



UNIVERSIDADE D
COIMBRA



Isabella Fabris

**O PRINCÍPIO DA GESTÃO PROCESSUAL COMO
MECANISMO PARA CONSTRUÇÃO DE UM
PROCESSO CIVIL COOPERATIVO À LUZ DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, área de Ciências Jurídico-Civilísticas, Menção em Direito Processual Civil, orientada pelo Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Dezembro de 2018



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ISABELLA FABRIS

**O PRINCÍPIO DA GESTÃO PROCESSUAL COMO MECANISMO
PARA CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO CIVIL COOPERATIVO À
LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*THE PRINCIPLE OF PROCEDURAL MANAGEMENT AS A MECHANISM
FOR THE CONSTRUCTION OF A COOPERATIVE CIVIL PROCESS IN THE
LIGHT OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) em
Ciências Jurídico-Civilísticas, Menção em Direito
Processual Civil, sob a orientação da Professor Doutor
Luís Miguel de Andrade Mesquita

Coimbra

2018

Dedico este meu trabalho
aos meus pais pelo suporte e amor constantes e incondicionais
à minha irmã pelo incentivo e confiança.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me permitir esta experiência e por todas as bênçãos recebidas.

Ao meu pai, José Domingos, e à minha mãe, Sônia, por todo o amor e suporte incondicionais que me permitiram vencer mais esta etapa.

À minha irmã, Giovanna, pelo amor, presença e por sempre acreditar em mim.

Ao Cornélio, pelas despreziosas palavras que tanto contribuíram para minha decisão de fazer o mestrado em Portugal.

Ao meu orientador, Professor Doutor Luís Miguel Mesquita, pela inspiração, ensinamentos e palavras de incentivo.

À minha querida amiga Natália, pela amizade em todos os momentos.

Aos amigos que tornaram minhas jornadas de estudo na biblioteca muito mais leves.

“A palavra é o instrumento irresistível da conquista da liberdade.”

Rui Barbosa

FABRIS, Isabella. **O princípio da gestão processual como mecanismo para construção de um processo civil cooperativo à luz do estado democrático de direito.** 89 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

RESUMO

A ascensão do papel das Constituições dentro das ordens jurídicas contemporâneas contribuiu para a transformação do processo civil, que perdeu, em parte, seu caráter instrumental para a resolução de conflitos, para tornar-se, também, um espaço de exercício da democracia participativa. A crítica hermenêutica do direito, inspirada na Escola Mineira de Processo, norteou as reflexões promovidas no âmbito deste trabalho que, em última análise, pretendeu questionar o papel do processo civil nos Estados democráticos e, em especial, o papel dos magistrados nessa nova perspectiva. O paradigma utilizado para avaliar o papel dos magistrados no processo contemporâneo foi a “gestão processual”, poder-dever consagrado na legislação processual portuguesa. Concluiu-se que a realidade dos Estados Constitucionais Democráticos é compatível com o modelo de atuação judicial que se pretende pela positivação dos deveres de gestão processual, desde que seja efetivada sobre bases democráticas, de forma a assegurar o respeito às garantias processuais constitucionais e o pleno exercício da cidadania, pela participação.

Palavras-chave: Gestão processual; Processo cooperativo; Processo democrático; Participação.

ABSTRACT

The rise of the Constitutions' role within contemporary legal systems has contributed to the transformation of the civil process, which has partly lost its instrumental character of conflicts resolution to become also a space for the exercise of participatory democracy. The hermeneutic critique of law, inspired by the Escola Mineira de Processo, guided the reflections promoted in this work, which sought to question the role of civil process in democratic states, especially the role of magistrates in this new perspective. The paradigm used to evaluate the role of magistrates in the contemporary process was the “procedural management”, a power-duty enshrined in Portuguese procedural law. It was concluded that the reality of the Democratic Constitutional States is compatible with the model of judicial action that is intended by the affirmation of the duties of procedural management, provided that it is carried out on a democratic basis, ensuring the compliance with constitutional procedural guarantees and the full exercise of citizenship, through co-participation.

Keywords: Process management; Cooperative process; Democratic process; Co-participation.

LISTA DE SIGLAS

CPC/13: Código de Processo Civil Português de 2013

CPC/95: Código de Processo Civil Português de 1995

CPC: Código de Processo Civil

CPC-P: Código de Processo Civil Português

NCPC: Novo Código de Processo Civil Brasileiro 2015

ZPO: Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil alemão)

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| CAPÍTULO 1 – PROCESSO E TUTELA JURISDICIONAL | 11 |
| 1.1 Considerações iniciais | 11 |
| 1.2 Teoria do processo como contrato | 14 |
| 1.3 Teoria do processo como quase-contrato..... | 15 |
| 1.4 Teoria do processo como relação jurídica | 16 |
| 1.5 Teoria do processo como instituição | 22 |
| 1.6 Teoria do processo como procedimento em contraditório..... | 23 |
| 1.7 Teoria constitucionalista do processo | 25 |
| 1.8 o modelo democrático de processo e a teoria neo-institucionalista..... | 29 |
| 1.8.1 Breve teorização da democracia | 29 |
| 1.8.2 A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas | 31 |
| 1.8.3 Teoria neo-institucionalista..... | 34 |
| CAPITULO 2 – O PRINCÍPIO DA GESTÃO PROCESSUAL | 40 |
| 2. 1 Considerações iniciais..... | 40 |
| 2.2 Origem, conceito e objetivos | 43 |
| 2.3 Gestão processual formal..... | 48 |
| 2.4 Gestão material | 50 |
| 2.5 Gestão processual <i>versus</i> negociação processual | 57 |
| CAPÍTULO 3 – O PRINCÍPIO DA GESTÃO PROCESSUAL PARA A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO COOPERATIVO NA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA | 61 |
| 3.1 Considerações iniciais..... | 61 |
| 3.2 A cooperação como modelo processual e como princípio | 64 |
| 3.2.1 A cooperação como princípio jurídico..... | 64 |
| 3.2.2 O modelo cooperativo de processo | 69 |
| 3.2.2.1 Processo cooperativo em Portugal | 73 |
| 3.2.2.2 Processo cooperativo no Brasil | 75 |
| 3.3 Gestão processual na construção do processo cooperativo | 77 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 82 |
| REFERÊNCIAS | 84 |

INTRODUÇÃO

O direito processual civil é produto cultural e, portanto, reflete, inevitavelmente, aspectos e valores de uma sociedade. Dessa forma, o papel do Estado, em dado momento histórico, projeta-se, também, nas concepções de justiça que, por consequência, influenciam “a escolha das soluções processuais”¹.

Modificações ocorridas no âmbito do Estado, assim como a ascensão do papel das Constituições dentro das ordens jurídicas, contribuíram para a transformação do processo civil, que perdeu, em parte, seu caráter instrumental para a resolução de conflitos, para tornar-se, também, um espaço de exercício da democracia participativa.

A Teoria do Direito Processual, a partir dos influxos da modernidade, ganhou novos contornos. Exemplo categórico dessa nova perspectiva é a noção de jurisdição, que se afasta de uma visão privatista para consolidar-se como monopólio do Estado². Embora a constatação pareça óbvia, Streck, Oliveira e Trindade (2013) ressaltam que essa suposta obviedade “esconde o perigo filosófico de subestimação das obviedades: recalcar a reflexão em um conteúdo dogmático, não problematizado criticamente”³.

A jurisdição é, em sua origem, a arbitragem “legalmente institucionalizada e praticada” de forma exclusiva pelo Estado. De fato, se desconsideramos toda a principiologia processual assegurada na grande maioria das Constituições modernas, a jurisdição não passa de “mera atividade de julgar”, equiparável aos primórdios históricos da arbitragem, quando o acerto e a sabedoria das decisões eram fundamentados no senso inato de justiça de pretores e árbitro e na “clarividência divinatória dos sacerdotes”⁴.

A noção de *processo* despontou, inicialmente, como mero exercício da jurisdição pelo Estado. Essa premissa fundamentou, inclusive, a conhecida Escola Instrumentalista, para a qual a jurisdição ensejou a criação do processo⁵. A referida escola preconizou, inclusive, o deslocamento do centro da teoria processual da *ação* para a *jurisdição*, evidenciando, assim, a importância de se assegurar as condições para o exercício do contraditório e para a efetiva

¹ SCALABRIN, Felipe; RAATZ, Igor. O Processo Civil no Estado Democrático de Direito na superação do modelo de processo do estado liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático. **Direito Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 14, p.269-296, 2011.

² STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O "cartesianismo processual" em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo. **Nej**, Itajaí, 2013, v. 18, n. 1, p.5.

³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam, ob. cit., p.5.

⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p.49.

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p.51

participação dos interessados no processo. Tudo isso porque a “legitimação do sistema se *daria* pelo procedimento”⁶.

Ocorre que uma teoria processual centrada na jurisdição e direcionada à “realização dos escopos jurídico, social e político” contribui para o aumento do protagonismo judicial que, em última análise, reveste-se de alto teor de subjetividade⁷. É neste ponto que alguns aspectos de ordem jurídico-filosóficos ganham destaque. Autores como Streck, Oliveira e Trindade, por exemplo, chamam a atenção para a forte associação entre a noção de *livre convencimento* e o paradigma “ultrapassado” da filosofia da consciência, que, para os doutrinadores, representa um “fatalismo que não pode ser aceito no âmbito de uma teoria do direito preocupada com a democracia”⁸.

Uma reflexão do tema sobre bases teóricas mais atuais exige-nos ir além dessa conceituação simplista descrita até aqui. Isso porque a ascensão de garantias principiológicas, asseguradas em textos constitucionais, não admite mais um conceito de processo limitado à noção de jurisdição como mera “atividade monopolística de o Estado reconhecer” direitos⁹. Da mesma forma, desvirtua-se de uma percepção democrática um conceito de jurisdição tão vinculado a uma “atividade decisória que se dá na consciência do julgador, e não a uma atividade decisória na linguagem pela linguagem”¹⁰.

A positivação, nos textos constitucionais, de “direitos fundamentais e ideais democráticos” traz à tona questões atinentes aos meios para concretização dessas garantias. É desse contexto que emerge a necessidade de releitura do processo, como vistas a operacionalizar o Estado de Direito Democrático, tal como consta do ordenamento jurídico¹¹.

É certo que em uma sociedade complexa, tal como a com que nos deparamos, o direito processual deve ampliar seus conteúdos. Isso pressupõe, inclusive, a incorporação de “teorias do direito, da teoria da Constituição e da filosofia”¹². Afinal, o direito contemporâneo nos impõe desafios que repousam sobre a “problematização das condições de validade/legitimidade do provimento jurisdicional”¹³.

⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O "cartesianismo processual" em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo. *Nej*, Itajaí, 2013, v. 18, n. 1, p.9.

⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam, ob. cit., p.9.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam, ob. cit., p.10.

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p.50.

¹⁰ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.27.

¹¹ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e Legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 17.

¹² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamen. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 101, p.71.

¹³ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 73, jan. 2013, p.189.

É essa a premissa norteadora deste trabalho: à luz do Estado de Direito Democrático, refletir, a partir das principais teorias processuais descritas, sobre como a atuação do magistrado, no decorrer do procedimento, pode assegurar a validade/legitimidade das decisões.

A gestão processual, princípio consagrado no Código de Processo Civil português, serviu como ponto de partida para a discussão sobre o papel do juiz no processo civil contemporâneo. O ordenamento lusitano foi referência, também, para avaliar a compatibilização daquele poder-dever com o processo cooperativo.

O processo cooperativo mereceu nossa atenção em tópico próprio. Diferentemente dos modelos processuais antecedentes (liberalismo e socialização), o processo cooperativo, por aparta-se da necessidade de estipular protagonistas no procedimento, opta por distribuir, de forma mais equânime, as oportunidades de participação dos interessados, aproximando-se da organização processual que consideramos mais propícia para a consolidação dos ideais democráticos.

Afinal, qual é o papel do juiz no processo cooperativo, inserido na realidade de um estado democrático? É a partir desse prisma que se deve avaliar a gestão processual, sob pena de se legitimar um retorno ao processo social.

É esse o principal questionamento do presente trabalho. No processo cooperativo, instituído sobre bases democráticas, faz-se necessário reconstruir um papel para o magistrado. A gestão processual parece-nos uma opção interessante.

Especialmente quando da fundamentação das bases teóricas de nosso posicionamento, inspiramo-nos em autores integrantes da Escola Mineira de Processo, que fundamenta seus estudos em “críticas e reflexões doutrinárias (...) numa perspectiva plural para a construção da teoria e da dogmática processual no marco do Estado democrático de direito”¹⁴. Isso explica nossa breve incursão na seara jurídico-filosófica, quando da menção às teorias de Habermas. Embora não tenha sido nosso intuito esgotar a análise dessas teorias, consideramos primordial ao menos apresentá-las em suas bases gerais, de forma a permitir uma reflexão mais ampla da evolução do processo.

¹⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais**. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.202.

CAPÍTULO 1: PROCESSO E TUTELA JURISDICIONAL

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Qualquer reflexão que se pretenda fazer a respeito do Processo Civil demanda, preliminarmente, um resgate dos fundamentos do processo. Isso porque, a despeito de sua aparência eminentemente prática – haja vista sua natureza social, nenhum trabalho científico na área do Direito pode esquivar-se de uma análise que considere os valores e fins que os ordenamentos perseguem¹⁵.

Iniciaremos, pois, nossas reflexões pela construção de um arcabouço histórico das teorias do processo, que nos permitirá, mais adiante, uma análise profunda e fundamentada de questões relativas ao Direito Processual – desde seu objetivo até os meios mais adequados para sua melhor efetivação. Com fins de reforçar nosso entendimento sobre o necessário estudo dessas raízes doutrinárias do processo, salientamos trecho da obra de Carreira Alvim¹⁶ em que, citando Couture, justifica a “importância (d)o estudo destas teorias, tanto sob o aspecto teórico quanto sob o ponto de vista prático, porque se alguém demonstrar algum dia que o processo é um contrato, daí decorrerão consequências práticas de grande importância”¹⁷.

A evolução do processo civil evidencia a existência de fases metodológicas, caracterizadas pela prevalência de determinadas ideias. Algum conhecimento acerca de cada uma dessas etapas é fundamental para a melhor compreensão da fase atual, o neoprocessualismo (ou formalismo-valorativo). Em regra, são quatro as fases que representam os modelos processuais¹⁸.

A fase sincretista (praxismo) marcou o início da referida evolução metodológica pela qual passou o processo civil. Nesse primeiro momento, os direitos material e processual confundiam-se, e não havia, sequer, preocupações científicas quando era estudado. Sendo assim, tampouco falava-se em autonomia do processo civil, que representava tão somente “um

¹⁵ MARQUES, Mário Rei. **Introdução do direito I**. Figueira da Foz: Reproset, 1992, p. 1

¹⁶ ALVIM, J.E. Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

¹⁷ ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., p. 133.

¹⁸ LOURENÇO, Haroldo. **O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458405>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

conjunto de formas para o exercício do direito, sob uma condução pouco participativa do juiz”¹⁹.

A superação dessa primeira etapa inicia-se no século XIX, quando os estudos, conduzidos por doutrinadores alemães, voltaram-se para a natureza jurídica da ação e do processo. Nesse momento, inaugura-se a denominada fase do autonomismo (ou processualismo). A principal característica do período é que o processo passa a ser considerado autonomamente. É nesse contexto que emergem as grandes teorias processuais que descrevem as condições da ação e os pressupostos processuais. Foi, sem dúvidas, o período em que foram traçadas as estruturas do sistema e os conceitos foram amplamente “discutidos e amadurecidos”. Outra peculiaridade dessa fase repousa no fato de que o processo era visto como um fim em si mesmo, o que contribuiu para seu distanciamento da realidade social. A perspectiva científica que passou a revestir o processo contribuiu, também, para “um culto exagerado” das formas processuais²⁰.

A fase instrumentalista, terceira na evolução histórica que ora apresentamos, caracteriza-se pela concepção de processo como instrumento estatal a serviço da realização do direito material, e da consequente pacificação social. Ao contrário do que ocorrera na etapa anterior, o processo perde, em certa medida, seu caráter eminentemente técnico, deixando de ser considerado, pois, um fim em si mesmo, já que passa a predominar o entendimento de que o direito processual é um meio para se atingir um fim. “O processo passou a ser analisado a partir de resultados práticos, levando em conta um consumidor do serviço judiciário”. Cumpre-nos registrar, ainda, que a fase instrumentalista, embora reconheça as diferenças entre os direitos material e processual, ainda estabelece entre eles uma relação de dependência. Ao fenômeno que vislumbra o direito processual como meio para concretização do direito material que, por sua vez, confere sentido ao primeiro, dedicou-se Carnelutti, que desenvolveu a chamada *Teoria circular dos planos processual e material*²¹.

É certo que a fase instrumentalista não desconsiderou os preceitos Constitucionais, tendo se consolidado nessa etapa a existência do direito processual constitucional (e de um processo constitucional processual). Embora não possamos desmerecer a relevância da prolação dessas ideias, não podemos deixar de frisar que nesse período a jurisdição ainda era colocada no centro da teoria processual. A relevância disso é a revelação de “um compromisso com a

¹⁹ LOURENÇO, Haroldo, ob. cit. Acesso em: 23 jun. 2018.

²⁰ LOURENÇO, Haroldo, ob. cit. Acesso em: 23 jun. 2018.

²¹ LOURENÇO, Haroldo, ob. cit. Acesso em: 23 jun. 2018.

visão unilateral do fenômeno processual, amesquinhando a dimensão participativa e democrática que alcançou a teoria do direito constitucional”²²

Isto posto, cumpre-nos, agora, caracterizar aquela que é tida pela doutrina brasileira como a quarta fase metodológica do processo, qual seja, o neoprocessualismo (ou formalismo-valorativo). As noções que permeiam o termo inauguraram uma fase metodológica do processo, que visa a uma maior e mais efetiva compatibilidade do direito processual com o Estado Constitucional. O processo, sob a ótica do neoprocessualismo, reveste-se de “valores da justiça, da igualdade, da participação leal, da segurança e da efetividade”. Essa nova configuração do processo deve-se, sobretudo, a uma maior aproximação do direito processual com o direito constitucional. Dessa forma, torna-se “insuficiente o entendimento de que o processo é instrumento do direito material”²³.

Luiz Guilherme Marinoni assevera que essa nova fase metodológica demanda a compreensão da lei a partir dos preceitos constitucionais. O resultado disso, para a prática jurídica, é que se estabelece para o jurista

a tarefa de construção – e não mais de simples revelação -, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade²⁴

A autonomia do Processo Civil, como um ramo da ciência do Direito, é relativamente recente²⁵, se consideramos que foi em 1868 que Bülow, em célebre obra, delineou, pela primeira vez, os marcos teóricos que conceituariam o processo²⁶. A referida publicação marcou, também, o início do *processualismo*, segunda fase metodológica do processo, supramencionada.

Todavia, o processo, como meio de resolução de conflitos, existe desde a Roma antiga – período *legis actiones* e do processo *per formulas* – quando se vinculava ao prévio consenso das partes²⁷, que “levavam seus conflitos ao pretor – fixando os limites do litígio e do objeto que deveria ser solucionado – e perante ele se comprometiam a aceitar a decisão que viesse a ser tomada”²⁸.

²² CALDAS, Adriano Ribeiro. Processo civil e Estado Constitucional: o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e as fases metodológicas do processo. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 66, 2015, p. 39.

²³ CALDAS, Adriano Ribeiro, ob. cit., p. 40.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013, p. 46.

²⁵ ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., p.23.

²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 138.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., p. 387.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., p. 387

Por mera opção didática, concentraremos nossos esforços em promover o pretendido resgate histórico-teórico limitando-nos à apresentação das teorias processuais que, considerando a natureza jurídica do processo, dividem-se em: (1) teorias privatistas – em que incluem-se as teorias do contrato e do quase-contrato; e (2) teorias publicistas – incluídas as teorias do processo como instituição, como relação jurídica, como situação jurídica e como procedimento em contraditório²⁹.

Não pretendemos reservar demasiado espaço às duas teorias que denotam natureza jurídica privatista ao processo, haja vista que resta ultrapassada qualquer divergência quanto à sua natureza publicista. No entanto, não nos parece razoável, simplesmente desprezar, no âmbito desta abordagem histórica, debates que foram de primordial importância para a construção de entendimentos mais atuais acerca de nosso objeto de estudo: o processo civil.

1.2 TEORIA DO PROCESSO COMO CONTRATO

Os defensores da Teoria do processo como Contrato fundamentaram-na na suposta identidade entre as relações que interligam autor e réu, no processo, e aquela que une as partes em um contrato. Segundo a teoria, o processo não passa de um contrato entre litigantes, firmado pelo “comparecimento espontâneo das partes em juízo para a solução de conflito”³⁰.

Carreira Alvim elucida que a fonte de inspiração da referida doutrina remete a um texto de Ulpiano que preceitua: “em juízo se contrai obrigações, da mesma forma que nas estipulações”³¹.

Vale relembrar que, em fase remota do direito processual romano, o Estado ainda não era dotado de força coercitiva capaz de impor, aos litigantes, qualquer decisão tomada no âmbito de suas demandas. Isso explica a necessidade de se buscar, no direito privado, um fundamento que pudesse justificar a imposição da sentença aos contendores³². A possibilidade de conferir ao processo características eminentemente contratuais (um acordo originado em uma manifestação de vontade) permitiu atribuir à *litiscontestatio* (compromisso firmado entre as partes que, voluntariamente, submetiam-se à solução estatal) força coercitiva para o cumprimento das decisões.

²⁹ ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., p. 133.

³⁰ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p. 143.

³¹ ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., p. 134.

³² ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., p. 134.

1.3 TEORIA DO PROCESSO COMO QUASE-CONTRATO

Assim como no caso da teoria que aproxima o processo de um contrato, a doutrina que pretendeu conceituá-lo como quase-contrato também foi construída a partir de uma concepção privatista. As semelhanças entre as duas correntes doutrinárias vão além: seus idealizadores, tal como seus antecessores, utilizaram-se de fontes romanas para fundamentar a teoria³³. Desta vez, no entanto, o texto que serviu de inspiração foi um trecho “De Peculio”, que traduzido resulta: “em juízo quase contraímos (contratamos)”³⁴.

Embora haja doutrinadores³⁵ que apresentam argumentos para demonstrar que, na verdade, nunca se tratou de nova teoria e, sim, releitura da mesma teoria contratual já exposta, o que, efetivamente, afasta(ria) a então nova teoria da anterior é (seria) a divergência quanto à percepção da *litiscontestatio*. Explica-se: os idealizadores da teoria do processo como quase-contrato doutrinavam no sentido de que faltava, no consentimento que fundamentava a formação da *litiscontestatio*, a liberdade que se pressupunha própria dos contratos. Em síntese:

O consentimento não era inteiramente livre, pois se o réu se recusasse a comparecer perante o pretor, o autor poderia, usando o *in ius vocatio*, conduzi-lo à força (...) o processo não era um contrato, que pressupõe vontade livre, sendo algo semelhante a um contrato, algo como se fosse um contrato, embora contrato não fosse³⁶.

Devidamente postas, ainda que de forma breve – por amor ao fiel resgate histórico - as teorias que pretenderam explicar o processo a partir de uma (suposta) natureza privatista, iremos nos dedicar, a partir deste ponto, à análise, um pouco mais pormenorizada, de outras teorias processuais, já no âmbito do direito público.

Mantendo-nos fiéis ao objetivo de estruturar um arcabouço teórico para, mais tarde, propor e fundamentar a utilização da gestão processual na construção de um processo cooperativo na perspectiva do estado democrático, limitaremos nossa abordagem doutrinária às teorias que consideramos de maior relevância na doutrina processual – para os fins deste

³³ ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., p. 135.

³⁴ ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., p. 135.

³⁵ Couture aponta equívoco dos autores da teoria do quase-contrato, referente ao fragmento “De Peculio”, que lhes serviu de inspiração. Parra aquele doutrinador, o trecho (traduzido) da obra seria “De fato, em juízo se contrai obrigações, assim como nos contratos com filho”, o que remontaria a uma natureza plenamente contratual (e não quase-contratual). Hélio Tornaghi, por sua vez, desafia o fundamento da teoria do quase-contrato quando sugere que o consenso presuntivo de vontades, defendido pelos quase-contratualistas, seria o mesmo que falar em contrato, e não em quase-contrato. Ambas posições divergentes quanto à admissibilidade da teoria do quase-contrato foram citadas por ALVIM, J.E. Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 136.

