



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Márcio Carvalho Faria

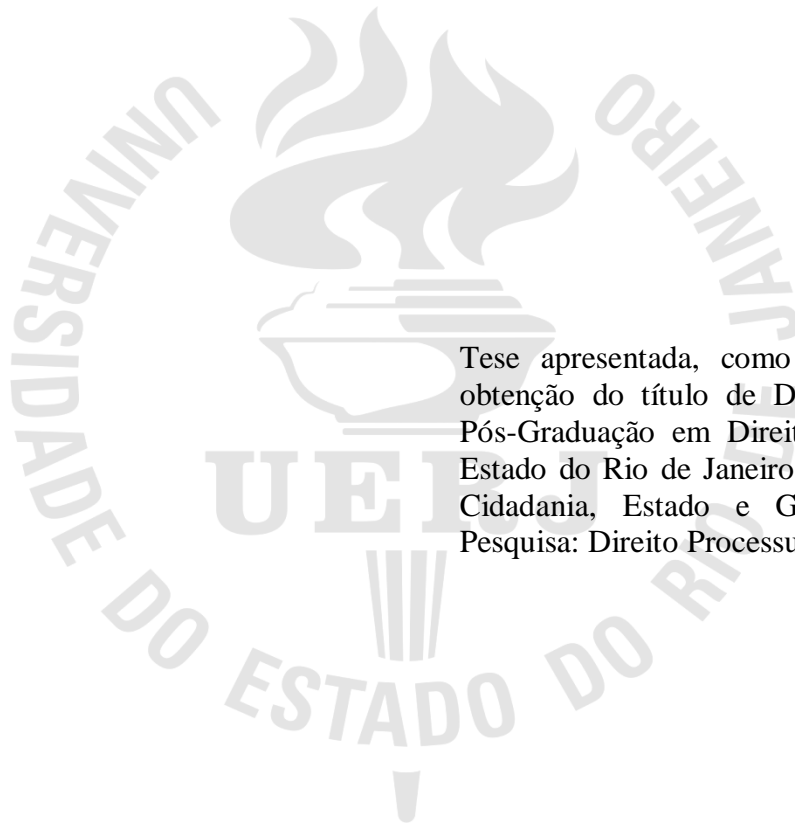
**A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de  
juiz leal**

Rio de Janeiro

2015

Márcio Carvalho Faria

**A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F224 Faria, Márcio Carvalho.  
A lealdade processual na prestação jurisdicional : em busca de um modelo de juiz leal / Márcio Carvalho Faria. - 2015.  
432 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco.  
Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Processo civil - Teses. 2. Direito processual - Teses. 3. Processos – Teses. 4. Direito constitucional - Teses. I. Greco, Leonardo. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/.95

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Márcio Carvalho Faria

**A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Processual.

Aprovada em: 09 de abril de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Leonardo Greco (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro

Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Fredie Didier Júnior

Universidade Federal da Bahia

---

Prof. Dr. Cléber Francisco Alves

Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2015

## DEDICATÓRIA

À minha *Xará*.

## AGRADECIMENTOS

Uma Tese é um trabalho individual, que se constrói isoladamente, entre estantes, mesas, bancos, cadeiras e paredes dos mais diversos e variados ambientes, como apartamentos, faculdades, bibliotecas, universidades, escritórios, aeroportos, aviões, ônibus, carros, rodoviárias, filas de banco, salas de espera de médicos, enfim, qualquer lugar. Isolamento de ideias, de amigos, de familiares, de projetos pessoais e profissionais.

Ainda assim, e por sorte do destino, não posso dizer que, por todo o Doutorado, vi-me *sozinho*.

No Rio de Janeiro, tive a acolhida de diversos lares, que por muito ou pouco tempo me emprestaram abrigo, conforto e, sobretudo, carinho e amizade, verdadeiros combustíveis para seguir adiante. Nesse sentido, não poderia deixar de agradecer àqueles que tanto incomodei como hóspede, mas que sempre estiveram, literalmente, de portas abertas para me receber: Carina Martins, Daniela Zibordi e Emiliano Folly, Eduardo Mendes, Jorge Arbex, Marconi Saraiva, Renato Linhares e Stael Braga.

De outra banda, a UERJ me trouxe relações acadêmico-profissionais que extrapolaram o convívio de corredores e salas de aulas, e influenciaram fortemente esse trabalho. Agradeço, pelo apoio e troca de ideias, Ademar Vidal, Aline Cavalcanti, Andre Roque, Baltazar Rodrigues, Bruno Bodart, Carla Mariquito, Cíntia Guedes, Cristiane Iwakura, Denise Rodriguez, Diego Ferverza, Diogo Almeida, Ellen Rodrigues, Fernanda Pantoja, Fernanda Nunes Barbosa, Filipe Guimarães, Franklyn Roger, Guilherme Hartmann, Guilherme Quaresma, Gustavo Quintanilha, Gustavo Nogueira, Gustavo Sokal, Henrique Guelber, Humberto Santarosa, Iorio D'Alessandri, Irapuã Santana, José Augusto Garcia, José Guilherme Ferraz, José Quirino Bisneto, Juliano Brandis, Luís Marcelo Cabral, Marcela Kohlbach, Marcela Perez, Marcelo Novelino, Maurício Galvão, Odilon Romano, Paula Menezes, Roberto Rodrigues, Ronaldo Campos, Thaís Secco, Trícia Navarro e Raphael Vasconcelos.

Assim como em terras cariocas, encontrei um grande suporte mineiro. Nesse prisma, agradeço aos colegas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e, em especial, Aline Passos, Bruno Amaro, Bruno Stigert, Cléverson Guedes, Cristiano do Lago, Dhenis Madeira, Dorival Cirne, Elizabete Mello, Fernando Guilhon, Fernando Horta, Flávia

Lovisi, Flávio Bellini, Frederico Riani, Isabela Gusman, Israel Rachid, Joana Machado, João Becon, João Bosco Cascardo, Karol Durço, Leandro Silva, Leonardo Correia, Luciana Melquíades, Luis Antonio Barroso, Marcella Nardelli, Marcos Vinicio Feres, Mônica dos Santos, Nilton Rodrigues, Paulo Medina, Plínio Lacerda, Raquel Bellini, Sérgio Negri, Tatiana Paula e Thiago Almeida.

Também de Juiz de Fora, devo reconhecer o auxílio de Aloysio Libano, Álvaro Ribeiro, Brenda Braile, Bruno Assis, Bruno Matias, Daniel de Castro, Daniel Giotti, Débora Piacesi, Douglas Fontes, Estefânia Rossignoli, Francisco Xavier Amaral, Grégore Moura, Guilherme Rodrigues, Gustavo Vimieiro, João Claudio Franzoni Barbosa, João Paulo Moreira, Leandro Lanna, Leandro Oliveira, Liliana Di Paolo, Márcio Deotti Júnior, Paula Croce, Ramon Gomes, Ricardo Marinho, Reinaldo Moreira, Renata Menezes, Rodrigo Aguiar, Silvia Ribeiro, Stela Tannure, Thiago Avancini e Vinícius Machado.

*D'além mar*, faço questão de minudenciar o relevantíssimo apoio dos Profs. Drs. Joan Picó i Junoy, na Espanha, e Miguel Teixeira de Sousa e Pedro de Albuquerque, em Portugal, quando nesses países estive para a realização de imprescindíveis pesquisas e entrevistas para a Tese, bem como dos colegas e funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, da Faculdade Nova de Lisboa e do *Colegio de Abogados* de Barcelona.

Um agradecimento especial merece a Profa. Dra. Paula Costa e Silva, responsável não só pelo convite que me levou à Europa, como pelo intenso e inesquecível apoio, atenção, presteza, amizade e, sobretudo, pelos mais diversos ensinamentos nos dois meses em que pude acompanhá-la na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Por falar em professores, não há como deixar de mencionar aqueles que direta ou indiretamente serviram para a construção da base indispensável dessa verdadeira conquista: da UERJ, Adilson Pires, Afrânio Jardim, Aluísio Mendes, Antônio Cabral, Antônio Celso, Carolina Tupinambá, Flávia Hill, Flávio Mirza, Humberto Dalla, José Ricardo Cunha, Leonardo Schenk, Luiz Fux, Marco Antônio Rodrigues, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Ricardo Lodi; de outras instituições, dos mais diversos cantões do país: Fredie Didier Júnior (BA), Rodrigo Mazzei (ES), Alexandre Freire (MA), Alexandre Bahia, Bernardo Pimentel, Dierle Nunes, Leonardo Beraldo e Luiz Fernando Valladão (MG), Leonardo Carneiro da Cunha (PE), Eduardo Cambi, José Miguel Medina, Luiz Guilherme Marinoni, Luiz Rodrigues Wambier, Sergio Arenhart e Teresa Arruda Alvim Wambier (PR), Alexandre Câmara, Amanda Navas, Carla Kacelnik, Delton Meirelles,

Fernando Gama, Luciana Almeida, Nilton Flores, Renata Braga, Renata Cunha, Robson Godinho, Walter Rodrigues (RJ), Cassio Scarpinella Bueno, Daniel Assumpção, Flávio Luiz Yarshell, Glauco Gumerato Ramos, Gustavo Badaró, Helena Najjar Abdo, José Roberto dos Santos Bedaque, Luciana Carvalho, José Rogério Cruz e Tucci (SP), Daniel Mitidiero, Darci Ribeiro, Renzo Cavani e Vitor Ramos (RS).

Dou graças também aos professores Loïc Cadiet (FRA), Michele Taruffo (ITA) e Neil Andrews (ING), pelas aulas e ensinamentos prestados na UERJ.

Sou grato aos professores Leonardo Schenk e Marco Antônio Rodrigues pelas divesas críticas e sugestões quando da banca de qualificação, assim como também à professora e colega Clarissa Guedes, pelo intenso diálogo e interlocução durante todo o doutorado e, em especial, quando da atenta leitura dos originais.

Agradeço, ainda, à Universidade Federal de Juiz de Fora e à Fadepe, por todo o apoio de seus servidores, terceirizados e demais colegas. Importante menção merecem os responsáveis pela reprografia, notadamente Luan e Ricardo “Cacá”, sempre atenciosos e disponíveis.

Aos meus alunos, hoje já espalhados pelo mundo, agradeço a permanente interlocução e, sobretudo, os incentivos para que todo esse esforço valesse a pena.

Aos distintos colegas da Amaral Barbosa Advogados, da Faculdade Metodista Granbery e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

À UERJ, na pessoa da doce e incrivelmente disponível D. Sônia, o verdadeiro *anjo da guarda da PGDIR*, agradeço todas as oportunidades.

Ao Ministério da Educação, à CAPES e ao CNPq, pelo indispensável apoio financeiro durante o Doutorado.

À Sra. Márcia Vieira, competente e fiel secretária do Prof. Greco, pelo carinho e atenção de sempre.

Aos meus familiares, dos mais próximos aos mais distantes, pela torcida.

Agradeço, em especial, a meu grande amigo José Aurélio de Araújo, companheiro diário de labuta, que há nove anos vem traçando os mesmos caminhos e fazendo com que eles se mostrem mais alegres e menos intrincados.

Por fim, mas não menos importante, agradeço àqueles que apresentam igual relevância para a construção desse trabalho:

A Deus, por suas bênçãos de saúde, paciência, inteligência e perseverança.



A meus amigos, que fizeram um pouco menos árduo esse trajeto, e souberam tolerar minhas desculpas, ausências e afastamentos com sorrisos nos rostos, abraços de conforto e palavras de coragem. Felizmente, a vida me deu tantos “irmãos escolhidos” que seria impossível nomeá-los num espaço tão curto.

A meus pais, Celmar e Pola, pela vida, pelo amor incansável, pelo suporte desmedido, pela compreensão, pelo esforço em minha educação, enfim, por *tudo*.

A meu irmão, Marcelo, por me mostrar a leveza da vida e que nenhum obstáculo é grande o suficiente.

À Márcia, que me viu entrar no Doutorado como namorada, acompanhou-me como noiva, prosseguiu ao meu lado como esposa e agora, às vésperas da conclusão da Tese, brindou-me com a mais feliz de todas as notícias, a de que será a mãe de nosso Pedro; minha companheira, meu amor maior, minha inspiração, meu sentido de prosseguir, minha *Xará*: eu nunca teria conseguido sem você!

Ao Prof. Dr. Leonardo Greco, meu Mestre, meu Orientador, meu exemplo de vida e de Professor, com quem tive a honra e a satisfação de conviver, observar, admirar e, sobretudo, de aprender.

A todos, meu muito obrigado.

Ninguém é bom demais, ninguém é bom sozinho.

*Luis Roberto Barroso*

## RESUMO

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. 2015. 432 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

A presente Tese aborda o tema do efetivo reconhecimento do princípio da lealdade processual à prestação jurisdicional, com as consequências daí decorrentes. Como se trata de um novo modo de se observar a lealdade processual (que, historicamente, tem sido desenvolvida por doutrina e jurisprudência basicamente sob o prisma das partes e, quando, muito de seus procuradores), fez-se necessário desenvolver, em uma primeira parte do trabalho, as premissas teóricas que pudessem dar sustentabilidade ao tema, em particular a constitucionalização do direito processual, as novas feições da jurisdição como implementadora dos direitos fundamentais e a inserção da cláusula geral da lealdade processual, com os respectivos corolários. A segunda parte da Tese, por seu turno, traça parâmetros para a tentativa de definição daquilo que se alcunhou “um novo modelo de juiz”, a partir de uma necessária revisitação das tradicionais garantias associadas à prestação jurisdicional e à própria magistratura. Nesse propósito, foram elencados, como elementos indispensáveis à configuração de um “juiz leal”, o contraditório participativo, a cooperação processual e a gestão processual. Na terceira e última parte, após breve estudo das teorias do abuso do direito, foram levantadas algumas hipóteses de *abusos jurisdicionais*, até mesmo para que, ainda que a *contrario sensu*, fosse possível se aproximar do já mencionado *juiz leal*. Por fim, foram investigadas as sanções processuais cabíveis aos magistrados atualmente existentes no ordenamento jurídico pátrio, e propostas algumas sugestões (de *lege lata* e de *lege ferenda*) na expectativa de se melhorar as formas de combate aos abusos citados e, principalmente, respeitar-se o *processo justo*.

Palavras-chave: Lealdade processual. Processo justo. Abusos processuais jurisdicionais. Processo Civil.

## ABSTRACT

FARIA, Márcio Carvalho. *Procedural fairness in adjudication: in search of a loyal judge model*. 2015. 432 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

This doctoral dissertation addresses the issue of the recognition of the principle of procedural fairness in adjudication, and the consequences this ensues. Since this is a novel way of looking into procedural fairness (which, historically, has been developed by scholars and case law basically from the perspective of the parties and sometimes from the perspective of counsel), there was a need to develop, in the first part of this study, the theoretical assumptions that are able to support the topic, namely: the constitutionalization of procedural law, the new features of jurisdiction as implementing fundamental rights, and the insertion of the general clause of procedural fairness, with their respective corollaries. The second part of the study, in turn, sets out parameters aiming at defining what has been called "a new judge model", by necessarily revisiting the traditional guarantees connected to adjudication and to the judiciary itself. In order to meet this objective, this study lists the essential elements of the "loyal judge", participatory adversarial process, procedural cooperation, and case management. In the third and final part, after a brief examination of the theories of abuse of rights, this study raises a number of cases of *judicial abuse*, in order to, in a *contrario sensu* approach, get closer to the *loyal judge* model. Finally, procedural sanctions applicable to magistrates working under the Brazilian legal system were addressed, and recommendations have been made, based on existing and future legislation, aiming at improving the forms of fighting judicial abuse and of chiefly respecting *fair process*.

Keywords: Procedural fairness. Fair process. Procedural abuse by the courts. Civil Procedure.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADP Abuso de direitos processuais

AgRg Agravo Regimental ou Agravo Interno

Apel Apelação

Art. ou art. Artigo de lei ou ato normativo

BACEN-JUD De acordo com o Conselho Nacional de Justiça<sup>1</sup>, “é um sistema eletrônico de relacionamento entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, intermediado pelo Banco Central, que possibilita à autoridade judiciária encaminhar requisições de informações e ordens de bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados.” (Informações retiradas do CNJ).

BGB Bürgerliches Gesetzbuch Código Civil da Alemanha

BGHZ Entscheidungen des BGH in Zivilsachen Decisões do Superior Tribunal Federal da Alemanha em matéria civil periódico

CADH Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Cap. ou cap. Capítulo

CC Código Civil

CC/16 Código civil de 1916 (Lei n. 3071/16)

CC/02 Código Civil brasileiro em vigor (lei federal n.º 10.406/02)

CCJE Conselho Consultivo dos Juizes Europeus

CDC Código de Proteção e Defesa do Consumidor (lei federal n.º 8078/90)

CEDH Convenção Europeia de Direitos Humanos

---

<sup>1</sup> Portal CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/bacenjud/duvidas-frequentes>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

CEPEJ Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça

CF/88 Constituição Federal da República Federativa Brasileira de 1988

Cf. conforme

cit. citado

civ. cível ou civil

CPB/40 Código Penal brasileiro em vigor (DL n.º 2848/40)

CPC Código de Processo Civil

CPC/39 Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (DL n. 1608/39)

CPC/73 Código de Processo Civil brasileiro em vigor (Lei n.º 5869/73).

CPR's Civil Procedure Rules (ING)

CPVP cadastro público de violações processuais

CNJ Conselho Nacional de Justiça

Des. Desembargador

DJ/DJe Diário da Justiça/Diário da Justiça em sua versão eletrônica

DL ou dl decreto-lei

DOU Diário Oficial da União

DUDH Declaração Universal dos Direitos do Homem

EC Ementa Constitucional

EDcl Embargos de Declaração

EDiv Embargos de Divergência

FDUL Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

FDJ Federal Judicial Center (EUA)

IBDP Instituto Brasileiro de Direito Processual

j. julgamento

LACP lei da ação civil pública

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil (ESP)

LC lei complementar

LO lei ordinária

LOMAN Lei de Organização da Magistratura Nacional (LC 35/79)

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial (ESP)

Min. Ministro

MP Ministério Público

NCPC Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro (PLS 166/10)

ONU Organização das Nações Unidas

PL Projeto de Lei na Câmara dos Deputados

PLS Projeto de Lei no Senado Federal

PUC/SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RE Recurso Extraordinário

Rel. Relator

REsp Recurso Especial

STF Supremo Tribunal Federal Brasileiro

STJ Superior Tribunal de Justiça Brasileiro

T. Turma

TGI Tribunal de Grande Instance (FRA)

TJ Tribunal de Justiça

TJDF Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJGO Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

TJMG Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJPR Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJRJ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJRS Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSP Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF/TRF1 Tribunal Regional Federal/Tribunal Regional Federal da 1ª Região (e assim sucessivamente, para todas as cinco regiões atualmente existentes)

TEDH Tribunal Europeu de Direitos Humanos

v.g. *verbi gratia*

v.c.f.p. *venire contra factum proprium*

ZPO Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil da Alemanha)



## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	19
I	<b>AS PREMISSAS TEÓRICAS DO ESTUDO DO TEMA</b> .....	23
1	<b>O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL</b> .....	23
1.1	<b>Breve histórico</b> .....	23
1.2	<b>Garantismo processual, ativismo processual e os modelos processuais</b> .....	43
1.2.1	<u>A apresentação do debate</u> .....	43
1.2.2	<u>A lealdade processual no centro da celeuma</u> .....	49
1.2.3	<u>A superação da dicotomia estanque entre os modelos processuais clássicos e a busca de um <i>tertium genus</i>: o processo cooperativo</u> .....	58
1.3	<b>O processo justo e as garantias constitucionais: o devido processo constitucional</b> .	67
1.3.1	<u>Devido processo legal: breve histórico e noções básicas</u> .....	67
1.3.2	<u>As garantias processuais constitucionais pelo mundo: breve bosquejo</u> .....	72
1.3.3	<u>O devido processo legal no Brasil</u> .....	87
1.3.4	<u>Processo justo e decisões justas</u> .....	92
2	<b>A LEALDADE PROCESSUAL</b> .....	97
2.1	<b>O fundamento constitucional da lealdade processual</b> .....	97
2.2	<b>A fundamentação metaprocessual da lealdade</b> .....	103
2.3	<b>Um esclarecimento sobre a opção pela “lealdade” em detrimento da consagrada “boa-fé objetiva” e algumas distinções necessárias</b> .....	107
2.4	<b>O reconhecimento da lealdade no direito público e, mais especificamente, no direito processual: breve estudo de direito comparado</b> .....	110
2.5	<b>A fundamentação processual da lealdade</b> .....	126
2.5.1	<u>A lealdade como princípio</u> .....	126
2.5.2	<u>A lealdade como dever</u> .....	128

