processo. vol. 172. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009.

GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na ação declarativa*. Lisboa: Associação sindical dos juízes portugueses, Julgar. n. 1, 2007.

GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro. CARVALHO, Jorge Morais; PINTO-FERREIRA, João P.; DIAS, Lucinda; GUERRA, Patrícia. *Justiça*

Económica em Portugal. O sistema Judiciário. Estudo encomendado pela Associação Comercial de Lisboa à Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El principio de congruência frente al principio dispositivo.* n.152, Revista de Processo, (Repro). 2007.

GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e le questioni tilevabili dúfficio,* Revista do Processo, n. 186, 2010.

GRASSI, Lúcio. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real.* In: Revista Dialética do Processo Civil, Número 6, 2006.

GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile.* Rivista di Diritto Processuale. vol. 21. p. 609. Padova, 1966.

GRAZIOLI, Chiara. *La terza via e il giudice programmato: spunti sistemicit.* 2008. Disponível em: <www.judicium.it> Acesso em: 10 de mai. de 2013.

GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do código de 1973 ao novo Código Civil.* In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama (org.). Direito processual e garantias fundamentais. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo* Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14 - p. 9-68, abril / 2002 Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1/2>> Acesso em: 2 maio 2012

GRECO, Leonardo. *O princípio do Contraditório.* Revista Dialética de Direito Processual, nº24, 2005.

GRECO, Leonardo. *Publicismo e Privatismo no processo civil.* Revista de Processo. São Paulo: nº 164, p.30/50, out 2008.

GREGGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual.* Revista do Processo. Vol. 206, 2012.

HAAS, Ulrich. *The Relationship between the judge and the parties under German law.* In: *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway.* Edit by: Volker Lipp and Halvard Haukeland Fredruksen, Mohr Siebeck, 2011.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOFFMANN, Eduardo; CAMBI, Eduardo. *Caráter probatória da conduta (processual das partes.* Revista do Processo. Vol. 201, 2011.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil.* São Paulo: Almedina, 2002.

JOLOWICZ, J. A. *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure.* International and Comparative Law Quarterly, 52, 2003.

JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

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

JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Lisboa: Julgar, n°3, 2007.

JUNOY, Joan Picó. La Iniciativa Probatoria del juez civil: um debate mal planteado. *Revista Oficial del Poder Judicial*. vol. 2. n. 1. 2007. Disponível em: < <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a687350043eb7ba0a7c3e74684c6236a/18.+Doctrina+Internacional+-+Juristas+Joan+Pic%C3%B3+I+Junoy.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a687350043eb7ba0a7c3e74684c6236a>>, Acesso em: 10 de mar de 2013.

KESSLER, Amalia D., *Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial*. Cornell Law Review, Vol. 90, July 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=630613>, p.2

KNIJNIK, Danilo. *As perigosíssimas doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação do senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica*. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. A importância da colaboração das partes. In: *Regime Processual civil experimental*. Simplificação e Gestão Processual, Editora CEJUR, 2008.

LEITÃO, Helder Martins. *Dos princípios básicos em processo civil*. Rio de Janeiro: E.L.C.L.A, 1999.

LIRA, Daniel Ferreira; CARVALHO, Dimitri Braga Soares de; QUEIROZ, Pedro Ivo Leite. *Aspectos teóricos e práticos do princípio da cooperação no processo civil brasileiro*. Jus Naviganti – Revista eletrônica, Teresina, ano 17, n. 3315, 29 jul. 2012 Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22268/aspectos-teoricos-e-praticos-do-principio-da-cooperacao-no-processo-civil-brasileiro>, Acesso em: 03 de abr. de 2013.

LISBOA, Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Ministério Público. *Código de Processo de Trabalho*. 2009. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=487&tabela=leis> Acesso em; 17 de jul. de 2013

LOPES, João Batista. *Os Poderes do Juiz e o aprimoramento da Prestação Jurisdicional*. *Revista do Processo*. 1994.

LOPES, Luciana Losada Albuquerque. O Ônus de afirmar e a formação de um processo justo. 2009. Tese de Doutorado, Universidade Gama Filho. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp128501.pdf> Acesso em: 06 de jun. de 2013.

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

MACHADO, Antonio Montalvão. *O dispositivo e os poderes do Tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Teoria geral do processo*. vol. 1 São Paulo: Ed. RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MATOS, José Igreja. *Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual*, Coimbra: Editora, 2010.