³⁶ ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., p. 135 -136.

trabalho. Mais uma vez, afirmamos que isso será feito sem qualquer escopo de desvalorizar as premissas de outra(s) teoria(s) que, eventualmente, tenha(m) pretendido explicar do processo. Nesse contexto, cita-se, inclusive, a teoria do processo como serviço público que, embora conste descrita por doutrina especializada³⁷, não merecerá, aqui, senão, esta singela menção.

1.4 TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

Tal como já oportunamente mencionado, a doutrina só passou a considerar a autonomia do processo, em relação ao direito material, a partir da publicação da obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, de Oskar von Bülow, em 1868. Até então, o processo era considerado como um procedimento, uma mera sequência de atos, com fins de assegurar a aplicação do direito material violado³⁸. A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni elucida: “a relação privada, ao se tornar litigiosa, dava origem à necessidade da prática de uma sequência de atos que faziam parte do rito judicial de aplicação do direito material que se tornara litigioso”³⁹.

É consenso, na doutrina especializada, que a já referenciada obra mudou a perspectiva de análise do processo, que passou a ser tratado como uma relação jurídica. A grande contribuição de Bülow foi, na verdade, a de sistematizar a existência de uma relação jurídica de direito público, formada entre as partes e o Estado-juiz, demonstrando seus pressupostos e seus princípios orientadores⁴⁰.

Salienta-se, então, que a ideia de relação jurídica tríplice (entre autor, réu e juiz) não surgiu, originariamente, em Bülow. Inclusive, Goldschmidt⁴¹ lembra que o conceito de relação jurídica processual tem raízes no direito romano. Rosemiro Pereira Leal⁴² faz a mesma ressalva, quando adverte para a proposição, já veiculada por estudiosos de Bülow, de que a construção da teoria do processo como relação jurídica valeu-se das lições de Búlgaro⁴³: *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei* (o processo é ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu).

³⁷ ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., traz muito breves considerações acerca da teoria do processo como serviço público nas páginas 136 e 137.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., p. 389.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., p. 389.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., p. 391.

⁴¹ GOLDSCHMIDT apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 391, nota de rodapé n. 4.

⁴² LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p. 145.

⁴³ Jurista italiano do século XII

Isso posto, frisa-se que o mérito da teoria de que ora tratamos está no destaque dado à existência de dois planos de relações, quais sejam: a de direito material, que é discutida no processo; e a de direito processual (ou direito formal), “que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela”⁴⁴ e onde se estabelecem nexos entre os sujeitos processuais. Dessa forma, percebe-se que a existência de uma relação de direito material controvertida, por si só, não enseja o surgimento de uma relação processual. A formação desta está condicionada ao exercício do direito de ação, quando o demandante opta por recorrer ao Estado-juiz, com fins de solucionar o impasse. É nesse momento que se forma a primeira parte da relação jurídica processual, entre autor e juiz.

A relação jurídica formal, tal como preceituada por Bülow, só se completa pela ciência do réu da existência da demanda, quando resta configurada uma relação triangular⁴⁵ (entre autor, réu e Estado-juiz). Formam-se, pois, vínculos entre o autor e o juiz, entre este e o réu e, por fim, entre autor e réu.

Outra importante contribuição dessa obra para o processo refere-se à distinção que o autor propõe para os conceitos de *processo* e *procedimento*. Vale lembrar que, até então, os referidos conceitos confundiam-se, sendo, comumente, tratados como sinônimos.

O autor alemão inovou ao sugerir, pela primeira vez, a diferença entre os dois institutos. O processo é, tal como já explicitado, a relação jurídica que se estabelece entre os sujeitos que compõem a lide: as partes e o Estado-juiz, e da qual surgem direitos e obrigações. Nessa concepção, o processo é um instrumento para exercício da jurisdição. Isso contribuiu, inclusive, para que, na doutrina especializada, a teoria fosse tratada como teoria instrumentalista do processo.

O procedimento, por sua vez, foi caracterizado por Bülow como o meio através do qual o processo se exterioriza; é a forma adotada em cada caso, considerando-se a natureza da lide e os fins do processo⁴⁶.

⁴⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 298.

⁴⁵A ideia lançada, inicialmente, por Bülow foi desenvolvida pela doutrina e surgiram, para além do modelo triangular, outros dois, que se propuseram a caracterizar a relação jurídica processual tríplice: Köhler propôs um modelo linear de relação jurídica, que interligava somente autor e réu, mas que se distinguiu da relação de direito material para qual se buscava tutela jurisdicional. Hellwing, por sua vez, sugeriu que a relação jurídica processual seria, na verdade, angular. Para este autor, no momento em que o autor se dirigia ao órgão jurisdicional, formava-se, inicialmente, uma relação jurídica (linear) entre autor e juiz. A partir da citação do réu para ingressar no processo, a relação se angularizava, consolidando-se entre o autor e o juiz e entre este e o réu. Nota-se, pois, que para Hellwing não há, no processo, relação entre autor e réu.

⁴⁶ ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., p. 148.

O doutrinador contribuiu, ainda, com a enumeração dos aspectos que permitiram distinguir as relações jurídicas processual e material: (1) seus sujeitos (autor, réu e juiz); (2) seu objeto (a prestação jurisdicional); (3) seus pressupostos (os pressupostos processuais)⁴⁷.

Embora a obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, de Bülow, seja a comumente associada à mudança na perspectiva de análise do processo e considerada marco da autonomia do direito processual, não podemos deixar de mencionar outra obra do mesmo autor, qual seja *Gesetz und Richteramt*, que permitiu o melhor esclarecimento acerca das propostas de Bülow, anunciadas quando da publicação do primeiro livro.

Nesse sentido, André Cordeiro Leal⁴⁸ salienta que a intenção de Bülow, em sua segunda obra, foi destacar a relevância da decisão judicial e o papel da magistratura para o direito, ao contrário da temática abordada na primeira publicação, em que prevaleceram discussões técnico-procedimentais. Apesar da aparente ausência de aproximação das temáticas suscitadas em cada um dos livros, Leal assevera que não houve mudança no viés do pensamento bülowiano, podendo-se, pois, considerá-las obras complementares.

A teoria do processo como relação jurídica é a mais amplamente aceita pela doutrina, até hoje, mas sofreu alguns aprimoramentos de ilustres processualistas, tais como Chiovenda⁴⁹,

⁴⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., p. 298

⁴⁸ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.48.

⁴⁹ Chiovenda distingue a relação jurídica do direito subjetivo. Para este doutrinador, a relação jurídica abarca mais de um direito subjetivo e, portanto, mostra-se complexa. No que tange especificamente ao processo, Chiovenda o define como uma relação jurídica de direito público que se estabelece entre partes e o ente estatal, “a qual, por sua vez, apresenta contínua interferência e contraposição no que tange à relação jurídica substancial” (LEAL, 2008, p. 74). Conclui-se, pois, que em Chiovenda o processo tem conotação semelhante àquela preceituada por Bülow: uma relação jurídica e instrumento do Estado. A primordial diferença entre as perspectivas teóricas dos dois doutrinadores – Bülow e Chiovenda – está no fato de Chiovenda entender que a finalidade do processo é “fazer atuar a vontade concreta da lei, e não de construção do direito pela habilidade dos magistrados” (LEAL, 2008, p. 75.)

Carnelutti⁵⁰ e Liebman⁵¹. Sua notoriedade resta demonstrada, também, quando consideramos seu papel orientador na confecção de códigos e leis processuais⁵².

A despeito da indiscutível posição de destaque na doutrina processual, a referida teoria não ficou alheia a críticas. Nesse contexto, merece menção Goldschmidt, um ferrenho opositor à ideia de processo como relação jurídica, visto que não admitia a existência de nexo entre as partes e o juiz, sequer entre as próprias partes. Para este autor, o juiz atua, simplesmente, por dever funcional, e as partes sujeitam-se à sua autoridade. A partir desse fundamento, o doutrinador lançou, na Alemanha, a *Teoria do Processo como Situação Jurídica*, que vislumbrava o processo como uma situação jurídica, mantida por normas que representavam, para as partes, imperativos jurídicos, e, para o juiz, critérios de julgamento⁵³.

Outro ponto relevante para a melhor compreensão da teoria fundada por Goldschmidt refere-se à sua percepção dos direitos subjetivos, quando inseridos no processo. Para sintetizar suas considerações a esse respeito, reproduzimos enunciado de Cintra, Grinover e Dinamarco:

quando o direito assume uma visão dinâmica (o que se dá através do processo), opera-se uma mutação estrutural: aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se degrada em meras possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter esse reconhecimento), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de prática certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável)⁵⁴.

Para Goldschmidt, os direitos processuais representavam “prognósticos que poderiam ou não ser aproveitados pela sentença em prol de qualquer dos contendores”⁵⁵. Assim, a

⁵⁰ Em linhas gerais, a linha teórica traçada por Carnelutti, preceitua o Direito Processual como um direito instrumental, mas sem com isso pressupor que todas as normas processuais tenham esse caráter – instrumental. O autor também associa o processo a estruturação de uma relação jurídica, em que existem “poderes e sujeições para a solução da lide”. Nota-se, então, que “o caráter técnico-instrumental do processo para a realização do interesse público consiste na consecução da paz social” (LEAL, 2008, p. 90). André Cordeiro Leal, no âmbito de seu estudo, analisa a proposta teórica de Carnelutti e assevera que, em Carnelutti, a composição da lide não é um fim em si mesmo, o que se pretende é, em última análise, uma composição justa, de forma a assegurar a extinção daquilo que o autor italiano chama de “gene anti-social” que se estabelece entre os litigantes “que padecem de mútua aversão” (LEAL, 2008, p. 90).

⁵¹ “Liebman se refere à jurisdição como atividade do juiz, o qual seria livre de vínculos no exercício da sua função, como intérprete qualificado da lei. O processo, por sua vez, seria, para Liebman, uma atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional, que se desenvolve sob a forma de uma complexa relação jurídica processual” (LEAL, 2008, p. 108). André Cordeiro Leal, quando de suas anotações sobre as proposições teóricas de Liebman, ressalta que este doutrinador deu especial enfoque à “pessoalização da atividade decisória”, que significa atribuir a alguém um poder de decisão atrelado à consciência desse julgador (LEAL, 2008, p. 108).

⁵² LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p. 145.

⁵³ ALVIM, J.E. CARREIRA. *apud* Pinto, Davi Souza de Paula. Teoria geral do processo: as diferentes visões teóricas que surgiram no decorrer da história do Direito sobre o processo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n.56, ago 2008. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5102> Acesso em fev 2018.

⁵⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., p. 299.

⁵⁵ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p. 147.

sentença não precisava apresentar os fundamentos à sua elaboração, e consistia em mero mecanismo para resolução de conflito, que não guardava qualquer relação com o processo.⁵⁶

Outro crítico à teoria do processo como relação jurídica é Rosemiro Pereira Leal. O jurista assevera que, embora os adeptos atribuam à referida teoria os méritos pela suposta distinção entre *processo e procedimento*,

o que dela se conclui é uma confusão tormentosa entre processo e procedimento, porque seus adeptos, na tentativa desesperada de distingui-los, hermetizam, ainda mais, os conceitos de Bülow, ao proclamarem que o procedimento é a manifestação fenomênica do processo (...) Aqui, nesse conceito, nada se explica sobre a origem desse meio⁵⁷.

O professor enfatiza, ainda, o que considera uma infeliz tentativa dos instrumentalistas (como também se refere à escola da relação jurídica) de conectar o processo à jurisdição, como se aquele não passasse de instrumento, a serviço da atividade jurisdicional, colocado nas mãos do juiz para fazer justiça⁵⁸. Nesse contexto, enuncia que

falam que o processo é instrumento da jurisdição, sem observarem que a jurisdição hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, pelo processo. É, portanto, o processo validador e disciplinador da jurisdição e não instrumento desta⁵⁹.

Aproveitamo-nos, então, da crítica supramencionada do professor Rosemiro para tecer mais alguns comentários acerca da obra *Gesetz und Richteramt*, que, tal como já referenciado, foi a segunda publicação de Bülow e que, dezessete anos após a primeira obra, prestou-se ao melhor esclarecimento das propostas já aludidas pelo doutrinador.

Gesetz und Richteramt foi publicada em 1885 e é a partir dela que fica evidente o posicionamento de Bülow sobre a importância da magistratura para o direito e, portanto, sobre a necessidade de ampliação dos poderes dos juízes, única classe capaz de promover, segundo o autor, “o resgate da nação alemã da anomia em que se lançara em determinadas fases de sua história”⁶⁰. Resta notório que, haja vista a importância que Bülow confere aos magistrados, estaria sob tutela deles, não somente a relação processual, mas, em última instância, o controle do direito⁶¹.

⁵⁶ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p. 147.

⁵⁷ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p. 145.

⁵⁸ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p. 146.

⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p. 146.

⁶⁰ LEAL, André Cordeiro, ob. cit., p. 60.

⁶¹ LEAL, André Cordeiro, ob. cit., p. 60.

É sob esse fundamento que André Cordeiro Leal, corroborando o já mencionando posicionamento do professor Rosemiro, atribui à “taxionomia de relação jurídica,” instituída por Bülow, a caracterização do processo como “atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador”⁶². Em síntese, também para aquele autor, o processo, a partir de Bülow, passou a ser entendido como mero instrumento da jurisdição.

Outro aspecto que merece destaque, no âmbito das reflexões de André Cordeiro Leal sobre a instrumentalidade do processo, é o fato de que Bülow não se preocupou em esclarecer como seria possível controlar a atividade jurisdicional “criadora de um direito que era, em última análise, emocional ou sentimental”. Pelo contrário, a intenção de Bülow seria, na verdade, sustentar fundamentos histórico-sociológicos, que permitissem justificar o controle social pelos juízes, viabilizando a adoção de técnicas que fugiam à abordagem formalista ou legalista quando da aplicação do direito. Nessa perspectiva, o processo não seria um meio de controle da atividade dos juízes, mas uma forma de permitir uma pretensa emancipação pela criação do direito pelos magistrados⁶³.

Ante o exposto é que, no entender de André Cordeiro Leal, restaram prejudicadas as tentativas de alguns pensadores ulteriores que, inspirados na doutrina bülowiana, propuseram-se a buscar possíveis mecanismos de controle da atividade judicial e de aferição de sua legitimidade fora do Estado Social⁶⁴. O autor ainda assevera que qualquer tentativa de elevar o processo bülowiano ao *status* de garantidor de direitos fundamentais está fadado ao fracasso, visto que esse processo não poderia ser, simultaneamente, “instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz”⁶⁵. Eis o que Leal descreveu como o “paradoxo” da doutrina de Bülow.

⁶² LEAL, André Cordeiro, ob. cit., p. 60.

⁶³ LEAL, André Cordeiro, ob. cit., p. 62.

⁶⁴ LEAL, André Cordeiro, ob. cit., p. 61-62.

⁶⁵ LEAL, André Cordeiro, ob. cit., p. 64-65.

1.5 TEORIA DO PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO

A *teoria do processo como instituição* foi uma proposição que ganhou repercussão depois de ser exposta e desenvolvida por Jaime Guasp⁶⁶, para quem a teoria da relação jurídica não se mostrava suficiente para explicar o processo, haja vista a complexidade de deveres e direitos legais que dele se originavam. Assim, esse doutrinador defendeu que a multiplicidade de relações que configuravam o processo só poderia ser explicada a partir de uma unidade superior, à qual denominou *instituição*⁶⁷.

O direito de reivindicar (direito de ação) e a obrigação de satisfazer (a jurisdição) são figuras anteriores e estranhas ao processo⁶⁸, mas isso não significa que, dentro do processo, não haja outros direitos e deveres. Existiriam, então, no processo, numerosas e diversas relações de direitos e deveres legais diretos (poder fazer ou ter que fazer, diretamente) e indiretos (poder fazer alguém fazer isso, ter que deixar alguém fazer isso)⁶⁹.

Guasp baseou-se na concepção de *instituição* como um conjunto de atividades relacionadas entre si por uma ideia objetiva em comum, seja o propósito que motiva os sujeitos que dela participam individual ou não. Assim sendo, concluiu que, para caracterizar uma instituição, seriam necessários dois elementos fundamentais: a ideia objetiva comum e as vontades particulares que a ela aderem.

A partir disso, o autor definiu o processo como uma instituição e justificou a premissa pela delimitação dos dois elementos fundamentais que, segundo seu entendimento, seriam: a satisfação de uma pretensão, como a ideia objetiva comum; e as vontades particulares dos sujeitos processuais (juiz, autor e réu), aderentes à ideia comum – ainda que cada um dos envolvidos tivesse uma visão diferente sobre o conteúdo da satisfação perseguida⁷⁰.

Carreira Alvim⁷¹ destaca que Guasp formulou as bases de sua teoria a partir do conceito de instituição consolidado nas ciências sociais que já fora utilizado na ciência do direito privado, sendo, pois, amplamente adotado pelos civilistas.

Guasp atribuiu ao processo as mesmas características atribuídas a qualquer outra instituição jurídica. Quanto aos sujeitos, ressaltou que a hierarquia era um aspecto natural, que

⁶⁶ ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., p. 137, registra que a teoria já havia sido aventada por outrem, mas que só ganhou notoriedade depois de projetada por Jaime Guasp.

⁶⁷ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. **Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción y parte general.** 7. ed. Cizur Menor: Civitas, 2005, p. 41.

⁶⁸ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro, ob. cit., p. 42.

⁶⁹ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro, ob. cit., p. 42.

⁷⁰ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro, ob. cit., p. 41.

⁷¹ ALVIM, J.E. Carreira, ob. cit., p. 137.

colocava os sujeitos processuais em planos desiguais, mais precisamente, no que tange à esfera de ação uns dos outros⁷². Em relação ao objeto, enfatizou que, por ser, essencialmente, um esquema objetivo, não pode sofrer alterações, consoantes à vontade dos indivíduos que dele participam. Sendo assim, classificou o processo como, naturalmente, imutável. Nessa concepção, a atividade processual caracterizava-se, ainda, no que tange ao tempo e espaço, pela permanência (porque o processo não se esgota ou deixa de existir num determinado momento, mas, ao contrário, mantém-se com o seu resultado indefinidamente) e pela universalidade (visto que não há de se considerar a existência de variações territoriais, dentro dos limites de soberania de um determinado ordenamento jurídico)⁷³, respectivamente. Em função de sua capacidade de adaptação às diferentes circunstâncias de cada caso concreto, o processo foi caracterizado, por Guasp, quanto à forma, como elástico⁷⁴.

Vale mencionar, ainda, algumas considerações trazidas por Rosemiro Pereira Leal no tocante à teoria de Guasp. Aquele autor ressalta que a teoria do processo como instituição foi idealizada “sob o impacto do sociologismo reinante na época”⁷⁵ e lembra, inclusive, que Couture, um ilustre adepto da teoria de Guasp, mais tarde, justificou seu retorno à escola do processo como relação jurídica no fato de que, embora a princípio o processo possa ser conceituado de forma primária e elementar como uma instituição, a teoria se apoia em mais pressupostos sociológicos do que jurídicos⁷⁶.

1.6 TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

A teoria do processo como procedimento em contraditório foi o resultado de estudos conduzidos pelo processualista italiano Elio Fazzalari, no sentido de recriar o conceito de processo, de forma a diferenciá-lo do procedimento. Segundo explicitou o referido autor, o processo não se caracteriza pela mera sequência de atos praticados pelos sujeitos processuais (partes e juiz), mas define-se pelo atendimento ao contraditório entre as partes que, em simétrica paridade, constroem, à luz do modelo normativo processual, a estrutura técnica sobre a qual desenvolver-se-ão os atos⁷⁷. Nesse contexto, a sentença não representa um ato solitário do juiz,

⁷² GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro, ob. cit., p. 41.

⁷³ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro, ob. cit., p. 42.

⁷⁴ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro, ob. cit., p. 42.

⁷⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 148.

⁷⁶ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p. 148.

⁷⁷ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p. 150.

“mas uma consequência e expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva, dos atos realizadores do procedimento em contraditório entre as partes”⁷⁸.

Dierle Nunes assevera que Fazzalari foi pioneiro na defesa de uma procedimentalidade balizadora das decisões judiciais, e o fez pela enunciação de uma perspectiva que entendia o processo como um procedimento em contraditório e não uma relação jurídica-processual. O mesmo autor ainda lembra, no contexto de suas considerações sobre a teoria fazzalariana, o teor de uma preleção feita pelo processualista italiano, em 1958, em que restou evidenciada a existência, em vários países, de “uma difusão de módulos processuais”, em atividades jurisdicionais ou não, e que contribuía para o “fenômeno da participação dos interessados no inter (sic) de formação dos provimentos, mais precisamente, o fenômeno da participação dos interessados na fase de reconhecimento dos pressupostos do provimento”⁷⁹.

A constatação de que uma efetiva participação dos interessados na preparação do provimento (tanto em processos judiciais como administrativos), pelo emprego antecipado do contraditório, constituía mecanismo capaz de prevenir a ocorrência de abusos, foi o que conduziu as análises de Fazzalari acerca da natureza jurídica do processo. Não menos importante é a percepção de que o autor italiano se valeu, também, das lições de Feliciano Benvenuti, que entendia que os “atos-elementos do procedimento são pressupostos de validade e eficácia do ato final”. Processo e procedimento pertenciam, pois, a um gênero comum⁸⁰.

Em sua obra⁸¹, Fazzalari chama a atenção para o fato de a distinção entre processo e procedimento não se limitar à existência de múltiplos sujeitos. Isso porque um procedimento é caracterizado por uma sequência de atos de que, também, participam vários atores e, ainda assim, não se confunde com o processo. Assim, para melhor caracterizar o processo, de forma a individualizá-lo do conceito de procedimento, o referido autor identificou um elemento que, na sua concepção, confere estrutura dialética ao procedimento: o contraditório⁸².

A estrutura dialética a que Fazzalari se refere consiste na coparticipação, em simétrica paridade, de todos destinatários do provimento final, desde sua fase preparatória. Dessa forma, antes do proferimento de uma sentença, na fase processual em que serão produzidas as provas que fundamentarão a decisão judicial, ao autor e ao réu serão oportunizadas as práticas de todos

⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p. 150.

⁷⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: Uma análise crítica das reformas processuais. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 204.

⁸⁰ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 204.

⁸¹ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8. ed. Villa di Castenaso: Cedam, 1996.

⁸² FAZZALARI, ob. cit., p. 82.

os atos que julguem imprescindíveis ao convencimento do juiz quanto à veracidade de suas respectivas alegações⁸³.

Em suma, há processo quando, em uma ou mais fases da execução de um ato, há a participação, em contraditório, não só daquele que o pratica, mas, também, dos demais destinatários de seus efeitos⁸⁴.

Conclui-se, pois, que o processo, no modelo construído por Fazzalari, presume a existência de um conflito de interesses, a partir do qual estrutura-se um procedimento dialético, que se dá em contraditório. A inexistência da referida estrutura dialética inviabilizaria a análise de qualquer pretensão resistida e, conseqüentemente, do proferimento de uma decisão judicial⁸⁵.

O processualista italiano ressaltou que a estruturação do processo, de forma a assegurar a participação paritária e dialética dos sujeitos processuais é o que “permitiria a articulação do jogo democrático”. Por outro lado, Fazzalari não se preocupou, quando de sua proposição teórica, em demonstrar “uma aplicação dinâmica dos princípios constitucionais”. Dierle Nunes, a esse respeito, assevera que embora a teoria de Fazzalari tenha se limitado à exposição de uma técnica processual, representou uma inovação para a doutrina, haja vista que se contrapôs à “ideia que centraliza o estudo do Direito Processual em torno da jurisdição e do papel do juiz”⁸⁶.

Rosemiro Pereira Leal, por sua vez, chama a atenção para o fato de que a teoria preconizada por Fazzalari não considerou o contraditório como um instituto do direito constitucional, com *status* de direito-garantia, que se impõe como legitimador da atividade jurisdicional no processo. A referida teoria tratou o contraditório por mera qualidade, que deveria ser incorporada ao procedimento pela atividade jurisdicional⁸⁷, sob pena de não restar configurado o processo.

1.7 TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Após a Segunda Guerra Mundial, os Direitos Fundamentais firmaram-se como um novo paradigma nas Constituições promulgadas a partir de então. Até aquele momento, os direitos previstos nos textos Constitucionais eram considerados meros orientadores para o

⁸³ FAZZALARI, Elio, ob. cit., p. 83.

⁸⁴ FAZZALARI, Elio, ob. cit., p. 83

⁸⁵ FAZZALARI, Elio, ob. cit., p. 84.