2.5.2.1	A necessária diferenciação entre ônus, obrigações e deveres e a consagração de um dever de lealdade .....	128
2.5.2.2	Segue. É possível se falar em um dever processual de lealdade para o juiz? .....	137
2.5.3	<u>As consequências do reconhecimento da lealdade no processo</u> .....	147
2.5.3.1	A função hermenêutica ou interpretativa .....	147
2.5.3.2	As funções criadora/supletiva e limitadora/corretiva .....	150
2.5.3.2.1	A vedação do <i>venire contra factum proprium</i> (v.c.f.p.) .....	156
2.5.3.2.2	A <i>suppressio</i> (e a <i>surrectio</i> ).....	162
2.5.3.2.3	<i>Tu quoque</i> .....	167
2.5.3.2.4	A proibição do abuso de direitos (e poderes) processuais .....	168
II	<b>A LEALDADE PROCESSUAL E UM NOVO MODELO DE JUIZ</b> .....	169
3	<b>AS TRADICIONAIS GARANTIAS RELACIONADAS À JURISDIÇÃO (JUIZ NATURAL, LEGALIDADE, IGUALDADE, IMPARCIALIDADE) E A LEALDADE PROCESSUAL: PRELÚDIO DE UM NOVO MODELO DE JUIZ</b> .....	170
4	<b>OS ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À CONFIGURAÇÃO DE UM JUIZ LEAL</b> .....	182
4.1	<b>O contraditório participativo</b> .....	182
4.1.1	<u>Noções gerais</u> .....	182
4.1.2	<u>Especificamente: o contraditório das matérias de ordem pública e a impossibilidade de decisões-surpresa</u> .....	187
4.1.3	<u>Especificamente: o contraditório participativo em todas as fases probatórias</u> .....	195
4.2	<b>A cooperação processual</b> .....	203
4.2.1	<u>A cooperação intersubjetiva e o processo civil cooperativo. Generalidades</u> . .....	203
4.2.2	<u>Os deveres essenciais do juiz cooperador</u> .....	209
4.2.2.1	Dever de esclarecimento.....	209
4.2.2.2	Dever de prevenção (ou de advertência) .....	214
4.2.2.3	Dever de consulta .....	219
4.2.2.4	Dever de auxílio (ou de assistência).....	221
4.2.3	<u>Descumprimento dos deveres da cooperação</u> .....	224
4.3	<b>A gestão profissional, a gestão processual, a morosidade e a lealdade</b> .....	225

4.3.1	<u>Considerações iniciais</u> .....	226
4.3.1.1	A indispensável gestão profissional do Poder Judiciário ( <i>court management</i> ).....	228
4.3.1.2	O dever de gestão processual .....	234
4.3.1.3	A má gestão e a duração desmedida dos processos .....	240
4.3.2	<u>A crise do tempo no processo: considerações iniciais, históricas e de direito comparado</u> .....	241
4.3.3	<u>A busca (ou a tentativa) de definição de critérios para se aferir a razoabilidade da duração dos processos</u> .....	247
4.3.4	<u>Especificamente: a duração razoável dos processos como resultado da observância da lealdade processual</u> .....	253
III	<b>O ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL E A ATIVIDADE JURISDICIONAL</b> ...	256
5	<b>GENERALIDADES E DEFINIÇÕES: FIXAÇÃO DE CONTORNOS PARA UMA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL</b> .....	256
5.1	<b>É possível se falar em abuso de direito processual?</b> .....	256
5.2	<b>Segue. As teorias do abuso de direito</b> .....	263
5.3	<b>O juiz como sujeito ativo do abuso processual</b> .....	270
5.3.1	<u>As lacunas doutrinárias e a fixação de conceitos</u> .....	270
5.3.2	<u>Especificamente: o juiz como agente causador de abuso de direito processual e a finalidade da atuação jurisdicional</u> .....	280
6	<b>ABUSOS JURISDICIONAIS E SANÇÕES PROCESSUAIS</b> .....	283
6.1	<b>O fetiche da celeridade, a efetividade perniciosa, a ofensa à cooperação e o abuso judicial: a prestação jurisdicional desleal</b> .....	283
6.1.1	<u>A síndrome dos modelos pré-concebidos (ou o “princípio do recorta e cola”)</u> .....	292
6.1.2	<u>A falta de real interesse na demanda: o descumprimento do dever de engajamento e a ofensa ao processo cooperativo</u> .....	299
6.1.2.1	O desperdício abusivo de atividade jurisdicional.....	301
6.1.2.2	O desprestígio abusivo para com as audiências judiciais .....	303
6.1.2.3	A tolerância abusiva com as atuações desleais dos sujeitos processuais parciais .....	309
6.1.3	<u>O abusivo trato dos formalismos processuais</u> .....	323
6.1.3.1	Os contornos as formalidades-valorativas: a criatividade processual .....	326
6.1.3.2	O apego ao formalismo-excessivo: a jurisprudência defensiva .....	334

6.2	<b>As sanções processuais decorrentes do abuso jurisdicional</b> .....	341
6.2.1	<u>Considerações iniciais, delimitações importantes e ratificações necessárias</u> .....	341
6.2.2	<u>Tipologia das sanções processuais pertinentes aos juízes</u> .....	342
6.2.2.1	Responsabilidade civil .....	342
6.2.2.1.1	Generalidades, hipóteses de cabimento e breves exposições procedimentais .....	342
6.2.2.1.2	Uma sugestão para atenuar a baixa efetividade das normas relativas à responsabilidade civil do magistrado .....	345
6.2.2.2	Condenação em custas processuais .....	349
6.2.2.3	Preclusões, <i>venire contra factum proprium</i> , <i>suppressio</i> , <i>surrectio</i> e <i>tu quoque</i> : uma sugestão de <i>lege lata</i> .....	350
6.2.2.3.1	A preclusão pro iudicato como sanção punitiva e a sua relação com as matérias de ordem pública .....	350
6.2.2.3.2	<i>Venire contra factum proprium</i> , <i>suppressio</i> , <i>surrectio</i> e <i>tu quoque</i> .....	357
6.2.2.3.3	A cooperação, a preclusão pro iudicato, o <i>v.c.f.p.</i> e seus correlatos: uma sugestão de <i>lege lata</i> .....	359
6.2.2.4	Os defeitos dos atos processuais e os <i>errores in procedendo</i> .....	364
6.2.2.4.1	As nulidades como sanções e a atuação jurisdicional .....	364
6.2.2.4.2	Os defeitos processuais e o processo justo .....	366
6.2.2.4.3	Os abusos judiciais e as decisões – apenas morfológicamente – justas .....	368
6.3	<b><i>De lege ferenda</i>: a criação de cadastros públicos de violações procedimentais e o controle democrático dos juízes desleais: uma sugestão de <i>lege ferenda</i></b> .....	371
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	378
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	383

## INTRODUÇÃO

A tese que ora se inicia, denominada “*A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*” toma como premissas teóricas (i) a constitucionalização do direito processual; (ii) a jurisdição como implementadora dos direitos fundamentais, e (iii) a cláusula geral da lealdade processual, para buscar o estabelecimento de um novo modelo de prestação jurisdicional consentâneo com as lições do *processo justo*.

Nesse sentido, pretende-se rediscutir o papel do juiz à luz do *devido processo constitucional*, reconhecendo-se como ilegítima e antidemocrática qualquer postura jurisdicional que não tenha se concretizado sob os influxos da lealdade processual.

No referente aos setores do conhecimento, a pesquisa assumiu feição interdisciplinar, pela concatenação de elementos pertinentes à Teoria Geral do Processo, ao Direito Processual Civil e ao Direito Constitucional, em necessário e constante intercâmbio.

Quanto à estrutura, vislumbra-se a Tese com três Partes, além da Introdução, Conclusão e Referências. Na primeira, buscar-se-á fixar as bases teóricas do estudo a partir da observação dos fenômenos constitucionais e processuais do último século, fazendo-se enfrentamento crítico das novas teorias do “neoconstitucionalismo” e do seu reflexo no processo, o “neoprocessualismo”. Além disso, serão expostos, criticamente, os modelos clássicos dos sistemas processuais, para que se chegue, se possível, à conclusão da necessidade de se falar em um “terceiro modelo processual” fulcrado na atuação colaborativa de *todos* os sujeitos processuais. Também como arrimo para os demais capítulos, analisar-se-ão as garantias fundamentais do processo, em especial aquelas relativas à atuação do juiz, o foco central deste estudo.

Ainda dentro da primeira parte, será abordada a lealdade processual (*v. g.*, conceito, fundamentações e distinções essenciais), a fim de que, reconhecendo-a como verdadeiro princípio processual indispensável à consagração do processo justo, seja delineada a construção de um *novo modelo de juiz*.

Na segunda parte, serão revisitados os contornos processuais da atividade jurisdicional, analisando-se, especificamente, as garantias individuais da imparcialidade e do juiz natural e as garantias estruturais da independência e da impessoalidade da jurisdição, sempre sob o foco do princípio da lealdade processual. Ainda sob tal perspectiva, serão perscrutados os princípios do

contraditório e da colaboração processual como elementos indissociáveis à consagração do processo justo.

Aqui serão enfrentadas, ainda, questões atinentes à gestão e à morosidade processuais, para se abrir espaços, no último capítulo, à análise dos abusos processuais existentes no cotidiano forense.

Nessa terceira parte, após uma breve exposição sobre o *estado da arte* acerca das teorias sobre o abuso de direito – e, obviamente, sobre o abuso do processo –, procurar-se-á demonstrar a possibilidade de que também a atividade jurisdicional venha a ser caracterizada pela *deslealdade*.

Nesse prisma, o *caráter inovador* da Tese passa pela *efetivação de um dever geral de lealdade para os julgadores* e, conseqüentemente, a possibilidade de se reconhecer, na atuação jurisdicional, eventuais ofensas à lealdade processual aptas, até mesmo, à caracterização de abuso de poder por manifesto *desvio de finalidade*.

Vale dizer: tanto a doutrina pátria<sup>2</sup> como a estrangeira<sup>3</sup>, historicamente, ao analisarem os deveres de probidade no processo, fazem-no no mais das vezes sob o estrito viés das partes (e, no máximo, de seus procuradores)<sup>4</sup>, “esquecendo-se” de que a relação processual é composta por outro sujeito tão relevante quanto, o juiz.

Em síntese: do dever de o Estado atuar para a viabilização do processo justo, decorre a observância da lealdade não apenas pelas partes e seus procuradores (como usualmente a doutrina e a jurisprudência tratam o tema), mas também pelos julgadores. Mostra-se, destarte, imprescindível analisar-se a tutela jurisdicional não sob o ponto de vista dos próprios juízes – que, diante de pilhas e pilhas de processo, buscam estratégias dos mais diversos para apenas resolver *seus próprios problemas* –, mas, e sobretudo, vislumbrá-la sob o viés das partes e, em fins últimos, da própria sociedade, que lealmente lhes entregou o monopólio da jurisdição e o

---

<sup>2</sup> Por exemplo, veja-se: MILMAN, Fabio. *Improbidade processual e comportamento das partes: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. No mesmo sentido: VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 175-177.

<sup>3</sup> Em Portugal, por exemplo, tanto o CPC anterior como o atual apenas fazem menção à boa-fé processual das partes (art. 8º, CPC PT/2013), a despeito de aquele mesmo país ter consagrado, há quase duas décadas, o princípio da colaboração intersubjetiva (art. 7º, CPC PT/2013).

<sup>4</sup> Não foi por outra razão, aliás, que muitos dos conceitos e premissas aqui analisados tiveram de ser buscados na doutrina que perscruta a lealdade processual das partes e dos procuradores para que, posteriormente, pudesse-se verificar a sua aplicabilidade à atuação jurisdicional.

poder de resolução de conflitos, esperando, do mesmo modo, que as respostas sejam legais, justas, efetivas e, obviamente, *leais*.

Afinal, como bem ressaltou *Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*<sup>5</sup>, ao analisar as novas legislações, complexas e lacunosas por conta da própria complexidade da sociedade atual, “exatamente a lealdade no emprego dessa liberdade nova atribuída ao órgão judicial é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo”.

Pretende-se, desse modo, comprovar que, sem a observância da lealdade na prestação jurisdicional<sup>6</sup>, as partes não só *desconfiam* do Poder Judiciário como, progressivamente, retiram-lhe prestígio, a ponto de questioná-lo – e, em fins últimos, também o Estado – como instrumento de concretização de direitos.

Em termos de cortes metodológicos<sup>7</sup>, impende deixar claro, já desde esse momento inicial, que a Tese, embora reconheça que a atuação do juiz pode ser alvo de responsabilização criminal, administrativa e cível, irá se fixar na sua análise estritamente processual.

De mesmo modo, a despeito da relevantíssima contribuição proveniente da doutrina, jurisprudência e legislação estrangeiras<sup>8</sup> – as quais, como se verá, fundamentam e qualificam todos os itens deste trabalho, a Tese se volta prioritariamente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Cumprе ressaltar, desde logo, que todos os acórdãos e julgados citados ao longo do trabalho, quando não citadas outras fontes, foram extraídos de consulta direta aos *sites* oficiais dos respectivos tribunais aos quais pertencem os seus respectivos julgadores.

Outra observação, ainda mais relevante, diz respeito à tramitação legislativa do Projeto de Lei do Senado n.º 166/2010, que posteriormente deu ensejo ao Projeto de Lei da Câmara dos

---

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278.

<sup>6</sup> *Marie-Emma Boursier*, de certo modo, tem a mesma opinião, e chega a mencionar que a lealdade estaria coligada diretamente à boa utilização de seus poderes pelo juiz, sendo a “loyauté” [um] “guide de la nouvelle liberté du juge” (BOURSIER, Marie-Emma. *Le prince de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003, p. 371-394, notadamente p. 381-394).

<sup>7</sup> “(...) Em suma, recordemos este princípio fundamental: *quanto mais se restringe o campo, melhor e com mais segurança se trabalha*. Uma tese monográfica é preferível a uma tese panorâmica. É melhor que a tese se assemelhe a um ensaio do que a uma história ou a uma enciclopédia”. (ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Sousa. 24. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 10; destaques no original).

<sup>8</sup> Notadamente as provenientes de Portugal e Espanha, países onde a pesquisa pôde ser feita *in loco*, com o indispensável auxílio dos Professores *Paula Costa e Silva*, *Miguel Teixeira de Sousa* e *Pedro de Albuquerque*, em Lisboa, e *Joan Picó i Junoy*, em Barcelona.

Deputados n.º 8.046/2010, os quais, em síntese, configuram aquilo que tem se chamado de “Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. Durante toda a redação desta Tese (e até mesmo da própria realização do curso de Doutorado, que se iniciou em março de 2011), foi possível estudar, com a intensidade e profundidade necessárias, os diversos projetos de lei e substitutivos que foram sendo lançados de tempos em tempos. Paralelamente a isso, inúmeros estudos e artigos específicos foram alvo de análise, conforme uma breve consulta à bibliografia final pode comprovar. Por todo o texto, inclusive, há algumas menções aos futuros dispositivos que, muito provavelmente, em breve estarão em vigor no país. A Tese, assim, não fechou os olhos, de forma alguma, para o NCPC.

Apesar disso, até o seu fechamento (22 de fevereiro de 2015), o texto do NCPC, embora aprovado no Congresso em 17 de dezembro de 2014, sequer teve a redação final de seus destaques concluída, algo que deve ocorrer somente nas próximas semanas, quando efetivamente começará a contar o prazo presidencial de sanção ou veto.

Por essas razões, tornou-se praticamente impossível realizar citações e referências definitivas aos dispositivos no Projeto do NCPC, muito embora, como dito, ideias inspiradoras do novo diploma (como, *v. g.*, as relativas ao princípio da cooperação, previstas no art. 6º, PLS 166/2010<sup>9</sup>) tivessem sido aqui abordadas.

Cumprе observar, ainda, que a presente Tese adotou o “Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa”, sendo imperioso ressaltar que eventuais citações realizadas por seus respectivos autores de acordo com regras anteriores foram mantidas em respeito às fontes de origem.

Por fim, vale mencionar que o tema está totalmente vinculado à linha de pesquisa proposta pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sendo crescente, na doutrina e na jurisprudência<sup>10</sup>, seu estudo e incidência.

---

<sup>9</sup> “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>10</sup> “(...) A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, esmerada e leal (...)” (STJ, 3T., REsp 803.481/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/6/07, DJ 01/08/07).



Ademais, encontra-se indiscutivelmente ligado à área de concentração “Cidadania, Estado e Globalização”, vez que, como dito, relaciona-se diretamente à atividade jurisdicional.

## **I AS PREMISSAS TEÓRICAS DO ESTUDO DO TEMA**

### **1 O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL**

#### **1.1 Breve histórico**

Vive-se uma época de transformações. Tudo tem se passado muito rápido, e as relações, antes duradouras e vitalícias, tornam-se efêmeras. O homem não mais se contenta com aquilo que seus ancestrais detinham, e busca, incessantemente, novos e breves direitos. Relações familiares, de amizade, de emprego e sociais são cada vez mais intensas, porém menos prolongadas. Não se concebe, como outrora, que se aguarde o passar do tempo. Tradições são sufragadas, conceitos eternos são deixados de lado, dogmas caem como castelos de cartas; valoriza-se o novo, o moderno, o atual, o *neo*.

O mundo globalizado exige uma dedicação atualizadora constante e incansável; a fim de não “perder o bonde da história”, o cidadão deve ser dedicar integralmente em todas as tarefas do cotidiano, sejam pessoais, profissionais ou vitais, sob pena de se *alienar*.

Do mesmo modo (e como não podia ser diferente, vez que inseridos na sociedade), os poderes constituídos enfrentam um intenso processo de mutação. Especificamente no que concerne ao Judiciário, e todas as instituições a ele ligadas, sobreleva ressaltar que, se antes valia a noção de que a segurança democrática estava no respeito à lei, cabendo ao intérprete “apenas” a sua aplicação através do processo de subsunção, hodiernamente são exigidas diversas outras habilidades no mister jurisdicional.

Naquele tempo, como relata *Luiz Guilherme Marinoni*<sup>11</sup>, o “direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente

---

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 26-28.

de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”, ou seja, prevalecia o que atualmente se entende como o “sentido formal” da lei.

Mais valia o *Estado legislativo*, no qual – conforme a clássica obra “O Espírito das Leis” de Montesquieu<sup>12</sup>, publicada originariamente em 1748 – o “poder de julgar” deveria ser exercido mediante uma atividade minimamente intelectual, sem a pretensão (nem a possibilidade) de criação de novos direitos. A atividade jurisdicional deveria reproduzir o conteúdo legislativo, ser a “boca da lei”, pelo que, ainda segundo Montesquieu, o “poder de julgar” era um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*)<sup>13</sup>.

É bem verdade que, como se sabe, o “império da lei” nasceu com firme propósito de se contrapor à autoridade (e os privilégios) do Antigo Regime que, com o avanço da liberdade burguesa, ficaram em segundo plano. *Naquela situação*, o respeito cego à generalidade e abstração atinentes à lei era não só interessantes como fundamental ao crescimento do Estado liberal. A legalidade, assim, estava intimamente ligada à isonomia, na medida em que protegia, de modo *aparentemente* igual, todos os cidadãos contra o Estado<sup>14</sup>.

Foi nesse cenário que recrudescceu o *positivismo jurídico*<sup>15</sup>, que é conseqüência da concepção da “certeza do direito” extraída da lei, ou seja, da ideia-força de que apenas cabia ao intérprete obedecer à vontade do legislador<sup>16</sup>. São expoentes desse movimento, como se sabe, o Código Civil de Napoleão de 1804 e o conseqüente modelo da *codificação*<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>13</sup> *Idem, ibidem*, p. 172.

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria...*, *ob. cit.*, p. 27-29.

<sup>15</sup> Como bem sintetiza Eduardo Cambi, são características do positivismo jurídico: “a) a identificação plena do direito com a lei; b) a completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas); c) o não reconhecimento dos princípios como normas; d) a dificuldade para explicar os conceitos indeterminados; e) a identificação entre vigência e validade da lei; f) o formalismo jurídico; g) o não tratamento da questão da legitimidade do direito”. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 80-81).

<sup>16</sup> “Na tradição romano-canônica, em que se ensartam a maioria dos países da Europa Ocidental (Itália, França, Alemanha e Espanha, por exemplo), todavia, o direito encontra a sua primeira e mais clara expressão na lei, em um ato formal promanado do Poder Legislativo, partindo-se de uma legitimação material da ordem jurídica, tendo como modelo o *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano, donde se deduz, do abstrato ao concreto, o direito a ser observado. O instrumento de que se vale o jurista para tanto é a legislação, sendo a norma fundamental do sistema jurídico a legalidade. Em termos institucionais, a tradição jurídica romano-canônica tem como órgão supremo de

Nesse diapasão, não se admitia qualquer ingerência do exegeta, sob pena de considerar violada a liberdade individual, vez que a lei, abstrata e genérica por natureza, é que garantia a isonomia<sup>18</sup>.

Conforme relata *Daniel Sarmiento*<sup>19</sup>, até meados do século XX, “prevalencia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições”, as quais eram consideradas meras “cartas de intenções” e/ou programas políticos que deveriam servir de norte ao legislador que poderia, ou não, tomá-las em consideração.

Assim, se dada garantia estivesse assegurada “apenas” na Constituição, e não repetida em lei, não poderia ser alvo de reclamo junto ao Poder Judiciário, o que implicava, dentre outras consequências, a ausência de respeito às garantias dos grupos minoritários, eventualmente sufragados no processo legislativo, e na desconsideração de direitos fundamentais de proteção do cidadão contra o Estado<sup>20</sup>.

As atrocidades ocorridas na Segunda Guerra, em menor ou maior escala, em vários países do mundo ocidental<sup>21</sup>, trouxeram à tona a necessidade de fortalecimento daquilo que *Luis*

juridicidade o Legislativo, que detém a última palavra não só na matéria política, mas também na jurídica. É significativo, por exemplo, que a Constituição italiana expressamente refira que *‘la giustizia è amministrata in nome del popolo’*, para, logo em seguida, acrescentar que *‘i giudici sono soggetti soltanto alla legge’*. (art. 101)”. (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17).

<sup>17</sup> Sobre o tema, que escapa dos contornos do presente trabalho, consulte: DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>18</sup> “O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo...*, ob. cit., p. 32).

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, in *Leituras complementares de Direito Constitucional. – Teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodivm, 2009, p. 31-68.

<sup>20</sup> “Atualmente, não basta falar em Estado de Direito ou o ‘Estado sob o regime do Direito’, conceito este desenvolvido a partir do século XIX, em oposição ao Estado Policial ou o ‘Estado sob o regime de Polícia’, característico do século XVII, uma vez que, no Estado de Direito, era suficiente o respeito à lei, *sem se preocupar com o seu conteúdo*: a lei se impunha mesmo se redundasse em medidas pessoais, concretas e retroativas, que poderiam coincidir com a vontade de um ditador ou de um partido político”. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais...*, ob. cit., p. 26).