MAXLAND, Henry Jonh. Recent developments in the relationship between judge and parties in Norwegian Courts. In: *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*. Edit by Volker Lipp and Halvard Haukeland Fredruksen, Mohr Siebeck, 2011.

MENDES, Paula. *Código de Processo Civil*, 26º ed. Coimbra: editora Almedina, 2013.

MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português, em Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MENDONÇA, Luís Correia de. *O vírus autoritário. Julgar*, n. 1. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2007.

MESQUITA, Luís Miguel Andrade. *Código de Processo Civil*. 10º edição, 2011.

MESQUITA, Luís Miguel Andrade. Em Audiência parlamentar no âmbito da apreciação na especialidade da Proposta de Lei n.º 113/XII/2.ª (GOV) - "Aprova o Código de Processo Civil", proferia no dia 26/02/2013. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudiencia.aspx?BID=94628>> acesso em: 03 de ago. de 2013.

MILMAN, Fábio. *Improbidade processual: comportamento das partes e seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3º ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo. Tese de Doutorado, UFRS, 2007b. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221?show=full>> acesso em: 12 de jan. de 2013.

MITIDIERO, Daniel. *A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar* (art. 285-A), CPC: resposta à crítica de José Tesheiner. *Revista de Processo*, ano 32, n. 144, fev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck*. *Revista de Processo*. Vol. 194. 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Justo, Colaboração e ônus da prova*. Rev. TST, Brasília, vol. 78, nº 1, jan/mar 2012.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESANO, Luigi. *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, Rivista di Diritto Processuale n. 55, 2000.

MOORHEAD, Richard Lewis, *The Passive Arbiter: Litigants in Person and the Challenge to Neutrality*, January 16, 2006). Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=892327> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.892327>> acesso em: 04 de mar. de 2013.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista Brasileira Direito Processual, Uberaba: vol.49, 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A participação do juiz no processo*. In: Temas de Direito Processual. 4º série. Rio de Janeiro. Editora: Saraiva, 1989d.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Constitucionalização do processo no direito brasileiro*. In: Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. São Paulo Malheiros, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. Revista de processo, vol. 116, Editora RT, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Duelo e Processo*. Revista de Processo, vol. 112, out/2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *El neoprivatismo en el proceso civil, en Montero Aroca, Juan (coordinador), Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual Civil – 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La igualdad de las partes en el proceso civil. Temas de direito processual*. 4.ª série, nota 6. São Paulo: Saraiva: 1989c.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. Temas de direito processual (Terceira série). Rio de Janeiro: Saraiva, 1984a.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes*. Temas de direito processual civil – 4.^a série. São Paulo: Saraiva, 1989a.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil – 4.^a série*. São Paulo: Saraiva, 1989b.

NETO, Abílio Código de Processo Civil Anotado. 23^o edição. Coimbra: Editora: Ediforum, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil, *Pucminas*, 2008. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf Acesso em: 19 de fev. de 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A garantia do contraditório*. In: TUCCI, José Rogério Cruz (coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo - REPRO* 137. São Paulo, Julho de 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. *Academia brasileira de Direito Processual Civil*, 2011. Disponível em: <[www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 09 de jan. de 2013

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. São Paulo: RT, 2012.

PARISI, Francesco. *Rent-Seeking Through Litigation: Adversarial and Inquisitorial Systems Compared*. *International Review of Law and Economics*, vol. 22, No. 2, 2002.

PEIXOTO, Ravi. *Rumo à construção de um processo cooperativo*. *Revista de processo*. Ano.38, maio/2013.

PEYRANO, Jorge W. *La prueba difícil*, *Civil Procedure Revue*, v.2, n. 1:86.96, 2011, disponível em: www.civilprocedurereview.com> acesso em 11 de mar. de 2013.

PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

PIMENTA, Paulo. *A fase do saneamento do processo antes e após a vigência do novo código de processo civil*. Coimbra: Almedina, 2003.

PIMENTA, Paulo. *Os temas da prova. Texto base da palestra realizada na Universidade Nova Lisboa*, no dia 23 de maio de 2013 sobre “os temas de prova”. Disponível em:

<http://ele.arning.cej.mj.pt/mod/resource/view.php?inpopup=3true&id=4285>, acesso em: 21/07/2013.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda. Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt>, acesso em: 10/07/2012.

RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra De Falco, 2006. Disponível em: <www.kas.de>. Acesso em: 23 de mar. de 2013.