⁸⁶ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 207.

⁸⁷ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p.150.

legislador, ou seja, não se admitia sua utilização com o intuito de defender um direito no judiciário. O fenômeno da “constitucionalização do direito” – que se caracterizou pela ampliação do alcance das normas Constitucionais para todos os ramos do direito – contribuiu para que as Cartas Constitucionais adquirissem caráter dirigente⁸⁸, no sentido de representarem, em si, verdadeiros “planejamentos de ações dos legisladores”⁸⁹.

Iniciaremos nossas anotações acerca da teoria constitucionalista do processo por trazer à baila um enunciado de Gomes Canotilho⁹⁰: “por processo constitucional vai entender-se (...) o conjunto de regras e actos constitutivos de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional dos actos normativos”. A assertiva já nos permite notar que, tal como já pontuado até aqui – quando do resgate das teorias processuais anteriormente analisadas – a teoria constitucionalista confere ao processo *status* de instrumento “à realização do direito constitucional material, permitindo a solução dos vários tipos de questões jurídico-constitucionais (...)”⁹¹

Nesse mesmo sentido, manifesta-se Eduardo J. Couture⁹², quando se refere à tutela constitucional do processo como instrumento de proteção de direito, pelo reconhecimento da supremacia da Constituição. O referido autor, a partir dessas considerações, sugere algumas premissas que, aqui, transcrevemos:

(...) a) a Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana; b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos deve instituir esse processo; c) a lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo, consagrada na Constituição; d) a lei, instituidora de uma forma de processo não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional; e) nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis⁹³.

Nessa perspectiva de processo que ora de expõe, todos os atores processuais são alcançados pelas garantias constitucionais. Com isso, o processo tem reconhecido seu *status*

⁸⁸ CANOTILHO refere-se à Constituição dirigente como textos constitucionais carregados de programaticidade (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Prefácio).

⁸⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamen. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 101, p.61-96, 2010. p. 78, nota de rodapé 46.

⁹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1041.

⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, ob. cit., p. 1043.

⁹² COUTURE, Eduardo J. apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional** . *Revista Brasileira de Estudos Políticos* , 90, 69- 169. Acesso em 16 de abril de 2018, disponível em <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4>. p. 69.

⁹³ COUTURE, Eduardo J. apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira, ob. cit., Acesso em 16 de abril de 2018.

constitucional, consolidando-se, assim, nas Constituições do século XX⁹⁴. Ainda nesse contexto, faz-se oportuna a lição de José Alfredo de Oliveira Baracho quando destaca que a assunção de *status* constitucional ao processo assegura a efetiva proteção dos direitos processuais em todas as instâncias. O mesmo autor ainda acrescenta que a maior significação das instituições do processo civil contribui para a concretização dos direitos fundamentais⁹⁵.

Ante o exposto, nota-se que o modelo constitucionalista não trouxe maiores inovações, no que tange à compreensão do processo. Sua inegável contribuição para o Direito Processual assenta-se, primordialmente, na leitura do processo a partir dos princípios constitucionais. No entanto, as bases de fundamentação do processo, já suscitadas no seio de outras teorias, foram mantidas.

Dierle Nunes e Alexandre Bahia⁹⁶ sublinham que alguns “neoconstitucionalistas” – definição adotada no sentido de tentar reconstruir a ciência jurídico-constitucional no pós-guerra⁹⁷ – contribuíram para o reforço do papel do juiz a partir de leituras “ora axiológicas, ora normativas dos princípios e as normas de tessitura aberta e do próprio papel da Constituição e de formas de concretizá-la”⁹⁸.

Antes de dar continuidade à discussão sobre a Teoria Constitucionalista de Processo, teceremos breves considerações sobre o neoconstitucionalismo, de forma a viabilizar sua melhor compreensão. Iniciaremos com uma nota feita por Daniel Sarmento sobre a pouca relevância do termo neoconstitucionalismo para os debates constitucionais norte-americano e alemão. O autor enfatiza que o referido conceito foi formulado na Espanha e na Itália, mas que tem sido amplamente utilizado pela doutrina processual brasileira, em função da grande divulgação de uma coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo*, do jurista mexicano Miguel Carbonell, publicada em 2003⁹⁹.

A tarefa de conceituar o Neoconstitucionalismo é bastante árdua. Isso porque não existe “um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam

⁹⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 90, 69- 169. Acesso em 16 de abril de 2018, disponível em <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4>. p.70.

⁹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, ob. cit. Acesso em 16 de abril de 2018.

⁹⁶ NUNES, Dierle & BAHIA, Alexandre. **Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 2010.

⁹⁷ NUNES, Dierle & BAHIA, Alexandre, ob. cit., 2010. p. 78.

⁹⁸ NUNES, Dierle & BAHIA, Alexandre, ob. cit., p. 80

⁹⁹ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<https://isisbollbastos.wordpress.com/2013/02/04/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

entre si alguns denominadores comuns relevantes”. Prova da referida falta de unidade nos fundamentos do termo é a ampla gama de pensamentos jurídicos de que seus adeptos se utilizam para embasar o Neoconstitucionalismo. Dessa forma, a melhor compreensão desse fenômeno jurídico depende de um resgate do “processo histórico que ensejou seu advento”¹⁰⁰.

Feitas essas notas e, já em vias de conclusão da análise da ora referenciada teoria processual, registramos crítica tecida por Rosemiro Pereira Leal, em que assevera que a teoria constitucionalista é mera transposição, para o plano constitucional, do “ensino dos instrumentalistas bülowianos”¹⁰¹, para caracterizar o processo como instrumento de uma jurisdição constitucional, que pretende fazer justiça pelas mãos de “operadores virtuosos do direito”¹⁰².

No mesmo sentido, faz-se pertinente, ainda, mencionar o posicionamento de Dierle Nunes e Alexandre Bahia¹⁰³ de que as garantias processual-constitucionais simplesmente reforçam a opção pela instrumentalidade técnica, caracterizando-se, pois, um formalismo constitucional. Para aqueles autores, é necessário que haja uma abertura no direito processual, no sentido de conferir às referidas garantias “duplo espectro de atuação: manter sua dimensão formal e incorporar uma nova dimensão material”¹⁰⁴. Os autores utilizam-se, então, de dois exemplos para elucidar suas premissas: as garantias do contraditório e da fundamentação racional das decisões. Nessa nova perspectiva proposta, para além da “oitiva bilateral e formal das partes”¹⁰⁵ e da ampla possibilidade de motivos a serem alegados nas decisões, respectivamente, as supracitadas garantias processual-constitucionais passariam “a exigir o respeito ao direito de influir e de não ser surpreendido nas decisões”¹⁰⁶.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel, ob. cit. Acesso em: 26 abr. 2018.

¹⁰¹ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p.159.

¹⁰² LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit. p.159.

¹⁰³ NUNES, Dierle & BAHIA, Alexandre, ob. cit., p.72.

¹⁰⁴ NUNES, Dierle & BAHIA, Alexandre, ob. cit., p. 72.

¹⁰⁵ NUNES, Dierle & BAHIA, Alexandre, ob. cit., p. 72.

¹⁰⁶ NUNES, Dierle & BAHIA, Alexandre, ob. cit., p. 72.

1.8 O MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO E A TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA

1.8.1 BREVE TEORIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

Até o século VI a. C., a sociedade primitiva (tribal) caracterizava-se pela crença no sobrenatural e pela rigidez dos costumes sociais. Essa “sociedade fechada” era, frequentemente, organizada em povoados governados por chefes, reis ou famílias aristocratas, em que os hábitos convencionados e aqueles encontrados na natureza não se distinguiam. A rigidez dos costumes era associada à sensação de segurança frente ao desconhecido e, na mesma medida, aliviava os homens de eventuais responsabilidades pessoais, já que as atribuía às forças do destino, sobre as quais as ações individuais eram ineficazes^{107 108}.

Popper assinala que o fim das sociedades fechadas da Grécia não foi algo consciente, tendo ocorrido como consequência do crescimento populacional e, subsequente, aumento da complexidade das relações sociais. No entender do referido autor, a ascensão do comércio e, com ele, de uma nova classe, contribuíram para o aumento da tensão social que culminou em movimentos revolucionários e na “dissolução parcial dos antigos modos de vida”, com o consequente “colapso da sociedade fechada”¹⁰⁹. Tudo isso porque os mitos – até então, fontes mágicas utilizadas para justificar os costumes a que se sujeitava a sociedade – não mais conseguiam “fixar, estabilizar ou prever comportamentos”¹¹⁰ diante da nova realidade social.

É a partir do desmoronamento da “sociedade fechada” que se torna possível o desenvolvimento da democracia – “sociedade aberta”. Os primórdios do pensamento democrático encontram raízes no exercício da palavra, pelos sofistas, e consequente dessacralização do direito, que passa a ser tratado como um “produto humano” que enseja o debate entre filosofia prática, política e leis. Essa democracia, então emersa, concretizava-se no ato de deliberação e tinha como principal característica sua constante reconstrução.¹¹¹

Assim, restava constituído o fundamento da discursividade que, naquele momento, surge como elemento norteador da ordem social, ainda que sem a pretendida capacidade de

¹⁰⁷ POPPER, Karl. **A sociedade aberta e os seus inimigos. Primeiro volume: o sortilégio de Platão**. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 216 e 217.

¹⁰⁸ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 29-31.

¹⁰⁹ POPPER, Karl, ob. cit., p. 221.

¹¹⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 31.

¹¹¹ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 31

assegurar a participação dos interessados no debate (isonomia, contraditório e ampla defesa), haja vista o caráter retórico da argumentação utilizada¹¹².

Isso posto, cumpre-nos, ainda, enfatizar entendimento de Popper no sentido de que a transição da sociedade tribal para uma “sociedade aberta” – caracterizada pela liberdade crítica – embora iniciada, nos termos já elencados, ainda não se completou.

As considerações tecidas até aqui ganham contornos mais precisos quando as utilizamos para refletir sobre a racionalidade epistemológica e o seu impacto sobre a formação dos Estados democráticos¹¹³.

As discussões acerca da democracia têm ganhado, ao longo dos anos, demasiada atenção e, no intuito de fundamentar ou comprovar suas assertivas, doutrinadores de diferentes ramos das ciências humanas têm-se utilizado da observação dos eventos sociais¹¹⁴. Nesse sentido, Andréa Alves de Almeida lembra que indutivistas (empíricos) e dedutivistas conferem funções diversas para a experiência: para os primeiros, a observação é fonte de conhecimento; já os segundos a entendem como meio de comprovação das ideias.

Nossas reflexões sobre democracia encontram espaço mais propício no método crítico preconizado por Popper. O autor sustenta que “a racionalidade de uma teoria reside em a escolhermos porque é melhor do que suas predecessoras”. Dessa forma, pode-se afirmar que Popper não se opõe integralmente à epistemologia empirista, mas limita a utilização da observação e da experiência para fins de criticar teorias¹¹⁵. O que mais nos parece essencial trazer dos ensinamentos de Popper – e que foi o viés de que nos utilizamos ao longo deste trabalho – é que não se trata de superar a dicotomia racionalismo e empirismo. O que está em discussão não é a “fonte” utilizada, mas a não supervalorização de qualquer uma delas, como se fosse preciso nomear uma autoridade¹¹⁶.

Conclui-se, pois, que a epistemologia de Popper, partindo-se do “princípio universal da crítica”, nos permite dimensionar a importância dos princípios balizadores do processo, quais sejam, a isonomia, a ampla defesa e o contraditório. Uma vez que não privilegia nenhuma fonte do conhecimento, a tese popperiana permite notar, “do ponto de vista jurídico, a indispensabilidade do direito-garantia da ampla defesa (argumentação irrestrita), ou seja, que nenhum argumento deve ser liminarmente rejeitado (...) na construção do provimento”¹¹⁷.

¹¹² ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 32.

¹¹³ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 23.

¹¹⁴ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 23.

¹¹⁵ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 25.

¹¹⁶ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 26.

¹¹⁷ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 28.

1.8.2 A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS

Não poderíamos, no seio da discussão proposta neste trabalho, nos esquivar de trazer ao menos breves reflexões sobre a teoria de Habermas, especialmente por sua íntima relação com a perspectiva democrática, condutora de nossa pesquisa.

Ainda que não seja nossa pretensão aprofundarmo-nos na análise das obras ou da teoria habermasianas e, tampouco, estendermo-nos em discussões filosóficas, entendemos que a anotação dos princípios balizadores da ação comunicativa e, posteriormente, da teoria discursiva do direito, faz-se necessária para conectar as premissas suscitadas ao longo do trabalho, de forma a conduzir à melhor compreensão de nossa fundamentação teórica.

A crise do Estado-Social contribuiu para intensificar os debates em busca de novos paradigmas. O exaurimento do *Welfare State* evidenciou a incapacidade dos Estados em implementar todas as suas promessas, bem como expôs a reduzida autonomia a que os cidadãos foram sujeitos.¹¹⁸

É nesse contexto histórico que Habermas desenvolve uma teoria discursiva da democracia, que pretende, a partir do Direito, viabilizar a integração de sociedades multiculturais. Na modernidade, a legitimidade do direito firmou-se, em um primeiro momento, no sujeito que, isoladamente e, baseado na razão prática, seria capaz de encontrar, em si mesmo, a fonte da normatividade da lei¹¹⁹.

Nessa perspectiva, sendo o sujeito capaz de “encontrar em si mesmo os mandamentos últimos à instituição da liberdade”, ao direito restaria, apenas, a positivação daqueles conteúdos normativos comuns a todos os sujeitos dotados de razão¹²⁰.

O movimento que ensejou a discussão da racionalidade humana para além da filosofia da consciência¹²¹ foi direcionado por estudos sobre a linguagem e ficou conhecido como giro linguístico. Foi nesse contexto, em que se destacou a proposta de compreensão da racionalidade conduzida pelo filósofo e sociólogo Jürgen Habermas, que se buscou pensar a racionalidade

¹¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 135.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 143.

¹²⁰ LEAL, André Cordeiro, ob. cit., p. 143.

¹²¹ O período iluminista marcou uma mudança de paradigma filosófico. Até esse momento, prevalecia o entendimento de que os sentidos estavam nas coisas, que tinham uma essência passível de ser revelada. As teorias objetivistas, com fundamento no realismo filosófico, foram superadas quando o homem começou a buscar o fundamento das coisas pelo uso da razão. Nasce, então, o paradigma da subjetividade, “sustentada pela filosofia da consciência. (SIMÕES, Karoline. O paradigma da consciência como fundamento do poder discricionário do juiz no Brasil. Disponível em <https://karolsimoes.jusbrasil.com.br/artigos/142756362/o-paradigma-da-consciencia-como-fundamento-do-poder-discricionario-do-juiz-no-brasil>. Acesso em 29 jun 2018).

não apenas com fins de execução de tarefas, mas envolvendo, também, a busca “por um entendimento mútuo entre indivíduos”¹²².

A compreensão da necessidade de ruptura com o paradigma da razão prática e com a racionalidade instrumental encontra na razão comunicativa uma nova perspectiva de análise do direito. É sob o fundamento de busca pelo entendimento mútuo entre os sujeitos, através do uso da linguagem, que Habermas busca afastar premissas emersas pela filosofia do sujeito, para construir uma teoria que preconiza a “possibilidade permanente de problematização institucionalizada de qualquer norma jurídica”¹²³.

O autor fez a distinção do uso da linguagem: (1) como meio de transmissão de informação ou (2) como forma de buscar o entendimento. É neste segundo caso que se situa o que Habermas denominou ação comunicativa. O agir comunicativo caracteriza-se, sobretudo, pela ação de um indivíduo no sentido de convencer outro da validade de suas pretensões¹²⁴. Essa ação pressupõe, então, o uso de um único meio: a fala, e visa à produção de um entendimento. Sendo assim, seu fim é a formação de um consenso intersubjetivo, que reconhece a validade de uma pretensão criticável¹²⁵.

Isto posto, é possível trazer à baila uma nova compreensão da racionalidade, qual seja, uma ação comunicativa voltada para o entendimento entre atores sociais. Na perspectiva de Habermas, a ação humana não perde o caráter instrumental – como o já descrito por Weber, em que a justificativa de ações humanas racionais dava-se somente à luz “da seleção dos melhores meios para a realização de um fim” – mas a essa dimensão instrumental soma-se o nível comunicativo¹²⁶.

A consequência imediata da referida construção teórica é a constatação de que é nessa nova percepção da racionalidade que está o fio condutor das reflexões no campo da integração social. A sociedade atual caracteriza-se pelo pluralismo e é nesse contexto que a busca por entendimento deve ser considerada. Torna-se, pois, primordial a coordenação de diferentes planos de ação individual. Sendo assim, o modelo proposto por Habermas deve ser pensado sob o prisma da comunicação no interior da sociedade¹²⁷.

¹²² PEDRON, Flávio Quinaud. **A teoria do Direito e da democracia de Jürgen Habermas**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3935, 10 abr. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/27387>. Acesso em 5 mar. 2018

¹²³ LEAL, André Cordeiro, ob. cit., p. 144.

¹²⁴ PEDRON, Flávio Quinaud, ob. cit. Acesso em 5 mar. 2018

¹²⁵ PEDRON, Flávio Quinaud, ob. cit. Acesso em 5 mar. 2018

¹²⁶ PEDRON, Flávio Quinaud, ob. cit. Acesso em 5 mar. 2018.

¹²⁷ PEDRON, Flávio Quinaud, ob. cit. Acesso em 5 mar. 2018

Faz-se oportuno, neste ponto, transcrever elucidativo enunciado de Flávio Quinaud Pedron sobre a interação entre indivíduos à luz da teoria de Habermas: “(..) sempre que falantes dispostos ao entendimento engajam-se numa interação, eles encontram duas possibilidades: (1) concordarem mutuamente sobre as pretensões de validade de seus atos de fala; ou (2) levantarem pontos em que haja discordância, problematizando-os”.

A teoria da razão comunicativa serviu de inspiração para Habermas, mais tarde e a partir da desconstrução de outras doutrinas filosóficas e sociológicas, propor a teoria discursiva do direito, em que pretendeu colocar a teoria processual no centro das discussões acerca da legitimação do direito nas democracias¹²⁸.

Andréa Alves de Almeida lembra que, quando da formulação de sua teoria da ação comunicativa, Habermas ainda se mantinha aliado ao positivismo sociológico, “que entende o direito como mera expressão da realidade encontrada, deixada pela tradição”. Isso porque, com fundamento na Filosofia do Direito de Kant, entendia pertinente imaginar que, nas sociedades modernas, haveria uma relação de complementariedade entre Moral e Direito. Somente em um segundo momento, quando passa a compreender a moral como resultante de um “procedimento argumentativo”, é que Habermas constrói uma teoria em que o direito ganha *status* de “agente transformador da realidade”. Na mesma medida, o sociólogo rompe com o positivismo sociológico, pela teorização de que Direito e Moral “se complementam reciprocamente”, sem que haja qualquer relação de dependência entre eles¹²⁹. Essa percepção foi o que permitiu uma

reflexão do direito na sociologia jurídica e na filosofia política com um sistema de ação, que passa a ser discutido como agente transformador da realidade pelo médium da processualidade, colocando a Teoria do Processo no centro de estudo quanto à validade, à legitimidade e à operacionalização do direito nas democracias (...)¹³⁰

Quando atribui “simultaneidade na origem” e descreve a existência de uma relação de “complementariedade procedimental” entre Direito e Moral, Habermas confere neutralidade ao direito, de forma a viabilizar que questões jurídicas sejam influenciadas por “outras instâncias sociais (política, economia), através do devido processo legislativo e do devido processo legal”. A noção de justiça, assim, desloca-se da mera formação dos provimentos para consolidar-se no procedimento de formação das normas. Em síntese, os critérios de justiça passam a ser

¹²⁸ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit. p. 36.

¹²⁹ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit. p. 44.

¹³⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit. p. 44.

estabelecidos segundo “a elaboração de procedimentos que encerram uma correição processual interna, que se origina na vontade discursiva dos cidadãos”¹³¹.

Isso posto, podemos vislumbrar a transposição de algumas das premissas suscitadas por Habermas em suas obras para o processo civil. As ideias habermasianas ganham contornos bem definidos no âmbito processual, especialmente quando consideramos aspectos atinentes à participação dos sujeitos do processo, através do contraditório; a garantia à igualdade de tratamento das partes perante o tribunal; e o incentivo pelas vias consensuais de resolução de conflitos¹³².

Outro ponto que merece menção nesta breve reflexão sobre os conceitos enunciados por Habermas, e que encontram ressonância na seara do processo civil, é a elucidação do significado de “verdade” para o referido autor. Isso porque é inegável a relevância do tema para o processo judicial, que, em última instância, utiliza-se, justamente, da verdade construída ao longo do procedimento para conferir sentido de justiça à decisão final.

Habermas atribui à “verdade” um “conceito dialético”, decorrente da argumentação que se estabelece entre os sujeitos. Nesse contexto, para Habermas, a verdade não é descoberta, mas, sim, construída pela argumentação. É, em síntese, “o resultado a que se chega por meio de um consenso entre os sujeitos naquele determinado tempo”. A formação do conceito de “verdade” habermasiano só se torna possível na presença “da argumentação, do consenso discursivo entre os sujeitos, da cooperação voltada para o entendimento mútuo racional entre os participantes do discurso, não sendo a verdade nem a legitimidade conceitos absolutos”¹³³.

1.8.3 TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA

Antes de efetivamente nos aprofundarmos na análise das peculiaridades da teoria neo-institucionalista, parecem-nos oportunos alguns apontamentos iniciais, com o escopo de melhor contextualizar a escola processual que, mais adiante, descreveremos.

Para favorecer a compreensão do real significado de um Estado Democrático de Direito, é preciso, preliminarmente, ter algum esclarecimento acerca de dois conceitos que, no referido modelo estatal, interrelacionam-se de maneira bastante peculiar, quais sejam,

¹³¹ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit. p. 48.

¹³² MACHADO, Vitor Gonçalves. A busca da "verdade" para Jürgen Habermas e seus reflexos no novo código de processo civil brasileiro. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, n. 4, 2014, p. 820.

¹³³ MACHADO, Vitor Gonçalves, ob. cit., p. 821.

“democracia” e “constitucionalismo”. Dierle Nunes e Alexandre Bahia¹³⁴ trazem relevantes considerações sobre essa distinção, quando mencionam que, embora a “democracia” associe-se à noção de maiorias e a “constituição” represente um enunciado de direitos fundamentais dos quais as minorias podem se utilizar para defenderem suas pretensões contra os da maioria, é preciso que ambas andem “lado a lado”¹³⁵, sob pena de configurar-se uma ditadura, pela prevalência de um ou de outro. Aproveitamo-nos, ainda, das lições dos referidos autores para reproduzirmos enunciado de Menelick Carvalho Netto¹³⁶, que Dierle Nunes e Alexandre Bahia, oportunamente, destacaram no âmbito destas reflexões.

O constitucionalismo só é efetivamente constitucional se institucionaliza a democracia, o pluralismo, a cidadania de todos, se não o fizer é despotismo, autoritarismo; bem como a democracia só é democracia se impõe limites constitucionais à vontade popular, à vontade da maioria, se assim não for estaremos diante de uma ditadura, do despotismo, do autoritarismo.

A teoria neo-institucionalista é uma proposição (como a ela se refere o autor) de teoria do processo formulada pelo Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, fundamentada em premissas do direito democrático, especialmente, nas bases legitimadoras da cidadania¹³⁷. O autor enfatiza que, diferentemente do conceito de *instituição* atribuído ao processo, por Guasp – apoiada em pressupostos sociológicos (costume, ética social) – a teoria neo-institucionalista confere-lhe “acepção de conjunto de institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar (...) o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional (...)”¹³⁸.

Andréa Alves de Almeida destaca que o Professor Rosemiro se valeu da visão crítica de Popper para, comprometendo-se com a teorização constitucional do direito, criar as bases de um referencial lógico-jurídico que pretendeu testar as teorias (positivadas ou não) autointituladas democráticas¹³⁹. A mesma autora ainda assevera no sentido de que, tal como proposto por Popper no âmbito de sua teoria, “a visão neo-institucionalista de processo

¹³⁴ NUNES, Dierle & BAHIA, Alexandre. **Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na américa latina: alguns apontamentos**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 2010.

¹³⁵ NUNES, Dierle & BAHIA, Alexandre, ob. cit., p. 63.

¹³⁶ NETTO, Menelick Carvalho apud NUNES, Dierle & BAHIA, Alexandre. **Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na américa latina: alguns apontamentos**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 2010. p. 63.