*Roberto Barroso*<sup>22</sup> chamou de *sentimento constitucional*, ou seja, o respeito à Carta Política, o apego às conquistas consagradas na Constituição, que, vista bem mais além que um mero instrumento técnico, deve “mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços”, os quais, conforme *Luiz Guilherme Marinoni*, podem ser compreendidos na ideia de superação da igualdade formal, do paradigma da validade meramente formal do direito, com a adesão da *igualdade social*<sup>23</sup>, tendo a dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico da tutela jurídica.

Segundo *Barroso*<sup>24</sup>, tal *mudança de paradigma*, decorrente da “superção do positivismo”, implicou o (i) reconhecimento de força normativa à Constituição, na (ii) expansão da jurisdição constitucional e no (iii) desenvolvimento da interpretação constitucional<sup>25</sup>.

Vê-se, como ressalta *Prieto Sanchís*, que a “constituição já não é mais uma *norma normarum* à moda de Kelsen, encarregada somente de distribuir e organizar o poder entre os

<sup>21</sup> Nesse sentido, destacam-se a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, instalado em 1951; a Constituição Italiana, de 1947, e instalação, em 1956, naquele país, da Corte Constitucional; e a redemocratização portuguesa (1976) e espanhola (1978).

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

<sup>23</sup> “(...) A ideia de lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por ‘homens livres e iguais’ e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas. A lei genérica ou universal, assim como a sua abstração ou eficácia temporal ilimitada, somente seriam possíveis em uma sociedade formada por iguais – o que é utópico –, ou em uma sociedade em que o Estado ignorasse as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade (...). Porém, a neutralidade ou a falta de conteúdo da lei e da jurisdição – ou, enfim, do próprio Estado legislativo – rapidamente fez perceber que a *igualdade social* constituía requisito para a efetivação da própria liberdade, ou melhor, para o desenvolvimento da sociedade. Conclui-se, em síntese, que a liberdade somente poderia ser usufruída por aquele que tivesse o mínimo de condições materiais para ter uma vida digna (...)”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo...*, ob. cit, p. 42-43).

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo...*, ob. cit.

<sup>25</sup> No mesmo sentido: “(...) O novo direito constitucional brasileiro se funda, portanto, na *dupla constatação* de que, após a Constituição de 1988, a *redemocratização do país e a sua consequente reinstitucionalização*, progressos a olhos vistos, se deram no âmbito de uma mudança de paradigma. Os pilares bem marcados desse edifício institucional são: (a) *a forma normativa da Constituição*, bem como a busca de efetividade de suas normas; e (b) o *desenvolvimento de uma dogmática constitucional fundada em princípios* (novos métodos hermenêuticos e princípios de interpretação)”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 228-229).

órgãos estatais, mas é uma norma com amplo e denso conteúdo substantivo que os juízes ordinários devem conhecer e aplicar a todo conflito jurídico”<sup>26</sup>.

Trata-se, de acordo com *Paolo Comanducci*<sup>27</sup>, de um processo no qual o direito é “impregnado”, “saturado” ou “embebido” pela Constituição, que se caracteriza por uma “*Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos*”. Para ele, com apoio em Guastini, as principais condições de constitucionalização são: (i) a existência de uma Constituição rígida, que incorpora os direitos fundamentais; (ii) a garantia jurisdicional da Constituição; (iii) a força vinculante da Constituição; (iv) a “sobreinterpretação” da Constituição, com a dedução de princípios implícitos dela decorrentes; (v) a aplicação direta das normas constitucionais, também para regular relações entre particulares; (vi) a interpretação constitucionalizante das leis; (vii) a influência da Constituição no debate político.

Vem daí o surgimento de uma teoria multiforme e de contornos de difícil delimitação<sup>28</sup> corriqueiramente chamada de *neoconstitucionalismo*<sup>29</sup>, da qual são características básicas, em maior ou menos intensidade, segundo *Humberto Ávila*<sup>30</sup>:

---

<sup>26</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Jueces y justicia en tiempos de constitucionalismo – entrevista al Profesor, Luis Prieto Sanchís. Entrevista realizada por Pedro P. Grández Castro (mimeo)*. Toledo, 2005, p. 4, *apud* MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº. 16, mai./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

<sup>27</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Constitucionalización y Neoconstitucionalismo*, in *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2009, p. 85-122, especialmente p. 85-87; destaques acrescentados.

<sup>28</sup> Segundo *Humberto Ávila*, “(...) não há apenas um conceito de ‘neoconstitucionalismo’. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do ‘neoconstitucionalismo’. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural ‘neoconstitucionalismo(s)’. (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. [S.l.], n. 17, jan./fev./mar. 2009, Disponível em: <[www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507](http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507)>. Acesso em: 10 fev. 2012).

<sup>29</sup> “‘Neoconstitucionalismo’ es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis e yo mismo) comenzaron a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí. La etiqueta ha tenido mucho éxito, pero sobre todo se han multiplicado, en Europa (particularmente en España y Italia) y Latinoamérica (particularmente en Argentina y México) los estudios de esas tendencias y su comparación con el positivismo jurídico”. (COMANDUCCI, Paolo. *Constitucionalización..., ob. cit.*, p. 87).

(...) princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

*Luiz Roberto Barroso*<sup>31</sup> busca sistematizar o estudo do tema a partir das transformações que ocorreram no Estado e no direito constitucional, e que identificam o neoconstitucionalismo. Sob tais perspectivas, seu *marco histórico*, como já ressaltado, foi, na Europa, o constitucionalismo do pós-guerra e, no Brasil, a Constituição de 1988, com o processo de redemocratização dela consequente; o *marco filosófico*, por seu turno, deu-se com a superação do positivismo e o desenvolvimento de uma teoria fulcrada nos direitos fundamentais, com o primado do respeito à dignidade humana; e, por fim, o *marco teórico*, que se verificou, dentre outros aspectos, com a expansão da jurisdição constitucional, em um “processo extenso e profundo de constitucionalização do direito”<sup>32</sup>.

Há, como se vê, variadas concepções do neoconstitucionalismo<sup>33</sup>, existindo, inclusive, conforme relata *Daniel Sarmento*<sup>34</sup>, pensadores das mais variadas escolas com posições antagônicas sobre o tema, as quais, até mesmo pelos estritos contornos deste trabalho, não serão abordadas<sup>35</sup>.

Apesar de sua importância, faz-se imperioso demonstrar que, como bem ressaltou *Humberto Ávila*<sup>36</sup>, há diversas críticas acerca do neoconstitucionalismo, as quais encontrariam

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo...*, ob. cit, p. 2.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo...*, ob. cit.

<sup>32</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>33</sup> Há quem considere, por exemplo, que não se poderia falar em um conceito-padrão de “neoconstitucionalismo”, pelo que existiriam, em verdade, “neoconstitucionalismo(s)”, conforme assevera Comanducci (COMANDUCCI, Paolo. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009).

<sup>34</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades...*, ob.cit.

<sup>35</sup> Na verdade, o debate é ainda mais profundo, como se pode verificar a partir dos diálogos travados entre os professores *Luis Prieto Sanchís*, da Universidade de Castilla-La Mancha (*El constitucionalismo de los derechos*), e *Juan Antonio García Amado*, da Universidade de Leon (*Derechos y Pretextos. Elementos de Crítica del Neoconstitucionalismo*), ambos publicados na obra coletiva organizada por Miguel Carbonell intitulada “Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos”, publicada em 2007 pela Editorial Trotta. (CARBONELL, Miguel [Director]. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007).

<sup>36</sup> ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo...*, ob. cit.

fundamentos dos mais variados: *normativos*, com a supervalorização das normas-princípio, em detrimento das normas-regra; *organizacionais*, com a prevalência do papel do Judiciário em relação aos demais poderes; *metodológico*, com a exponencial relevância da atividade de ponderação em detrimento da subsunção; e, por fim, o *axiológico*, com a priorização de uma justiça particular e concreta – e por isso, por vezes, subjetiva e desigual -, em detrimento da geral e abstrata<sup>37</sup>.

Uma delas, da maior relevância<sup>38</sup>, tem sido a constante utilização, pelos julgadores, de supostas lacunas principiológicas para, sem se valer dos meios legalmente previstos, *contornar* as previsões legislativas<sup>39</sup> em nome de cláusulas abertas e de difíceis definições como a “dignidade humana”, a “razoabilidade”, a “proporcionalidade”, a “isonomia” ou a “manifesta injustiça”.

Em tempos atuais de sociedades cada vez mais heterogêneas, a gerar normas amplas e suscetíveis de colmatação, a *criatividade judicial* se exaspera, dando azo a que qualquer interpretação minimamente razoável possa ser tachada de escuridão, a reboque das pacíficas (porém questionáveis) orientações jurisprudenciais de que “fundamentação sucinta não é ausência de fundamentação” (STJ, 3T., REsp 763.983/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 28/11/05), “o juiz não está obrigado a rebater todos os argumentos das partes” (STJ, 1T., EDcl no AgR no Agravo em REsp nº 195.246/BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 04/02/14), e, por fim, mas não menos importante, de que o “juiz tem livre convencimento motivado na apreciação das provas” (STJ, 2T., AgR no Agravo em REsp n.º 107.884/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16/05/13).

<sup>37</sup> Da doutrina italiana também são colhidas críticas ao neoconstitucionalismo, sejam a nível moral, sejam a nível político. *Giorgio Bongiovanni* ressalta, por exemplo, a dificuldade de se precisar as diferenças entre moral e o direito, além da possibilidade de uma “onipotência judicial”, porquanto aos juizes tem sido concedida toda sorte de interpretações, sem que haja uma “verdadeira legitimação democrática” respectiva. (BONGIOVANNI, Giorgio. Neocostituzionalismo, in *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 749-772, especialmente p. 768-769).

<sup>38</sup> Adiante mais bem observada, mais precisamente no item 6.1.3.1.

<sup>39</sup> *J. J. Calmon de Passos* também chamou a atenção para o assunto: “(...) Porque o senhor a quem devemos reverência é a Constituição, os poderes do magistrado só podem ser admitidos se compatíveis com quanto nela instituído. E ela consagra o princípio da legalidade, a par de muitos outros que buscam proteger a cidadania. (...) Não se trata de escravizar o legislador à letra da lei. Se assim fosse, de nada valeria a ciência do direito. Mas só o quanto positivado pode ser utilizado pelo legislador, como o operador nas ciências exatas ou naturais está adstrito aos instrumentos, substâncias e conhecimento teórico e prático disponíveis no seu tempo ou no espaço cultural em que atua (...)”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional?*, in MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 208-223, especialmente p. 220).

No campo processual, onde os olhos de boa parte da sociedade não alcançam e as críticas doutrinárias parecem ter menos força, os índices de criatividade são alarmantes. Não é incomum ouvir que “há um código de processo civil para cada juiz”, tamanha é a diversidade de “entendimentos” acerca de regras que, nascidas com o fito de emprestar segurança aos procedimentos<sup>40</sup>, acabam por realizar, em concreto, efeitos diametralmente opostos.

Tome-se um exemplo, colhido do mais importante tribunal do país.

É conhecida a rigidez, no âmbito dos Tribunais Superiores, do trato do prequestionamento dos recursos especial e extraordinário<sup>41</sup>. Há, sem risco hipérbolico, milhares de decisões de inadmissibilidade desses apelos extremos exatamente por conta desse requisito que, como já asseverou *Cassio Scarpinella Bueno*<sup>42</sup>, chega a dar medo nos jurisdicionados.

Apesar disso, o STF, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 375.011/RS, *casuisticamente*, simplesmente *optou* por afastar tal exigência, sob o argumento de que o não-conhecimento do recurso, diante do poderio multiplicador da matéria de fundo ali tratada, poderia gerar insegurança jurídica<sup>43</sup>.

Noutro tom: o STF, antes mesmo da existência do requisito da repercussão geral (que, como se sabe, somente veio à tona com a EC 45/04, regulamentada pela lei 11.418/06 e pela emenda regimental n.º 21/07), *contornou* a necessidade do prequestionamento para se permitir conhecer o mérito recursal.

---

<sup>40</sup> “(...) A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser particado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil...*, ob. cit., p. 28-29).

<sup>41</sup> Sobre o tema, com amplas referências doutrinárias e jurisprudenciais respectivas, consulte: MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e Repercussão Geral*. 6.ed. São Paulo: RT, 2012.

<sup>42</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 1, p. 23-53, 2003.

<sup>43</sup> A esse respeito, e também sobre os contornos do prequestionamento, remete-se o leitor: FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 211, p. 143-190, 2012.



Segundo observou a Min. Relatora Ellen Gracie<sup>44</sup>, dever-se-ia “flexibilizar a exigência do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, como o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada”, por motivos de (i) isonomia, (ii) respeito aos precedentes da Corte Suprema, (iii) evitar gastos equivocados do Município de Porto Alegre (uma das partes do processo então em discussão),

Percebe-se, nesse prisma, uma intrigante inversão de valores tidos como axiomas pela lei e pela jurisprudência, na medida em que, para se admitir recurso extraordinário notoriamente não prequestionado, a Min. Relatora analisou-o, ainda que indiretamente, em seu mérito, verificando tratar-se de acórdão que, se não conhecido pelo STF, poderia causar

situação anti-isonômica, em que, entre dois funcionários que trabalhem lado a lado e exerçam iguais atribuições, exista diferença de vencimento, pelo fato de um deles restar vencedor na sua demanda, em virtude da falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE da municipalidade, enquanto ao outro, em cujo processo

---

<sup>44</sup> “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTA PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). 1. *Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal.* 2. *Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case.* 3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 4. Agravo regimental provido (...). Do voto da Min. Relatora, lê-se: “(...) Na decisão ora agravada, apontei a ausência de prequestionamento dos dispositivos constitucionais tido como violados, porquanto a Corte gaúcha tão-somente aplicou a orientação firmada na mencionada ação direta de inconstitucionalidade – cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento-, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade das referidas normas municipais. A despeito de a questão de fundo estar pacificada no âmbito desta Suprema Corte em relação às demandas que tratam sobre o mesmo tema, ainda assim se exige a presença dos pressupostos específicos de conhecimento do recurso extraordinário, como é o caso do prequestionamento. Foi o que decidiu a Primeira Turma desta Corte no julgamento de caso idêntico ao presente: AI 383.617-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27/09/2002. Estou, entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de intérprete último da Constituição Federal. (...)”. (STF, AI 375011 AgR, Min. Rel. Ellen Gracie, 2T., j. 05/10/04, DJ 28/10/04 PP-00043 EMENT VOL-02170-02 PP-00362; destaques acrescentados)

estava atendido tal requisito de admissibilidade do apelo extremo, aplicou-se a orientação do STF e rejeitou-se a sua pretensão<sup>45</sup>.

Entendeu-se, trocando em miúdos, que como no mérito o recurso deveria ser provido, não seria razoável ser formalista e exigente quanto ao prequestionamento. O cerne do problema é que, feliz ou infelizmente, essa posição é isolada e não encontra adesão da extensa maioria dos demais julgadores dos órgãos superiores. Há, inclusive, quem entenda se tratar o prequestionamento “regra de ouro do recurso especial”<sup>46</sup>, a denotar a evidente distinção entre os juízos de admissibilidade e de mérito recursais, pelo que o prequestionamento, elemento integrante daquele, se inexistente, veda ao órgão *ad quem* o conhecimento deste<sup>47</sup>.

Apesar disso, como se viu, o STF, *desleal e casuisticamente*, entendeu que deveriam ser abandonadas as “vantagens políticas do juízo negativo de admissibilidade”<sup>48</sup>, mesmo sem a observância de seus próprios precedentes em matéria de prequestionamento e, em fins últimos, do respeito ao texto constitucional que ampara o citado requisito (art. 102, III, CF/88).

De se frisar: não se está, aqui, a criticar a postura do STF de superar formalismos e buscar, sempre que possível, o julgamento do mérito; o que se critica, ao contrário, é a *criação de uma conduta processual para ser utilizada apenas e tão-somente em situações específicas*, por motivos pouco legítimos (ou até mesmo sem motivos aparentes). No caso *sub examine*, *contornaram-se as exigências legais* por razões de “isonomia”, “fundamento” que certamente se

---

<sup>45</sup> *Idem, ibidem*, p. 4-5 do Voto da Min. Relatora Ellen Gracie no AI 375.011 citado.

<sup>46</sup> Vide ementa transcrita no item 4.1.4, “b” dos ERESP N° 173.421/AL, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe 02/04/2009. Novamente o STJ: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. (...) 8. A exigência do prequestionamento, impende salientar, não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao E. Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. Neste dispositivo não há previsão de apreciação originária por este E. Tribunal Superior de questões como a que ora se apresenta. A competência para a apreciação originária de pleitos no C. STJ está exaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação. (...)” (STJ, 1T., AgRg no REsp 914.936/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 05/02/2009, DJe 18/02/2009; destaques acrescentados)

<sup>47</sup> Nesse sentido, por todos: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s.e], 1968.

<sup>48</sup> Sobre o significado político do juízo negativo de admissibilidade, consulte: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos, *in Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 267-282, especialmente p. 269-271.

aplicaria a centenas de milhares de outros casos certamente tão “isonômicos” quanto, e que não tiveram a mesma sorte<sup>49</sup>.

Nessa toada, pertinente se faz rememorar alerta de *Piero Calamandrei*<sup>50</sup>, ainda no início da década de 1940: quando as atividades de legislador e julgador se confundem em uma única pessoa, vulnera-se, simultaneamente, a previsibilidade<sup>51</sup> que decorre da rigidez legislativa e, mais ao fundo, a separação de poderes e o próprio Estado de Direito<sup>52</sup>.

São ponderações críticas dessa natureza, aliás, que têm feito com que pensadores do próprio direito constitucional passem a questionar o real valor da doutrina do neoconstitucionalismo<sup>53</sup>, notadamente em países de democracia juvenil e ainda bastante frágil

<sup>49</sup> Há que se reconhecer, obviamente, como pontua *Mauro Cappelletti*, que à atividade julgadora é inerente certa dose de criatividade; o que não se pode tolerar, entretanto, é a transposição de limites processuais como, dentre outros, a falta de “conexão da sua atividade decisória com os ‘*cases and controversies*’ e, por isso, com as partes de tais casos concretos. Como limites à criatividade judicial, *Cappelletti* cita, ainda, “a atitude de *imparcialidade* do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re sua*, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (“*fair hearing*”), (...) e deve ter, de sua vez, grau suficiente de *independência* em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos “poderes políticos”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1993/reimpressão 1999, p. 74-75).

<sup>50</sup> CALAMANDREI, Piero. *Fe en el Derecho*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 81.

<sup>51</sup> A fazer direta ligação entre a previsibilidade das leis, a segurança jurídica e a própria noção de Estado de Direito, veja-se o que assevera *Roberto Bin*: “(...) La sicurezza e la prevedibilità, ‘segni distintivi’ dello Stato di diritto, vengono rimesse in discussione nei rapporti sociali ed economici, resi sempre più incerti e imprevedibili, e ritornano perciò ad essere oggetto di una diffusa richiesta: il diritto appare pur sempre lo strumento idoneo a soddisfarla. Ma – proprio come sosteneva Von Mohl – non può essere sufficiente un diritto qualsiasi, perché il diritto deve essere prodotto in modo ‘legittimo’, e tale certo non può essere la *lex mercatoria* condivisa dalle grandi imprese multinazionali o i condizionamenti imposti agli Stati da agenzie di rating o da organizzazioni finanziarie internazionali. Ben si capisce allora perché si diffonda l’auspicio per un rafforzamento del riconoscimento e della tutela Internazionale dei diritti fondamentali e, al tempo stesso, dell’esigenza di riportare la *governance* della globalizzazione ai principi di controllo democrático, legalità, prevedibilità, eguaglianza, azionabilità di quei diritti di fronte ad un giudice. Ma di auspici sí tratta, non certo di risultati acquisiti né in vista di acquisizione: auspici che si riallacciano, appunto, alle istanze primigenie dello Stato di diritto, di cui, evidentemente, si vede svanire la garanzia”. (BIN, Roberto. Stato di Diritto, in *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 1149-1162, especialmente p. 1161-1162).

<sup>52</sup> *Roberto Bin* estabelece ligação indissociável entre a separação de poderes e o próprio conceito de Estado de Direito, sendo pertinente demonstrar a específica referência, nesse sentido, à exigência que o poder judiciário não extrapole o espaço de escolha que compete aos órgãos representativos. (BIN, Roberto. Stato di Diritto..., ob. cit., p. 1159).

<sup>53</sup> Em recente Tese de Doutorado defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Jorge Octávio Lavocat Galvão* faz duras críticas ao *Neoconstitucionalismo*, chegando a dizer que a sua reiterada prática, abstrata, expansiva e criativa malfez a própria noção de Estado de Direito, porquanto as normas, criadas e interpretadas com extrema largueza por cada julgador, perdem a sua função de regras de conduta, na medida em que os valores elegidos pelo legislador acabam sendo afastados por decisões fulcradas em princípios, standards,

como o Brasil. Especificamente na alçada processual, que aqui mais interessa, os elásticos contornos dessa nova teoria serviram, e ainda servem, para justificar o aumento desmedido e por vezes incontrolável dos poderes do juiz, que ignora as amarras da lei para decidir e conduzir o processo *deslealmente*, conforme seu bel-prazer<sup>54</sup> (vide item 6.1).

Mesmo em meio a tantas críticas e discussões, o fenômeno da constitucionalização do direito reverberou em outros campos, o que permitiu que esses novos ares fossem, ainda que com considerável atraso, respirados pelos processualistas, que passaram a advogar, em certa medida,

---

conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Ele arremata: “(...) Ao dissipar a densidade normativa das normas jurídicas e autorizar os juízes a decidirem com base em preferências pessoais, o Neoconstitucionalismo golpeia com intensidade o conceito de Estado de Direito, aproximando-o do *fim*”. (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, especialmente p. 307-312). No mesmo sentido: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios constitucionais: é preciso rever o neoconstitucionalismo pois defendê-lo seria uma contradição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/ruy-espindola-preciso-rever-neoconstitucionalismo-fois-defende-lo-seria-contradicao>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

<sup>54</sup> “(...) Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse ‘neoconstitucionalismo’ acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’ defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como *neoprocessualismo* e *neopositivismo*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o direito justo”. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46).

uma releitura de sua trilogia básica “ação-jurisdição-processo”<sup>55</sup>, a fim de que surgisse um *modelo constitucional de processo*<sup>56</sup>.