RAMALHEIRA, Diogo Lemos. *O princípio da proibição das decisões surpresa – contributo para a sua (re)compreensão no Direito Processual Civil Português*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 2011.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGLG 1973/5)*. Coimbra: Almedina, 2004.

RHEE, C.H. van, Dutch Civil Procedural Law in an International Context, in: M. Deguchi, M. Storme (ed.), *The reception and transmission of civil procedural law in the global society. Legislative and Legal Educational Assistance to Other Countries in Procedural Law*, Antwerpen/Apeldoorn, 2008, p. 191-212. Disponível em: <<http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=14846>> Acesso em: 11 de mar. de 2013.

RIBEIRO, Maria Tereza melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. São Paulo: Almedina, 1996.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Nº 131, jul/set. 1996.

ROSA, André Vicente Pires. *Igualdade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, tradução de Ernesto Krotoschin, 3º ed., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas da Europa, 1956.

SANTOS, Igor Raatz dos. *Processo, Igualdade e Colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil*. *Revista de Processo* nº 192. São Paulo: RT, fev. 2011.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória*. Revista Jurídica, ano 58, n.366, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

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.

SOMMAGGIO, Paolo. *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica, prime riflessioni per una teoria radicale*. *Diritto Questioni pubbliche D&Q*, n. 7 / 2007.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apreciação de alguns aspectos da revisão do processo civil - Projecto*. 1993. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7B1f4872ce-7b18-4a56-b709-fb8d028681d2%7D.pdf>> Acesso em: 11 de mar. de 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2º ed. Lisboa: Editora: Lex, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*. 2º ed. Editora: Lex, Lisboa, 2000.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?* In: *Novos Rumos da Justiça Cível. Conferência Internacional*. Coimbra Editora, 2008.

SOUZA, Ana Pereira de. *O princípio da igualdade e a discriminação positiva em razão da gravidez e da maternidade no contexto comunitário*. *JusJornal*, N.º 1508, 19 de Julho de 2012, p.2.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. *Revista de Processo*, Ano 35, n. 183, 2010.

SPRUNG, Rainer. *Os fundamentos do direito processual civil austríaco*. *Revista de processo*, São Paulo, ano V, n. 17, jan./mar. 1980.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.37.

STUMPF, Livia Troglia. *O princípio da colaboração na execução*. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº106, jan/2012.

SUPPONEN, Ritva. *New procedural management in Finland*. In: *Novos Rumos da Justiça Cível. Conferência Internacional*. Coimbra Editora, 2008,

TARUFFO, Michele. *Ciencia y proceso*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2009.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: O Mulino, 1980.

TARUFFO, Michele. *La prueba. Artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009b.

TARUFFO, Michele. La verità del processo. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LXVI, Dez-2012.

TARUFFO, Michele. *Narrazioni processuali*. *Revista do Processo*. São Paulo nº 155, 2008.

TARUFFO, Michele. *Poderes Probatorios de las partes e del Juez en Europa La prueba*. In: *La prueba*. Artículos y conferencias. Santiago: Editorial Metropolitana, Madrid 2009c.

TARUFFO, Michele. *Presunzioni, inversion, prova del fatto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano XLVI. Milano: Giuffrè editore, 1992.

TARUFFO, Michele. *Processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979.

TARUFFO, Michele. *El proceso civil de “civil law”: aspectos fundamentales*. In: *La prueba*. Artículos y conferencias. Santiago: Editorial Metropolitana, Madrid, 2009a.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, 2º ed. Espanha: Trotta, 2005.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto, Juiz e Partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação, *Revista dialética de direito processual*, 103, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto, *Processo Justo e Contraditório Dinâmico*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Ano VI, Número 33, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Boa fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz*. *Revista Autônoma de processo*, Curitiba, n. 01, dez 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário e Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. nº 18, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*. *Revista de Processo*, ano 34, n.168, 2009.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito Processual Civil: do antigo ao novo Código*. 2º Ed., Coimbra: Almedina, 2002.

VELLOSO, Alvarado Velloso. *Deberes e faculdades processuais. Los Derechos procesales del abogado frente ao juez*. Delpalma. Buenos Aires, 1982.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O ônus da prova*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília:

Editora Consulex, n. 200, p. 40, mai. 2005.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações a respeito da iniciativa probatória no processo civil brasileiro*. Revista Julgar n° 6, 2008.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Doutorado, 2005.