¹³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p.154.

¹³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p.153.

¹³⁹ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 66.

contempla a falibilidade do sistema e, por esse motivo, somente pode ser aplicada numa sociedade aberta”¹⁴⁰.

A primeira premissa da teoria neo-institucionalista que merece ser trazida à baila, e que marca sua principal distinção da teoria constitucionalista, é “a proposta de uma teoria da constituição egressa de um espaço processualizado, em que o povo total da comunidade política (...) é a causalidade dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos”¹⁴¹. É exatamente por isso que, conforme já mencionado, a teoria fundamenta-se, essencialmente, em um exercício pleno da cidadania, que se caracterizaria pela conscientização política da comunidade quanto à existência de um projeto constitucional direcionado à atividade legiferante, e não pela mera constituição de órgãos de representação do povo (“ficticiamente considerado”)¹⁴².

Registre-se, assim, que a teoria neo-institucionalista pretende fixar um conceito de processo, com fundamento constitucional e que produz conteúdos, a partir do contínuo exercício da cidadania no espaço processual¹⁴³. O Professor Rosemiro construiu sua proposta de teoria sobre a premissa de que o processo constitucional, como instituição constitucionalizada, viabiliza a efetivação da democracia quando cria um discurso jurídico apto a realizar, criar e aplicar os direitos constitucionalmente assegurados¹⁴⁴. Nesse contexto, o devido processo constitucional expressa-se através do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, norteadores do discurso jurídico dos procedimentos, em todos os níveis.

Nesse contexto, entende-se por contraditório a oportunidade de participação equiparada dos interessados na formação do provimento final. No que tange à isonomia, cumpre-nos esclarecer que a teoria neo-institucionalista distingue as isonomias substancial (material) e processual. A primeira pretende atingir a igualdade de condições econômicas, preceituando tratar os iguais de modo igual e os diferentes de modo diferente. Já a isonomia processual consiste na igualdade temporal de manifestação (dizer e contradizer) quando da construção da estrutura procedimental, “porque o direito ao processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, a disparidade econômica não pode impedir ou dificultar a prática de atos processuais”¹⁴⁵.

¹⁴⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 66.

¹⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p.154.

¹⁴² LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p.155.

¹⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p.157.

¹⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p.157.

¹⁴⁵ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 69.

Importante anotarmos, ainda, algumas observações referentes à ampla defesa, na perspectiva neo-institucionalista. A ampla defesa pode ser definida como uma coextensão dos princípios do contraditório e da isonomia, porque materializa-se dentro do procedimento em contraditório. Assim

a defesa (argumentação) irrestrita só se efetiva pela participação dos advogados das partes ou interessados na estruturação dos procedimentos jurisdicionais (...) porque a defesa somente poderá ser exercida de forma plena e ampla quando o direito à liberdade e de acesso à informação for ilimitado¹⁴⁶.

Ao longo de toda a exposição de sua teoria, o doutrinador posiciona-se avesso à ideia que concebe o processo como um instrumento da jurisdição (e à qual se refere como escola instrumentalista). É na reconstrução dessa premissa, inclusive, que se assenta a chamada Escola Mineira de Processo^{147 148}. Francisco José Borges Motta e Adalberto Narciso Hommerding dedicaram um artigo à discussão que pretende esclarecer os fundamentos do processo

¹⁴⁶ ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 71.

¹⁴⁷ “(...) processo percebido como instituto fomentador do jogo democrático, baliza e garantia na tomada dos provimentos jurisdicionais (além de legislativos e administrativos) viabilizador da participação e do controle”: o processo não há de ser considerado “instrumento da atividade jurisdicional, mas uma forma de controlá-la” (MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2013. p. 201 e 204)

¹⁴⁸ “A análise da doutrina processual permite dizer que, hoje, no Brasil, existem duas escolas de processo. Uma é a *escola paulista*, que encampa a visão tradicional, centrada nos conceitos de ação, jurisdição e processo, apenas agregando-lhes aspectos finalísticos. Essa corrente é denominada de teoria instrumentalista. O critério utilizado para essa divisão decorre da proposta epistemológica de cada uma delas. A escola paulista é uma escola essencialmente dogmática, sem muita abertura para outros ramos do conhecimento, como a Sociologia, a Filosofia, a Ciência Política etc. Já a escola mineira, podemos dizer, é uma escola essencialmente filosófica e interdisciplinar, com inserções no campo da Hermenêutica e da Filosofia da Linguagem, apresentando uma proposta epistemológica bastante densa, que coloca em xeque o próprio paradigma da modernidade. A teoria instrumentalista, que tem Cândido Rangel Dinamarco como seu principal formulador, é hoje a concepção dominante sobre o processo civil nos meios acadêmicos brasileiros. Tal concepção, que se apresentou apenas como um aperfeiçoamento da teoria defendida pela chamada escola paulista de processo, não efetuou uma ruptura com as categorias tradicionais, como os conceitos de ação, jurisdição e processo, mas apenas agregou-lhes uma dimensão de instrumentalidade, numa clara tentativa de adaptar o discurso processual ao ambiente democrático que sugira após a queda do regime militar (...) A teoria instrumentalista de Dinamarco pode ser sintetizada em três eixos: a) valorização da categoria *jurisdição*, com o deslocamento do principal eixo processual da *ação* para a *jurisdição*; b) admissão do caráter teleológico do processo, reconhecendo que ele tem escopos sociais, políticos e jurídicos; c) defesa de que o processo não pode ser considerado um fim em si mesmo (sentido negativo da instrumentalidade), e que os juristas devem perseguir os objetivos fixados nos três planos citados (sentido positivo da instrumentalidade).” (LOPES, José Domingos Rodrigues. As duas propostas contemporâneas de abordagem do processo civil brasileiro: Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/34573/as-duas-propostas-contemporaneas-de-abordagem-do-processo-civil-brasileiro-instrumentalismo-x-neoinstitucionalismo>. Acesso em 19 de junho 2018.

Sobre a Escola Mineira de Processo, Dierle Nunes assevera que, no âmbito do programa de pós-graduação stricto sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, há mais de uma década, vêm sendo desenvolvidas “críticas e reflexões doutrinárias (...) com o objetivo de contribuir (...) para uma reconstrução da teoria e da dogmática processual no marco do Estado democrático de direito” (NUNES, 2012, p. 202). O autor ainda ressalta que os pesquisadores e professores mineiros problematizam os “modelos estatais da modernidade (liberal e social)” a partir de uma perspectiva democrática procedimental. (NUNES, 2012, p. 202).

democrático e – ainda no contexto da discussão que visa redefinir o processo, tirando-lhe a característica de instrumento – afirmam que é preciso que os princípios constitucionais norteiem a dinâmica do processo, de forma a, simultaneamente, estabelecer limites aos poderes estatais e garantir a efetiva participação dos interessados no provimento jurisdicional¹⁴⁹.

O principal viés da teoria neo-institucionalista está, justamente, no debate sobre o papel do processo na ordem jurídica. Nessa nova proposta teórica, o *devido processo coconstitucionalizante*¹⁵⁰ perde o caráter instrumental, tal como vinha sendo tratado por correntes doutrinárias anteriores, para ganhar *status* de formador (institucionalizante) do sistema jurídico.

É esse o aspecto que respalda o processo democrático e aqui é referido de forma genérica, sem o grau de detalhamento de que o jurista mineiro se utilizou para descrever sua teoria: o processo não é um instrumento formal que preza pela máxima eficiência e rapidez na aplicação do direito, mas é “uma estrutura constitucionalizada” que pretende concretizar princípios constitucionais dinâmicos, tais como, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional¹⁵¹.

Utilizando-se da visão epistemológica falibilista – anteriormente mencionada – o Professor Rosemiro Pereira Leal esclarece que, em uma sociedade democrática, a decisão deve decorrer de um espaço procedimental que assegure argumentos e fundamentos processuais, sendo fundamental, para esses fins, o “acolhimento do *non-liquet*” (impossibilidade de o juiz se recusar a decidir à falta de norma) e a supressão das

máximas romanas do *in dubio contra actorem, in dubio contra reum* e *in dubio pro réu*; os princípios transcendentais de boa-fé, bons costumes, conveniência, equidade e bom senso como as súmulas vinculantes que violam a isonomia, a ampla defesa, o contraditório e em corolário a liberdade¹⁵².

Isso porque, a partir de uma visão pós-metafísica, a liberdade deve ser compreendida como um instituto jurídico que surge no discurso intersubjetivo.

¹⁴⁹MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 2013. p. 201.

¹⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira, ob. cit., p.159.

¹⁵¹ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso, ob. cit., p. 202.

¹⁵² ALMEIDA, Andréa Alves de, ob. cit., p. 67.

Dierle José Coelho Nunes¹⁵³ utiliza-se da perspectiva neo-institucionalista para traçar vias de democratização do processo civil, pela comparticipação¹⁵⁴ e o policentrismo, em sua tese de doutoramento, apresentada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ao iniciar suas considerações, ressalta que, em um Estado Democrático de Direito, não há prevalência da autonomia privada sobre estatal ou vice-versa, “ambas pressupõem-se mutuamente”¹⁵⁵. O espaço processual, criado sob o prisma democrático, pretende, justamente, viabilizar um discurso com livre flutuação de temas e argumentos para fins de deliberação. Em última instância, visa afastar o “privilégio cognitivo”¹⁵⁶, até então assegurado ao juiz, para cancelar uma prática que “leva obrigatoriamente à percepção de uma perspectiva intersubjetiva e comparticipativa do processo judicial”¹⁵⁷.

A teoria neo-institucionalista pretende estruturar o processo de forma a permitir um exercício “de controle compartilhado sobre o papel do magistrado e das partes”¹⁵⁸, a partir da releitura, na visão do Estado Democrático de Direito, de princípios já enunciados no modelo constitucional de processo.

¹⁵³ NUNES, Dierle José. *Comparticipação e Policentrismo: horizontes para a democratização do processo civil*. Tese de doutoramento. Belo Horizonte, 2008.

¹⁵⁴ Em sua obra, Dierle Nunes coloca o policentrismo e a comparticipação como as bases fundamentais para a (re)construção do processo sob o prisma do Estado Democrático. Ao longo de toda sua exposição sobre o tema, o referido professor privilegia o termo “comparticipação” nos debates atinentes à organização processual contemporânea, a qual, no Brasil, consolidou-se pela entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, em 2015. A respeito da “comparticipação”, cumpre-nos esclarecer que, a despeito de seu sentido não destoar daquele que comumente atribuído à “cooperação” ou “colaboração” pela doutrina especializada, o autor mineiro é, certamente, mais criterioso quando se preocupa em delimitar as condições para a defendida comparticipação, qual sejam, “...sujeitos de direito em condições de paritária situação jurídica (mas com papéis diferenciados)” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 53).

¹⁵⁵ NUNES, Dierle José, ob. cit., p. 22.

¹⁵⁶ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.22.

¹⁵⁷ NUNES, Dierle José, ob. cit., p. 23.

¹⁵⁸ NUNES, Dierle José, ob. cit., p. 23.

CAPITULO 2: O PRINCÍPIO DA GESTÃO PROCESSUAL

2. 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Anton Menger foi um importante defensor do socialismo jurídico. Foi ferrenho opositor à lógica liberal, especialmente no que se refere ao excesso de formalismo e à passividade judicial. Na sua concepção, foram essas características do processo liberal que contribuíram para que, naquele contexto, fosse preconizada a igualdade formal que, em última análise, privilegiava os economicamente favorecidos.

Inspirado nas lições de Menger, Franz Klein encabeçou o movimento de mudança legislativa para a criação de um novo modelo processual, que pretendia romper com o sistema liberal, prevalente à época^{159 160}. A primeira legislação a abarcar os preceitos socializadores foi a Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro, de 1895, que inovou ao limitar a liberdade das partes pela “atribuição do papel de senhor do juízo ao magistrado”. Restava, pois, configurado um processo de características antiliberal e autoritário¹⁶¹.

Nessa perspectiva processual, o protagonismo dos juízes implicava uma participação ativa no decorrer do procedimento, com fins de favorecer o esclarecimento, pelas partes, dos fatos aduzidos de forma insatisfatória e, também, sugerindo a complementação de informações, com o objetivo de melhor viabilizar o julgamento da causa¹⁶².

Para Klein, o processo tem inegável função social e “para tanto, estrutura um modelo técnico de procedimento oral em que se atribui um reforço dos poderes do juiz, que deverá participar mais intensamente da direção do processo, influenciando de forma ativa no accertamento dos fatos”¹⁶³

A ZPO alemã de 1877 foi a primeira legislação processual liberal a sofrer os impactos do movimento de Klein. Embora o referido diploma legal tenha sido formulado sob paradigmas liberais, as alterações instituídas em 1909, 1924 e 1933 marcaram o início de transformações inspiradas nas concepções austríacas¹⁶⁴.

¹⁵⁹ NUNES, Dierle. **What is left of Klein? Procedural reforms: statism or privatism?** For a co-participative model on the new Brazilian CPC.

¹⁶⁰ NUNES, Dierle José, ob. cit., p. 49.

¹⁶¹ NUNES, Dierle José, ob. cit., p. 49.

¹⁶² NUNES, Dierle José, ob. cit., p. 50.

¹⁶³ NUNES, Dierle José, ob. cit., p. 52.

¹⁶⁴ NUNES, Dierle José, ob. cit., p. 54.

Merece destaque a referida reforma de 1924, que inovou pelo reforço dos poderes dos magistrados na direção formal e material do procedimento, contribuindo, assim, para que os juízes assumissem um papel mais ativo, no que tange ao objeto da lide. Em contrapartida, as partes perderam o protagonismo de que dispunham, pela retirada de seu controle sobre os prazos processuais¹⁶⁵.

Ainda sobre as reformas da legislação alemã, vale mencionar, também, algumas mudanças emersas na reforma de 1933 que, estruturada sob o pano de fundo do regime nazista, pretendeu um discurso legislativo que priorizasse uma “justiça rápida e mais próxima do povo, partindo da ideia de que a função jurisdicional não serve somente às partes, mas, principalmente, à segurança jurídica da coletividade”¹⁶⁶. A consequência imediata dessas reformas foi a retirada do controle sobre os prazos das partes e um considerável aumento do protagonismo dos juízes.

Dierle Nunes, a respeito do contexto histórico em que tais mudanças se processaram, lembra a inegável conexão entre o Direito Processual e as concepções políticas e filosóficas prevalentes em determinada época. Especificamente, no que tange às reformas aqui suscitadas, o referido autor ressalta que a Reforma de 27 de outubro de 1933 encontrou “no Estado Nacional-socialista, recém entrado em vigor em 31 de janeiro de 1931, a possibilidade de rompimento definitivo com a concepção de processo liberal, que permitiu ao juiz maior ingerência na tramitação do processo do que na reforma anterior (1924).”¹⁶⁷

Restou configurada, pois, no âmbito legislativo, uma socialização processual, com aumento do protagonismo judicial.¹⁶⁸

Ocorre que, no segundo pós-guerra, o cenário descrito passa a sofrer algumas mudanças de perspectiva. Isso porque consolida-se uma maior abertura da ciência jurídica aos anseios sociais. Para a configuração desse novo quadro, foi determinante a criação dos Tribunais Constitucionais, o que ensejou uma nova leitura dos princípios constitucionais por essas Cortes¹⁶⁹.

É nesse contexto histórico que surgem novos meios de utilização da técnica processual, com fins de alcançar a justiça social: (a) a implementação de vias de simplificação dos

¹⁶⁵ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.54.

¹⁶⁶ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.54

¹⁶⁷ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.55

¹⁶⁸ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.56.

¹⁶⁹ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.70.

procedimentos, (b) “a presença de leigos nos colégios judicantes e (c) o aumento dos poderes judiciais, especialmente no campo probatório”¹⁷⁰.

O principal objetivo da suscitada simplificação procedimental era aumentar a acessibilidade ao judiciário, especialmente pelos menos favorecidos.

Na década de 1970, acirraram-se as discussões acerca da capacidade de os procedimentos judiciais ajustarem-se ao afloramento de direitos sociais e difusos. Concomitantemente, intensificaram-se os questionamentos quanto aos problemas relacionados à lentidão, excesso de formalismo e custo desses procedimentos¹⁷¹.

Surge, então, um movimento de socialização processual, que se formalizou pela implementação do Projeto Florença de Acesso à Justiça – uma pesquisa que envolveu 23 países e que identificou as falhas e possíveis soluções para problemas nos respectivos sistemas judiciários.

O referido projeto foi patrocinado pela Fundação Ford, juntamente com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália, e tentou “equacionar as relações entre processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado Protetivo e de Bem-Estar Social”¹⁷².

Ainda na seara do Projeto Florença de Acesso à Justiça, merece menção o relatório alemão, de autoria de Rolf Bender e Christoph Strecker, em que foram enunciados os fundamentos daquele que ficou conhecido como “Modelo de Stuttgart”, que norteou a reforma processual de 1976 e cujas bases teóricas foram idealizadas pelo professor Fritz Baur¹⁷³.

Neste ponto de nosso trabalho, caberão, apenas, breves referências a algumas das conclusões suscitadas por Baur, em preleção realizada na conferência *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß* (Vias para a concentração da audiência oral no processo), ocorrida em 1965¹⁷⁴. Em momento posterior, no âmbito de nossa discussão acerca do processo cooperativo, far-se-ão oportunas menções às suas propostas.

Na aludida preleção, o professor Baur asseverou que

a adoção da oralidade e do ativismo judicial não foram suficientes para resolver os problemas de demora do processo e que, apesar do desenvolvimento dogmático da ciência processual alemã, esta ainda não havia reconhecido sua tarefa de gerar impactos jurídico-políticos”¹⁷⁵.

¹⁷⁰ NUNES, Dierle José, ob. cit., p. 70.

¹⁷¹ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.76.

¹⁷² NUNES, Dierle José, ob. cit., p.77.

¹⁷³ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.78.

¹⁷⁴ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.78.

¹⁷⁵ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.78.

No direito português, o ativismo judicial tem raízes na primeira metade do século XX, especialmente consagrado no artigo 266º do Código de Processo Civil de 1939, que determinava¹⁷⁶: “A justiça deve ser pronta. Ao juiz cumpre remover todos os obstáculos que se oponham ao andamento regular da causa, quer recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório, quer ordenando o que for necessário para o seguimento do processo”.

Antonio Santos Abrantes Geraldès chama a atenção para o fato de que revisões posteriores do CPC português de 1939 se caracterizaram por um reforço gradual do princípio do inquisitório sobre o dispositivo. Prova disso são as opções legislativas orientadas no sentido de favorecer a celeridade processual, pela prevalência da finalidade essencial da prática de um ato, em detrimento da estrita observância de aspectos de natureza formal¹⁷⁷.

O autor faz, ainda, importante ressalva no que tange às críticas que atribuem caráter “autoritário” ao modelo processual que privilegiou o protagonismo do julgador. Nesse sentido, lembra que a realidade política em que o CPC de 1939 foi elaborado conferia ao juiz poderes com um viés autoritário, mas alusões àquela realidade não são mais compatíveis com a ordem constitucional hoje estabelecida, que confere, aos magistrados, poderes de direção limitados pela Carta Constitucional¹⁷⁸.

Todavia cabe-nos registrar que, embora novos e maiores poderes tenham sido concedidos aos magistrados na legislação processual portuguesa, após 1939, o princípio do dispositivo sempre restou consagrado no diploma legal.

2.2 ORIGEM, CONCEITO E OBJETIVOS

A publicação dos resultados do Projeto de Acesso à Justiça, em 1978, inspirou o aprimoramento dos sistemas processuais existentes à época e colaborou para a estruturação de suas reformas¹⁷⁹.

Cumpramos registrar entendimento de Miguel Mesquita, para quem a ideia de atribuir ao juiz poderes na direção do processo, no ordenamento jurídico português, data da primeira metade do século XX, quando traços de ativismo judicial já eram observados em alguns

¹⁷⁶ MESQUITA, Miguel. Princípio da Gestão Processual: o Santo Graal do Novo Processo Civil. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, v. 3995, n. 145, 2015. p.80.

¹⁷⁷ GERALDES, Antonio Santos Abrantes. **Reforço** dos poderes do juiz na gestão e na dinamização do processo. Disponível em <https://www.mjd.org.pt/default/storage/content/150/attachments/reforco-dos-poderes-do-juiz-na-gestao-e-na-dinamizacao-do-processopdf.pdf>. Acesso em 4/05/2018.

¹⁷⁸ GERALDES, Antonio Santos Abrantes, ob. cit. Acesso em 4/05/2018.

¹⁷⁹ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.84.

diplomas legais, inclusive, no Código de Processo Civil de 1939. O professor lembra que Alberto dos Reis já tecera comentários acerca do *poder de impulsão* que constava do enunciado do artigo 28º, nº 9, do Decreto nº 12.353, de setembro de 1926, que atribuía ao juiz a prerrogativa de “remover todos os obstáculos ao seguimento do processo”¹⁸⁰.

Ainda nos valendo das lições de Miguel Mesquita, encontramos mais evidências de que, de fato, a positivação de poderes instrutórios do juiz no ordenamento lusitano é mais antiga do que aquela suscitada por muitos doutrinadores. Nesse contexto, oportuna se faz menção ao teor do artigo 14º do Decreto nº 21.287, de 26 de maio de 1932, que já enunciava preceitos do que, mais tarde, a doutrina classificaria como *gestão formal* e *gestão material*. Senão vejamos:

A instrução do processo pertence às partes, mas, sob a direcção e fiscalização do juiz, o qual pode e deve tomar todas as providências necessárias para assegurar a maior rapidez, simplicidade e economia na preparação, discussão e julgamento da causa e para conseguir que a decisão corresponda à verdade e à justiça¹⁸¹.

Consoante ao entendimento de que o juiz dirigente e ativo já figurava no ordenamento jurídico português, antes mesmo da Reforma de 95/96, manifestou-se, também, António Santos Abrantes Galdes, para quem o modelo processual instituído em 1939¹⁸² revelou manifestações do princípio do inquisitório, pela atribuição de um papel mais ativo “na condução do processo e na busca da verdade material”¹⁸³.

No entanto, é certo que a já mencionada Reforma de 95/96 marcou de maneira mais incisiva a tendência legislativa de reforço dos poderes do juiz no processo. Emergiram, pois, novas atribuições atinentes à superação de exceções dilatórias supráveis, interferência quando da necessidade de esclarecimentos de articulados deficientes ou irregulares, “ampliação dos poderes ao nível da busca da verdade material”, atuação pautada no princípio da cooperação e “consagração, em moldes até então desconhecidos, do princípio da adequação formal”¹⁸⁴.

Dierle Nunes assevera que o modelo reformista português não foi absolutamente fiel às tendências e à preocupação dos movimentos reformistas de carácter social que pretendiam a superação do processo liberal. O autor menciona que, embora as alterações legislativas portuguesas – os Decretos-leis 329-A/1995, de 12 de dezembro, e 180/96 – tenham

¹⁸⁰ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p. 80.

¹⁸¹ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p. 80.

¹⁸² Artigo 266º do Código de Processo Civil de 1939: “A justiça deve ser pronta. Ao juiz cumpre remover todos os obstáculos que se oponham ao andamento regular da causa, quer recusando o que for impertinente ou meramente dilatório, quer ordenando o que for necessário para o seguimento do processo”. (MESQUITA, Miguel. Princípio da gestão processual: o <Santo Graal> do novo processo civil? Revista de Legislação e de Jurisprudência. Nº 3995. p. 80)

¹⁸³ GERALDES, Antonio Santos Abrantes, ob. cit. Acesso em 4/05/2018, p. 2.

¹⁸⁴ GERALDES, Antonio Santos Abrantes, ob. cit. Acesso em 4/05/2018, p. 2-3

implementado um maior ativismo judicial, o legislador o fez a partir de uma perspectiva cooperativa de processo, que ensejava a repartição da direção do processo entre as partes e o juiz¹⁸⁵.

O Decreto-lei 108, de 8 de junho de 2006, mais especificamente, instituiu no ordenamento jurídico lusitano o denominado “Regime especial experimental”. Foi nesse momento que o legislador português inovou pela positivação, de forma autônoma da gestão processual¹⁸⁶. Só mais tarde, quando da Reforma de 2013, é que a autonomia da gestão processual foi consagrada no diploma processual português. O atual Código de Processo Civil Português, alterado pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho, consolidou o ativismo do juiz cível no enunciado do artigo 6º, mas, a despeito da remota origem histórica, foi alvo de fortes críticas¹⁸⁷.