Nesse sentido, o estudo do direito processual passou e passa por profundas transformações<sup>57</sup>, estando, após as históricas etapas<sup>58</sup> do praxismo, do processualismo e do instrumentalismo<sup>59</sup>, em uma “quarta fase metodológica”<sup>60</sup>, a qual avança para o *formalismo-*

<sup>55</sup> “(...) En la actualidad es perfectamente posible elaborar un concepto de ‘Jurisdicción’, un concepto de “Acción” y un concepto de “Proceso” que resulten válidos en cualesquiera Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho. Y ello no sólo porque de los principios que inspiran dichos regímenes políticos constitucionales (v.gr. el principio de la división de poderes) se desprenden no pocas consecuencias en el ámbito procesal, sino también, y sobre todo, porque es tal la importancia que en toda sociedad moderna ostenta el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional, que los mencionados conceptos fundamentales integrantes del Derecho Procesal han alcanzado un expreso reflejo constitucional. La ‘Jurisdicción’, la ‘Acción’ y el ‘Proceso’, en suma, han sido en muy buena parte *constitucionalizados*, expandiendo, así, la delimitación del ámbito de esta rama del ordenamiento hasta extremos que no hace mucho resultaban insospechados. En el momento presente, en consecuencia, cabe hablar de la existencia de un *Derecho Procesal en la Constitución* o, si se prefiere, en fin, y para fraseando a RAMOS, de una *lectura constitucional de la Parte General del Derecho Procesal* (con contenidos substancialmente diversos de los que conforman el denominado *Derecho Procesal Constitucional*, integrado esencialmente por el análisis de las atribuciones procesales que la LO 2/1979, de 3 de octubre, atribuye al Tribunal Constitucional, y que no es sino uno de los sectores en los que por razones temáticas se suele compartimentar el Derecho Procesal). Se puede hablar, por tanto, de unos verdaderos *fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, o, lo que vendría ser lo mismo, de un reflejo constitucional de los tradicionales conceptos de ‘Jurisdicción’, de ‘Acción’ y de ‘Proceso’ (...). (GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Constitución e Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Civitas: Pamplona, 2009, p.33-35).

<sup>56</sup> “A cada um desses modelos de direito correspondem igualmente três modelos de Estado, o direito pré-moderno, da inexistência de centralidade do Estado, o Estado legislativo de Direito, da primeira fase do positivismo, e o Estado Democrático Constitucional. Bem como, igualmente, três modelos de filosofia da justiça: jusnaturalismo, juspositivismo e pós-positivismo (neopositivismo ou positivismo crítico). Daí que claramente deverá corresponder a essa nova concepção teórica, filosófica e política, um novo perfil de jurisdição e de processo”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro, in MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas 2012, p. 199-225, especialmente p. 201).

<sup>57</sup> “Até bem pouco atrás se poderia afirmar, sem medo de errar, que o paradigma do processo civil brasileiro deveria servir à realização do direito material. Mesmo uma evolução posterior desse modo de pensar, que introduziu no debate novos fins sociais e políticos do processo e o valor da efetividade, não mudou radicalmente os termos do problema. Hoje, porém, em que o processo é encarado como fenômeno cultural, destinado a servir à justiça do caso, informado por valores constitucionais, especialmente a segurança e a efetividade, impregnado de participação, a ser exercida com lealdade e boa-fé por todos os que nele se integram, com um contraditório renovado, convém reexaminá-lo com outros olhos e com outro método”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Prefácio à 1ª edição, in ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. xi).

<sup>58</sup> Para Daniel Mitidiero, as fases metodológicas do processo seriam: 1ª) praxismo ou pré-história do direito processual; 2ª) processualismo ou fase da autonomia; 3ª) instrumentalismo e; 4ª) formalismo-valorativo. (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 29)

*valorativo*<sup>61</sup>, com o aprimoramento das relações entre a Constituição e o processo, deixando-se, este, de atender aos contornos frios das leis para ceder espaço às exigências do *devido processo constitucional*<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Já há alguns anos a doutrina vem criticando a “instrumentalidade do processo” ou o “instrumentalismo”: “(...) antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto. E também aqui não podemos dissociar o produto do processo de sua produção, que reclama, como antes, rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos – sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores. É essa evidência que o modismo da ‘instrumentalidade do processo’ camufla, ou conscientemente – perversidade ideológica, a ser combatida, ou por descuido epistemológico – equívoco a ser corrigido. Ele parece ignorar, ou fingir ignorar, o conjunto de fatores que determinaram uma nova postura para o pensar e aplicar o direito em nossos dias, como sejam a crise da razão instrumental, severamente posta a nu neste século, os avanços originados pelos estudos semiológicos, a revalorização do político, a partir dos desencantos existenciais recolhidos da experiência do capitalismo tardio e da derrocada do socialismo real, a crise do Estado do Bem Estar Social e, principalmente, as revoluções que têm sua raiz no progresso técnico-científico, acelerado depois da Segunda Guerra Mundial. (...) Tudo isso denuncia a existência de um novo paradigma, a pedir seja repensado o que ontem tínhamos como certeza (...)”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 55-ss, 2001.). No mesmo sentido: LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

<sup>60</sup> Embora preferindo se valer do termo “neoprocessualismo”, também *Fredie Didier Júnior* entende que estamos vivendo uma “quarta fase da evolução do direito processual”: “(...) A evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: a) praxismo ou sincretismo, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) o processualismo, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) o instrumentalismo, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido (...). Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma quarta fase da evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo, a ciência teve que avançar, e avançou. Fala-se, então, de um Neoprocessualismo: o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico. (...) O termo Neoprocessualismo tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao Neoconstitucionalismo, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda produção doutrinária a respeito do tema, já bastante difundida”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito, in TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix (org.). *Tempestividade e Efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro – estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo*. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 195-201, especialmente p. 199-200).

<sup>61</sup> “(...) Tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o *formalismo-valorativo*. Além de equacionar de *maneira adequada* as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de *valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança* – base axiológica a partir da qual ressaem *princípios, regras e postulados* para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Nessa perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. (...)”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil...*, ob. cit., p. 22-23).

A despeito de críticas, tem-se aí o chamado *neoprocessualismo*<sup>63-64</sup>, movimento esse que teria como elementos caracterizadores<sup>65</sup>: i) inserção do direito processual na perspectiva constitucional; ii) aplicação dos princípios constitucionais processuais independentemente da existência de previsão legal; iii) utilização da reserva de consistência (e não simplesmente a reserva do possível) para justificar eventual escolha do exegeta; iv) fundamentação analítica (e não meramente sintética); v) democratização do processo (preocupação com as formas de intervenção popular); vi) visão publicista do processo; vii) implementação concreta dos princípios da colaboração e da cooperação; viii) aumento dos poderes do juiz no curso do processo.

Do mesmo modo assevera o professor argentino *Oswaldo Alfredo Gozaíni*, para quem os novos ditames da sociedade, aliados às necessidades da vida moderna, fizeram com que fossem criados novos *standards* também no estudo do processo<sup>66</sup>.

Em verdade, o estudo do processo sob o viés constitucional remonta a meados do século passado, deitando raízes no trabalho do uruguaio *Eduardo Couture*<sup>67</sup>, que em seu renomado “*Las*

<sup>62</sup> Sobre o tema, remete-se o leitor a outro ensaio: FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo... A supremacia constitucional no estudo do processo. *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, n. 15, v. 2, p. 103-117, 2012. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15\\_2\\_faria\\_6.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>63</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.

<sup>64</sup> Há quem alcunhe o movimento de “neopositivismo” ou “positivismo reconstruído”, conforme cita *Fredie Didier Júnior* (embora sem adotar tais concepções). DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 30.

<sup>65</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo..., ob. cit.

<sup>66</sup> GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo Los cambios de paradigmas en el Derecho Procesal el “Neoprocesalismo”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 151, p. 59-ss, 2007.

<sup>67</sup> Nesse sentido: MITIDIERO, Daniel. As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 915, p. 50-ss, 2012. *Dierle Nunes e Alexandre Bahia* também fazem menção ao pioneirismo de *Couture* no estudo “confluyente” do processo com a Constituição, embora se refiram à sua exposição no Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional, realizado no México em 1975 (NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 223-249, 2009).

*garantias constitucionales del proceso civil*”, de 1948, conseguiu até mesmo impressionar *Enrico Tulio Liebman*, conforme ele próprio relatou, em 1952, na *Rivista di Diritto Processuale*<sup>68</sup>.

Posteriormente, juristas como *Mauro Cappelletti*<sup>69</sup>, *Luigi Paolo Comoglio*<sup>70</sup>, *Vincenzo Vigoriti*<sup>71</sup> e *Nicoló Trocker*<sup>72</sup>, nas décadas de 1960 e 1970, também voltaram seus esforços ao

<sup>68</sup> “(...) *Ma il tratto più originale dell'opera del C. è indubbiamente costituito dalla cura posta nel collegare gli istituti del processo ai loro presupposti politico-costituzionali. L'a. non tralascia naturalmente di studiali nella loro struttura e nei loro aspetti tecnico-giuridici; ma approfondisce anche la ricerca del loro significato politico-costituzionale, in una misura che può dirsi per lo meno inconsueta: l'azione come figura particolare del diritto civico di petizione, l'eccezione come il diritto di difendersi in giudizio e perciò anch'esso come diritto civico parallelo all'azione, la garanzia costituzionale del giudice competente, il principio dell'uguaglianza delle parti e così via*, ecco alcuni temi che il C. studiò in forma monografica ed ora rifonde nella nuova edizione del suo manuale. Ma la dottrina processualistica, alla quale egli è prevalentemente debitore della sua formazione di giurista, poteva aiutarlo ben poco in questo indirizzo delle sue ricerche. Rivolse perciò il suo sguardo al diritto anglo-americano, nel cui sviluppo storico quei temi ebbero parte importante e furono sentiti come elementi costitutivi del moderno ordinamento costituzionale. *Così due correnti di azione e di pensiero tanto diversi e indipendenti fra loro, come furono da un lato la prassi e la dottrina costituzionale anglo-americana e dall'altro la teoria del processo trovano nell'opera del C. un punto di incontro e di reciproca penetrazione, che a me sembra suscettibile di interessanti sviluppi. Qualunque cosa si pensi delle singoli soluzioni proposte dall'a., la strada da lui additata merita comunque di essere esplorata e accuratamente percorsa. Dobbiamo perciò essergli grati di averla suggerita; e forse non solo a lui, ma anche alla sua Università e alla sua città: perchè non è azzardato pensare che il suo libro debba non pochi dei suoi pregi all'ambiente in cui è stato concepito, veramente esemplare per equilibrio e compostezza e per liberale apertura alle più varie espressioni di civiltà*” (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Diritto Costituzionale e Processo Civile. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. VII, p. 327-332, 1952, especialmente p. 331-332; destaques acrescentados).

<sup>69</sup> “(...) El mérito de la Corte en el caso particular, es, en la modesta opinión del que esto escribe, el de haber ido desarrollando, con las sentencias que acabamos de mencionar y con la que ofrece el punto de arranque al presente comentario, algo que con una evidencia siempre creciente puede acercarse a la cláusula, fundamental en la Constitución y hasta quisiera decir en la historia estadounidense, que se conoce por la fórmula de *due process of law* [debido proceso legal]. No basta que todos los ciudadanos, pueden *accionar* e puedan *defenderse* en juicio. Es también necesario que el *juicio se desarrolle con todas aquellas 'garantías procesales'* (es precisamente ésta la expresión, apropiadísima, que encuentro en la ordenanza de remisión de los autos del Pretor de Palermo), sin las cuales el proceso no es ese *due process of law*, ni ese *debido proceso legal* (en la expresiva formulación que la *due process of law clause* ha encontrado en aquellos países de la América latina en los cuales ella se va, tal vez tímidamente, expandiendo), que está en el espíritu de toda Constitución verdaderamente moderna”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Derecho de acción y de defensa y función concretadora de la jurisprudencia constitucional* (art. 24 de la Constitución y “*due process of law clause*”), in *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 477-486, especialmente p. 479-480. A versão original, em italiano, foi publicada em 1961 (Giur. Cost., VI, p. 1284-1292). Vale dizer que, nessa passagem, ao se referir à América Latina, *Mauro Cappelletti*, cita expressamente, em nota de rodapé (n. 9, p. 480), o texto de *Eduardo Couture*, em sua versão italiana (“La garanzia costituzionale del ‘dovuto processo legale’”, publicada na *Rivista di Diritto Processuale*, 1954, I, p. 81-ss).

<sup>70</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970.

<sup>71</sup> VIGORITTI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile - Due process of law e art. 24 Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1970.

<sup>72</sup> TROCKER, Nicoló. *Processo civile e Costituzione - Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.



estudo do processo constitucional, muito embora seja temeroso admitir relação direta para com as lições de *Couture*<sup>73</sup>.

Aliás, segundo minucioso levantamento histórico realizado por *Dhenis Cruz Madeira*<sup>74</sup>, os esforços do renomado processualista uruguaio teriam rendido frutos ainda antes do famoso ensaio de 1948, e do outro lado do Oceano Atlântico.

No relato de *Madeira*, o berço da constitucionalização do processo seria a América, na medida em que *Couture*, nos anos de 1943 e 1944, ministrou, em plena Segunda Guerra Mundial, um curso em algumas universidades norte-americanas sobre o tema, o qual deu origem a um texto em 1946 que, nas palavras de *Hector Fix-Zamudio*<sup>75</sup>, teria marcado<sup>76</sup> o início dos estudos do *Direito Processual Constitucional*<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> *Daniel Mitidiero* estabelece essa correlação entre a obra de *Eduardo Couture* e os autores italianos mencionados: MITIDIERO, Daniel. As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 915, p. 50-ss, 2012.

<sup>74</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz. O nascimento do Processo Constitucional na América, in SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (coord.). *Processual Civil Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 15-38, especialmente p. 17.

<sup>75</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Procesal Constitucional, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano X. Ciudad del México: UNAM, 1977, p. 315-348, v. 30. Também disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/30/art/art3.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

<sup>76</sup> A “paternidade” do direito processual constitucional é contestada pelo pesquisador mexicano *Eduardo Ferrer MacGregor*, para quem se deve considerar *Hans Kelsen* o seu “precursor”, por força de um ensaio de sua autoria publicado em 1928, denominado “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, relativo às garantias jurisdicionais da Constituição. Para o professor da *Universidad Nacional Autónoma de México* (UNAM), a história do direito processual constitucional pode ser dividida em quatro fases: 1) Precursora (1928-1942), que se inicia com a publicação do trabalho de *Kelsen* já citado; 2) Descobrimiento Processual (1944-1947), que é marcada pela chegada do processualista espanhol *Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo* à Argentina e posteriormente ao México, quando ele chama a atenção da comunidade da época sobre esse “novo ramo processual”, outorgando-lhe tal denominação; 3) Desenvolvimento dogmático processual (1946-1955), quando são desenvolvidos os melhores trabalhos a respeito do tema, notadamente pelo estudo acerca das garantias constitucionais de *Couture* (1946-1948) já referido, pelo estudo dogmático da jurisdição e dos processos constitucionais de *Calamandrei* (1950-1956) e *Capelletti* (1955); e, por fim, 4) Definição Conceitual e sistemática (1955-1956), com a publicação do relevante trabalho denominado “La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana: ensayo de una estructuración procesal del amparo”, que foi o primeiro trabalho, na visão de MacGregor, de construção dogmática da disciplina com a intenção manifesta de estabelecer seu contorno e perfil científico. (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; Es Kelsen el fundador del derecho procesal constitucional? Análisis de un debate contemporáneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, p. 245-282, 2008).

<sup>77</sup> Há, contudo, como relata *Dhenis Cruz Madeira*, certa divergência acerca da autoria dessa nomenclatura, vez que essa seria de titularidade de *Alcalá-Zamora y Castillo* que, ainda em 1933, em Madri, publicou um folheto que fazia referência a um “processo constitucional”. A despeito disso, continua *Madeira*, “Couture parece ter sido

No Brasil, conforme relata *José Joaquim Calmon de Passos*<sup>78</sup>, *José Frederico Marques* foi o pioneiro na perspectiva da análise do processo sob o viés da Constituição, ainda em 1958<sup>79</sup>. Já na década de 1970, dentre outros, enveredaram pelo mesmo sendero *Ada Pellegrini Grinover*<sup>80</sup> e *José Carlos Barbosa Moreira*<sup>81</sup>, sendo acompanhados, nas décadas de 1980 e 1990, por *José Rogério Cruz e Tucci*<sup>82</sup>, *Nelson Nery Júnior*<sup>83</sup> e *Cândido Rangel Dinamarco*<sup>84</sup>.

---

pioneiro nesse tratamento, quer seja por suas conferências, quer seja pelo tratamento mais aprofundado do tema (...). Pode-se dizer que Alcalá-Zamora y Castillo deu o nome, mas ainda não deu o conteúdo para a nova disciplina que então estava em gestação”. (MADEIRA, Dhenis Cruz. O nascimento..., ob. cit., p. 30-31).

<sup>78</sup> “(...) Se quisermos identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do direito processual, concluiremos por identificá-la na denominada constitucionalização do processo. Decorrência necessária, a meu sentir, dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania, que se traduziram em mais significativa participação nas decisões políticas de um maior número de instituições e pessoas. A noção de devido processo legal, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou dimensão nova, revestindo-se do caráter mais abrangente de garantia do devido processo constitucional. Compreendido o direito como algo não dado aos homens pela natureza, mas por eles produzido, revelou-se fundamental entender-se o processo de sua produção, que se percebeu ter matrizes políticas, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se a quanto estabelecido constitucionalmente para sua produção, em qualquer de seus níveis. Disso resultou, por exemplo, e para mencionar apenas uma das mais significativas conseqüências no âmbito do processo, erigir-se o direito de ação, cuja autonomia fora teorizada no século XIX, à categoria de direito fundamental, cujo objeto passou a ser o dever do Estado-juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, mas sim com obediência irrestrita a quanto disposto como devido processo constitucional. Destarte, antes de desqualificar o saber anterior, a nova dogmática processual incorporou-o e buscou superá-lo, ajustando-o às novas realidades. Precisamente esta ótica constitucional do processo foi que fundamentou o passo adiante, dado nas últimas décadas, no sentido de se considerar como indissociáveis não só o enunciar o direito, como também o organizar democraticamente as funções vinculadas a sua produção e aplicação. (...) *No Brasil, Frederico Marques foi pioneiro daquela primeira perspectiva, colocando a novidade em nossa doutrina*, sendo o autor que me sensibilizou para a reflexão que procurei amadurecer no meu meio século de atividade como profissional e professor de direito. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo..., ob. cit., destaques acrescentados).

<sup>79</sup> *Cassio Scarpinella Bueno*, embora também atribua o pioneirismo a *José Frederico Marques*, considera que ele se deu anos antes, em 1952, com a sua tese “Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária”, escrita para o concurso de cátedra de “Direito Judiciário Civil” junto à PUC de São Paulo. (BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações, in JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra [coord]. *Processo civil: novas tendências – estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 157-166, especialmente p. 157-158).

<sup>80</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, especialmente p. 35-46. Da mesma autora: *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, especialmente p. 35-96.

<sup>81</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, in *Temas de Direito Processual*. Segunda Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83-95.

<sup>82</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e; *Constituição de 1988 e processo - Regrimentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>83</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011.

Para *Daniel Mitidiero*, “o denominador comum de todos esses trabalhos está na construção de uma sólida ancoragem do processo civil na Constituição”<sup>85</sup>, sendo certo que havia uma ideia clara de, até mesmo por força dos novos espíritos democráticos, impor-se limites à atuação estatal. É possível, nesse diapasão, visualizar uma postura *passiva* ou até mesmo *repressiva* dos direitos processuais constitucionais, vez que, naquele momento de ruptura dos ares ditatoriais, a Constituição de 1988 se preocupava, em larga medida, com a *proteção* do cidadão contra o Estado<sup>86</sup>.

Posteriormente, puderam-se verificar, no Brasil, notadamente a partir dos estudos de *Leonardo Greco*<sup>87</sup>, os influxos do *processo justo* a se preocupar não somente em escudar o cidadão contra os desmandos do estado como, sobretudo, em implementar e efetivar os direitos fundamentais consagrados nos textos constitucionais. Tem-se aí um viés *ativo* da constitucionalização do processo, que pode ser encontrado, em larga medida, também nas obras dos professores *Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*<sup>88</sup>, *Luiz Guilherme Marinoni*<sup>89</sup> e *Hermes Zaneti Júnior*<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>85</sup> MITIDIERO, Daniel. As relações..., ob. cit.

<sup>86</sup> Um dos exemplos mais significativos, no processo, é a proibição das provas ilícitas, consagrada no art. 5º, inciso LVI, CF/88. Nesse sentido, assevera *José Carlos Barbosa Moreira*: “(...) A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução – ao menos à primeira vista – radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização de provas ilícitas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do juiz de, mediante autorização, legitimar a obtenção de provas que sem ela ficam sujeitas a veto literalmente categórico. Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguiu-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominara o País, e sob o qual eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém poderia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao ‘grampeamento’ de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, in *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 107-124, especialmente p. 121-122). No mesmo sentido, pondera *José Augusto Delgado*: “(...) As garantias processuais do cidadão constituem realidades jurídicas que devem guardar conformação com a Constituição. São limitações impostas que não se apresentam com a função total de restrição de direitos, por serem, apenas, formas de regulamentar a atuação estatal, com a finalidade de concretizar esses direitos fundamentais. Ressalte-se, apenas, no exame dessas limitações, que os seus fundamentos deverão se voltar, unicamente, para a Constituição, pelo que não se admite, por exemplo, a que se sustenta em posição não escrita no texto da Carta Magna”. (DELGADO, José Augusto. *A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 696, p. 40-ss, 1993. Destaques acrescentados).