Dois doutrinadores que se manifestaram contrários ao princípio da gestão processual, consagrado pela Reforma de 2013, foram Lebre de Freitas e Bonifácio Ramos.

Lebre de Freitas, quando da apreciação do Projeto de reforma, mostrou-se desconfiado diante do princípio de gestão processual, manifestando-se especialmente descontente com a intenção de o legislador conferir autonomia a um princípio que, no seu entender, representava mera extensão dos princípios do inquisitório e da adequação formal¹⁸⁸.

Para Bonifácio Ramos, o princípio da gestão processual mostra-se “enigmático”¹⁸⁹. O autor manifesta especial preocupação em como se articularão, no seio do novo CPC-P, os princípios da cooperação (também consagrado no referido diploma legal) e da gestão processual.

Sua desconfiança sobre a viabilidade de convivência entre os dois princípios repousa no temor de que “a cooperação recíproca entre as partes e o tribunal” possa, em alguma medida, ficar comprometida pela direção ativa do processo e pela consequente adoção “de mecanismos de simplificação e de agilização processual”¹⁹⁰.

Por *gestão*, de forma genérica, apreende-se a ideia de gerenciamento, de administração. Refere-se, em suma, a atividades relacionadas à governança, direção e organização de um projeto/serviço que visem a um determinado fim. Como bem anotado por

¹⁸⁵ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.87.

¹⁸⁶ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.87

¹⁸⁷ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p. 81.

¹⁸⁸ Lebre de Freitas apud MESQUITA, Miguel. Princípio da Gestão Processual: o Santo Graal do Novo Processo Civil. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 3995, n. 145, 2015. p. 8

¹⁸⁹ RAMOS, José Luís Bonifácio. Questões relativas à Reforma do Código de Processo Civil in Estudos em Homenagem ao Prof Doutor Lebre de Freitas, vol I, Coimbra Editora, 2013, p. 950.

¹⁹⁰ RAMOS, José Luís Bonifácio, ob. cit., p. 950.

Miguel Mesquita, a atuação do gestor – considerando-se o sentido *lato* acima mencionado – pauta-se não somente por critérios de legalidade, mas também, por critérios de oportunidade¹⁹¹.

No contexto judiciário, por sua vez, a palavra *gestão* pode apresentar dois sentidos principais: (1) o de gestão inter-processual, ou seja, gestão do universo total de processos em trâmite nos juízos e tribunais, e a que devem ser garantidos a correta tramitação, com vistas à melhor consecução dos fins do serviço; e (2) o de gestão intra-processual, que limita-se ao conjunto de regras e práticas adotadas quando da condução individual de cada processo¹⁹².

Conforme já explanado, a Reforma processual de 1995/96 consagrou o ativismo judicial, dentre outros, pela positivação do princípio da adequação formal. O objetivo era permitir a flexibilização do procedimento, autorizando o juiz a adequar a forma do processo ao caso concreto, ainda que isso implicasse o desvio do padrão legalmente posto¹⁹³. Assim, é inegável a existência de alguma similaridade entre aquele princípio e o da gestão processual, mais tarde, positivado autonomamente. Em verdade, alguns autores sequer distinguem os termos, correlacionam-nos. Esse é o posicionamento com o qual se alinha Miguel Teixeira de Sousa, para quem “a adequação formal, enquanto acto de gestão processual, pode ser ordenada a qualquer momento da tramitação da causa”¹⁹⁴.

Oportuno se faz, neste ponto, tratar, sumariamente, do *case management*, que representou, em alguma medida, a incorporação dos preceitos socializadores ao sistema processual inglês. Os processos no *common law* caracterizavam-se pela ideia de litígio das partes, em que prevalecia a concepção *adversary*, que pressupunha uma igualdade material entre os litigantes¹⁹⁵.

No final no século XX, no entanto, entrou em vigor uma nova legislação processual inglesa – a *Civil Procedure Rules* – que evidenciou o “esmorecimento do *adversarial principle*”¹⁹⁶, pelo influxo “da tendência de reforço dos poderes judiciais, típica da circulação de modelos, aludida por Taruffo, na qual ocorre um complexo intercâmbio de modelos e experiências entre sistemas de *civil e common law*”¹⁹⁷.

¹⁹¹ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p. 82.

¹⁹² RAPOSO, João Vasconcelos; COELHO, Luísa; CARVALHO, Luís Baptista; FERNANDES, Susana. **Gestão Processual** – experiência de serviço num mega-juízo. Julgar, nº 20, maio/agosto, 2013. p.100.

¹⁹³ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p. 83.

¹⁹⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil. Revista Direito Privado, n. 43. Julho/setembro 2013. p. 13.

¹⁹⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 130.

¹⁹⁶ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p. 85.

¹⁹⁷ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 130.

A reforma inglesa não desconfigurou a já consagrada “tradição oral e adversarial do sistema”, mas pretendeu, pela atribuição de poderes gerenciais às cortes, coibir eventuais abusos¹⁹⁸. Um dos pilares fundadores da *Civil Procedure Rules* era o princípio do *case management*, que atribui ao juiz poderes no decorrer de todo o *inter processual*, desde a citação – ato que representa a transferência do controle do procedimento das partes para o tribunal¹⁹⁹
200

Dessa forma, o processo passa a se estruturar em duas fases, quais sejam, (1) a audiência prévia (*pre trial*) e (2) a audiência final (*trial*). A primeira fase era destinada a delimitar a matéria controvertida que seria objeto da produção probatória e, também, resolver, desde logo, questões preliminares²⁰¹.

Colocadas, nessa primeira fase, as questões atinentes à melhor preparação da fase de discussão, na sequência, a legislação inglesa prevê três percursos (*tracks*) que devem ser escolhidos, a depender do caso concreto. São eles: (i) small claims track – ações de valor igual ou inferior a £5,000; (ii) fast track – ações com valor superior a £5,000 e igual ou inferior a £15,000; (iii) multi-track – ações com valor superior a £15,000. É nesse momento que o magistrado cumpre o exercício de deveres de gestão para, juntamente com as partes, determinar, consoante ao grau de complexidade da causa, a via procedimental mais adequada²⁰².

Nos Estados Unidos, onde o sistema processual é eminentemente adversarial, também já são observadas aplicações do princípio da gestão processual. Trata-se de um movimento relativamente recente, mas juízes já têm atuado no sentido de gerir suas causas “depurando e limitando as questões e encorajando a realização de transições”²⁰³.

Em 1991 foi publicado o denominado *Guia de bolso para juízes*²⁰⁴, pelo Federal Judicial Center, nos Estados Unidos. O propósito da referida obra foi consolidar mecanismos de gestão processual que permitissem a resolução justa, célere e econômica dos processos judiciais, diante dos baixos recursos direcionados ao sistema judiciário e, concomitantemente, ao aumento de demandas.

José Igreja Matos remonta a meados da década de 1990 a chegada dessas “questões manageriais” à Europa, e atribui o fato às restrições orçamentárias e ao demasiado aumento da

¹⁹⁸ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 130

¹⁹⁹ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p. 86

²⁰⁰ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 130.

²⁰¹ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p. 85.

²⁰² MESQUITA, Miguel, ob. cit., p. 85

²⁰³ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p.87.

²⁰⁴ SCHWARZER, William W.; HIRSCH, Alan. **Os elementos da gestão processual: um guia de bolso para juízes**. 2.ed. Tradução. Paulo Ramos de Faria. 2006

morosidade processual²⁰⁵. O autor ainda acrescenta que as reformas advindas daquele fenômeno levaram a mudanças de política estrutural do judiciário, com consideráveis implicações nas atividades de juízes e tribunais, já que se estabeleceu uma tensão entre os valores da independência e da produtividade²⁰⁶.

Transpondo estas considerações iniciais, prosseguiremos com uma análise fragmentada do conceito de gestão processual, pela caracterização das ideias de gestão formal e gestão material.

2.3 GESTÃO PROCESSUAL FORMAL

A ideia de gestão processual formal tem íntima relação com a busca pela simplificação do procedimento, pela economia processual e, conseqüentemente, pelo aumento da celeridade.

Em Portugal, o ordenamento jurídico já consagrava, para além do atual enunciado no artigo 6º sob o título de “Dever de gestão processual”²⁰⁷, outros mecanismos legais que conferiam aos magistrados poderes na direção do processo. Prova disso são as previsões legais que admitem a possibilidade de o juiz, diante da apresentação insuficientes das alegações de fato, convidar as partes a complementá-las²⁰⁸.

Outro instrumento que o legislador português já colocara à disposição dos juízes, com o objetivo de viabilizar a simplificação do procedimento, é o “princípio da adequação formal” (artigo 547º do CPC-P/2013).

No âmbito probatório, merece menção o “princípio do inquisitório”, consagrado no enunciado do artigo 411º do CPC-P/13, que autoriza o juiz a, mesmo oficiosamente, promover a busca de provas²⁰⁹.

A existência desses dispositivos legais, que já conferiam aos juízes poderes para permitir a direção ativa do processo, é o argumento de que se utilizam alguns doutrinadores

²⁰⁵ MATOS, José Igreja. A gestão processual: um radical regresso às raízes. **Julgar**, Lisboa, v. 10, 2010p.124

²⁰⁶ MATOS, José Igreja, ob. cit., p.124

²⁰⁷ Dever de gestão processual: 1 – Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2 – O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo. (Código de Processo Civil Português).

²⁰⁸ PEIXOTO, Juliene de Souza. **A gestão processual como mecanismo de efetividade e de eficiência**. 2016. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016p. 54.

²⁰⁹ PEIXOTO, Juliene de Souza, ob. cit., p. 54

para criticar a opção feita pelo legislador português em conferir autonomia ao “princípio da gestão processual”, no CPC/13²¹⁰.

Conforme mencionado, o conceito de gestão processual subdivide-se nos aspectos material e formal. Especificamente, no que tange ao seu aspecto material – que será mais adiante melhor comentado – não há, na doutrina, um entendimento pacífico. Isso porque, para alguns doutrinadores, a gestão processual restringe-se à sua esfera formal, em que são identificados dois aspectos: 1) o substancial e (2) o instrumental. A esse respeito, Miguel Teixeira de Sousa esclarece que o primeiro aspecto se caracteriza como aquele atinente à condução do processo; o segundo, por sua vez, remete à noção de adequação formal²¹¹.

Esse autor adverte, quando de suas reflexões sobre o aspecto instrumental da gestão formal, que “o dever de condução do processo que recai sobre o juiz” configura um instrumento que permite simplificar e agilizar o processo, pela modificação da tramitação processual ou dos respectivos atos²¹². O doutrinador conclui que o “*case management* atribui ao juiz o poder de adequar o procedimento à pequena ou grande complexidade da causa”, e o faz lançando mão de seu poder de “adequação formal”²¹³.

Assim, a atribuição de poderes de gestão ao juiz visa à flexibilização do processo. Ressalta-se, ainda, que a gestão processual pretende, em última instância, a diminuição dos custos, do tempo e da complexidade do procedimento, e “pressupõe um juiz empenhado na resolução célere e justa da causa”²¹⁴.

Ressalvados esses pontos, Miguel Teixeira de Sousa sintetiza: “o dever de gestão processual procura ajudar a solucionar a <equação processual>: uma decisão justa do processo com os menores custos, a maior celeridade e a menor complexidade que forem possíveis no caso concreto”²¹⁵.

José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre também se posicionam no sentido de atribuir à gestão processual uma perspectiva exclusivamente formal. Nesse sentido, asseveram que, a despeito da opção legislativa de “importar do regime processual civil experimental (DL

²¹⁰ PEIXOTO, Juliene de Souza, ob. cit., p. 54.

²¹¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil. **Revista Direito Privado**, n. 43. Julho/setembro 2013. p. 10.

²¹² SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., p. 11.

²¹³ SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., p. 11.

²¹⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., p. 10.

²¹⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., p. 10.

108/2006 de 8 de junho), o dever de gestão processual”, com fins de privilegiar a obtenção da decisão de mérito, “a gestão processual permanece uma gestão formal”²¹⁶.

Para os referidos autores, a consequência imediata da aproximação dos conceitos de *gestão processual* e de *adequação formal* é a impossibilidade de, com fundamento no artigo 6º do CPC-P, o juiz inadmitir, por exemplo, a oitiva de testemunhas, sob alegação de já ter sido capaz de formar sua convicção com base em outras provas já produzidas²¹⁷.

Os doutrinadores que admitem a existência apenas do aspecto formal no conceito de gestão processual fundamentam seu entendimento no necessário respeito ao princípio do dispositivo e na inexistência de previsão legal que autorize, de forma expressa, que o juiz modifique o pedido ou a causa de pedir²¹⁸.

2.4 GESTÃO MATERIAL

O conceito de gestão material abarca questões relativas à busca pela verdade e à justa composição da lide. Isso implica dizer que, no aspecto material, ao juiz seriam atribuídos poderes de gestão no mérito da ação, com fins de conduzir à descoberta da verdade e à justa composição²¹⁹.

Roberto Del Claro descreve a gestão material como uma forma de ativismo judicial que pressupõe uma participação ativa do magistrado, no sentido de viabilizar, da melhor maneira possível, que as partes alcancem o objetivo pretendido pelo ajuizamento da demanda²²⁰.

Conforme oportunamente mencionado neste trabalho, a opção do legislador português por consagrar, autonomamente, a gestão processual no CPC/13 recebeu críticas de doutrinadores adeptos da noção de que o dever de *adequação formal* (implementada pela Reforma 1995/96) já conferia aos magistrados poderes de gestão que lhes permitiam adequar o procedimento às peculiaridades de cada caso. E a verdade é que os poderes instrutórios do juiz – que hoje são fonte de controvérsia doutrinária quando colocados na esfera dos deveres de gestão – também não são novidade no ordenamento jurídico, como alguns podem supor. O

²¹⁶ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. **Código de Processo Civil Anotado**, Vol 1. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 21 ss.

²¹⁷ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel, ob. cit., p. 21ss

²¹⁸ PEIXOTO, Juliene de Souza, ob. cit., p. 54.

²¹⁹ PEIXOTO, Juliene de Souza, ob. cit., p. 52.

²²⁰ DEL CLARO, Roberto. Direção material do processo. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. p. 176

princípio do inquisitório, expressamente disposto no CPC/95, já autorizava alguma intervenção judicial no âmbito probatório, de forma bastante clara no nº 3 do artigo 265^{o221}.

A despeito dessas considerações, como vimos, a doutrina lusitana não é pacífica quanto à existência da vertente material no conceito de gestão processual.

Na doutrina alemã, por sua vez, é bastante clara a existência de duas vertentes para a gestão processual, quais sejam, a formal (formeller Verfahrensleitung) e material (materielle Verfahrensleitung)²²².

Para a consecução dos pretendidos fins, ao juiz, no âmbito de sua gestão material, cabe assegurar que todos os fatos alegados possam ser provados; que haja a devida discussão sobre os fatos mais relevantes para a solução do impasse e que, mesmo em relação às matérias que podem ser reconhecidas de ofício, seja sempre assegurada o debate com participação dos interessados²²³.

O juiz auxilia as partes a obterem o máximo do processo, ao mesmo tempo em que se mantém neutro e imparcial em 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 agir²²⁴.

Conclui-se, pois, que a distinção entre a gestão processual, sob as perspectivas formal e material, recai, exclusivamente, sobre o objeto e não sobre seus fins. A gestão formal, tal como já oportunamente comentado, concentra-se em questões relativas ao procedimento. A material, por outro lado, pretende a realização de justiça pela gestão de aspectos atinentes ao pedido e à causa de pedir²²⁵.

A partir da concepção privatística (que oportunamente comentamos), o processo é coisa das partes, que se dá segundo certas normas e em que ao juiz cumpre, tão somente, o controle da efetiva observância dessas normas e posterior proclamação do resultado do “duelo”²²⁶. A compreensão do significado do princípio do dispositivo para o processo perpassa pela assertiva “as partes dispõem do processo, como da relação jurídica material”²²⁷.

²²¹ Artigo 265º, n. 3, CPC/95: “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 de que lhe é lícito conhecer”.

²²² MESQUITA, Miguel. Princípio da Gestão Processual: o Santo Graal do Novo Processo Civil. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 3995, n. 145, 2015. p. 88.

²²³ DEL CLARO, Roberto, ob. cit., p. 176

²²⁴ DEL CLARO, Roberto, ob. cit., p. 176

²²⁵ PEIXOTO, Juliene de Souza, ob. cit., p. 53.

²²⁶ ANDRADE, Manuel de. Noções elementares de processo civil. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 374.

²²⁷ ANDRADE, Manuel de, ob. cit., p. 374.

Na mesma medida em que confere especial protagonismo às partes, a consagração do princípio do dispositivo no processo pressupõe uma atuação quase inerte do julgador. A consequência imediata disso é que a sentença advinda de um procedimento organizado sob essa orientação preocupar-se-á em declarar a verdade formal (intra-processual), em detrimento da verdade material (extra-processual)²²⁸.

Manuel de Andrade, no âmbito de suas considerações acerca do princípio do dispositivo, assinala algumas consequências dele decorrentes para o processo. De forma bastante sucinta, destacamos: (i) o processo só tem início pelo impulso das partes, quando da apresentação do pedido – princípio do pedido; (ii) são as partes, quando da formulação do pedido, ou pela apresentação da defesa, que circunscrevem a pretensão sobre a qual recairá a decisão de mérito; (iii) uma vez iniciado o processo, a pedido da parte, todos os demais atos também decorrerão do impulso das partes; (iv) às partes caberá, também, desistir da instância e determinar os termos da sentença de mérito; (v) todo o lastro probatório apresentado no processo compete às partes. A decisão judicial deverá restringir-se aos fatos e provas produzidas pelas partes; (iv) a decisão judicial não dependerá da livre convicção do juiz, mas, sim, da fiel observância de rígidos critérios legais quando da apreciação das provas²²⁹.

Nota-se, pois, que o princípio do dispositivo nos remete a duas constatações: (a) o juiz não pode intervir no processo, aproveitando-se de fatos de seu conhecimento privado; (b) a decisão judicial deverá ter em conta tão somente os fatos expressamente suscitados pelas partes²³⁰.

Miguel Mesquita discute com maestria questões relativas à gestão processual, em recente artigo dedicado à discussão acerca da flexibilização do princípio do dispositivo. Nesse contexto, o autor encontra espaço propício para analisar questões relativas ao princípio do dispositivo à luz do ora aludido princípio da gestão processual.

O professor considera que, em Portugal, houve um importante ajuste legislativo, com vias de melhor atender às demandas do que chama de “moderno Processo Civil”, a partir das últimas reformas processuais – reformas de 1995/96 e 2013 – e nas quais consolidou-se a

²²⁸ ANDRADE, Manuel de, ob. cit., p. 374.

²²⁹ ANDRADE, Manuel de, ob. cit., p. 374ss

²³⁰ MESQUITA, Miguel. A morte do princípio do dispositivo. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 4007, n. 147, 2017 p.87.

flexibilização do princípio do dispositivo, pela autorização do aproveitamento de fatos (essenciais ou instrumentais) não articulados, mas revelados quando da produção de prova²³¹²³².

O professor defende que uma ampliação ainda maior na aludida flexibilização do princípio do dispositivo contribuiria sobremaneira para aumentar a eficácia da prestação jurisdicional. Para tanto, sugere alterações legislativas que autorizem a modificação da causa de pedir, em virtude do surgimento de fatos novos na fase probatória.

Uma perspectiva de direito comparado pode contribuir para melhor analisar a questão da gestão material, especialmente quando fazem alusão à possibilidade de alteração do *pedido* ou da *causa de pedir*.

Inicialmente, cabe mencionar a legislação espanhola que, embora não autorize expressamente a flexibilização do princípio do dispositivo, enuncia no artigo 286 da Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) a possibilidade de as partes, antes de iniciado o prazo para a sentença, alegarem fatos supervenientes que considerem de relevância para a decisão.

Diante desse dispositivo legal, a doutrina daquele país tem defendido a admissibilidade da alegação de fatos essenciais, mesmo que isso implique a alteração da causa de pedir²³³.

No ordenamento jurídico italiano, o *Codice di Procedura Civile*, mais precisamente no artigo 183, autoriza expressamente que as partes, na audiência prévia, optem por modificar a demanda, as exceções e as conclusões já deduzidas. O referido Diploma Legal enfatiza, todavia, a necessária observância do contraditório e que o juiz deverá fixar prazo para o exercício daqueles poderes pelos interessados²³⁴.

Na Alemanha, a despeito de algumas mudanças legislativas que, para alguns, representaram um incremento dos poderes do juiz (§§142 e 144 da ZPO), ainda há forte entendimento conservador no sentido de fazer prevalecer o clássico princípio do dispositivo. A despeito disso, Reinhard Greger destaca, em artigo dedicado ao princípio da cooperação, que o princípio do dispositivo não há de ser considerado “dogma absoluto” e fundamenta seu posicionamento no fato de a ZPO se utilizar de diferentes mecanismos para ligar o magistrado à definição do mérito da causa²³⁵.

²³¹ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p.86-119, 2017.

²³² Cfr. Acórdão da Relação do Porto de 15/09/2014 (M. Domingos Fernandes), em www.dgsi.pt *apud* MESQUITA, Miguel. A morte do princípio do dispositivo. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, v. 4007, n. 147, p.101, 2017.

²³³ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p. 110.

²³⁴ MESQUITA, Miguel, ob. cit., p. 110.

²³⁵ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, abr. 2012, p. 124.

O mesmo autor ainda manifesta posicionamento no sentido de entender que “o princípio da cooperação teria sua origem no princípio do dispositivo”²³⁶ e, embora reconheça a existência de divergência doutrinária a esse respeito, cita Gottwald, para quem “a obrigação do juiz de condução material do processo sugere certo estilo cooperativo”²³⁷.

Fato incontroverso, ainda no que tange ao ordenamento jurídico alemão, é a existência de previsão legal que consagra o poder de direção material (e do dever de esclarecimento) que, em última análise, acaba por transformar, de alguma forma, o princípio do dispositivo.

Roberto Del Claro comenta que, já na redação original do ZPO, existiam muitos elementos que permitiam afirmar desde então “a existência de um dever judicial de aviso das partes”²³⁸. O autor ainda afirma que as reformas posteriores²³⁹ pretenderam, simplesmente, descrever de forma mais clara como se daria a atuação do magistrado e, também, consagrar, em definitivo, o *status* de *dever* à gestão processual.

Assim, se como consequência dos esclarecimentos dos fatos inicialmente suscitados, decorrerem novos elementos que conduzam à modificação da causa de pedir, será, também, admitida a ampliação do desvio ao princípio da estabilidade da instância pela modificação da ação ainda pendente. Para tanto, far-se-á necessário o consentimento do réu ou uma manifestação do Tribunal, no sentido de considerar a referida alteração conveniente^{240 241}.

Nomeadamente acerca do princípio do pedido, o direito processual civil germânico prevê a possibilidade de alguma flexibilização em determinadas situações concretas, em que ao Tribunal caberá sugerir a modificação do pedido²⁴².

O momento faz-se oportuno para mencionar um exemplo de como a flexibilização do princípio do pedido²⁴³ pode se manifestar em uma decisão judicial. Um indivíduo ajuizou ação declaratória em face de outrem em que pretendia ver declarada sua propriedade exclusiva sobre um muro, que delimita dois prédios urbanos. Na inicial, o autor alegou que o muro foi construído por seus antecessores. Em contestação, o réu negou os fatos alegados e afirmou ter

²³⁶ GREGER, Reinhard, ob. cit., p. 124.

²³⁷ GOTTWALD *apud* GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, abr. 2012, p. 124.

²³⁸ DEL CLARO, Roberto, ob. cit., p. 178.

²³⁹ Roberto Del Claro ressalta, em seu estudo, que a despeito das alterações sofridas no texto do ZPO, o que de mais fundamental ocorreu foi a mudança na perspectiva do conceito de gestão material. A condução material do processo é certo que engloba os meios utilizados pelo juiz para chamar atenção das partes para determinados aspectos (inclusive para pedidos mal formulados), mas não se limita a isso. O dever de alerta estende-se a todas as questões de fato e de direito que possam contribuir para o julgamento da causa. (DEL CLARO, 2009, p. 178).

²⁴⁰ MESQUITA, Miguel, ob. cit, p. 111.

²⁴¹ “A modificação simultânea da matéria de facto e do pedido é admissível sem mais pelo §264 n° 3, se é pedida outra prestação por modificações posteriormente ocorridas” (JAUERNIG, 2002, p. 231.)

²⁴² PEIXOTO, Juliene de Souza, ob. cit., p. 57.