<sup>87</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 19 out. 2013.

Verdadeiramente, *e sem se deixar levar pelo fetiche do neo*<sup>91</sup>, as noções acima desenvolvidas fazem parte, em maior ou menor escala, daquilo que desde o final da década de 1940<sup>92</sup>, notadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, alcunhou-se de *giusto processo, procès équitable, faire Verfahren, fair trial* ou, em bom português, *processo justo*, e que mais adiante (capítulo 1, tópico 1.3) será abordado.

Em apertada síntese, reconhece-se, com apoio em *J. J. Gomes Canotilho, o princípio da unidade da constituição*<sup>93</sup>, do qual se extrai a imperiosidade de se *interpretar as regras processuais com os óculos da Constituição*<sup>94</sup>, vez que o processo existe para implementar os direitos fundamentais e, nesse mister, não pode, obviamente, deixar de atender às garantias indispensáveis a um processo justo.

---

<sup>88</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, ob. cit.

<sup>89</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo...*, ob. cit.

<sup>90</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...*, ob. cit.

<sup>91</sup> “(...) Conquanto o nome [neoprocessualismo] seja o menos importante, não se pode deixar de registrar a inocuidade da sugestão, pois é praticamente vazia em termos de conteúdo: o neo, o novo, a novidade, o fenômeno típico da modernidade líquida, diz tudo e nada diz. Muito mais adequado é falar em formalismo-valorativo, porque vincula a uma nova visão do fenômeno processual em dois aspectos, a forma em sentido amplo, ou seja, o formalismo, e os valores. De modo nenhum se pode confundir forma em sentido estrito com formalismo (...)”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, ob. cit, p. 22, nota de rodapé n.º 11.)

<sup>92</sup> *Joan Picó i Junoy* cita como “exemplos da constitucionalização das garantias processuais” – e, obviamente, do estudo do direito processual, o art. 24 da Constituição Italiana de 27 de dezembro de 1947, os artigos 19.4, 101.1, 103.1 da Lei Fundamental de Bonn de 23 de maio de 1949, o art. 24 da Carta Magna Espanhola de 1978, além, obviamente, do art. 6º da Declaração Europeia de Proteção dos Direitos Humanos, de 1950. (JUNOY, Joan Picó i. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 18-21.

<sup>93</sup> “O princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema unitário de normas e princípios (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1223-1224)

<sup>94</sup> Tal expressão é encontrada em vários textos, de diferentes autores, não tendo sido possível identificar, nessa pesquisa, seu criador. Veja-se, apenas *ad exemplum*: MANDELI, Alexandre Grandi. *O princípio da não-surpresa na perspectiva do formalismo-valorativo*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/331-artigos-mai-2011b/8251-o-principio-da-nao-surpresa-na-perspectiva-do-formalismo-valorativo>>. Acesso em: 9. fev. 2013.

Se antigamente se dizia que a função da jurisdição era aplicar a “vontade concreta da lei” (*Giuseppe Chiovenda*<sup>95</sup>) ou, ainda, solucionar os conflitos concretos proporcionando a “justa composição da lide” (*Francesco Carnelutti*<sup>96</sup>), hoje se verifica que ela visa à “tutela dos interesses particulares juridicamente relevantes”<sup>97</sup>, a fim de que o processo possa “*ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais*”<sup>98</sup>.

Nesse cenário, como se verá (item 2.1), há plena inserção da *lealdade processual*, foco deste estudo.

## 1.2 Garantismo processual, ativismo processual e os modelos processuais

### 1.2.1 Apresentação do debate

---

<sup>95</sup> “(...) la jurisdicción consiste en la actuación de la ley mediante la substitución de la actividad de órganos públicos a la actividad ajena, ya ser afirmando la existencia de una voluntad de la ley, ya poniéndola posteriormente en práctica”. (CHIOVENDA, Jose. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la tercera edición italiana y prologo del Profesor Jose Casais Y Santaló. Madrid: Reus, 1977, p. 377, t. I)

<sup>96</sup> “La conclusione delle ricerche finora condotte può essere riassunta in questa formula: il processo si fa per la giusta composizione della lite. ‘Pace con giustizia’ potrebbe così essere motto del diritto processuale. Nè pace senza giustizia nè giustizia senza pace. Non pace senza giustizia perchè il processo, come si è visto, non tende a comporre la lite in un modo qualunque, ma a comporla secondo il diritto. Non giustizia senza pace perchè il diritto non sopra il conflitto; supra partes, non inter partes; al fine di comporre una lite di tutelare un interesse. Secondo questa formula il quid movi della funzione processuale sta nella combinaizione dei due elementi: pace e giustizia” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile. Funzione e composizione del processo*. Padova: Cedam, 1936, p. 247, v. I).

<sup>97</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73. v. 1.

<sup>98</sup> “(...) Ora, se assegurado o *process* em texto democrático-constitucional, só nos restaria afirmar que o **processo** tem, na atualidade, como lugar devido de sua criação a LEI CONSTITUCIONAL (devido processo constitucional) como fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes), porque não há uma vontade super-posta ou alatare, subjacente ou obscondita, valorativa ou corretiva que, por reconstrução cerebrina do intérprete, se arrojasse, por personalíssimas razões de costumes ou de justiça (norma fora do texto legal), a melhorar ou substituir a lei” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado Democrático de Direito*. Disponível em:

<[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/PROCESSO%20E%20HERMENEUTICA%20CONSTITUCIONAL%20A%20PARTIR%20DO%20ESTADO%20DE%20DIREITO%20DEMOCRATICO.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/PROCESSO%20E%20HERMENEUTICA%20CONSTITUCIONAL%20A%20PARTIR%20DO%20ESTADO%20DE%20DIREITO%20DEMOCRATICO.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2013). No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral...*, *ob. cit*, p. 412-413.

O reconhecimento da validade constitucional da lealdade processual está inserido em um outro debate, muito mais amplo e de difíceis contornos, que passa pela revisão dos modelos processuais tradicionais, ou seja, o processo inquisitório e o processo dispositivo, ou, ainda mais profundamente, pelo *duelo* entre o privatismo e o publicismo no processo. Assim, embora não seja esse o enfoque principal, afigura-se necessária a sua demonstração, até mesmo para que as bases teóricas do presente estudo se enrijeçam.

Conforme relata *Glauco Gumerato Ramos*<sup>99</sup>, há, notadamente na América Espanhola e em boa parte da Europa, uma gigantesca contenda entre os defensores do ativismo (fulcrado no princípio inquisitivo) e do garantismo (baseado no princípio dispositivo). Sob sua ótica, o *duelo* teria provavelmente se iniciado em 1995, com a publicação, na Itália, de um texto de *Franco Cipriani*<sup>100</sup>, Ordinário da Faculdade de Bari, no qual ele demonstrava que o CPC austríaco de Klein teria “ultradimensionado” o caráter publicista do processo civil, criando um juiz “capitão de todas as causas”, com evidente “menoscabo das partes”.

Em 20 de outubro de 2000, *Juan Montero Aroca* proferiu uma polêmica conferência na cidade de San José, na Costa Rica, por ocasião do encerramento das *XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, na qual sentimentos de desconformidade e de convicção se misturaram, tendo ele próprio relatado, em obra posteriormente publicada, que a partir daquela data chegou a ser acusado de “dividir a la comunidad de estudiosos y políticos del proceso”<sup>101</sup>.

Na oportunidade, *Montero Aroca*, ao analisar a então recente publicada *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 7 de janeiro de 2000, entendeu que aquela norma “no asumía la llamada publicización del proceso civil” e, ainda, que “*el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica no guardaba relación alguna con la Ley española*”<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: Apresentação do Debate, in DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Processual e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 273-286.

<sup>100</sup> CIPRIANI, Franco. Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità). *Rivista de Diritto Processuale*. Padova, p. 969-ss, 1995.

<sup>101</sup> MONTERO AROCA, Juan. Prólogo, in MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 15-28, especialmente p. 16-17.

<sup>102</sup> *Idem, ibidem*.

Em novembro de 2000, por ocasião do *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista*, ocorrido na cidade de Azul, Província de Buenos Aires, na Argentina, estiveram presentes *Franco Cipriani* e *Montero Aroca* que, em conjunto com *Adolfo Alvarado Veloso*, perceberam a conjunção de ideias que, anos mais tarde<sup>103</sup>, daria ensejo à publicação, dentre outras, de uma obra coletiva denominada *Proceso civil e ideologia: un prefácio, una sentencia, dos cartas e quince ensayos* (editora Tirant lo Blanch, Valencia, 2006), que contou com colaborações, além dos três já citados, de *Ignácio Díez-Picazo*, *Federico G. Dominguez*, *Luís Correia de Mendonça*, *Eugenia Ariano Deho*, *Girolamo Monteleone*, *Joan Picó i Junoy*, *Giovanni Verde* e *José Carlos Barbosa Moreira*. Desde então, muito tem se escrito sobre essa dicotomia<sup>104</sup>, havendo fervorosos defensores de parte a parte<sup>105</sup>.

Os privatistas ou garantistas, capitaneados por *Montero Aroca*<sup>106</sup>, vislumbram traços autoritários em regras como as que permitem, por exemplo, o impulso oficial e a iniciativa probatória do juiz, vez que, ao relegarem a segundo plano a iniciativa das partes e a responsabilidade dos advogados, erigem o juiz a um posto paternalista, um “fazedor de justiças”, que vê o processo civil como um instrumento de concretização de escopos sociais ou publicísticos.

---

<sup>103</sup> Para visão ampla do histórico, consulte RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e Garantismo...*, *ob. cit.*, p. 277-284.

<sup>104</sup> Em 27 de janeiro de 2006, realizou-se em Valência a “Primeira Jornada Internacional sobre “Processo Civil e Garantia”, na qual, além da apresentação da obra coletiva citada, foi aprovada uma Moção que foi publicada, no Brasil, no volume 145 da Revista de Processo que, resumidamente, reflete bem a visão dos garantistas. (VELOSO, Adolfo Alvarado *et al.* Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre Processo e Garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 145, p. 241-ss, 2007).

<sup>105</sup> Veja-se, sobre o tema, direta ou indiretamente: TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common Law, Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 110, p. 141-ss, 2003.; CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 153, p. 33-ss, 2007. MENDONÇA, Luis Correa de. O pensamento de Franco Cipriani sobre a justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 55 ss, 2009; MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 183, p. 165-ss, 2010.; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 213-ss, 2011; GODINHO, Robson Renaut. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “Leito de Procusto”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 85-ss, 2014.

<sup>106</sup> MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria, *in* MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 128-165.

A chamada “publicização do processo”, marcadamente um traço advindo do código austríaco de 1895, coincide com a elevação da importância da figura do juiz como representante do Estado, minorando (ou até mesmo eliminando, em alguns casos) o protagonismo das partes que, até o século XIX, caracterizava os processos liberais.

Nesse novo estado totalitário, o processo passa a ser visto como um instrumento do bem-estar social no qual o juiz, sujeito dotado de poderes gigantescos, transforma-se em uma espécie de “senhor do processo”, assumindo uma postura patriarcal que, superior às partes, pode entregar a verdadeira justiça, pouco importando se essa atendia ou não o interesse dos contendores, ou se isso prejudicava a sua imparcialidade.

Conforme relata *Montero Aroca*<sup>107</sup>, o chamado “processo civil social”, baseado na crença de que o aumento dos poderes do juiz, dando-lhe o direito de “fazer justiça apesar das partes e, portanto, contra seus advogados”, atendia plenamente aos interesses dos regimes comunistas, socialistas ou fascistas da época.

Autoritário também seria exigir das partes e de seus advogados o dever de afirmar tudo que conhecem, entregando em juízo todas as provas, ainda que prejudiciais a seus interesses, bem como exigir que as partes evitem se beneficiar de eventuais equívocos do adversário. A busca incessante pela verdade, tão reiterada pelos publicistas, não poderia ser, segundo *Montero Aroca*, imposta às partes que, no seu modo de ver, somente buscam a vitória<sup>108</sup>.

Os garantistas, ao buscarem estender as ideias de *Luigi Ferrajoli*<sup>109</sup> – originariamente dirigidas ao processo penal – aos processos cíveis (=não-criminais), entendem que um julgamento justo somente será obtido mediante a valorização do processo, e por isso refutam

<sup>107</sup> MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado..., ob. cit., p. 148-149.

<sup>108</sup> *Adolfo Alvarado Veloso* chega a dizer que o garantismo pressupõe um juiz que busque não a verdade, mas que respeite a Constituição: “Como movimento jusfilosófico que é, o que o *garantismo* pretende é o irrestrito respeito à Constituição e aos Pactos internacionais que se encontrem no mesmo nível jurídico. Os autores que assim pensam, (sic) não buscam um juiz comprometido com pessoa ou coisa distinta da Constituição, senão um juiz que se empenhe em fazer respeitar, a todo custo, as garantias constitucionais”. Tanto é que, continua Alvarado Veloso, relatando sua experiência pessoal de juiz, “(...) em minha longa vida no Poder Judiciário (...) nunca jurei *fazer justiça nem buscar a verdade* no processo, mas sim ‘respeitar e fazer respeitar a Constituição e as leis que, em sua consequência, se ditam’.” (VELOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual, in DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Processual e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 13-34)

<sup>109</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: Debate sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006.



quaisquer regras que, ainda que indiretamente, diminuam a relevância da vontade das partes no processo. Assim sendo, acentuam a importância do princípio dispositivo ao consagrarem, dentre outros aspectos, a exclusividade do princípio da demanda às partes, sendo vedado ao juiz não só iniciar o processo, como também determinar o seu prosseguimento *ex officio*.

Os “publicistas” (ou, na América Latina, também chamados de “ativistas”), por seu turno, rechaçam o rótulo de autoritário imposto aos sistemas retromencionados, entendendo, cada um à sua maneira, que as ideias dos liberais não têm pertinência.

Nesse sentido, *José Carlos Barbosa Moreira*<sup>110</sup> ressalta que o simples fato de uma norma ter sido editada em um momento histórico governado autoritariamente não indica, necessariamente, que aquele diploma legal será antidemocrático<sup>111</sup>. Para reforçar sua tese, o mestre carioca cita as leis da ação popular, de n.º 4717, de 1965, e da ação civil pública, de n.º 7.347, de 1985, ambas publicadas no regime militar brasileiro e que seriam normas “insuspeitas de autoritarismo”<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil, in *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87-101, especialmente p. 87-93.

<sup>111</sup> Muito tempo antes, *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo* já defendia tal posição, destacando que “no siempre el color o matiz de la situación política bajo la que se hayan elaborado y promulgado tales cuerpos legales se refleja en ellos: basta recordar que los códigos napoleónicos consagraron numerosas ideas y conquistas revolucionarias; que más recientemente en Itália el código de procedimiento civil de 1940 no tiene nada de fascista, si se exceptúan algunas tan explosivas como circunstantiales frases de su exposición de motivos, aunque hace años se le combatiese como tal, que en los países comunistas se há echado mano a veces de textos emitidos por los regímenes derrocados, o que en las Alemanias de hoy perduraron durante algún tiempo o subsisten todavía importantes cuerpos legales anteriores a su bifurcación (...)” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Liberalismo y Autoritarismo en el Proceso, in *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. Ciudad del México: UNAM, 1974, p. 245-289, t. II, especialmente p. 260).

<sup>112</sup> Do mesmo modo, assevera *Leonardo Greco*: “(...) Cumpre observar que, mesmo em períodos democráticos, são editadas leis processuais autoritárias, que tratam o processo sob a perspectiva do juiz ou do interesse público, e não do cidadão ou do jurisdicionado, pois também os governos democráticos podem pretender submeter o acesso à justiça dos cidadãos ao que considerem ser os superiores interesses da sociedade. Dois exemplos desse autoritarismo tivemos recentemente no Brasil, através da Emenda Constitucional n.º 3/93, que criou a força vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade, e da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que criou a súmula vinculante. No primeiro desses exemplos, o próprio Supremo Tribunal Federal se encarregou de ainda ampliar o caráter autoritário previsto no texto emanado do legislador, estendendo essa força vinculante, além das decisões definitivas de mérito, também às liminares naquelas ações, e aplicando tais liminares sem limite temporal, não obstante a Lei 9869/99 tenha estabelecido que a sua eficácia não poderia durar mais do que seis meses”. (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, p. 29-56, 2007).

Como se não fosse suficiente, o Patrono da *Revista Eletrônica de Direito Processual* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro<sup>113</sup> desmistifica a afirmação de que a concessão de poderes instrutórios ao juiz seria “peculiar a regimes autoritários, imbuídos de desprezo pelas garantias dos jurisdicionados”, valendo-se, para tanto, de um “teste” em cinco casos, a saber: o suíço, o francês, o inglês, o alemão e o brasileiro. Em todos esses ordenamentos, ressalta *José Carlos Barbosa Moreira*, foram criadas que concederam ou ampliaram os poderes do juiz, sem que em nenhum dos casos se pudesse falar em regimes autoritários de governo<sup>114</sup>.

*Joan Picó i Junoy*<sup>115</sup>, por seu turno, defende a iniciativa probatória do juiz – um dos maiores pontos de críticas dos privatistas – ao alegar que, sendo a justiça um ideal de todos, é dever do Estado colocar a serviço da justiça todos os meios e poderes necessários (desde que legítimos) para atingir tal desiderato.

*Giovanni Verde*, reforçando o processo como *actus trium personarum*, chama a atenção para o fato de que os publicistas não consideram o juiz como “uma divindade imperturbável e distanciada”, mas como um terceiro que, mesmo com poderes probatórios – que podem vir a decidir o resultado de um processo – não perde sua imparcialidade. Para tanto, vale-se o professor italiano de uma comparação que demonstra o quanto os italianos, como os brasileiros, têm predileção pelo *calcio*: um juiz de futebol, que tem o poder indiscutível de expulsar jogadores ou marcar pênaltis, pode evidentemente determinar o resultado de uma partida; apesar disso, mesmo que concretamente surjam polêmicas e discussões sobre determinada marcação do árbitro, nunca

---

<sup>113</sup> A *Revista Eletrônica de Direito Processual* (REDP) surgiu em outubro de 2007, por iniciativa de um grupo de alunos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, a fim de facilitar, mediante publicações semestrais, a divulgação de dissertações, teses e pesquisas desenvolvidos por professores e discentes da própria casa e de universidades brasileiras e estrangeiras, e com isso permitir um diálogo constante e profícuo sobre as questões mais atuais do direito processual. Atualmente em seu 14º volume, a REDP tem como Patrono – e homegeado – o Professor *José Carlos Barbosa Moreira*. Todo o conteúdo do periódico virtual está disponível em: <<http://www.repd.com.br>>.

<sup>114</sup> A saber: art. 37 da lei federal suíça que regula o processo civil federal, de 4 de dezembro de 1947; arts. 16 e 143 do *Code de Procédure Civile* francês, de 1975; *rules* 32.1, 18.1, 35.7, 35.8, 35.15 das *Civil Procedure Rules* inglesas, de 1998; § 142, 1ª e 2ª alíneas da ZPO alemã, de 2001; e art. 5º, da lei 9.099/95 do Brasil (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neopriatismo..., ob. cit., p. 91-93).

<sup>115</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado, in MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología: Un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blach, 2006, p. 108-127.

se chegou a cogitar que a atribuição desses poderes fizesse com que o juiz perdesse a condição de terceiro<sup>116</sup>.

Por fim, assevera *Verde* que o contraditório, sem poder algum de intervenção do juiz, não é suficiente e por vezes distorsivo, e que a postura passiva do juiz possa, em verdade, longe de ser salutar para a obtenção de resultados justos, ser considerada uma atividade cômoda e, porque não dizer, privatística.

### 1.2.2 A lealdade processual no centro da celeuma

Todo esse relatório, como dito, fez-se necessário porque tanto os garantistas “puros” como os “ativistas” veem exatamente na lealdade um traço característico da existência, ou não, de autoritarismo no processo.

Conforme bem sintetiza *Leonardo Greco*<sup>117</sup>, *Montero Aroca* considera que o reconhecimento e a validade da boa-fé processual somente podem ser atribuídos a feições autoritárias, notadamente porque o liberalismo impõe reconhecer, no processo, assim como em qualquer contenda, uma luta de interesses privados, na qual eventual intervenção do juiz implica necessariamente uma interferência indevida na autonomia privada de cada contendor. Nesse sentido, exigir que a parte apresente, de modo leal, todos os seus argumentos e provas na mesa, cooperando altruisticamente com a parte contrária seria não só desmerecer o *jogo processual* como, e sobretudo, fulminar a necessária controvérsia inerente ao duelo de interesses em jogo.

Ademais, prossegue *Montero Aroca*, as próprias origens da boa-fé processual nos códigos italiano e soviético oriundos de regimes totalitários demonstrariam o seu viés antidemocrático.

Ainda se valendo de argumentos históricos, o professor da Universidade de Valência<sup>118</sup> assevera que, ao menos na Espanha, durante mais de mil anos as normas processuais deixaram de fazer menção à boa-fé processual, e que esse “desconhecimento” não poderia ser considerado casual<sup>119</sup>, assim como também não pode ser visto como “politicamente casual” a sua inserção, já

---

<sup>116</sup> VERDE, Giovanni. Apostilla, in MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología: Un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blach, 2006, p. 167-171, especialmente p. 170.

<sup>117</sup> GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo...*, ob. cit.

<sup>118</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Sobre el mito autoritario...*, ob. cit., p. 317-337.

no final do século XX, nos textos legislativos espanhóis. A seu sentir, tanto os arts. 11.1 e 437.1 da *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ), de 1985, como o art. 247 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC), de 2000, são resultado do trabalho de grupos socialistas existentes no Legislativo. No mesmo norte, *Montero Aroca* analisa, sempre sob o mote do processo austríaco de 1895, o “processo comunista” da antiga URSS de 1961, os “processos fascistas” da Alemanha de 1933 e 1942, da Itália de 1940, de Portugal de 1939 e da Espanha de 1940, para concluir que a boa-fé processual não poderia ter “nascido no vazio”, estando necessariamente conectada a essas correntes ideológicas retrocitadas.

Para ele, pensar na colaboração das partes e de seus advogados com o juiz para a obtenção da verdade ou da justiça material somente se compreende em um contexto ideológico que parte do pressuposto de entender que os cidadãos não têm direito a “pelear”, que é sujo fazê-lo com as armas que lhes proporcionam o ordenamento jurídico. Nesse cenário, somente o juiz fascista ou comunista, que se crê ungido, por força da divindade ou do destino, poderia fazer justiça entre os homens.

Aduz também que a lei espanhola faria apenas menção a uma proibição de má-fé, algo que, em sua visão, seria muito distante da previsão de um dever de boa-fé. Considera, ainda em reforço à sua tese, que o ônus de praticar determinados atos processuais em momentos específicos (v. g., produzir provas documentais e opor exceções) não pode ser visto como decorrência de um dever genérico de boa-fé, mas como o cumprimento de regras previstas em lei relativas às preclusões<sup>120</sup>. Para *Montero Aroca*, nem mesmo as multas coercitivas previstas na LEC poderiam ser relacionadas ao dever de boa-fé, porquanto se afigurariam, a seu entender, apenas como um meio de impor aos sujeitos processuais o cumprimento de decisões.

A despeito de o professor da Universidade de Valência concordar que não há, para as partes, o direito à mentira no processo civil (a qual poderia ser conceituada, para ele, como afirmar existente um fato que saiba ser inexistente), rechaça veementemente a tese de que as partes e seus advogados devam colaborar com o adversário para a obtenção da verdade. Aliás, em

---

<sup>119</sup> MONTERO AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”, in MONTERO AROCA, Juan et al. *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanc, 2006, p. 294-356, especialmente p. 294-296.

<sup>120</sup> *Idem, ibidem*, p. 340-343.

uma contenda judicial, prossegue *Montero Aroca*, cada parte trabalha com a “sua verdade”, porquanto “a verdade verdadeira” não é conhecida por ninguém.

Sob tal perspectiva, considerar que uma das partes deva colaborar com a outra (e com o juiz) na busca da verdade seria descaracterizar a própria essência de um processo que somente existe pois dois oponentes buscam, mediante a prática de atos previstos em lei, um direito que entendem possuir.

Por fim, *Montero Aroca* analisa diversos artigos da lei espanhola para concluir que “no existe en la LEC un principio procesal de la buena fe” e, também, que “tampoco existe un deber de que las partes, y los profesionales que las representan y defienden, actuén en el proceso de manera positiva, vinculadas por un deber de buena fe que suponga la exigencia de hacer y de hacer de determina manera”, mas apenas se poderia falar de um “deber de no actuar de mala fe”<sup>121</sup>.

Para *Joan Picó i Junoy*<sup>122</sup>, por seu turno, muito ao contrário, não é possível estabelecer uma correlação direta entre o respeito à boa-fé processual e o autoritarismo. A seu sentir, aliás, o fato de normas nascidas em regimes totalitários fazerem menção à observância da boa-fé não necessariamente *contamina* o seu estudo, mesmo porque antes até dos citados códigos totalitários, mais precisamente nos séculos XVII e XVIII, já havia previsão legislativa que concedia ao juiz poderes de rechaçar atuações supérfluas que tivessem como escopo apenas prolongar demasiadamente o processo.

Além disso, *Picó i Junoy* assevera que muito provavelmente não houvesse menções anteriores aos códigos italiano de 1940 e soviético de 1961 à observância da lealdade processual por força da visão privatística que se tinha do processo à época, tido unicamente como “*negocio particular dirigido sólo a la defensa de los intereses personales*”, algo completamente superado diante da atual visão publicista do processo.

---

<sup>121</sup> *Idem, ibidem*, p. 349-353.

<sup>122</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia..., ob. cit. O mesmo artigo, vertido para o italiano, foi publicado no Brasil no volume 197 da Revista de Processo (Il Diritto Processuale tra il Garantismo e L'Efficacia: un dibattito mal impostato. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 197, p. 193-ss, 2011.). O autor catalão também desenvolve tais argumentos, porém com mais profundidade, em: PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2013, especialmente p. 27-38.

Continua o professor catalão a refutar a tese de *Montero Aroca*, valendo-se de uma interessante comparação com o direito privado que, desde seus primórdios romanos, reconhece a boa-fé como base das relações privadas e o lícito exercício de direitos subjetivos, para concluir não ser compreensível que o direito processual, ramo do direito público, também não deva se impregnar pelo mesmo raciocínio.

Fazendo relevante levantamento histórico de diversas normas estrangeiras, *Joan Picó i Junoy* demonstra que a bondade ou não de uma norma depende mais de seu próprio conteúdo e alcance que da época em que foi redigida, da ideologia de seus autores ou da forma que ela seja aplicada na prática forense. Nesse sentido, ele enumera, por exemplo, que o princípio da boa-fé processual contido no §138, n. 1 da ZPO alemã, embora fruto da reforma autoritária de 27 de outubro de 1933, tinha seu conteúdo já constante de diversas propostas legislativas muito anteriores ao *Terceiro Reich*, como o Projeto de “simplificação da via judicial”, de 1923 e o Projeto oficial do “Novo Código de Processo Civil”, de 1931. Demonstra, ainda, que mesmo os códigos processuais mais avançados (v. g. art. 32.1, CPC/FRA; art. 247, LEC/ESP; regra 3.4.2.b das CPR/ING) e os ordenamentos reconhecidamente liberais (v. g., EUA) trazem previsões de repressão às condutas ofensivas à lealdade processual, concluindo, desse modo, que boa-fé processual e fascismo ou totalitarismo não podem ser corretamente relacionados<sup>123</sup>.

Prossegue, ao abordar especificamente alguns pontos de destaque, aduzindo que é possível se atribuir iniciativa probatória ao juiz sempre que os fatos discutidos no processo tenham sido limitados pelas partes (por força do princípio dispositivo) e se permita, aos litigantes, o pleno exercício do direito de defesa, ampliando suas provas inicialmente propostas, se necessário.

Refuta veementemente a ideia de privatização do processo, ao argumento de que a Constituição (no caso, a espanhola, mas que, salvo melhor juízo, também se aplica à brasileira), ao assegurar a tutela jurisdicional *efetiva*, determina que a jurisdição seja prestada a partir da correta identificação dos fatos, já que nunca poderia se chamar de justa uma decisão judicial que

---

<sup>123</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio...*, ob. cit., p. 33-35. No mesmo sentido, aliás, *Mauro Cappelletti* já afirmava, demonstrando que a existência de dever de verdade, consagrado no código austríaco de 1895, reconhecidamente social e visto como um marco da publicização do processo, também se encontra no processo marcadamente liberal inglês e norte-americano (CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado: Las Grandes Tendencias Evolutivas*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1973, p. 82).

se fundamenta sobre uma determinação incorreta ou inexata dos fatos. Afinal, continua *Picó i Junoy*, se as partes não aceitam como válida qualquer solução do conflito, também não podem deixar de reconhecer como certa a possibilidade de investigação correta dos fatos pelo juiz.

Do mesmo modo, rechaça a pecha de imparcialidade que se possa atribuir ao juiz que detenha iniciativa probatória, já que a lei espanhola (no caso, o art. 429.1.II LEC) somente a admite nos casos ali minudenciados, pelo que, nessas condições, estar-se-ia apenas a respeitar a legalidade.

Por fim, considera que o debate acerca do autoritarismo ou não da boa-fé processual é “*mal planteado*”, pois os garantistas (que ele alcunha de “reversionistas”) pretendem emprestar, sob o signo de uma “ideologização”, aspectos políticos para questões que, ao contrário, são puramente técnicas, e que o relevante não deveria ser a análise da (im)possibilidade de iniciativa probatória do juiz, ou se ele deve ou não valer pelo respeito à boa-fé processual dos intervenientes do processo, mas, e sobretudo, quais deveriam ser os limites dessas iniciativas<sup>124</sup>.

Nesse embate, a razão parece estar com *Joan Picó i Junoy*<sup>125</sup>: a caracterização de autoritária ou fascista da boa-fé processual (ou, como se prefere, a lealdade processual, cf. cap II, item 2.3) não tem razão de ser.

A *um*, pois como já comprovado por diversos exemplos, não há relação direta entre a forma de governo e a edição de normas mais ou menos autoritárias, sendo mais correto relacioná-la com a maior ou menor submissão do Judiciário aos desmandos políticos dos detentores do poder<sup>126</sup>.

A *dois*, porque não parece minimamente razoável considerar que as relações privadas, normalmente relativas a direitos disponíveis, sejam regidas pelo princípio da boa-fé e, por outro lado, o direito processual, ramo do direito público, seja visto, como bem ressaltou o professor português *António Menezes Cordeiro*, como uma “ilha de irresponsabilidade”<sup>127</sup>. Admitir-se que a

<sup>124</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo..., ob. cit., p. 125-126.

<sup>125</sup> Nesse sentido: GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo..., ob. cit.

<sup>126</sup> “(...) Sem pretender reconstruir a história de qualquer período político de supressão das liberdades democráticas, parece-me facilmente verificável que governos e regimes autoritários editaram leis processuais anti-democráticas na medida estrita em que não conseguiram a submissão dócil dos tribunais superiores aos seus objetivos políticos e a dos juízes inferiores aos tribunais superiores” (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo..., ob. cit.).

jurisdição não seja prestada sob o reflexo da lealdade processual significaria, portanto, valer-se da chancela do Estado para legitimar eventuais condutas que, fora do processo, certamente seriam consideradas abusivas. Pretender, desse modo, coligar a tutela da lealdade com o autoritarismo se equipara cerrar os olhos para os avanços sociais da história<sup>128</sup>.

A *três*, porque excluir a lealdade do processo significa afastar do jurisdicionado a confiança que deposita na prestação jurisdicional. Já nos séculos XVII e XVIII os clássicos contratualistas como *Hobbes*, *Locke* e *Rousseau* entenderam que os homens somente abrem mão de parcela de sua liberdade em favor da coletividade para que o Estado consiga garantir a convivência pacífica em sociedade. Se, por outro lado, o próprio Estado passa a resolver os conflitos a ele submetidos de forma mecânica, burocrática e totalmente desprendida da realidade das partes (como adiante restará mais bem desenvolvido, Parte III, item 6.1), a submissão das vontades dos cidadãos ao julgamento e às decisões estatais começa a ser questionada. Afinal, se o Estado se vale de meios que os cidadãos não reconhecem como leis e legítimos, os resultados daí advindos também passarão a não merecer crédito<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> “(...) O aperfeiçoamento do Direito não poderia contemporizar com uma ilha de irresponsabilidade no processo civil: ela remava contra a História e contra o Direito comparado”. (CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 171).

<sup>128</sup> Nesse sentido, *Michele Taruffo*, ao falar de uma “ondata moralizadora” que tem induzido legisladores, doutrina e jurisprudência, relata a experiência (difusa, é verdade) de vários países que se valeram de normas com conteúdo “ético” no processo, como por exemplo o art. 32.1 do Código Francês, modificado em 1978; a *rule* 3.4.2.b das *CPR* inglesas de 1999; o art. 247 da LEC espanhola, de 2000; e o art. 96, §3º, do CPC Italiano. (TARUFFO, Michele. L’abuso del processo: profili generali, in *L’abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 19-47, especialmente p. 25-27). Tantos exemplos não podem dar outra noção que não a de que a sociedade dos tempos de hoje tem visto, na observância da lealdade processual, uma necessidade. Interessante observação de *Fredie Didier Júnior*, ao também rechaçar a pecha autoritária da boa-fé, traz à tona o fato de que “até na guerra a proteção da boa fé objetiva se impõe”, já que o art. 8º, 2, “b”, vi e vii do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, considera crime de guerra “hastear ‘bandeira branca’, incentivando o avanço das tropas adversárias direto para uma emboscada” (...). Mais adiante, ele arremata: “Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a existência de um princípio de boa fé processual em que, anda que apenas metaforicamente, de modo civilizado e sob a supervisão do juiz, as partes ‘guerreiam’ por seus interesses?” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 33-37).

<sup>129</sup> Infelizmente, isso já é uma realidade. Dados do segundo semestre de 2013 obtidos através de pesquisa realizada pelo ICJBrasil (Índice de Confiança na Justiça), vinculado à Fundação Getúlio Vargas, mostram que o desprestígio do Poder Judiciário é crescente: apenas 29% dos entrevistados confiam no Judiciário, sendo que no primeiro semestre de 2013 e no segundo semestre de 2012, respectivamente, os índices de confiabilidade eram de 34% e 39%. A mesma pesquisa, relativa aos terceiro e quarto trimestres de 2013, constatou que o brasileiro considera o Judiciário moroso (90% dos entrevistados disseram que a resolução dos processos se dá de forma lenta ou muito lentamente), caro (82% entendem que os custos do judiciário são altos ou muito altos), de difícil



Noutro giro: se o Direito é produto dos homens e, obviamente, criado para a regulação da vida em sociedade, não se mostra plausível que as partes se vejam pacificadas (ou, pelo menos, convencidas do resultado de determinada demanda) diante de uma decisão judicial formalmente correta, mas que se afastou da lealdade processual. As partes poderiam, se quisessem, submeter o conflito às mais variadas formas de resolução (arbitragem, mediação extrajudicial *etc.*), ou até mesmo optar pela renúncia, total ou parcial, dos respectivos direitos, mas preferiram levar a contenda ao crivo do Poder Judiciário, exatamente porque, a despeito de todas as mazelas do processo, *confiam* na efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Se, entretanto, ao assim proceder, elas assistem a um jogo de espertezas, no qual um juiz passivo, mero “apitador de faltas”<sup>130</sup>, apenas observa sem minimamente intervir, o elo de confiança que existia no início do processo se esvai progressivamente, não sendo difícil concluir que a decisão judicial que dali advier dificilmente terá o condão de *solucionar*; efetivamente, o conflito. Repetidamente, essa postura contribuirá, como bem asseverou *José Igreja Matos*<sup>131</sup>, para um “futuro próximo em que a lei soçobrará substituída pelos contratos e em que a própria justiça cederá lugar, exangue, a discretos escritórios alcatifados onde o essencial se dirime em privadas arbitragens”.

---

ou muito difícil utilização (para 71% dos entrevistados), pouco ou nada honesto (para 71% dos entrevistados) e pouco ou nada independente (para 66% dos entrevistados). Por fim, mas não menos importante, o Judiciário, como instituição, é visto, em um ranking de confiabilidade, apenas em 8º lugar, estando atrás, em ordem decrescente, das Forças Armadas, da Igreja Católica, do Ministério Público, da Imprensa Escrita, das Grandes Empresas, da Polícia e das Emissoras de TV. Da mesma pesquisa, colhe-se que o Judiciário só é mais confiável que o Governo Federal (9º), o Congresso Nacional (10º) e os Partidos Políticos (11º). (*Relatório ICJ Brasil, 2º Semestre/2013. Fundação Getúlio Vargas*. Disponível:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11575/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%202%C2%BA%20Semestre%20-%202013.pdf?sequence=1>, acesso em 09 set. 2014).

Em Portugal, conforme relata *António Menezes Cordeiro*, a realidade não é muito diferente. Lá os índices de confiança dos tribunais chegam a ficar abaixo dos relativos aos deputados, em pesquisas junto à opinião pública, o que é, segundo o professor Catedrático de Faculdade de Direito de Lisboa, “gravíssimo [e] justificaria, só por si, uma imediata mobilização nacional em torna da questão da Justiça, desprestigiada e em paralisação crescente”. (CORDEIRO, António Menezes. *Litigância...*, ob. cit., p. 27).

<sup>130</sup> A expressão é de *Michele Taruffo* que, ao se referir ao sistema norte-americano, mostra uma mudança na postura do magistrado: “(...) toca ao juiz não mais um papel de árbitro passivo que se limita a ‘apitar as faltas’ cometidas pelas partes, mas sim um papel de organização e gestão ativa, e não só de controle, do desenvolvimento do processo (...)”. (TARUFFO, Michele. *Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law, in Processo civil comparado: Ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 20).

<sup>131</sup> MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 39.

Afinal, qual a legitimidade de uma decisão advinda de um processo *desleal*? Considerar, desse modo, como querem os garantistas “*radicais*”, que a boa-fé não deveria ser reconhecida nos processos, seria o mesmo que esvaziar a confiança que os jurisdicionados nele devem ter, até mesmo porque a boa-fé é elemento integrante e indissociável do Estado Democrático de Direito<sup>132</sup>.

A *quatro*, porque, como restará afirmado (item 4.3), a lealdade processual está intrinsicamente ligada à efetividade da tutela jurisdicional, não sendo correto entendê-la como mera *coisa das partes*. Como ressalta Michele Taruffo<sup>133</sup>, não é mais possível se vislumbrar o processo sob uma concepção “puramente competitiva”, na qual apenas os interesses tidos por relevantes são os das partes; como direito fundamental que é, a efetividade da prestação jurisdicional e o bom funcionamento do sistema judiciário são fundamentais para a produção de resultados justos, e aí, obviamente, insere-se, por exemplo, a duração razoável do processo que deve ser buscada pelo julgador.

Nessa toada, afigura-se completamente desarrazoada a posição de alguns garantistas “puros” que defendem, por exemplo, a impossibilidade de o juiz dar prosseguimento, *ex officio*, ao andamento da causa, e o controle da repressão do abuso processual sem requerimento do ofendido, olvidando-se completamente da natureza pública da prestação jurisdicional<sup>134</sup>.

Não se diga, porém, que com essa afirmação estar-se-ia a defender que eficiência e julgamento céleres seriam valores absolutos; muito ao contrário, aliás, como adiante restará detalhado (itens 4.3 e 6.1). O respeito as garantias constitucionais das partes e de seus defensores

<sup>132</sup> “(...) Como princípio constitucional, agora sim relativamente à maioria dos ordenamentos democráticos ocidentais – aqui incluído o Brasil –, o da boa-fé dos órgãos públicos é provido de *supereficácia*, porque *supernorma positivada de Direito*. (...) Referimo-nos à boa-fé como manifestação clara dos princípios do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*), da igualdade (CF 5º *caput* e inciso I), da segurança jurídica (CF 1º *caput* ; 5º *caput* [...]), da legalidade e da moralidade administrativa (CF 37 *caput*) que, interpretados sistemática e finalisticamente, implicam a conclusão de que é direito fundamental de todos exigir que os poderes públicos, por meio de todos os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em suas funções típicas e atípicas, ajam de conformidade com a segurança jurídica, da qual a boa-fé objetiva é instrumento de atuação. Trata-se, portanto, de direito fundamental previsto na CF brasileira. (...)”. (NERY JÚNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, *in* FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2.ed. Barueri: Manole, 2009, p., 75-110, especialmente p. 88-89; destaques no original).

<sup>133</sup> TARUFFO, Michele. L’abuso del processo: profili generali, *in* *L’abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale...*, *ob. cit.*, p. 29-31.

<sup>134</sup> VELOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual..., *ob. cit.*, p. 20-21.

deve ser conjugado com a indispensável observância da lealdade processual por todos os sujeitos do processo.

A *cinco*, e por fim, cumpre observar que o reconhecimento da lealdade processual, notadamente sob o prisma da atuação do juiz, implica o estabelecer de *um novo modelo de julgador*, conforme bem define José Igreja Matos<sup>135</sup>, no qual, longe de se observar um autoritarismo, tem-se um servidor público despido de preconceitos, aberto ao diálogo humano e público com as partes e seus advogados, em posição de paridade e mediante uma postura colaborativa<sup>136</sup>.

Nesse diapasão se insere, indubitavelmente, a confiança entre todos os sujeitos do processo, devendo se ver na lealdade – como bem definiu, ainda em 1952, de modo vanguardista, Piero Calamandrei – a chave para o bom funcionamento do processo e, por consequência, da própria justiça<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz...*, ob. cit.

<sup>136</sup> “(...) Mais uma vez reafirmo que o juiz não pode ser preconceituoso, nem presumir a deslealdade das alegações e da conduta da parte, sob pena de transformar-se em juiz autoritário, que apenas ouve o que lhe interessa e que prejudica por suas próprias pré-formadas opiniões, sem se deixar influenciar pela atividade de uma ou de ambas as partes. O pluralismo e a diversidade são típicos da sociedade cosmopolita do nosso tempo e o juiz, mais do que qualquer outro participante dessa comunidade, não pode padronizar comportamentos nem rotular pessoas, projetando nos demais membros da sociedade a sua escala de valores e os seus próprios costumes”. (GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo...*, ob. cit.)

<sup>137</sup> “(...) el proceso debe constituir, en un régimen democrático, un coloquio civilizado entre personas situadas en el mismo nivel humano, siendo fácil comprender la importancia del abogado, o más bien, de los abogados, interlocutores necesarios de este diálogo, en una relación democrática de la justicia. El éxito del proceso, y por tanto la suerte de la justicia, está condicionado por el amigable y leal desenvolvimiento de este coloquio, por lo que de las buenas relaciones entre los jueces y los abogados, más que la bondad de las leyes, depende el buen funcionamiento de la justicia”. (CALAMANDREI, Piero. *Carácter dialéctico del proceso*, in *Proceso y Democracia*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 147-173, especialmente p. 159).