²⁴³ Há autores que não fazem distinção entre os princípios do pedido e do dispositivo. Dentre eles, cita-se Liebman.

sido ele, o réu, o responsável pelos reparos feitos no muro, pelo que também pediu a declaração de propriedade exclusiva.

O que nos motiva a trazer o caso, aparentemente simples e corriqueiro, neste ponto de nosso trabalho, é a sentença proferida. A decisão judicial, fundamentada no nº 2 do artigo 1371244 do Código Civil Português, e admitindo a flexibilização do princípio do dispositivo, reconheceu o muro como propriedade de ambas as partes²⁴⁵.

É importante ressaltar que o posicionamento que defendemos, em prol do respeito às garantias processuais constitucionais e à participação dos atores processuais na construção do provimento final, só nos permite admitir decisões como essa descrita se todos os aspectos que consideramos essenciais ao processo democrático sejam cuidadosamente respeitados.

O ordenamento jurídico alemão, quando da positivação da gestão material, estabeleceu um dever aos magistrados que deve ser cumprido sob pena de serem geradas nulidades no processo. Essa condução material se dá por duas vias: (i) pelo questionamento das partes acerca de fatos alegados, mas não devidamente explorados ou (ii) pela proposição, de ofício, da produção de provas daquelas alegações²⁴⁶.

É interessante notar que ambas as vias têm, em última análise, o propósito de evitar decisões surpresa, que configuram um dever geral negativo no ordenamento jurídico germânico. Na Alemanha, a “proibição de decisões surpresa compõe a noção de justiça processual”, assegurado, inclusive, por disposição expressa da ZPO, que obriga o magistrado a consultar as partes, antes de proferir decisão, mesmo diante de casos em que seria admitida sua manifestação de ofício²⁴⁷.

²⁴⁴ Artigo 1371º (Presunção de compropriedade)

1. A parede ou muro divisório entre dois edifícios presume-se comum em toda a sua altura, sendo os edifícios iguais, e até à altura do inferior, se o não forem.

2. Os muros entre prédios rústicos, ou entre pátios e quintais de prédios urbanos, presumem-se igualmente comuns, não havendo sinal em contrário.

3. São sinais que excluem a presunção de comunhão:

a) A existência de espigão em ladeira só para um lado;

b) Haver no muro, só de um lado, cachorros de pedra salientes encravados em toda a largura dele;

c) Não estar o prédio contíguo igualmente murado pelos outros lados.

4. No caso da alínea a) do número anterior, presume-se que o muro pertence ao prédio para cujo lado se inclina a ladeira; nos outros casos, àquele de cujo lado se encontrem as construções ou sinais mencionados.

5. Se o muro sustentar em toda a sua largura qualquer construção que esteja só de um dos lados, presume-se do mesmo modo que ele pertence exclusivamente.

²⁴⁵ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/02/2015 (Abrantes Geraldes). Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 12/11/2018.

²⁴⁶ DEL CLARO, Roberto, ob. cit., p. 179.

²⁴⁷ DEL CLARO, Roberto, ob. cit., p. 179.

Isso posto, conclui-se que o juiz exerce gestão material quando flexibiliza os princípios: (1) do pedido e (2) do dispositivo, sempre com fins de assegurar a efetividade e a eficiência do processo, e (3) quando exerce poderes instrutórios na fase probatória²⁴⁸.

Uma importante questão que se coloca no âmbito de discussão acerca da atribuição de poderes instrutórios aos magistrados se refere aos seus mecanismos de controle. A esse respeito, manifestou-se Nuno de Lemos Jorge, para quem os poderes dos juízes encontram “um limite natural nas garantias das partes”²⁴⁹.

Para o referido autor, a garantia de imparcialidade assume papel de especial relevância quando se colocam questionamentos atinentes às garantias das partes no processo. Isso porque o dever de imparcialidade impõe que o magistrado não faça uso de seus poderes instrutórios em benefício ou prejuízo de qualquer uma das partes.

Para além disso, o dever de imparcialidade não deve ser analisado isoladamente, vez que tem íntima relação com todos os demais princípios gerais do processo. Nuno de Lemos Jorge, nesse sentido, destaca dois momentos, no decorrer do procedimento, em que a adequação (ou não) do uso dos poderes instrutórios pelo juiz são colocados à prova: o contraditório e a fundamentação²⁵⁰.

É imperioso ressaltar, também, que os poderes instrutórios do juiz, por estarem sujeitos às garantias processuais das partes, encontram na via recursal importante e inquestionável mecanismo de controle, que permite, inclusive, a “arguição de nulidades processuais”²⁵¹.

Isso posto, faz-se oportuna transcrição de lição de Taruffo, citado por Nuno de Lemos Jorge:

Uma coisa é o juiz potencialmente activo ao completar a iniciativa probatória das partes, mas inserido num contexto processual no qual são asseguradas as garantias das partes no âmbito de um sistema político democrático, enquanto que coisa completamente diferente é o juiz inquisidor inserido num sistema político e processual com uma marca autoritária²⁵².

²⁴⁸ PEIXOTO, Juliane, ob. cit., p. 55.

²⁴⁹ JORGE, Nuno de Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. **Julgar**, Lisboa, v. 3, 2007, 64.

²⁵⁰ JORGE, Nuno de Lemos, ob. cit., pp. 64-65.

²⁵¹ JORGE, Nuno de Lemos, ob. cit., p. 82.

²⁵² Taruffo, Michele. Il diritto dele prove nel quadro normativo dell'Unione europea. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, ano LX, n° 2, junho 2006, p. 480 e s *apud* JORGE, Nuno de Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. **Julgar**, Lisboa, v. 3, 2007, p. 83.

2.5 GESTÃO PROCESSUAL *versus* NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

Feitas as considerações acerca da gestão processual, e de como esse instituto tem sido consagrado em diferentes ordenamentos jurídicos, reservaremos, agora, um espaço para anotações referentes à negociação processual, inovação legislativa inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em 2015.

Nomeadamente no que se refere aos poderes do juiz no NCPC, cumpre-nos registrar que, embora o novo diploma legal tenha incorporado um aumento da autonomia do órgão judicial, especialmente no que tange aos poderes de direção, adequação ou flexibilização do processo²⁵³, isso não restou positivado como *deveres de gestão*, tal como consta do CPC-P²⁵⁴.

Tem-se, pois, que no âmbito do NCPC, os poderes do juiz foram reforçados sem, contudo, privar as partes de instrumentos legislativos que assegurem a autonomia da vontade e a liberdade individual²⁵⁵.

A atual redação do artigo 190²⁵⁶ do NCPC, consolidou-se como cláusula geral de negociação, no âmbito do processo civil. A referida cláusula, em última análise, representa uma autorização legal para a consecução de negócios jurídicos processuais.

O destaque que, oportunamente, fazemos é quanto às características que distinguem os *negócios processuais* da *gestão processual*, mais amplamente debatida neste trabalho.

²⁵³ Art 139 CPC-B/2015: Art. 139: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

²⁵⁴ PEIXOTO, Juliene de Souza, ob. cit., p. 70.

²⁵⁵ PEIXOTO, Juliene de Souza, ob. cit., p. 71.

²⁵⁶ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (grifos nossos).

Em verdade, poderíamos resumir a diferença entre os institutos na sucinta constatação de que a *gestão processual é poder-dever do magistrado e os negócios processuais são um meio de manifestação da vontade das partes*. Mas faz-se necessário tecer alguns comentários mais pormenorizados.

Negócio jurídico processual é “o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”²⁵⁷.

A doutrina brasileira, durante um longo período, repeliu a ideia que concebia a existência de negócios processuais. Isso porque o modelo processual vigente no país era predominantemente publicista, estatista e com forte protagonismo do magistrado. Assim, tornava-se quase inconcebível a hipótese de as partes disporem de liberdade suficiente para negociar no âmbito do processo.

Aliás, frisa-se que a expressão *negócios jurídicos*, em regra, era associada ao direito privado, sendo inimaginável utilizá-la na esfera processual, onde as situações “não decorrem da vontade das partes ou de qualquer sujeito do processo, mas de expressas previsões normativas”²⁵⁸.

Cumprido esclarecer que, embora existam negócios jurídicos típicos²⁵⁹, expressamente descritos ao longo do NCPC, a cláusula geral de negociação sobre o processo, prevista no artigo 190, é fundamento jurídico que assegura a possibilidade de celebração, também, de negócios processuais atípicos²⁶⁰.

É certo que a opção do legislador brasileiro por inserir uma cláusula geral de negociação processual no ordenamento jurídico não só contribuiu para pacificar a doutrina do país quanto à existência de negócios jurídicos processuais, como para consagrar o papel ativo das partes no processo.

Assim, as partes ganharam liberdade para firmar acordos a respeito de “mudanças no procedimento (ajustando-o às especificidades da causa) e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 293.

²⁵⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 23 jun. 2018.

²⁵⁹ Mesmo que o negócio jurídico, em si, seja o resultado da autorregulação de interesses privados, que implica a liberdade de celebração e estipulação, a legislação pode fixar o regime para determinados negócios jurídicos. Quando isso ocorre, estamos diante dos chamados *negócios jurídicos típicos*. (CUNHA, 2018).

²⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs). , ob. cit., p. 295.

O parágrafo único do aludido artigo 190, por outro lado, atribui ao juiz, de ofício ou por requerimento, a obrigação de controlar a legalidade dos negócios processuais, de forma a impedir que sejam firmados acordos nulos, com cláusulas abusivas em contrato de adesão ou quando resta configurada manifesta vulnerabilidade de uma das partes²⁶¹.

A novidade legislativa trouxe novas preocupações para a doutrina, que agora se debruça sobre os limites para os negócios jurídicos processuais. O respeito pelas garantias processuais é o primeiro grande limite que se impõe, quando se discute a licitude do objeto do pretendido acordo de vontades. Tem-se, pois, que a celebração de negócios processuais deve se limitar ao “espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador”. Em outras palavras, não são admissíveis alterações, por acordo entre as partes, de situações reguladas por normas cogentes²⁶².

Com efeito, Leonardo Carneiro da Cunha chama a atenção para o contexto legislativo brasileiro (NCPC), em que se consagra a possibilidade de negociação processual: evidente “prestígio da autonomia da vontade das partes” que, em última análise, tem como fundamento a liberdade, direito fundamental assegurado na Carta Magna Brasileira²⁶³.

A perspectiva democrática que norteia este trabalho não nos permite negar a possibilidade de as partes, com fundamento na autonomia da vontade, negociarem aspectos atinentes a uma controvérsia. Nesse sentido, oportunamente, ressaltamos entendimento de que as vias autocompositivas devem ser estimuladas sempre que houver interesse dos envolvidos e a circunstância litigiosa apresentar requisitos mínimos de compatibilidade com qualquer dos métodos alternativos para resolução de conflitos.

Para todos os outros casos, ressaltamos a importância de se estabelecer um espaço processual adequado para que a resolução das demandas se dê com a fiel observância das garantias processuais constitucionais.

A existência de uma cláusula de negociação que coloca, em alguma medida, amplo poder de decisão sob responsabilidade das partes, deve ser criticamente avaliada. Isso porque, ainda que estejam estabelecidos limites legais à negociação, a possibilidade de demasiada interferência das partes na determinação do inter processual pode, em última instância, representar o retorno ao processo liberal e a dispersão daquilo que nos parece essencial dentro do processo democrático: a inexistência de protagonistas.

²⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 233

²⁶² CUNHA, Leonardo Carneiro da, ob. cit. Acesso em: 23 jun. 2018.

²⁶³ CUNHA, Leonardo Carneiro da, ob. cit. Acesso em: 23 jun. 2018.

Outro aspecto já levantado – que será melhor explicitado quando das discussões sobre o processo cooperativo – e que explica nossa desconfiança com o disposto no artigo 190 do NCPC, é a questão da legitimidade e justiça das decisões.

Os enunciados legais que criam limites à escolha do objeto da negociação processual, e estabelecem para o magistrado critérios para nortear a homologação dos acordos, não nos parecem suficientes para assegurar legitimidade aos negócios firmados entre as partes.

Isso porque, tal como já oportunamente comentado, a legitimidade das decisões está intimamente relacionada à participação dos sujeitos, balizada pelas garantias constitucionais, no procedimento de formação dos provimentos. O aumento do protagonismo das partes pode representar um precedente para que acordos construídos fora do espaço procedimental adequado sejam homologados, simplesmente por cumprirem os requisitos legais de existência e de aparente proporcionalidade.

Nossa reflexão não pretende concluir que é o juiz o sujeito privilegiado, a quem deve caber a missão de determinar aos rumos do processo – isso seria defender o protagonismo judicial, contra o qual temos nos posicionado – mas parece-nos mais prudente considerar que o magistrado, sob a regência do poder-dever de gestão processual, conduziria (e não decidiria) o debate sobre quaisquer questões suscitadas pelas partes (relativas ao procedimento ou ao mérito), de forma a assegurar a fiel observância das garantias constitucionais processuais.

CAPÍTULO 3: O PRINCÍPIO DA GESTÃO PROCESSUAL PARA A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO COOPERATIVO NA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAS

A forma como se organiza o processo, mais especificamente no que concerne o papel atribuído a cada um dos atores processuais, tem estreita relação com o modelo estatal prevalente em determinado período histórico²⁶⁴.

A esse respeito, Miguel Teixeira de Sousa ensina que “a evolução verificada nas relações entre o juiz e as partes é particularmente significativa da influência de algumas opções políticas no processo”²⁶⁵.

No período do liberalismo, o processo foi amplamente influenciado pelas ideias liberais, de forma a conferir-lhe características eminentemente privadas. Temas atinentes à instrução da causa e investigação dos fatos, por exemplo, dependiam, exclusivamente, da manifestação das partes, não dispondo o tribunal de poderes para tal²⁶⁶.

No que tange às provas, a liberdade do órgão jurisdicional era bastante limitada, em função da existência de um sistema que impunha uma rigorosa “regulação positiva” no exame probatório²⁶⁷. Assim, a apreciação da verdade pelo magistrado restringia-se à versão suscitada pelas partes. Ao juiz cumpria, apenas, decidir acerca da questão litigiosa trazida pelos contendores, sem qualquer possibilidade de intervenção²⁶⁸.

Nesse contexto liberal, o modelo processual era dominado pelo princípio do dispositivo, voltando-se primordialmente à consecução de interesses privados. Considerava-se ausente qualquer interesse estatal na resolução das demandas submetidas ao judiciário. A liberdade das partes era tamanha que se estendia para além da relação jurídica substancial, alcançando, também, a processual. Ao órgão jurisdicional competia, por consequência, tão somente assegurar a “legitimidade da decisão, pela observância das regras e pressupostos processuais”²⁶⁹.

²⁶⁴ GALINDO, Máira Coelho Torres. Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 28.

²⁶⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao processo civil**. Lisboa: Lex, 2000. p. 24.

²⁶⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., p. 24.

²⁶⁷ GALINDO, Máira Coelho Torres, ob. cit., p. 28.

²⁶⁸ GALINDO, Máira Coelho Torres, ob. cit., p. 30.

²⁶⁹ GALINDO, Máira Coelho Torres, ob. cit., p. 30.

Essa realidade restou evidenciada quando da promulgação do *Code de procédure civile*, de 1806. O processo regulado no referido diploma legal expressava a concepção liberal pela configuração de um processo “oral, público e sem regras de preclusão, dado que cabia às partes determinar a ordem dos actos processuais”²⁷⁰.

Em Portugal, o modelo processual, eminentemente liberal, foi o que prevaleceu até a reforma operada pelo Decreto nº. 12.353, de 22 de setembro de 1926. Consoante às características típicas daquele modelo estatal, também nesse país o modelo processual pressupunha o império da vontade das partes ao longo de todo o procedimento judicial, cabendo ao magistrado tão somente decidir sobre o que lhe fora pedido²⁷¹.

Ocorre que mudanças significativas no pensamento jurídico-processual marcaram o final do século XIX. Nesse período, surge um novo paradigma sobre a jurisdição, que passa a ser tratada como “expressão da soberania”. É nesse contexto que se dá o movimento de transição da concepção liberal de processo – predominante à época – para uma “visão socializadora”, que passa a conceber o processo como instrumento do Estado para a resolução de litígios, pela aplicação da lei²⁷².

Nesse cenário, a figura do magistrado ganha protagonismo, sendo-lhe atribuídos poderes para a condução do processo. O órgão julgador assume um papel de verdadeiro “canal de comunicação entre a carga axiológica da sociedade em que vive e as normas jurídicas”. A consequência, para o processo, da elevação do juiz a um *status* salvacionista é a mitigação da necessária observância ao contraditório, no decorrer do procedimento judicial. A construção dos provimentos judiciais, nesse contexto, pauta-se em um pretense “senso inato de justiça do decisor”, o que reduz, sobremaneira, a dialogicidade.²⁷³

O movimento de reforma legislativa com fins de ampliar os poderes do juiz na direção do processo foi observado em diferentes países. José Carlos Barbosa Moreira²⁷⁴ faz questão de

²⁷⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., p. 25.

²⁷¹ GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgat*, Lisboa, n. 1, 2007., p. 48.

²⁷² ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de., FARIA, Guilherme Henrique Lage. O modelo social de processo: conjecturas sobre suas origens, desenvolvimento e crise frente ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c59115e88a6d8e2f>. Acesso em: 13/04/2018

²⁷³ ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de., FARIA, Guilherme Henrique Lage, ob. cit. Acesso em: 13/04/2018

²⁷⁴ A respeito da relação entre regime político e ordenamento jurídico, o autor posiciona-se de forma bastante particular, advogando contra o que chama de “exagero de simplificação”, que associa a existência de um regime político autoritário a um ordenamento jurídico inteiramente desvinculado da noção de democracia., Para maior aprofundamento acerca do referido posicionamento doutrinário, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Direito Privado*, Braga, n 10. Abril/Junho, p. 3-12, 2005.

ressaltar que as aludidas reformas pretendiam, em última análise, viabilizar a efetiva prestação jurisdicional (proferimento de uma decisão justa) no menor tempo possível²⁷⁵.

Como se vê, é notória a existência de relação entre um regime político e o ordenamento processual. Assim, regimes autoritários são, comumente, associados à edição de leis (processuais ou não) desvinculadas do devido respeito às garantias democráticas²⁷⁶. Consoante a esse entendimento, Dierle Nunes lembra da estreita relação entre a ascensão do nazismo, na Alemanha, e a reforma de 1933, que pretendeu um considerável reforço nos poderes dos juízes no processo²⁷⁷.

Mariana França Gouveia lembra, inclusive, que a ditadura que se instituiu em Portugal, entre os anos de 1926 e 1974, culminou em uma reforma legislativa no âmbito processual com vistas a fazer prevalecer, também nessa seara, um perfil ideológico autoritário, condizente com o regime político então vigente²⁷⁸.

Nesse modelo processual autoritário, o juiz passa a figurar como ator central no processo, sendo-lhe atribuídos poderes formais e materiais, inclusive para determinar, oficiosamente, a investigação de fatos alegados²⁷⁹.

Tal como já oportunamente mencionado, do Projeto Florença de Acesso à Justiça resultou o relatório alemão assinado por Rolf Bender e Cristoph Strecker, em que foram enunciados os fundamentos do Modelo Stuttgart. O professor Fritz Baur foi o responsável por descrever a base teórica do referido modelo processual, conforme previamente anotado no âmbito deste trabalho.

Baur, para além de constar a insuficiência dos meios processuais até então instituídos (oralidade e ativismo judicial), com fins de fomentar a rapidez procedimental, ousou ao sugerir – contrariando o discurso prevalente à época – que a demora nos trâmites processuais não poderia ser atribuída, exclusivamente, aos juízes e advogados. O autor prelecionou no sentido de que a realidade processual se mostrava complexa e que era primordial considerar a existência de “dificuldades objetivas e subjetivas” que interferiam no procedimento.

O professor ainda asseverou que a busca incessante por decisões judiciais rápidas poderia implicar em grave prejuízo à qualidade (tanto em relação à materialidade como no que

²⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. Revista Direito Privado, Braga, n 10. Abril/Junho, 2005, p. 3.

²⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa, ob. cit., p. 3.

²⁷⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 90.

²⁷⁸ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 49.

²⁷⁹ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 49.

tange à juridicidade) das sentenças²⁸⁰. Foi nesse contexto que Baur inovou ao tecer as primeiras “considerações acerca da importância da participação processual”²⁸¹.

(...) é uma utopia acreditar que se possa recorrer apenas a juristas altamente qualificados. Mas, mesmo sem levar em conta isso, ocorre que o desenrolar do processo depende não apenas do juiz, mas de todos os implicados no processo (...) Isso significa, em nosso contexto: o processo tem de se constituir de leis fortes, de modo a que ele possa ser a garantia de um bom e rápido andamento jurídico, de modo que não seja possível, para todos os envolvidos no processo, que se tomem atalhos que levem à irresolução e ao comodismo²⁸².

Na Alemanha, Baur sugeriu que a demora no trâmite processual não ocorria somente pelo demasiado lapso temporal entre a propositura da ação e a primeira audiência, mas também pela ausência do necessário debate entre os interessados, de forma a viabilizar a adequada preparação para audiência oral. Isso porque, à época, era admissível a apresentação de inúmeras petições, inclusive com a arguição, em separado, das alegações de fato e de direito²⁸³.

3.2 A COOPERAÇÃO COMO MODELO PROCESSUAL E COMO PRINCÍPIO

3.2.1 A cooperação como princípio jurídico

A noção de colaboração como princípio jurídico remonta à promoção de um determinado “estado de coisas”. O cumprimento de seu fim materializa-se, então, na organização de um “processo justo idôneo a alcançar decisão justa”, pela garantia de que os atores processuais assumam posições equilibradas no decorrer do procedimento²⁸⁴.

Entendimento semelhante foi sustentado por Reinhard Greger no âmbito de suas considerações a respeito do princípio da cooperação. Para esse autor, “os princípios processuais são mais do que apenas instruções para as partes no processo – eles são ideais fundamentais que determinam globalmente o termo e o caráter de um processo judicial e definem o conjunto de orientações ao comportamento das partes”²⁸⁵.

²⁸⁰ BAUR, Fritz. **Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß**. Berlin: Walter de Gruiter & co., 1966 *apud* NUNES, Dierle José. **Comparticipação e Policentrismo: horizontes para a democratização do processo civil**. Tese de doutoramento. Belo Horizonte, 2008. p.78

²⁸¹NUNES, Dierle José. **Comparticipação e Policentrismo: horizontes para a democratização do processo civil**. Tese de doutoramento . Belo Horizonte, 2008. p.79.

²⁸² BAUR, Fritz, *ob. cit.*, p.79

²⁸³ NUNES, Dierle José, *ob. cit.*, p.80.

²⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*. Ano 36. v. 194, 2011, p. 61.

²⁸⁵ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, abr. 2012, p. 125.

O princípio da cooperação tem duas vertentes que devem ser consideradas: a primeira refere-se à atribuição de deveres às partes; a segunda, de deveres ao magistrado. A esse respeito, Mariana França Gouveia pontua uma interessante percepção dessas duas realidades: “quando acentuamos os deveres de cooperação das partes, sublinhamos o caráter autoritário do processo; quando acentuamos os deveres de cooperação do juiz, atenuamos o cunho autoritário”²⁸⁶.

José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre²⁸⁷, em anotação ao artigo 7º do Código de Processo Civil português de 2013, posicionam-se de forma a relacionar os princípios da gestão processual e da cooperação, especificamente no que se refere à atuação do magistrado.

Nesse sentido, chamam a atenção para o disposto no nº 4 do referido artigo²⁸⁸, e correlacionam-no com o dever de gestão processual (disposto no artigo 6º do mesmo diploma legal), de forma a admitir que o princípio da cooperação, para o juiz, manifeste-se, também, pelo exercício do dever de gestão processual.

De fato, a existência do poder-dever de gestão confere ao juiz mais instrumentos para levar a efeito seu dever de cooperação no âmbito do processo. No entanto, embora os conceitos possam parecer equivalentes, não nos parece prudente estabelecer entres eles qualquer relação de dependência. Ainda que o magistrado possa, utilizando-se do poder de gestão, atuar no sentido de favorecer a pronta remoção de um obstáculo ao “exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus”²⁸⁹ processual – um dos elementos que, nos termos legais, compõem o princípio da cooperação – não convém nos desviarmos do sentido mais amplo de que se reveste a cooperação no âmbito do processo: o equilíbrio de forças entre os sujeitos processuais, de forma a evitar protagonismos.

O dever de gestão processual pode, sim, ser bastante útil na condução da nova organização processual e é a visão que vimos perseguindo neste trabalho, mas conceber a possibilidade de atuação oficiosa do juiz sobre a remoção de obstáculos para justificá-la no dever de cooperação nos parece fugir à noção implícita à aplicação princípio no processo, qual seja, a de viabilizar a comparticipação dos atores envolvidos.

²⁸⁶ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 52.

²⁸⁷ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. **Código de Processo Civil Anotado**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 25.

²⁸⁸ Art. 7º, n.4 – “sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

²⁸⁹ Art. 7º, n.4 do Código de Processo Civil português de 2013.

Em síntese, a colaboração impõe aos atores processuais deveres deontológicos, ou seja, responsabiliza todos os sujeitos processuais pela construção de um espaço procedimental que preza pela lealdade de uns para com os outros²⁹⁰.

É importante pontuar que a participação é fundamento basilar do Estado Democrático e isso, por si só, já confere status constitucional ao princípio da colaboração. Conclui-se, pois, que, em um Estado Democrático, não há que se falar em processo justo sem colaboração²⁹¹.

Daniel Mitidiero lembra que, na doutrina brasileira, o princípio da colaboração começou a receber alguma atenção na década de 1980, mas foi só posteriormente que Álvaro de Oliveira introduziu o tema de uma forma mais efetiva. Esse autor propôs um processo civil cooperativo, que sugeria uma postura diretiva do juiz sem, no entanto, pressupor a existência de um protagonismo dominante²⁹².

Para Humberto Theodoro Junior, o princípio da cooperação é um desdobramento do princípio moderno do contraditório, assegurado constitucionalmente, e que confere aos sujeitos da relação processual a possibilidade de influir sobre a formação da decisão judicial, não obstante seja, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva. O mesmo autor ainda preceitua ser consenso hoje a existência de íntima conexão entre os princípios constitucionais da democracia e do contraditório, o que repercute no campo da jurisdição e do processo. Para o autor, exige-se, com isso, uma nova fase metodológica para o direito processual, denominada “contraditório democrático”²⁹³.

Em artigo dedicado ao princípio do contraditório, Dierle Nunes nos lembra que, tradicionalmente, o referido princípio é tratado como garantidor de um direito bilateral na audiência, em que às partes é assegurada a informação e consequente “possibilidade de reação”. O autor ressalta, no entanto, que o respeito ao contraditório, sob esse prisma, por não encontrar “ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões”, não configura senão uma participação “fictícia e aparente”²⁹⁴.

²⁹⁰ GALINDO, Máira Coelho Torres. Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 40.

²⁹¹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**. Ano 36. v. 194, 2011 p. 61.

²⁹² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil** [livro eletrônico] 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²⁹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 58ed. Rio de Janeiro: Gen Editora, 2017, p. 81

²⁹⁴ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 5, jun. 2004, p. 76.

Diante da percepção de insuficiência desse conceito de contraditório para o processo civil moderno, emerge a necessidade de configurá-lo a partir de uma visão mais dinâmica, estabelecendo-o como o centro do processo²⁹⁵.

Nessa perspectiva, Nicola Picardi assevera que a atividade jurisdicional se organiza como processo, uma espécie de procedimento de estrutura policêntrica em que cada um dos sujeitos desempenha um papel específico. É essa estrutura subjetiva complexa que impõe um desenvolvimento dialético do procedimento²⁹⁶.

O autor ainda nos elucida que é exatamente a atribuição de poderes específicos a cada um dos sujeitos processuais, especialmente no que tange à relação de uns para com os demais, que permite falar em paridade de armas. Assim, às partes é admissível não somente participar, de forma paritária, do reconhecimento dos pressupostos, mas também assegurar possibilidades iguais de influência sobre o convencimento do juiz. O resultado é a configuração de um equilíbrio dinâmico, desde a propositura da ação até o proferimento da decisão, pela “equivalência abstrata de chances”²⁹⁷ (*tradução livre nossa*), a que se denomina princípio do contraditório.

Cumpramos destacar que a leitura que se faz do princípio do contraditório e de sua relação com os sujeitos processuais é significativamente diferente, a depender do ordenamento jurídico considerado. Na França, por exemplo, o contraditório opera não somente como uma garantia, quando do embate entre as partes, mas também consolida-se como um dever para o magistrado que, proibido de fundamentar suas decisões em questões suscitadas de ofício sem a devida manifestação dos interessados, fica obrigado a provocar o debate sobre todas as questões de fato ou de direito que possam influenciar na resolução da lide²⁹⁸.

O ordenamento jurídico alemão, tal como o francês, também estendeu os efeitos da fiel observância ao princípio do contraditório para além do confronto entre as partes, atribuindo ao juiz um dever de promover o “debate preventivo”²⁹⁹, sobre todo os aspectos que serão considerados quando do proferimento da decisão³⁰⁰.

Em síntese, o que resta evidente é que o contraditório ganha protagonismo no “*inter* procedimental formador do provimento”, de forma a assegurar a participação de todos os

²⁹⁵ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p76

²⁹⁶ PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p.226.

²⁹⁷ PICARDI, Nicola, ob. cit., p.227.

²⁹⁸ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p 77.

²⁹⁹ Dierle Nunes enuncia a existência de dois modos de exercício do contraditório, quais sejam, o (i) preventivo, aquele que se dá durante o procedimento de formação da decisão judicial, e o (ii) sucessivo, manifestado para assegurar a eficácia e controle da sentença. (NUNES, 2004, p. 80).

³⁰⁰ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p 78.

sujeitos processuais. Nessa perspectiva, fica clara, também, a relação do contraditório com a garantia de fundamentação das decisões, haja vista que a sentença só terá legitimidade quando levar em consideração os debates promovidos entre os interessados³⁰¹.

A reconstrução do princípio do contraditório evidenciou a necessidade de estruturação de um processo mais dialético, mais participativo. Assim, o objetivo passou a ser incentivar o diálogo entre o juiz e as partes. Foi a partir dessa nova perspectiva do contraditório que a doutrina invocou a existência do princípio da cooperação³⁰².

Reinhard Greger, em artigo dedicado ao princípio da cooperação, elucida algumas questões atinentes ao tema a partir da análise do diploma processual alemão. Nesse sentido, o autor relaciona alguns dispositivos legais que consagram o princípio da cooperação naquele ordenamento.

No que tange aos magistrados, Greger menciona poderes-deveres impostos por lei (pela ZPO) no sentido de conferir-lhe postura colaborativa, quais sejam: (i) deveres de indicação que, segundo defende, não se prestam à inquisição judicial, mas, sim, ao pleno exercício “da liberdade pelas partes”; (ii) “a determinação do comparecimento pessoal das partes”, que, na sua opinião, presta-se à melhor compreensão das alegações arguidas pelas partes; (iii) a possibilidade de o juiz ordenar a apresentação de documentos, desde que limitada àqueles já referenciados pelas partes; (iv) a prerrogativa de o magistrado “determinar de ofício apresentação ou avaliação”, uma vez que isso possibilitaria a melhor apreciação dos argumentos das partes; (v) a possibilidade de realização, de ofício, de interrogatório das partes³⁰³.

Quando da análise dos enunciados da ZPO, Reinhard Greger avalia que o dever de cooperação atribuído às partes pelo referido diploma legal é menos evidente. De toda sorte, ressalta que a reforma de 1976 fez constar, de forma expressa, o “dever geral de cooperação das partes”. Assevera, no entanto, que a lei estimula a cooperação das partes pela imposição de inquestionáveis “desvantagens processuais em razão da falta de cooperação”³⁰⁴.

A despeito dessas considerações acerca das regras impostas pela ZPO, Greger posiciona-se favorável à existência da cooperação como princípio regente do processo e fundamenta seu entendimento alegando que os princípios processuais têm função primordial para a orientação do diploma legal. O autor chama a atenção para papel dos princípios – em

³⁰¹ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 80.

³⁰² CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 23 jun. 2018

³⁰³ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, abr. 2012, p. 127.

³⁰⁴ GREGER, Reinhard, ob. cit., pp. 127-128.

especial o da cooperação – para a resolução de casos concretos para os quais não exista regulamentação expressa³⁰⁵.

Para além disso, Greger também atribui aos princípios processuais outro importante efeito prático, qual seja, repercutir um valor social de forma a conferir-lhe mais alcance e aceitação³⁰⁶.

3.2.2 O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

O modelo de Stuttgart, tal como preconizado por Baur³⁰⁷, começa a ganhar adeptos e, conseqüentemente, difundir-se na prática forense, a partir de 1967³⁰⁸. Dierle Nunes lembra que, no Tribunal Estadual de Stuttgart, mais especificamente na 20ª Câmara Civil, “por obra do juiz Rolf Bender e seus pares”, teve início a aplicação da sistemática processual preconizada por Baur³⁰⁹.

A ascensão desse novo modelo procedimental coincide com a frustração gerada pelo insucesso de reformas processuais que pretenderam aumentar a rapidez dos trâmites judiciais. Embora questões relativas ao tempo de tramitação tenham sido o cerne das discussões envolvendo o modelo de Stuttgart, outro aspecto que merece menção, embora pouco comentado, é o fato de o procedimento idealizado por Baur preconizar o proferimento de uma decisão mais coerente com os fatos e, portanto, mais justa³¹⁰.

³⁰⁵ GREGER, Reinhard, ob. cit., p. 128.

³⁰⁶ GREGER, Reinhard, ob. cit., p. 128.

³⁰⁷ Síntese das ideias de Baur: “A ideia de base é simples: após a propositura da ação, realiza-se uma troca de peças escritas entre as partes, sob a direção do tribunal; ela se destina à exposição das questões de fato e à indicação dos meios de prova. O tribunal influi na exposição escrita das partes, na medida em que lhe indica pontos que lhe parecem importantes para completo esclarecimento da matéria de fato. Depois dessa troca de escritos, o tribunal marca a audiência, ordena sempre o comparecimento pessoal das partes e provê no sentido de que todos os meios de prova estejam presentes à audiência. Nessa única audiência (comparável à “audiência principal do processo penal), o tribunal discute primeiro as questões de fato com as partes, pessoalmente presentes: nessa ocasião, apontam-se obscuridades e equívocos nas exposições das partes, que devem ser logo esclarecidos. Muitas vezes, já nesse primeiro estágio, surge de encerrar-se o processo mediante transação. Se não se chegar a tanto, realiza-se de imediato – na presença das partes – a colheita de provas. Também os peritos estão pessoalmente presentes, mesmo quando já tenham antes apresentado laudo escrito. Após a conclusão da atividade instrutória, têm as partes e os advogados oportunidade de arrazoar. O tribunal discute abertamente a situação de fato e de direito com as partes, de maneira que estas não fiquem em dúvida sobre a opinião do órgão. Isso conduz, em muitos casos, a uma transação. Quando não, o tribunal, depois de conferenciar, profere a sentença.” (BAUR, 1976, p. 61-62).

³⁰⁸ BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice – a world survey. Milano: Giuffrè, 1978. V. I, livro II, p. 552.

³⁰⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 120.

³¹⁰ BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice – a world survey. Milano: Giuffrè, 1978. V. I, livro II, p. 553.

A esse respeito, Bender e Strecker asseveram que o método Stuttgart permite a melhor compreensão do procedimento pelos cidadãos que levam suas demandas ao judiciário. A participação do indivíduo no decorrer da construção do provimento final confere-lhe a sensação de que seu caso está, efetivamente, a ser discutido. Além disso, o interessando ainda testemunha o trabalho de seu advogado e tem a exata noção do empenho do Tribunal para a construção de uma decisão justa. Da mesma forma, pode presenciar, por exemplo, a falha de uma de suas testemunhas. Por tudo isso, ao final, torna-se possível que, mesmo perdedora, a parte perceba os motivos que culminaram no indeferimento de seu pedido³¹¹.

Os já referenciados autores ainda ressaltam que, tão fundamental quanto tudo o que já foi até aqui exposto, acerca do modelo Stuttgart, é a preocupação do método em tornar possível a demonstração da verdade. Para tanto, chamam a atenção que o procedimento visa, prioritariamente, à determinação dos fatos. Os argumentos jurídicos tornam-se pouco úteis quando não se compatibilizam com os fatos arguidos no caso concreto.

Assim, torna-se primordial viabilizar as melhores condições para produção de provas. É fato que a reconstrução de um evento passado, por si só, não é tarefa simples. No entanto, a tarefa torna-se ainda mais árdua sob determinadas condições como, por exemplo, a realização de várias audiências de instrução ou a presença de diferentes julgadores nos diversos momentos procedimentais. A demonstração da verdade só acontece pela efetiva participação de todos os atores processuais, em genuína discussão oral de todos os assuntos relacionados ao caso³¹².

Resta notório, pois, que a noção de cooperação (ou colaboração) que ora se alude não se restringe à que pressupõe uma certa organização interna do processo. Ela vai além. Traz consigo uma percepção positiva que sugere a atuação de uma pluralidade de pessoas trabalhando, simultaneamente e em conjunto, para alcançar um resultado final que não seria possível pela atuação de um único indivíduo³¹³.

A estrutura de um procedimento desenvolvido sobre bases cooperativas vislumbra uma atuação das partes (autor, réu e juiz) sobre os mesmos elementos fáticos e jurídicos, de forma a submeter as questões a um “laboratório processual”, antes do proferimento de decisão pelo magistrado³¹⁴.

³¹¹ BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph, ob. cit., p. 554.

³¹² BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. **Access to justice in the Federal Republic of Germany**. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Access to justice – a world survey**. Milano: Giuffrè, 1978. V. I, livro II, p. 554.

³¹³ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 21, 1966, p. 586.

³¹⁴ GRASSO, Eduardo, ob. cit., p. 587.

Quando consideramos um cenário em que todos os sujeitos processuais intervêm na construção do provimento, pelo diálogo (único instrumento capaz de intermediar o encontro de diferentes perspectivas), pode-se aventar o resultado como produto de uma “colaboração processual total”³¹⁵.

Para o processo civil alemão, a experiência do Modelo de Stuttgart significou a adoção de uma nova configuração procedimental, que previa no “início da audiência principal, antecedida por uma fase preparatória desta, a observância de uma explanação judicial sobre os pontos controvertidos e aqueles que se consideram importantes para o julgamento da causa”. Assim, restam incentivados os debates orais que permitirão o melhor esclarecimento dos aspectos de fato e de direito arguidos no âmbito da controvérsia. Vedam-se, pois, às decisões surpresa, fundamentadas em argumentos não submetidos ao contraditório³¹⁶.

Aproveitemo-nos de um exemplo prático para ilustrar a importância do contraditório para evitar decisões surpresa. Trata-se recurso apresentado nos autos de uma ação de reivindicação, julgada, no despacho saneador, inepta pelo juízo a quo. O fundamento da apelação é, em síntese, que, diante do proferimento de uma decisão surpresa o despacho haveria de ser considerado nulo – haja vista que a questão relativa à eventual inaptidão da petição inicial, com o fundamento de falta de alegação dos fatos constitutivos do direito, não foi submetida ao contraditório.

O Tribunal da Relação de Lisboa³¹⁷ acolheu a tese dos apelantes e julgou procedente o recurso, para revogar a decisão proferida. Um dos fundamentos do acórdão é o disposto no artigo 3º do Código de Processo Civil português³¹⁸, que veda, expressamente, que o juiz profira decisão sobre questões de fato ou de direito, mesmo as de conhecimento oficioso, sem que às partes tenha sido oportunizada manifestação.

³¹⁵ GRASSO, Eduardo, ob. cit., p. 587.

³¹⁶ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 122.

³¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7/04/2016 (Ilídio Sacarrão Martins). Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 12/11/2018.

³¹⁸ Artigo 3.º Necessidade do pedido e da contradicção

1 - 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.

2 - Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

4 - Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

Na perspectiva de processo cooperativo, o princípio do contraditório ganha contornos dinâmicos, tornando-se protagonista para a garantia de influência das partes no decorrer do procedimento e no resultado final³¹⁹. É essa a conotação adotada no processo alemão após a supra referenciada reforma pelos influxos do Modelo de Stuttgart, que contraria a visão estática do referido princípio – em que a garantia se restringia a assegurar a bilateralidade do procedimento pela informação e posterior possibilidade de reação das partes³²⁰.

Isso posto, transcrevemos passagem de Tocker, citada por Dierle Nunes, e que sintetiza didaticamente as considerações tecidas até aqui:

(...) ao cidadão a sensação de encontrar no “guardião da lei” [o juiz] um verdadeiro interlocutor que aceita a cooperação para a formação da decisão, e não um simples representante do Poder Público que, do alto, emite uma pronúncia vinculante. Em tal sentido, o diálogo garante a democratização do processo e impede que o princípio do *iura novit curia* seja fonte de uma atitude autoritária ou instrumento de opressão³²¹.

Outro resultado imediatamente percebido dessa nova configuração processual é que, ao contrário do que era preconizado pela concepção instrumentalista de processo, a *jurisdição* perde o protagonismo central da teoria processual. O *processo* passa, então, a ocupar esse lugar de destaque, o que permite o desenvolvimento de uma “concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional”³²².

Leonardo Carneiro da Cunha considera que o modelo cooperativo de processo é um modelo intermediário entre os modelos social e garantista: o magistrado mantém poderes, mas fica obrigado à observância do dever de cooperação, do qual resultam os deveres de prevenção, esclarecimento, auxílio e consulta das partes. Com isso, há inevitável diminuição do protagonismo judicial, sem que isso implique a volta a uma condição de mero espectador no processo.

Nas palavras do agora referenciado doutrinador:

o modelo cooperativo baseia-se na ideia de que o Estado deve propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, com vistas a atender à

³¹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 5, jun. 2004, p. 78.

³²⁰ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 75.

³²¹ TROCKER, Nicolo. Processo civile e costituzione. Problemi de diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffré, 1974, p.670 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 123.

³²² MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo. Ano 36. v. 194, 2011, p. 58.

dignidade humana, caracterizando-se pelas posições coordenadas do indivíduo, da sociedade civil e do Estado³²³.

Encontramos também nas premissas habermasianas – conforme citado em tópico anterior – fundamentos para convalidar nosso posicionamento em favor do processo cooperativo. Tal como já oportunamente citado, muitos dos enunciados de Habermas preceituam a construção da “verdade” pela “perspectiva de participação democrática das partes no desenvolvimento do processo e de influência na convicção do magistrado”, quando do proferimento da decisão³²⁴. Isso corrobora o entendimento de que somente a partir de um “modelo procedimental democrático e ético” é possível a construção da “verdade” e, por consequência, da decisão, “dotada de legitimidade”, justiça, efetividade e segurança, não só para as partes, mas para toda a sociedade que, direta ou indiretamente, sofrerá os reflexos da sentença³²⁵.

3.2.2.1 PROCESSO COOPERATIVO EM PORTUGAL

É certo que a introdução do princípio da cooperação no ordenamento jurídico português, pela reforma de 1995/96, abriu um debate doutrinário sobre a superação (ou não) do até então vigente paradigma autoritário. Há, a partir da entrada em vigor do novo diploma processual, aqueles que defendem que a reforma legislativa representou a instituição de um processo amplamente renovado, o início de um novo paradigma jurídico. Por outro lado, há que se mencionar o posicionamento de alguns doutrinadores que identificaram o novo diploma como mera evolução do modelo processual anteriormente vigente³²⁶.

O que resta consolidado, de forma unânime, no que concerne à evolução processual civil português é a existência de um processo de características liberais, até 1926, quando suas concepções foram definitivamente afastadas. A partir de então, houve um significativo incremento no papel do magistrado dentro do processo, “sendo-lhe atribuídos poderes em diversos níveis”. Nesse contexto, emergiu a noção de colaboração entre o juiz e as partes, e

³²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 23 jun. 2018.

³²⁴ MACHADO, Vitor Gonçalves. A busca da "verdade" para Jürgen Habermas e seus reflexos no novo código de processo civil brasileiro. **Revista Portuguesa de Filosofia**, Braga, n. 4, 2014, p. 829.

³²⁵ MACHADO, Vitor Gonçalves, ob. cit., p.831-832.

³²⁶ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 50.

dessas umas para com as outras. Nota-se que, nesse novo cenário, embora o juiz perca certa autoridade, cumpre-lhe, ainda, a direção do processo³²⁷.

Mariana França Gouveia justifica toda essa incerteza, quando da entrada em vigor do CPC 95/96, em uma insatisfatória discussão – não somente por ocasião da reforma legislativa, mas também das que a sucederam – acerca do que, efetivamente, representava para o ordenamento jurídico, a incorporação do princípio da cooperação. Para a autora, o resultado da carência de debate a esse respeito implicou reiteradas alterações legislativas que retiraram “a coerência, sistemática, e [fizeram] daquele diploma um mero somatório de regras processuais, ou pior, procedimentais”³²⁸

Dierle Nunes ressalta que a imposição do princípio da cooperação no ordenamento jurídico português foi fortemente influenciado pela reforma alemã de 1976, (*supra* referenciada) e criou para o juiz “os deveres de prevenção³²⁹, esclarecimento³³⁰, assistência às partes³³¹ e, principalmente, consulta³³² aos litigantes sobre os pontos fáticos e jurídicos” relativos à demanda³³³.

Foi com fundamento na inobservância dos deveres de consulta e prevenção das partes que, em última instância, representam desrespeito ao princípio da cooperação (positivando no artigo 7º do atual diploma processual lusitano³³⁴), que o Supremo Tribunal de Justiça de

³²⁷ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 50.

³²⁸ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 51.

³²⁹ O dever de prevenção é um dever atribuído ao magistrado que se reveste de um fim assistencial. O referido dever materializa-se no “convite ao aperfeiçoamento pelas partes dos seus articulados e/ou das conclusões das suas alegações de recurso” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil, 1997, p. 66).

³³⁰ O dever de esclarecimento caracteriza-se por um dever recíproco que se estabelece entre juiz e parte. O magistrado pode, a qualquer tempo, no processo, ouvir as partes (ou seus procuradores) com fins de requerer esclarecimentos sobre os fatos ou os direitos alegados. Da mesma forma, ficam as partes obrigadas a prestar os esclarecimentos solicitados pelo tribunal. (SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil, 1997, p. 65).

³³¹ O dever de auxílio consistiria na tarefa de o juiz contribuir para que as partes consigam superar eventuais dificuldades no exercício de seus direitos e deveres processuais, sempre que haja demonstração, pelo interessado, da necessidade da intervenção do órgão jurisdicional (MEDEIROS NETO, Elias Marques de; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira., eds – Princípio da cooperação no processo civil, 2016, p. 180).

³³² O dever de consulta, tal como o de prevenção, tem caráter assistencial do tribunal para com as partes, e caracteriza-se pela obrigatoriedade de o magistrado, mesmo diante de questões que admitam o conhecimento oficioso, assegurar a manifestação das partes, antes do proferimento de qualquer decisão. Evitam-se, assim, as decisões surpresa. (SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil, 1997, p. 66).

³³³ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 126.

³³⁴ Artigo 7.º Princípio da cooperação

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.
2 - O juiz pode, 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-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação

Portugal em sede de Recurso de Revista revogou o acórdão recorrido e anulou a decisão de 1ª instância, que julgou deserta a instância, sob alegação de “ter havido negligência dos Autores ao não darem impulso ao processo”³³⁵.

Dentre as teses apresentadas pelos Recorrentes, e acolhidas pelo Tribunal, está a falta de notificação, previamente à prolação de sentença, do decurso de prazo para a deserção da instância – argumento que fundamentou a alegação de inobservância ao dever de prevenção que caberia ao juízo.

Neste ponto, torna-se imperioso lembrar a distinção entre as cooperações material e formal, proposta por José Lebre de Freitas. O doutrinador português defende que os sujeitos processuais – partes e juízes – devem cooperar, com fins de viabilizar para que o processo cumpra sua função em prazo razoável. No mesmo sentido, enfatiza que a realização da função processual demanda a colaboração, inclusive dos intervenientes no processo, com fins de que nele se apure a verdade sobre os fatos alegados e possibilite a adequada decisão de direito. Tratar-se-ia, pois, de uma cooperação no sentido material. A cooperação em sentido formal, por sua vez, requer colaboração, no sentido de se evitarem dilações inúteis e de forma a permitir que a decisão seja proferida no menor tempo, compatível com o processo³³⁶.

3.2.2.2 PROCESSO COOPERATIVO NO BRASIL

Quanto à estruturação do processo, em regra, a doutrina processual reconhece a existência de dois modelos (embora cumpra-nos assinalar que haja divergências quanto à caracterização de cada um deles): o modelo adversarial e o modelo inquisitorial. O primeiro caracteriza-se por uma disputa entre dois adversários, que sujeitam o conflito à apreciação de um órgão jurisdicional pouco intervencionista e que, praticamente, limita sua participação ao proferimento de uma decisão em favor de uma das partes³³⁷. O que fundamenta o modelo

que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

³³⁵ CFr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/05/2018 (Henrique Araújo). Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 12/11/2018.