### 1.2.3 A superação da dicotomia estanque entre os modelos processuais clássicos e a busca de um *tertium genus*: o processo cooperativo<sup>138</sup>

Diversos e conhecidos são os trabalhos que se destinaram, ao longo de décadas, a analisar profundamente os modelos processuais, quer sob o prisma das famílias de origem romano-germânico, as decorrentes do direito inglês e, ainda, as dos países socialistas<sup>139</sup>, quer sob a ótica da preponderância do princípio inquisitivo ou do princípio dispositivo. Não é, destarte, a nossa intenção refazer todo esse itinerário<sup>140</sup>.

A despeito disso, cumpre a esta Tese observar, *en passant*, algumas das características de cada sistema, até mesmo como forma de fixação de premissas para o que adiante restará exposto.

<sup>138</sup> Rolf Stürner e Christoph Kern também propõem novos modelos processuais, mas amparados em uma classificação totalmente diversa que, embora não seja aqui adotada, apresenta singular relevância. Para os dois professores da Universidade de Freiburg, os três modelos seriam (i) o da “audiência com julgamento”, adotado nos EUA, Canadá e Austrália; (ii) o “ítilo-canônico”, característico da maioria dos países da *civil law* e adotado em França, Itália e na maioria dos países latino-americanos; e (iii) o da “audiência principal”, adotado na Alemanha, Espanha e Inglaterra, a demonstrar que a anterior dicotomia *civil law – common law* não tem mais razão de ser. (STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. *Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. Revista de Processo*, São Paulo, v. 200, p. 203-ss, 2011.).

<sup>139</sup> “(...) Famosa doutrina propôs o enquadramento de todos os sistemas jurídicos do planeta em *famílias*, entendida cada uma destas como um bloco de ordenamentos jurídicos de países ocupantes de determinado espaço regional, ligadas a raízes e tradições comuns e portadoras de certas características mais ou menos constantes. Daí, entre outras, a família romano-germânica, a da *common law*, a dos países socialistas etc. (...) Mas a própria idéia de agrupar o direito em *famílias*, conforme proposto naquela doutrina, já vem sendo posta em dúvida pelos juristas modernos, especialmente pelos processualistas. Esse ceticismo tem sido gerado pela observação das grandes e disseminadas diferenças existentes entre os sistemas processuais – mesmo no âmbito de regiões culturalmente mais ou menos homogêneas, como a América Latina. (...) Mais realista, portanto, será sempre a apreciação do sistema processual de cada país pela soma de suas características próprias, destacando os pontos mais relevantes para a configuração de um *modelo* no plano político-constitucional e no plano técnico operacional do direito infraconstitucional”. (DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 176-177, v. I).

<sup>140</sup> Para o leitor interessado, há diversas obras, todas com incontáveis referências: DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. Yale: Yale University Press, 1986. Há vários estudos de Michele Taruffo, alguns reunidos em obras coletivas, outros dispersos, no Brasil, em várias edições da Revista de Processo, da editora Revista dos Tribunais. Dentre eles, cita-se: TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009; *Processo civil comparado: Ensaíos*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013; Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law..., ob. cit.; Icebergs de *common law* e *civil law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Trad. Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 181, p. 167-ss, 2010.; STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. *Processo civil comparado...*, ob. cit.; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I.

Nesse propósito, costuma-se associar os processos de *civil law* à predominância do princípio inquisitivo ou inquisitorial, que confere ao julgador maiores poderes na condução e instrução do feito, assim como tem sido frequente coligar os processos de *common law* ao princípio adversarial ou dispositivo, que concede às partes o protagonismo processual<sup>141</sup>.

Sob tal enfoque, pode-se dizer, em síntese, que o sistema inquisitivo ou não-adversarial estrutura-se, conforme lição de *Mirjan Damaška*, trazida por *Oscar Chase*<sup>142</sup>, “como uma pesquisa oficial”, no qual a “maioria da atividade é realizada por órgãos oficiais”, enquanto o modo adversarial “toma a forma de uma competição ou disputa”, que se desenvolve “como um confronto entre dois adversários diante de um julgador relativamente passivo, cujo principal dever é chegar a uma decisão”, em que a atividade processual predominante fica a cargo dos próprios adversários.

Embora nenhum ordenamento ocidental civilizado reconheça seu próprio sistema civil (=não criminal) como inquisitorial<sup>143</sup> – os exemplos reiterados da doutrina de processos inquisitoriais “puros” caem sempre no caso específico da Santa Inquisição<sup>144</sup> –, pode-se dizer que dele seriam características a existência de normas abertas (notadamente as cláusulas gerais), que permitiram a fixação de regras *in concreto* pelo julgador; o incremento dos poderes de iniciativa, direção, instrução e impulso processual pelo juiz; a subsidiariedade do papel das partes; a publicização do processo; a busca da verdade como finalidade do processo *etc.*

<sup>141</sup> A afirmação é questionada por *Michele Taruffo*, para quem “a afirmação segundo a qual o modelo de *civil law* seria caracterizado por fortes poderes instrutórios oficiosos resulta inconfiável – e por si só esconde em si uma generalização indevida de problemas muito complexos, que encontram soluções diferentes nos vários ordenamentos” (TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais..., ob. cit., p. 17).

<sup>142</sup> CHASE, Oscar G. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado (tradução de José Carlos Barbosa Moreira). *Revista de Processo*. São Paulo, v. 110, p. 115-ss, 2003.

<sup>143</sup> Vale dizer: embora *José Lebre de Freitas* tenha entendido que a reforma de 1995/1996 adotou, em Portugal, o “princípio inquisitório” (notadamente quanto à iniciativa judicial para a descoberta da verdade e, ainda, na condução do processo pelo juiz), cumpre observar que o que o Professor Catedrático da Universidade Nova de Lisboa quis dizer foi, em verdade, salvo melhor juízo, que as retrocitadas reformas *majoraram* alguns aspectos inquisitoriais do processo, retirando do juiz o caráter passivo, típico do liberalismo processual, que antes vigorava. Em síntese, pode-se dizer que até mesmo para que o princípio da colaboração possa ser implementado, uma certa dose de atividade do juiz é obviamente indispensável. (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 153-158).

<sup>144</sup> *Michele Taruffo* traz, porém, como exemplo de processos inquisitivos “puros” os existentes na Prússia, na segunda metade do século XVIII (TARUFFO, Michele. Cultura y proceso, in *Páginas sobre Justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburro Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 189-230, especialmente p. 199).

Conforme acentua *Mauro Cappelletti*<sup>145</sup>, o traço distintivo entre os sistemas inquisitivo e dispositivo não seria o poder de iniciativa probatória dado ao juiz, mas a existência de limites a esse poder; no sistema inquisitivo, a busca judicial probatória não encontra barreiras nas demandas ou exceções trazidas pelas partes, ao passo que, no distintivo, por outro lado, os juízes somente poderiam se valer do citado poder até os lindes definidos por autor e réu.

No sistema adversarial ou dispositivo, o processo não começa por iniciativa do próprio órgão julgador (*ne procedat iudex ex officio*), mas apenas por aquele que pretenda obter a tutela jurisdicional concreta (autor) contra aquele que, a seu entender, detém injustamente o bem da vida (réu). Tem-se, assim, inequívoca separação entre as figuras das partes e do julgador (*nemo iudex sine actore*)<sup>146</sup>, muito embora prestigiosa doutrina alemã vislumbre que inexistente, salvo em restritas hipóteses de processos administrativos, a iniciativa processual pelo julgador<sup>147</sup>.

Essa divisão clara de tarefas seria fundamental para garantir não só a imparcialidade do julgador (adiante melhor trabalhada, cf. item 1.3), bem como a sua *imparcialidade*<sup>148</sup>, quer dizer,

---

<sup>145</sup> CAPPELLETTI, Mauro. El principio dispositivo y sus principales manifestaciones, in *El Proceso Civil em el Derecho Comparado*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1973, p. 3-39, especialmente p. 39.

<sup>146</sup> Sobre o tema, no direito espanhol: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *El papel del Juez en el Proceso Civil: frente a ideología, prudentia iuris*. Navarra: Civitas, 2012, p. 32-44.

<sup>147</sup> “(...) Em quase todos os países, a regra geral é a de que em material civil as partes – e somente elas – é que decidem sobre o começo do processo, sobre o fim e sobre o âmbito do processo. Esta regra tem uma longa tradição e nela frequentemente se reconhece um princípio fundamental (e.g., no direito Alemão, a *Dispositionsmaxime*, e na França, o princípio dispositivo). Isto vale para os Estados Unidos e para a Alemanha. Só em raros casos que tenham mais caráter administrativo, processos podem começar não só por iniciativa das partes, mas também por uma autoridade administrativa ou pelo próprio Judiciário. Assim, o processo nos Estados Unidos e na Alemanha nunca são inquisitoriais. Esta regra só foi deixada de lado pelos sistemas socratas, em que os processos podiam ser iniciados, concluídos, e seu âmbito determinado por oficias das Cortes do Estado. Entretanto, isto está em clara contradição com a ideia de que o direito privado seja o direito que disciplina a atividade dos individuais livres”. (STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. *Processo civil comparado...*, ob. cit.)

<sup>148</sup> Ao que parece, o termo foi cunhado, no Brasil, por *Antonio do Passo Cabral*, a partir do correlato espanhol *imparcialidad*. Para ele, “(...) Dizer, por conseguinte, que o juiz deve ter imparcialidade (*Unbetheiligkeit*), é apontar um divisor de águas que exclua do seu atuar qualquer função que seja típica das partes. Logo, a imparcialidade é um estatuto, aferível objetivamente, pertinente apenas à estrutura e organização do labor procedimental, da distribuição de funções processuais entre os vários sujeitos envolvidos, refletida num juízo comparativo, um cotejo entre as figuras processuais em abstrato, em tese, com o ato ou função específica a praticar em um dado processo. A (im)parcialidade não têm relação necessária com a (im)parcialidade da pessoa incumbida de uma função. O Estado-juiz, o Ministério Público, a Polícia, o órgão de registro, o Estado-Administração, todos representam e congregam várias funções, a despeito das pessoas que as personificam: o juiz, membro do MP, delegado de polícia, agente público etc (...)”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. Revista de Processo*, São Paulo, v. 149, p. 339-ss, 2007.)

a impossibilidade de que o juiz tome atitudes atinentes às partes no processo (assim como também, obviamente, não é dado às partes assumir funções do julgador)<sup>149</sup>.

Outra característica do modelo adversarial seria a passividade do juiz ou, na feliz expressão de *José Carlos Barbosa Moreira*<sup>150</sup>, o “juiz glacial”, calado, impassível, ou, ainda, um “convidado de pedra”, que deve apenas assistir ao jogo das partes, naquilo que pode ser explicado pela *sporting theory of justice*<sup>151</sup>, intervindo apenas para evitar abusos das partes, decidir questões incidentes e, obviamente, proferir a decisão final. Essa “neutralidade” garantiria, segundo os defensores dessa tese (notadamente os garantistas “puros” acima descritos), a perfeita imparcialidade do julgador. Nesse cenário, bastaria, para a sua validade, que o procedimento fosse observado de acordo com a vontade das partes e houvesse a solução da controvérsia, pouco ou nada importando a justiça da decisão.

Em que pesem as características acima mencionadas e, ainda, as críticas de parte a parte, a verdade é que parece ser necessário abandonar a aparente dicotomia entre publicismo e privatismo, vez que em um processo efetivamente democrático, as regras que respeitem a autonomia das partes devem conviver harmoniosamente com as que fixem os poderes dos juízes.

Trata-se, em verdade, da ratificação de uma lição que não é nova, mas que parece ter sido olvidada pelos defensores mais fervorosos de cada uma das teses acima citadas: *não há sistema puro*<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Em Portugal, *José Igreja de Matos* (MATOS, José Igreja de. *Um modelo de juiz...*, ob. cit., p. 58) também adotou a mesma tradução, valendo-se da mesma fonte, ou seja, a doutrina espanhola de *Montero Aroca* que, por seu turno, faz referência à obra de *Werner Goldschmidt* denominada “La imparcialidad como principio básico del proceso (La “partialidad” e la parcialidad)”, publicada na *Revista de Derecho Procesal*, de 1950, p. 184 ss. (MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado “social”..., ob. cit., p. 158-159).

<sup>150</sup> “(...) No universo anglo-saxônico - ressalvado o poder disciplinar de que o órgão judicial dispõe sobre os próprios advogados - é o juiz calado, impassível, para não dizer glacial, que melhor encarna a filosofia do ordenamento. Lá, decididamente não se vê com bons olhos a quebra do silêncio, reveladora da inquietação do julgador acerca de tópicos relevantes, sobre os quais não se haja projetado a necessária luz (...)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 65)

<sup>151</sup> Fazendo alusão ao processo como um “duelo”, *José Carlos Barbosa Moreira* explica que “(...) A locução ‘sporting theory of Justice’, de cunhagem atribuída a Roscoe Pound, em conferência de 1906, sobre as *Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, tornou-se encontradiça na literatura de língua inglesa”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, p. 313-ss, 2004. Vide especificamente a nota de rodapé n.º 5).

Ademais, interessante trabalho de *Michele Taruffo*<sup>153</sup>, destinado a provar a superação tradicionalista dos modelos tradicionais de *civil law* e de *common law*, demonstra não só o esperado (o que lhe permitiu concluir no sentido de que são necessários “novos modelos”), como também, por influência de *Mirjan Damaška* – reconhecidamente um dos maiores comparatistas dos tempos hodiernos –, que “a contraposição *adversarial-inquisitorial*, se algum dia teve realmente sentido (do que é lícito duvidar), hoje está seguramente superada e é substancialmente inútil como instrumento de análise”<sup>154</sup>.

Se, por um lado, não se admite o juiz inerte, passivo, que não se preocupa com a justeza material do caso a ser decidido, também não é aceitável a figura de um juiz déspota, que ultrapassa as garantias das partes e os limites impostos pela lei na busca da realização de uma justiça a qualquer preço.

---

<sup>152</sup> “(...) Um processo civil pode ser organizado pelo legislador sob forma *dispositiva* ou sob forma *inquisitória*. A primeira forma caracteriza-se por uma absoluta soberania das partes dentro da relação processual. A sua fórmula poderia resumir-se nesta expressão: tudo às partes e nada, ou quase nada, ao juiz. As partes têm a iniciativa, o exercício e o domínio da ação. O juiz é um espectador impassível diante do combate judicial das partes, e a sua atividade reduz-se, em última análise, a decidir o conflito dando a razão a quem a lei a der. A expressão *processo dispositivo* provém, precisamente, dessa disponibilidade imante que as partes têm dos valores do processo. A segunda forma, o *processo inquisitório*, caracteriza-se por um grande poder de iniciativa e de direção do juiz. A fórmula é: tudo ao juiz e nada, ou quase nada, às partes. Agora, o juiz averigua os factos, procura a sua prova, vigia a acção e condu-la até à sentença no uso das suas próprias faculdades. As partes assistem a esta actividade do juiz e só intervêm no processo nos casos limitados em que a lei tolera a sua ingerência. *Em direito positivo, não existem processos inquisitórios puros nem processos dispositivos puros*. Pode salientar-se, todavia, o facto de que o processo inquisitório presta-se mais às exigências da acção penal e o processo dispositivo às necessidades da acção cível. Mas apesar disso nunca se legislou em formas absolutas dentro de qualquer das duas tendências. *Os regimes caracterizam-se por uma combinação razoável dos elementos de ambas as fórmulas*”. (COUTURE, Eduardo. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1948, p. 20-22).

<sup>153</sup> TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil..., ob. cit., p. 16.

<sup>154</sup> Analisando especificamente o processo civil brasileiro, *José Carlos Barbosa Moreira* adotou entendimento semelhante ao dizer que “há sinais visíveis de encurtamento da distância entre processo de *common law* e processo de *civil law*”, assim como também o mesmo poderia ser dito a partir da experiência inglesa, notadamente a partir das CPRs de 1999. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos, in *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41-52, especialmente p. 52). À mesma conclusão chegou o professor da Universidade Autônoma de Barcelona *Francisco Ramos Romeu*, após criterioso estudo empírico publicado recentemente na Espanha, para quem “la dicotomia proceso adversarial/proceso inquisitivo piede fuerza porque los Estados vienen convergiendo en un proceso en que el juez tiene amplias facultades probatorias”, sendo razoável, a seu entender, que os novos paradigmas com que a doutrina deveria vir a trabalhar seriam o formalismo e a efetividade do processo. (RAMOS ROMEU, Francisco. Estudio empírico de algunos paradigmas procesales: la Iglesia, Damaska, y Chiovenda, in PICÓ I JUNOY, Joan (Dir). *Principios y garantías procesales: Liber Amicorum en Homenaje a la Profesora M<sup>a</sup>. Victoria Berzosa Francos*. Barcelona: J. M. Bosch, 2013, p. 81-106, especialmente p. 105).



Afinal, se é pertinente entender, de certa feita, que a busca desmedida de provas compromete a imparcialidade do julgador, parece ser também correto o entendimento de que, conforme bem destaca *Robson Renault Godinho*<sup>155</sup>, a passividade do juiz também pode servir à parcialidade, vez que a omissão probatória também pode ser abusiva e favorecer uma das partes<sup>156</sup>.

Nesse sentido, a razão parece caminhar ao lado daqueles que buscam uma *terceira via*, uma posição intermediária entre a ferrenha polarização *garantistas vs. ativistas*, como bem

---

<sup>155</sup> “É conhecida a polêmica sobre a relação entre a imparcialidade do juiz e sua iniciativa probatória, mas parece-nos que esta questão pode ser considerada bem equacionada, em princípio, pela constatação de que tanto a ação judicial quanto a omissão em matéria probatória possui potencial para favorecer alguma das partes. Entretanto, há que se verificar com temperamentos essa imunização da imparcialidade judicial na determinação de produção de algum meio de prova, a fim de que, sob um pretexto democrático e louvável, travestir-se uma condução autoritária e tendenciosa do processo, com uma investigação desenfreada ou busca “poppereana” de provas para preencher lacunas de conhecimento que, em tese, favoreceriam apenas uma das partes, extrapolando preclusões e violando limitações probatórias. Trata-se, evidentemente, de uma patologia no uso dos poderes instrutórios, mas não se pode ignorar sua ocorrência, assim como também não se deve excluir a utilização da iniciativa instrutória apenas como forma de demonstração de poder, com a finalidade de constranger partes e advogados em audiências ou coonestar algum descumprimento de regra processual por uma das partes. Outro ponto a ser registrado consiste na omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz e, com isso, a influência no resultado do julgamento, o aprofundamento de desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial. Com efeito, pode haver abuso na ação e na omissão, com a peculiar nota de que, em matéria de poderes instrutórios, dificilmente poderá haver controle das partes. A ausência de padrões decisórios, por exemplo, que tanto atormentam a construção de uma teoria dos precedentes judiciais, também se faz presente nesta temática, na medida em que a iniciativa instrutória é entendida ou exercida como atividade discricionária. A preocupação sobre essa questão está menos no desinteresse genérico do juiz acerca da instrução da causa, ainda que haja ampla autorização normativa para que participe efetivamente da instrução do processo, do que no não exercício desse poder casuisticamente. Ou seja: a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual”. (GODINHO, Robson Renault. Reflexão sobre os poderes instrutórios..., ob. cit.; destaques acrescentados).

<sup>156</sup> “(...) Não é verdade que o juiz que exerce poderes instrutórios perde com isso sua imparcialidade. Isso aconteceria se ele exercesse seus poderes *de modo parcial*, ou seja, com o intuito de favorecer uma outra parte; isso não acontece, entretanto, quando ele os exercita *de modo imparcial*, ou seja, com o escopo “*objetivo*” de obter conhecimentos relevantes e úteis para a apuração da verdade. Naturalmente, se as provas obtidas de ofício pelo juiz tiverem êxito positivo, incidirão na decisão final no sentido de direcionar a decisão sobre os fatos para um sentido ou para outro; portanto, no sentido de determinar a vitória de uma parte ou de outra, sem que isso signifique que o juiz tenha sido parcial por ter determinado a produção daquelas provas. Por assim dizer, é a verdade dos fatos que determina o êxito da controvérsia, não o juiz. Por conseguinte, para ser imparcial não se espera que o juiz seja passivo e *neutro* no âmbito do processo: ser imparcial não significa não se posicionar (ou seja, permanecer neutro). Ao contrário: “*a imparcialidade refere-se a uma posição ativa do juízo*” e “*dá estrutura ao juízo*”, pressupondo, portanto, um papel ativo daquele que – inclusive – deve ser imparcial. É, por conseguinte, possível configurar-se uma postura ativa do juiz, que se traduza em uma busca objetiva e imparcial da verdade dos fatos”. (TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 146; destaques no original).

ressalta *Fernando Gama de Miranda Netto*, para quem seria possível falar-se em um “garantismo moderado”<sup>157</sup>.

A partir daí – portanto, sem abandonar as conquistas históricas do garantismo -, a doutrina mais recente começa a defender a existência de *um terceiro modelo de organização do processo*<sup>158</sup>, fulcrado no princípio da cooperação ou da colaboração, que valoriza a cláusula geral do devido processo legal, amparado em uma postura colaborativa das partes entre si e com o juiz, em permanente e intenso diálogo humano.

Nesse novo “modelo”<sup>159</sup> – no qual indubitavelmente está inserida a lealdade processual –, há indispensável equilíbrio de posições entre as partes e o julgador, a fazer com que o processo, na lição de *Daniel Mitidiero*<sup>160</sup>, notadamente com apoio em *Alessandro Giuliani*<sup>161</sup>, seja visto

<sup>157</sup> “(...) Sem embargo, é preciso observar que dentro dos rótulos garantistas e publicistas podem-se encontrar posicionamentos radicais e moderados, não sendo estranho que soluções para problemas judiciais sejam convergentes entre as posturas moderadas. *A perspectiva aqui perfilhada é a do garantismo moderado*. Nesta linha, define-se o garantismo processual como o modelo normativo (dever ser) imposto à função judicante do Estado para assegurar os direitos processuais dos cidadãos, como o devido processo legal e a paridade de armas, exigindo-se, ao mesmo tempo, dos juristas o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis vigentes quando confrontadas com as garantias processuais inscritas na Constituição” (MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Notas sobre a influência do Direito Material sobre a Técnica Processual no Contencioso Judicial Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. IV, p. 121-154. , jul./dez. 2009. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_4a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf)>. Acesso em: 2 set. 2014. Destaques acrescentados)

<sup>158</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação...*, ob. cit., p. 42-50; Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo..., ob. cit.; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 167 ss.; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...*, ob. cit p. 63-104.