³³⁶ FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código, p. 186, 2013

³³⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, ago. 2011, p. 208.

adversarial de processo é o princípio do dispositivo, que atribuiu às partes a responsabilidade pela condução e instrução do processo.

O modelo inquisitorial, por sua vez, coloca o órgão jurisdicional como principal protagonista do processo, a quem cabem poderes para conduzir a prática de atos ao longo do procedimento³³⁸.

Fredie Didier Jr lembra que a “dispositividade” ou “inquisitividade” podem manifestar-se, de forma independente, em relação a diferentes temas no processo. Sendo assim, é admissível considerar a hipótese de que, em um determinado ordenamento jurídico, dois temas diversos encapem, respectivamente, os princípios do inquisitivo e do dispositivo. Para uma melhor compreensão de como esse tipo de situação pode se apresentar na prática, o referido autor, considerando as disposições do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, assevera que a “instauração do processo e a fixação do objeto litigioso eram, em regra, atribuições das partes (...) já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio*”³³⁹.

Didier ainda ressalta que, sob o prisma do antigo CPC brasileiro, não era possível afirmar que o modelo processual adotado era o dispositivo ou o inquisitivo. O que se observava, de fato, era uma predominância de um ou outro princípio, a depender do tema considerado³⁴⁰.

Mais recentemente, a doutrina tem se dedicado à caracterização de um novo modelo processual – o terceiro – emerso da necessidade de obtenção de uma “decisão de mérito mais justa e efetiva”, construída pela participação e colaboração de todos os atores processuais, a partir de uma comunidade de trabalho³⁴¹. Trata-se do modelo cooperativo³⁴² (ou colaborativo) de processo.

O modelo cooperativo é por muitos considerado uma “superação dos modelos dispositivo e inquisitório”. Daniel Mitidiero, no entanto, opta por situar esse modelo processual considerando as perspectivas de modelos isonômico e assimétrico. O autor justifica a opção

³³⁸DIDIER JUNIOR, Fredie, ob. cit., p. 209.

³³⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie, ob. cit., p. 209.

³⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie, ob. cit., p. 210.

³⁴¹ PEIXOTO, Juliene de Souza. **A gestão processual como mecanismo de efetividade e de eficiência**. 2016. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 24.

³⁴² Em sua tese de doutoramento, Dierle Nunes utiliza o termo “comparticipação” para tratar da possibilidade de influência de todos os atores processuais na decisão judicial. Na percepção do referido autor, o processo democrático requerer o afastamento da noção de que o julgador é um ser dotado de “privilégio cognitivo”. A partir disso, torna-se possível a implementação de um “fluxo discursivo de todos os participantes (do imparcial e dos parciais)” (NUNES, 2008, p. 146). Nunes enxerga o processo democrático como uma “estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos” (NUNES, 2008, p. 146). O autor defende, assim, que é essa estrutura dialética que assegura “a participação constante e efetiva dos sujeitos de direito” e, em última instância, “permite uma colaboração na formação dos provimentos dos quais sofrerão os efeitos” (NUNES, 2008, p. 147).

utilizando-se de dois argumentos: (1) primeiramente, considera que a classificação que subdivide os modelos processuais em “dispositivo” e “inquisitório” são limitantes, já que retratam, tão somente, a posição dos atores processuais (partes e juiz), quando do trâmite da demanda; (2) em segundo lugar, Mitidiero assevera que o processo cooperativo mantém traços dispositivos e inquisitivos³⁴³.

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro adotou como “norma fundamental”³⁴⁴ o dever de cooperação e instituiu um modelo processual que, como bem enunciado por Medeiros Neto e Machado, exige, além da participação efetiva de todos os atores processuais, a colaboração da sociedade na construção de processos equos e justos³⁴⁵.

Leonardo Carneiro da Cunha defende que o NCPC adotou um modelo cooperativo de processo em que a intenção foi valorizar a vontade das partes e equilibrar a atuação dos atores processuais. O mesmo autor ainda assevera que o novo código pretendeu estimular o consenso e criar um espaço processual em que fosse possível mais do que simplesmente o julgamento de uma causa, mas “a resolução de conflitos”³⁴⁶, o que “propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido”³⁴⁷.

3.3 GESTÃO PROCESSUAL NA CONSTRUÇÃO DO PROCESSO COOPERATIVO

A formatação do Estado Democrático exigiu a adaptação dos institutos emersos sob diferentes modelos de organização estatal – e consolidados ao longo dos anos – às novas demandas sociais. Nessa seara, estão inovações introduzidas pelo Estado Social e que precisaram moldar-se à uma nova sociedade, que não se contentava mais com um papel passivo de mero recipiente das ações estatais, mas, ao contrário, exigia a efetiva participação dos cidadãos na consecução dos propósitos políticos³⁴⁸.

³⁴³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil** [livro eletrônico] 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

³⁴⁴ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (Código de Processo Civil Brasileiro 2015)

³⁴⁵ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Princípio da cooperação no processo civil. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 5, n. 1, p.163-191, 2016., p. 173.

³⁴⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 23 jun. 2018.

³⁴⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da, ob. cit. Acesso em: 23 jun. 2018.

³⁴⁸ GALINDO, Maíra Coelho Torres. Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 32.

O que houve, em última análise, foi a evolução “de uma democracia representativa para uma democracia participativa, que passou a exigir uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado e do Direito, não mais bastando a limitação ou a promoção da atuação do Estado³⁴⁹.”

A noção de democracia que permeia a sociedade atual não admite mais a existência de uma justiça autoritária, que desconsidera o interesse privado em favor de uma “ideia pública de verdade”. Da mesma forma, torna-se também inaceitável um órgão jurisdicional que, alheio à realidade social, julga as demandas que lhe são submetidas³⁵⁰.

Oportunamente, cumpre-nos trazer considerações tecidas por Mariana França Gouveia, na seara de discussão acerca da necessária reconstrução dos fundamentos do sistema judiciário, sob o prisma democrático, e do impacto disso sobre a compreensão do princípio da colaboração:

Uma justiça democratizada tem necessariamente de ser uma justiça próxima, de alguma forma pedagógica, que explique às pessoas a razão de ser dos seus actos e das duas decisões. Um sistema distante, embrulhado no seu próprio formalismo, no seu ritual opaco, não consegue justificar-se como legítimo perante os seus utentes, mesmo se estes forem pessoas informadas. É nesta perspectiva ou, se se quiser, com este fim que deve ser pensado o princípio da colaboração.³⁵¹

O processo cooperativo, como modelo que pressupõe a fiel observância ao princípio da cooperação, impõe ao magistrado uma igualdade de posição com as partes, sem com isso retirar-lhe a responsabilidade pela efetiva resolução do litígio posto em discussão³⁵².

É preciso que haja uma correspondência entre a verdade suscitada no processo e “a realidade extra-processual”, com fins de promover a efetiva tutela jurisdicional. A esse respeito, inclusive, Mariana França Gouveia posiciona-se no sentido de que “o juiz não pode limitar-se a analisar aquilo que consta do processo, fechando os olhos à realidade que, em certo momento da tramitação, *máxime* na produção da prova, lhe aparece”³⁵³. A assertiva parece-nos um precedente para admitir a interferência do juiz em questões de ordem material. É inevitável, pois, a remissão à ideia de gestão material, já oportunamente apresentada neste trabalho.

Ainda nos ensinamentos da autora, encontramos manifestação consoante à hipótese que nos propusemos a analisar no decorrer desta pesquisa, qual seja, avaliar a compatibilidade da gestão processual com o processo cooperativo democrático. Isso porque a professora

³⁴⁹ GALINDO, Maíra Coelho Torres, ob. cit., p. 32.

³⁵⁰ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 55.

³⁵¹ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 55.

³⁵² GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 55.

³⁵³ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 55.

assevera que a legitimidade da decisão só é alcançada quando as partes a compreendem, independentemente de concordarem ou não com ela. “Só a compreensão permite a aceitação, ainda que contrariada.”³⁵⁴

Antonio Santos Abrantes Geraldês considera um “verdadeiro paradoxo” o fato de o legislador português, nas sucessivas alterações do Código de Processo Civil, a despeito de pretender acentuar o papel do juiz no processo, ter mantido a “regra da recorribilidade” para a grande parte das decisões, mesmo “proferidas ao abrigo dos referidos poderes de direcção ou no exercício dos deveres de inquisitorialidade”³⁵⁵.

Não podemos concordar com aquele autor, quando da referência a existência de ambiguidade na opção do legislador em positivar a gestão processual e, concomitantemente, manter enunciados legais que preveem a possibilidade de recurso. Isso porque, consoante à premissa que defendemos ao longo deste trabalho, os poderes conferidos aos juízes pelo Diploma Legal devem guardar, necessariamente, pertinência com todo o ordenamento jurídico, sob pena – aí sim – de ambiguidade.

Não nos esqueçamos que o legislador (e aqui, ainda nos atendo ao caso português) que conferiu poderes de gestão aos magistrados o fez a partir de uma perspectiva de processo cooperativo.

Prossigamos, pois, na nossa análise: um contexto processual com o devido cumprimento dos deveres de gestão, sob o prisma de um processo cooperativo – consoante ao enunciado do CPC Português de 2013 (vide artigo 6º) – não pode ser paradoxal quando confrontado com a existência de um princípio que assegura a recorribilidade das decisões, e por uma razão muito simples: o “desestímulo” ao uso do recurso deve se dar pela construção (em cooperação) de uma decisão justa – nos moldes já citados, por ocasião da merecida menção aos ensinamentos de Mariana França Gouveia, quando trata da questão relativa à justiça da decisão – por todos os atores processuais e não pela inadmissibilidade legal de questionar a sentença. Cercear o direito à recorribilidade é, em alguma medida – e por todas as premissas aqui já defendidas – afrontar a democracia, pela restrição ao pleno exercício da cidadania.

Dierle Nunes afirma, inclusive, que a vedação às decisões surpresa – aquelas que se fundamentam em argumentos que não foram submetidos ao contraditório – potencializam a

³⁵⁴ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 55.

³⁵⁵ GERALDES, Antonio Santos Abrantes. **Reforço** dos poderes do juiz na gestão e na dinamização do processo. Disponível em <https://www.mjd.org.pt/default/storage/content/150/attachments/reforco-dos-poderes-do-juiz-na-gestao-e-na-dinamizacao-do-processopdf.pdf>. Acesso em 4/05/2018.

utilização das vias recursais³⁵⁶. E é exatamente por isso que as sentenças proferidas ao abrigo da fiel observância ao princípio da cooperação podem contribuir para reduzir o número de recursos e, conseqüentemente, diminuir a morosidade judicial.

Um processo, para refletir valores democráticos, não admite um juiz essencialmente passivo, que atua como mero árbitro em um conflito de interesses privados. Tampouco é compatível com o Estado Democrático um juiz cujas funções limitam-se à constatação do descumprimento de preceitos legais e à imposição das cominações cabíveis³⁵⁷.

Como bem pontuado por Daniel Mitidiero, defender o processo cooperativo implica, antes de tudo, um redimensionamento de poderes no processo, pela necessária revisão da cota de participação que se defere a cada um dos sujeitos ao longo da marcha processual³⁵⁸. Dessa forma, faz-se imprescindível que a doutrina se debruce sobre a questão relativa ao papel do juiz nesse modelo processual, emerso de uma sociedade amplamente distinta daquelas a que se amoldaram os modelos anteriores.

Oportuna se faz menção a posicionamento de Reinhard Greger, para quem a consagração do princípio na cooperação no processo civil deve ser compreendida de uma perspectiva ampla, que não só atribui às partes a obrigação de colaborar, mas impõe, também, responsabilidade de correta gestão do processo pelo juiz a quem cabe assegurar a plena participação de todos os sujeitos³⁵⁹. Nesse sentido, o autor assevera que

a compreensão correta da cooperação, em relação ao papel do juiz, significaria que esse não tem de conduzir o processo passiva nem autoritariamente. Ele deve se comportar, na interação com as significativas atividades das partes, de modo que se possa alcançar o propósito do processo o mais fácil, rápida e completamente possível³⁶⁰.

O processo cooperativo democrático requer um juiz ativo para assegurar a sua efetividade que, no nosso entender – e nesse ponto concordamos com Rosemiro Pereira Leal, vai além da mera resolução do conflito. É certo que pacificar uma questão litigiosa é, também, um objetivo perseguido no processo, mas a ele não se restringe. Mais fundamental do que a simples composição é conferir à decisão a devida legitimidade, de modo a considerá-la justa.

³⁵⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 123.

³⁵⁷ GALINDO, Maíra Coelho Torres, ob. cit., p. 40.

³⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prôt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*. Ano 36. v. 194, 2011. p. 62.

³⁵⁹ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, abr. 2012, p. 126.

³⁶⁰ GREGER, Reinhard, ob. cit., p. 126.

Tal como já asseveramos, a conotação *justa* de que se pretende revestir o proferimento judicial depende da fiel observância ao devido processo constitucional que, em última análise, implica no respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia quando da construção do proferimento final, em coparticipação, pelos sujeitos processuais.

O dever de gestão processual atribuído aos magistrados pode, sim, facilitar a construção da pretendida comunidade de trabalho e, mais do que isso, assegurar o fiel cumprimento aos preceitos que conferirão o sentido de justiça à decisão final. Para tanto, torna-se fundamental que a atuação judicial encontre limites nesses mesmos, já referenciados, princípios asseguradores do devido processo.

Em outras palavras, os atos de gestão praticados pelo juiz devem assegurar um devido processo constitucional, preceituado pelo respeito a todas as garantias processuais elencadas na Constituição. Sobre isso manifestou-se Dierle Nunes, em reflexões tecidas no âmbito da positivação da gestão processual ainda no regime especial experimental português, implementado pelo Decreto-lei 108, de 08.06.2006: “(...) caso ocorra a utilização do princípio da cooperação intersubjetiva e do contraditório, possuirá [a gestão processual] chance de obter os resultados de eficácia e constitucionais almejados”³⁶¹.

³⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 129.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de um resgate da evolução da ciência do direito processual, fez-se uma descrição das teorias do processo, emersas dos diferentes momentos históricos. Foi possível, assim, determinar e caracterizar os dois grandes modelos de processo, quais sejam, o liberal e o social. Da pesquisa, restou notório que a grande diferença entre os modelos citados está limitada ao (maior ou menor) protagonismo judicial, observada em cada um deles. Constatou-se, também, a forte relação entre a prevalência de uma determinada organização processual e o respectivo contexto político-social.

A consolidação dos Estados constitucionais e do regime democrático reabriu os debates com vistas a uma readequação dos sistemas processuais à nova realidade. Ganham especial relevância, nessa discussão, questões atinentes ao protagonismo judicial que, tal como posto, representava o viés diferenciador dos dois modelos de processo mais amplamente difundidos.

No contexto dos debates sobre novos modelos de processo, ganharam destaque as teorias habermasianas (no âmbito filosófico e do direito) e as premissas enunciadas por Baur (no campo do direito processual). Ambos, a partir de uma análise crítica hermenêutica do direito, inspirada na Escola Mineira de Processo, auxiliaram a fundamentação de nosso trabalho, que, em última análise, pretendeu promover uma reflexão sobre o papel do processo civil nos Estados democráticos e, em especial, sobre o papel dos magistrados nessa perspectiva.

Os preceitos da Escola Mineira de Processo nos pareceram bastante interessantes para a condução da reflexão a que nos propusemos. Isso porque qualquer análise que se pretenda fazer de uma realidade com o grau de complexidade como a que ora observamos não deve se basear no reducionismo positivista que um dia foi, em alguma medida, considerada suficiente para compreender o papel do processo para a sociedade.

O direito comparado foi de extrema importância para a análise a que nos propusemos. Aproveitamo-nos da experiência germânica para descrever a inserção das primeiras premissas norteadoras do processo cooperativo. O ordenamento jurídico português serviu-nos não somente para inspirar as reflexões acerca do processo cooperativo, mas, principalmente, para estabelecer as bases da gestão processual e de sua positivação em um contexto legislativo fundamentalmente cooperativo.

O presente trabalho de pesquisa permitiu concluir sobre a necessidade de reflexão sobre o processo civil contemporâneo, especialmente no que tange à atuação dos magistrados.

A consolidação dos estados democráticos clama pela existência de um sistema processual que contribua para assegurar os valores emersos dessa nova realidade social. É certo, pois, que a organização do processo, tal como aquelas preceituadas pelos dois principais modelos (liberal e social), não atende mais aos anseios da sociedade contemporânea.

Mister é, então, repensar a dinâmica processual sob outra perspectiva, qual seja, o processo cooperativo, cuja principal característica repousa sobre uma organização que, ao contrário do que acontecia até agora, não pressupõe a existência de protagonismos ou subordinação entre os atores processuais.

É importante frisar que atribuir ao processo caráter democrático e cooperativo não tem o escopo de “esvaziar o papel do magistrado”, visa tão somente à sua redefinição³⁶². E foi exatamente com fins de tentar iniciar (porque não ousaríamos estabelecer verdades absolutas) uma reflexão um pouco mais aprofundada sobre o processo civil contemporâneo e, em especial, sobre o papel dos juízes nesta nova realidade, que nos atrevemos a avaliar alguns aspectos que consideramos relevantes sobre a problemática.

No sentido de conduzir nossas reflexões sobre o papel dos magistrados no processo contemporâneo, utilizamos como paradigma para a caracterização das atribuições dos juízes no processo a “gestão processual”.

Embora, em um primeiro momento, os deveres de gestão tenham sido positivados com o condão de aumentar o poder de influência dos magistrados no procedimento, há que se ressaltar que toda e qualquer reflexão que se pretenda conduzir a respeito do referido instituto deve considerar as peculiaridades de um determinado contexto político-social e legislativo.

Quando pensamos a “gestão processual” com o pano de fundo dos estados constitucionais democráticos, é possível notar que essa pode ser, sim, uma alternativa para possibilitar a formatação de um novo padrão de atuação judicial. No entanto, o sucesso da empreitada só se concretizaria de forma democrática mediante a fiel observância dos preceitos constitucionais pela construção de um processo cooperativo.

Em síntese, a gestão processual efetivada sobre bases democráticas deve assegurar o respeito às garantias processuais constitucionais e possibilitar o pleno exercício da cidadania, pela participação.

³⁶² NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 256.

REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016,
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, J.j. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- CLARO, Roberto del. **Direção material do processo**. 2009. 271 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/371883752/Tese-Versao-Integral-Roberto-Del-Claro>>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 23 jun. 2018.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 208 p.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, p.207-217, ago. 2011.
- FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8. ed. Villa di Castenaso: Cedam, 1996.
- FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8. ed. Villa di Castenaso: Cedam, 1996.
- FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo código**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- FREITAS, José Lebre de. Em torno da revisão do direito processual civil. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, p.5-18, 1995.
- FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. **Código de Processo Civil Anotado**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- GERALDES, Antonio Santos Abrantes. **Reforço dos poderes do juiz na gestão e na dinamização do processo**. Disponível em <https://www.mjd.org.pt/default/storage/content/150/attachments/reforco-dos-poderes-do-juiz-na-gestao-e-na-dinamizacao-do-processopdf.pdf> . Acesso em 4/05/2018.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. **Julgar**, Lisboa, n. 1, p.47-65, 2007.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 21, p.580-609, 1966.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, p.123-133, abr. 2012. Tradução Ronald Kochem.

GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. **Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Introducción y parte general. 7. ed. Cizur Menor: Civitas, 2005.

GUTIERREZ, Gustavo Luís; ALMEIDA, Marco Antonio Bettine de. Teoria da Ação Comunicativa (Habermas): estrutura, fundamentos e implicações do modelo. **Veritas**, Porto Alegre, v. 58, n. 1, p.151-173, Jan/abr2013.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 2, n. 63, p.105-118, 2002. Disponível em: <<http://novosestudios.uol.com.br/produto/edicao-63/>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, p.1-13, out. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.260.02.PDF>. Acesso em: 18 jun. 2018.

JAUERNING, Othmar. **Direito Processual Civil**. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 480 p. Tradução de F.Silveira Ramos.

JORGE, Nuno de Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. **Julgar**, Lisboa, v. 3, p.61-84, 2007.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. 164 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. 07 v. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. 504 p.

LOPES, Jose Domingos Rodrigues. As duas propostas contemporâneas de abordagem do processo civil brasileiro: Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, p.1-5, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34573/as-duas-propostas-contemporaneas-de-abordagem-do-processo-civil-brasileiro-instrumentalismo-x-neoinstitucionalismo>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

LOURENÇO, Haroldo. **O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458405>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

MACHADO, Vitor Gonçalves. A busca da "verdade" para Jürgen Habermas e seus reflexos no novo código de processo civil brasileiro. **Revista Portuguesa de Filosofia**, Braga, n. 4, p.811-832, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

MARQUES, Mário Rei. **Introdução do direito I**. Figueira da Foz: Reproset, 1992.

MATOS, José Igreja. A gestão processual: um radical regresso às raízes. **Julgar**, Lisboa, v. 10, p.123-137, 2010.

MESQUITA, Miguel. A morte do princípio do dispositivo. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, v. 4007, n. 147, p.86-119, 2017.

MESQUITA, Miguel. Princípio da Gestão Processual: o Santo Graal do Novo Processo Civil. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, v. 3995, n. 145, p.78-108, 2015.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p.329.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. 2007. 147 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil [livro eletrônico] 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015**

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**. Ano 36. v. 194, p 55-68, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. **Revista Direito Privado**, Braga, n 10. Abril/Junho, p. 3-12, 2005.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 73, p.183-206, jan. 2013.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Princípio da cooperação no processo civil. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 5, n. 1, p.163-191, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo: Horizontes para a democratização processual civil.** 2008. 217 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais.** 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. 281 p.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 5, p.73-85, jun. 2004.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamen. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 101, p.61-96, jul. 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. A teoria Discursiva do Direito e da democracia de Jüger Habermas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, p.1-46, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27387>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

PEIXOTO, Juliene de Souza. **A gestão processual como mecanismo de efetividade e de eficiência.** 2016. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile.** 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

RAPOSO, João Vasconcelos et al. Gestão processual - experiência de serviço num mega-juízo. **Julgar**, Lisboa, v. 20, p.97-126, 2013.

RODRIGUES, Camila de Souza. A negociação processual prevista no novo Código de Processo Civil. **Anima: Revista Eletrônica do curso de direito das Faculdades OPET**, Curitiba, v. 17, p.1-16, jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima17/4-A-Negociacao-Processual-Prevista-No-Novo-Codigo-De-Proces>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

SANTOS, Leonardo Valverde Susart dos. **Gestão material do processo do trabalho.** 2015. 129 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em: <<https://isisbollbastos.wordpress.com/2013/02/04/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

SCALABRIN, Felipe; RAATZ, Igor. O Processo Civil no Estado Democrático de Direito na superação do modelo de processo do estado liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático. **Direito Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 14, p.269-296, 2011.

SIMÕES, Karoline. **O paradigma da consciência como fundamento do poder discricionário do juiz no Brasil.** 2014. Disponível em: <<https://karolsimoes.jusbrasil.com.br/artigos/142756362/o-paradigma-da-consciencia-como-fundamento-do-poder-discricionario-do-juiz-no-brasil>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. Lisboa: Lex, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao processo civil**. Lisboa: Lex, 2000.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil. **Cadernos de Direito Privado**, Braga, v. 43, p.10-14, jul. 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Apreciação de alguns aspectos da revisão do processo civil - projecto. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, p.353-416, 1995.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: De acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O "cartesianismo processual" em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo. **Nej**, Itajaí, v. 18, n. 1, p.5-22, jan. 2013. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 2 maio 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 58. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2018.

JURISPRUDÊNCIA

PORTUGAL, STJ. Acórdão de 11/02/2015, Processo 607/06.2TBCNT.C1.S. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 12/11/2018.

PORTUGAL, Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 7/04/2016, Processo 1004/09.3TBAGH.L1-8. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 12/11/2018.

PORTUGAL, STJ. Acórdão de 22/05/2018, Processo 3368/06.1TVLSB.L1.S1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 12/11/2018.

LEGISLAÇÃO

BRASIL, Código de Processo Civil de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

PORTUGAL, Código de Processo Civil de 2013. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis

PORTUGAL, Código de Processo Civil de 1995. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=570&tabela=leis