<sup>159</sup> Em feliz síntese, realizada após relevante relato histórico, *Dierle José Coelho Nunes* considera que dois foram os modelos processuais predominantes nos tempos modernos, quais sejam, o liberalismo processual e a socialização processual, sendo que “o primeiro garantiria o domínio das partes sobre um procedimento escrito e governado amplamente pelo princípio dispositivo”, enquanto que o “segundo garantiria o ativismo e o protagonismo judiciais, que trabalhariam na direção de um procedimento oral e concentrado, com inúmeras mitigações e flexibilizações do princípio dispositivo”. O “terceiro modelo”, por ele alcunhado de “democrático de processo”, é caracterizado “a) pela participação processual (...); b) pelo resgate de uma leitura forte dos princípios processuais constitucionais; e c) pelo resgate do papel técnico e institucional do processo”. (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1.ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008, p., 175-176).

<sup>160</sup> “(...) O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um ‘ponto de equilíbrio’ na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira ‘comunidade de trabalho’ entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo”. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo...*, ob. cit, p. 72-73).

como “simétrico”, vez que a condução do processo não se mantém livre ao arbítrio das partes, nem muito menos se reconhece um poder inquisitorial ao julgador.

Trata-se, dessa forma, de uma inter-relação isonômica, bem característica do originário *actus trium personarum*, sem a preponderância de qualquer dos sujeitos processuais. É bem verdade, todavia, que até mesmo por força da indispensável prestação da tutela jurisdicional, o processo assume feição “assimétrica” quando da prolação da sentença, porquanto se até aquele momento as partes não conseguiram, mesmo que incentivadas a tanto, chegar a um bom termo de modo autônomo, cumpre ao Estado, na figura do juiz, resolver o conflito de interesses, tutelando os direitos fundamentais garantidos pela Constituição<sup>162</sup>. Vale dizer que, mesmo nesse momento de clara assimetria, a decisão judicial deve atender aos contornos garantísticos atinentes ao devido processo legal, seja ao enfrentar todas as questões de fato e de direito atinentes ao julgamento, seja ao motivar explicitamente as suas razões de convencimento, seja ao permitir o seu controle interno e externo pelos tribunais superiores e pela própria sociedade, em última análise.

A adoção de um modelo co-participativo de processo, a par de fulminar as históricas discussões entre o garantismo e o ativismo, traz ao direito processual, ainda que tardiamente, os influxos democráticos que já inspiraram vários outros ramos do direito. Trata-se do reconhecimento, a um só tempo, (i) da ineficiência de um sistema tido por liberalista que, como Pilatos, resigna as partes à própria sorte, a fazer com que o processo apenas seja um “fator legitimador” – com força de coisa julgada! – das injustiças e discrepâncias (sociais, econômicas, jurídicas, políticas) que já existiam fora dos contornos judiciais; e (ii) da insuficiência do sistema que, ao elevar o juiz a um pedestal, renega às partes o papel de coadjuvantes servis que, à semelhança das mais diversas relações de dominação na história da sociedade (senhor de engenho/escravo; pai/filhos; rei/súditos; sacerdote/fiéis *etc.*), viam no julgador o detentor de “notável saber jurídico” e de uma capacidade (ou até mesmo um dom) de, com um ato isolado e

---

<sup>161</sup> Especificamente sobre o tema, com referência à obra de *Alessandro Giuliani*, consulte: MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no *ordo judiciarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação, in KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 69-92. Também disponível em: *Revista Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, v. 6, p. 179-202. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/65>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

<sup>162</sup> Nesse sentido, GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes..., ob. cit.

maniqueísta, resolver os problemas que fizeram com que aquelas partes deixassem seus afazeres e obrigações corriqueiros para se dirigirem ao crivo do Judiciário.

Nesse mister, e como adiante restará mais bem observado (item 4.1, parte II), imperioso se torna reconhecer a ilegitimidade (=não aceitação) democrática de decisões que, por exemplo, a despeito de enfrentarem matérias de ordem pública, definidas por lei como cognoscíveis de ofício, abandonam o contraditório prévio e, de modo manifestamente *desleal*, surpreendem as partes com resultados que não resolvem o mérito propriamente dito da causa, não resolvem o conflito ali instaurado e obrigam com que as partes voltem ao Judiciário por meio de recursos e/ou novas demandas.

Do mesmo modo, escapa dos contornos do processo colaborativo a atuação do julgador que, preocupado com a desumana carga de demanda a que é submetido – e, vale dizer, em muitos casos, preocupado ainda mais com as estatísticas que ao fim do mês serão enviadas à corregedoria, ao Conselho Nacional de Justiça e até mesmo à imprensa -, adota preguiçosa e comodamente a *atitude desleal* de reconhecer filigranas processuais que resolvem apenas *os seus próprios problemas*, e não daqueles que o procuraram como representante do Estado<sup>163</sup> (vide item 6.1, em especial subitem 6.1.3.).

Não é colaborativa, ademais, a postura do julgador que, seja por desconfiar aprioristicamente da boa-fé das partes e de seus advogados, seja por preconceituosamente já prejulgar a causa com base em experiências pretéritas e alheias aos autos, abandona a postura tolerante que deve ter e indefere diligências e provas requeridas<sup>164</sup>.

Por fim, e em síntese, extrapola sobremaneira o processo colaborativo a postura do magistrado que, também pressionado pelas estatísticas e pelos tribunais superiores, mitiga (ou abdica) (d)as garantias fundamentais do processo em prol da perniciosa eficiência quantitativa (item 6.1), tão cara aos acelerados – quiçá aceleradíssimos – julgamentos que somente se

---

<sup>163</sup> Tem-se aí a famigerada prática da “jurisprudência defensiva”, notadamente pelos Tribunais Superiores, mas que também assola, infelizmente, os juízes ordinário, adiante abordada (item 6.1.3.2).

<sup>164</sup> “(...) Ainda que se acredite que a parte sempre queira vencer, não pode o juiz preconceituosamente presumir que para alcançar esse objetivo ela venha a contrariar comandos éticos e jurídicos. A crença na boa fé das partes é um fator importante no respeito aos direitos subjetivos processuais das partes e na busca da justiça substantiva. Para efetivá-la é fundamental a colaboração dos advogados. Calamandrei, mais do que qualquer outro, exaltou a importância para a administração da justiça da presença de advogados competentes, independentes, honestos e dedicados, que exerçam a plenitude de defesa dos interesses dos seus clientes com absoluta lealdade e respeito ao princípio da boa fé”. (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo..., *ob. cit*)

preocupam com aquilo que tão bem alcunhou *José Carlos Barbosa Moreira* de “mito da celeridade”<sup>165</sup>.

Atitudes dessa natureza, como se verá na parte III desta Tese (capítulos 5 e 6), demonstram inequívoco *desvio de finalidade*, podendo ser caracterizadas, em conjunto, *manifesto abuso de direito processual*<sup>166</sup>, a ser duramente combatido pelo sistema.

### 1.3 O processo justo e as garantias constitucionais: o devido processo constitucional

#### 1.3.1 Devido processo legal<sup>167</sup>: breve histórico e noções básicas

Como se viu, há intenso debate doutrinário acerca das diversas classificações dos sistemas processuais. A despeito disso, sobreleva considerar que, preferências à parte, há um *núcleo rígido, um cerne primordial* do qual nenhum modelo processual tido por minimamente aceitável, nos dias de hoje, pode se afastar.

Para *Michele Taruffo*<sup>168</sup>, renomado comparatista italiano, esse *núcleo essencial* é composto por “princípios irrenunciáveis que governam a administração da justiça nos ordenamentos evoluídos”, e que têm a ver, primeiramente, com o juiz, que deve ser independente e imparcial; com as partes, às quais deve ser assegurado o acesso à tutela jurisdicional e ao direito de se defender; e, por fim, com o procedimento, que deve ser rápido, simples, acessível e eficiente para o exercício dos direitos.

<sup>165</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos, in *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-14.

<sup>166</sup> ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007; CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé...*, ob. cit., p. 127-128.

<sup>167</sup> Nesse ponto, fundamental se afigura uma observação: a presente Tese, de estritos limites, não irá se valer das noções atinentes ao “devido processo legal substancial” ou *substantive due process of law*, quer porque seus contornos são bastante diversos nos Estados Unidos da América e no Brasil, quer porque seu reconhecimento diz respeito, pelo menos por aqui, na visão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, à análise de razoabilidade ou proporcionalidade de, no mais das vezes, atos normativos expedidos pelo Legislativo. Sobre o tema, com diversas referências, consulte: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>168</sup> TARUFFO, Michele. Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado, in *Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 63-75, especialmente p. 65; tradução livre.

Trata-se da observância das *garantias fundamentais do processo*, que compõem, com algumas particularidades, todo ordenamento jurídico que se intitule democrático<sup>169</sup>. Tem-se, em síntese, a cláusula geral do *devido processo legal* que, diante de tudo que foi exposto (item 1.1) e do que ainda o será, deve ser entendida, hodiernamente, como *devido processo constitucional*<sup>170</sup>.

Para compreender seu significado e, assim, precisar seus contornos, mister se afigura uma breve incursão histórica.

A doutrina<sup>171</sup> é praticamente uníssona em encontrar as raízes do devido processo legal na Magna Carta inglesa, assinada pelo Rei João, o *João Sem Terra*, em de 15 de junho de 1215, diploma que continha originalmente 63 capítulos e que foi editado para reconhecer uma série de direitos feudais em resposta às demandas dos barões de Runnymede<sup>172</sup>. Ela trazia, especificamente na cláusula n.º 39, a regra de que “*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur, aut utlangetur, aut exultetur, aut aliquo modo destruat, nec super um ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*” (nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra). Em 1216, já sob o reinado de Enrique III houve a reafirmação da Carta, algo até então inédito na monarquia inglesa. Em 1225, o mesmo

<sup>169</sup> “(...) les exigences du procès équitable ne sont pas un idéal, mais un *minimum* le minimum commun à tous les systèmes de justice des Etats démocratiques. Le droit au procès équitable, c’est le minimum requis pour qu’un procès puisse véritablement porter ce nom: si le procès est la manière de rendre la justice, alors un procès qui n’est pas équitable n’est pas un authentique procès (...)”. (CADIET, Loïc. *Efficiencia versus Équité?*, in *Mélanges en l’honneur de Jacques van Compernelle*. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 25-46, p. 40).

<sup>170</sup> “(...) Se quisermos identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do direito processual, concluiremos por identificá-la na denominada *constitucionalização do processo*. Decorrência necessária, a meu sentir, dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania, que se traduziram em mais significativa participação nas decisões políticas de um maior número de instituições e pessoas. A noção de devido processo legal, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou dimensão nova, revestindo-se do caráter mais abrangente de *garantia do devido processo constitucional*.”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo...*, ob. cit., destaques acrescentados).

<sup>171</sup> Em obra destinada ao assunto, *Sérgio Luís Wetzel de Mattos* (que realizou profundo bosquejo histórico no qual a presente Tese se ampara, sem prejuízo, obviamente, do recurso a outras fontes) assim se posiciona. (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos...*, ob. cit., p. 17-28). No mesmo sentido: OTEIZA, Edoardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 173, p. 179-ss, 2009.

<sup>172</sup> HOYOS, Arturo. La garantía constitucional del debido proceso legal (art. 32 de la Constitución Política). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 47, p. 43-ss, 1987.

Enrique III reexpediu o documento, reduzindo-o, todavia, de 63 para 37 capítulos, passando a citada cláusula para a cláusula n.º 29<sup>173</sup>.

Há quem considere<sup>174</sup>, entretanto, que o seu berço é ainda anterior, na era feudal alemã, mais precisamente em 1037, por força de um decreto expedido por Conrado II, no qual, além de regras relativas ao direito feudal e de transmissões de terra e de propriedade, havia a ideia de que até mesmo o Imperador estaria sujeito às “leis do império”, noção essa que, mais de dois séculos depois, restou reconhecida na já citada Magna Carta.

Divergências à parte, parece ser consenso de que a expressão “devido processo legal” veio a ser utilizada, pela primeira vez, no capítulo 3º do 28º Estatuto de Eduardo III, de 1354, no qual se lia “*No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put do death, without he be brought by due process of law*”<sup>175</sup>.

Em 1627, também na Inglaterra, a cláusula do *due process of law* restou consagrada na *Petition of Right*, de Edward Coke, e no *Habeas Corpus Act*, de 1640<sup>176</sup>.

Da Inglaterra, e por razões históricas obviamente conhecidas, o *due process of law* foi levado aos Estados Unidos da América, onde restou enunciado na Quinta<sup>177</sup> (1789-1791) e na

<sup>173</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>174</sup> “(...) A noção de devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga: remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d. C.), em que pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o Imperador está submetido às “leis do Império”. Esse Decreto inspirou a Magna Carta de 1215, pacto entre o Rei João e os barões, que consagrava a submissão do rei inglês a *law of the land*, expressão equivalente a *due process of law*, conforme conhecida lição de Sir Edward Coke. A Magna Carta costuma ser tida como o documento histórico mais remoto de consagração do devido processo legal, até mesmo em razão da forte influência que exerceu na formação dos Direitos inglês e estadunidense. A origem, porém, é germânica e um tanto mais longínqua (a influência germânica no desenvolvimento do direito comum inglês deve-se certamente à invasão normanda de 1066 d. C., comandada por William, o Conquistador, duque da Normandia)”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 46). No mesmo rumo: PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>175</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal...*, ob. cit., p. 17-18.

<sup>176</sup> HOYOS, Arturo. *La garantía constitucional...*, ob. cit.

<sup>177</sup> “Amendment V: *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for*

Décima Quarta<sup>178</sup> (1868) Emendas à Constituição norte-americana, as quais foram, indubitavelmente, não obstante algumas adaptações, a inspiração para o Constituinte Brasileiro de 1988.

Na Europa, terminada a 2ª Grande Guerra Mundial, e com o reconhecimento da importância do respeito às minorias e da indispensável necessidade de resguardo aos direitos humanos, os contornos do devido processo legal, até então voltados mais às questões penais e, ainda que indiretamente, à proteção da propriedade, restaram ampliados para abarcar todas as matérias de índole civil. Nesse cenário, considera-se como marco histórico do devido processo legal a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (DUDH), aprovada em Paris em 10 de dezembro de 1948 que, em seus arts. 8ª e 10º, dispõe:

Art. 8º. Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Art. 10º. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida<sup>179</sup>.

Imbuída desse espírito, a *Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais* (CEDH), aprovada em Roma em 4 de novembro de 1950, expressamente consagrou, em seus arts. 6º e 13, o “direito a um processo equitativo”:

Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na

---

public use, without just compensation”. (Disponível em:

<[http://www.law.cornell.edu/constitution/fifth\\_amendment](http://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment)>. Acesso em: 01 out. 2014; destaques acrescentados)

<sup>178</sup> “Amendment XIV, Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; *nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. (Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>>. Acesso em: 01 out. 2014; destaques acrescentados)

<sup>179</sup> Disponível em: <[http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf)>. Acesso em: 08 out. 2014.



medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. (...)

*Artigo 13.º (Direito a um recurso efectivo)*

Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais<sup>180</sup>.

Em Nova Iorque, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da assinatura do *Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos*, de 19 de dezembro de 1966<sup>181</sup>, ratificou e trouxe à baila, em seu art. 14, o direito de toda pessoa às “devidas garantias”:

Art. 14.

1. *Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil.* A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores (...)<sup>182</sup>.

No âmbito das Américas, de fundamental relevância se mostra a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (CADH), conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica*, de 22 de novembro de 1969<sup>183</sup>, que em seus artigos 8º e 25, assevera o direito às “devidas garantias” e à “proteção judicial”:

Artigo 8º Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (...)

<sup>180</sup> Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>181</sup> Incorporado ao ordenamento brasileiro por força da aprovação, pelo Congresso, do Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991 e, posteriormente, pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992. (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 08. out. 2014).

<sup>182</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 08. out. 2014; destaques acrescentados.

<sup>183</sup> Incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 08 out. 2014.

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (...).

Em 7 de dezembro de 2000, pode-se citar, ainda, a *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, que traz, em seu art. 47, o julgamento equitativo como direito fundamental:

JUSTIÇA

Artigo 47º. Direito à acção e a um tribunal imparcial

Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal.

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça<sup>184</sup>.

Todas essas normas internacionais não poderiam, obviamente, deixar de repercutir nos respectivos países signatários. Nesse sentido, com maior ou menor atraso, em virtude de questões domésticas (v. g., os regimes ditatoriais salazarista, em Portugal, e franquista, na Espanha), as Constituições nacionais introduziram, por questões políticas, sociais e jurídicas<sup>185</sup>, as garantias fundamentais processuais nos respectivos direitos internos. Tem-se, aí, a *constitucionalização das garantias processuais*.

### 1.3.2 As garantias processuais constitucionais pelo mundo: breve bosquejo

Sob a perspectiva trazida pelas normas europeias do segundo pós-guerra acima mencionadas, a Constituição Italiana de 27 de dezembro de 1947, em vigor a partir de 1º de janeiro de 1948, trouxe, em seus arts. 24 e 25<sup>186</sup>, garantias como os direitos de ação e de defesa (desde que atendidos os requisitos previstos em lei) e do juiz natural pré-constituído por lei.

---

<sup>184</sup> Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 8 out. 2014.

<sup>185</sup> Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano, in CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 525-570, especialmente p. 528-530.

<sup>186</sup> “Art. 24. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi

Mais recentemente, a *Legge Costituzionale*, de 23 de novembro de 1999, incluiu o art. 111 à Constituição Italiana<sup>187</sup> que, além de fazer expressa menção ao *giusto processo*, assegura, dentre outros, o contraditório, a paridade de armas, a imparcialidade do juiz, a duração razoável do processo, a motivação das decisões judiciais e a previsão de recurso à Corte de Cassação por violação à lei.

A seu respeito, *Luigi Paolo Comoglio*<sup>188</sup> considera que a concretização das garantias processuais – efetuada mais pela progressiva atuação da jurisprudência constitucional italiana que por força de *La Costituzione del 1948* – permitiu que pudessem ser extraídos (i) um amplo e expansivo direito à tutela jurisdicional, decorrente dos direitos invioláveis dos homens e dos princípios supremos do ordenamento constitucional; (ii) não somente as garantias típicas do direito de ação e de defesa em juízo, mas também, muito em função do modelo internacional do *giusto processo*, as garantias atinentes ao juiz, à sua imparcialidade e às estruturas primárias do processo civil como, por exemplo, a publicidade da audiência.

A reforma constitucional italiana de 1999, ainda segundo *Comoglio*, teve um aspecto mais de ratificação – e eliminação de resistências internas – que propriamente de criação ou reconhecimento de direitos fundamentais processuais<sup>189</sup>.

per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

Art. 25. Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. (...)”.

<sup>187</sup> “Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. (...) Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione (...)”. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>188</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 90, p. 95-150, 1998.

<sup>189</sup> “(...) In ogni caso, la nozione di ‘giusto processo’ compendia principi e garanzie *sul* (o *nel*) processo, già consacrate nelle convenzioni internazionali sui diritti umani (mi riferisco all’art. 6 della Convenzione europea del 1950 e all’art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966). Ma, dato che tali principi e garanzie di origine internazionale, pur essendo dotati di una certa ‘forza di resistenza’ all’interno del nostro ordinamento, sono norme ordinarie (al pari delle rispettive leggi di ratifica), essi non assurgono comunque al rango di norme costituzionali. Se ne impone quindi una espressa ‘costituzionalizzazione’, grazie alla piena comunanza dei valori ideologici ed etico-morali che sono loro sottesi, al fine di identificarvi stabili ‘valori per sistematici spunti

*Gian Franco Ricci*<sup>190</sup>, após reconhecer a constitucionalização do processo como uma conquista dos tempos recentes, elenca como princípios processuais constitucionais no sistema italiano:

*i) a independência do juiz*, que pode ser vista em uma tripla direção, a saber: i.1) no reconhecimento da magistratura como uma ordem autônoma e independente dos outros poderes; i.2) de modo externo (relativa aos demais poderes), caracterizada pela instituição do Conselho Nacional da Magistratura (art. 104, 2º *comma*) e pela sujeição do juiz somente à lei, o que implica a exclusão de qualquer dependência para com os demais poderes (art. 101, 2º *comma*); i.3) de modo interno (relativa ao próprio juiz-pessoa física), previstas no art. 107, 1º e 3º *commi*, que se implementa através da divisão de funções entre os magistrados (=divisão de competências) e, ainda, pela garantia da inamovibilidade do juiz, o que tende a impedir eventuais pressões psicológicas sobre si;

*ii) o direito de defesa*, previsto no art. 24, 2º *comma*, que se expressa no fato de que nenhuma decisão pode ser tomada contra alguém que não esteja em condições de expor seus próprios argumentos, em qualquer etapa ou instância do processo, o que obviamente inclui as instâncias administrativas e judiciais, os processos de cognição e de execução, os procedimentos comuns e especiais, os relativos à atividades repressivas e preventivas *etc.*;

*iii) o princípio do juiz natural*, entendido, *a um*, como a pré-existência de um juiz previsto em lei, algo que também pode ser considerado, *a um só tempo*, como um reforço da independência da magistratura como uma garantia aos jurisdicionados (art. 25, 1º *comma*); e, *a dois*, como a impossibilidade de instituição de juízos extraordinários (art. 102, 2º *comma*), a qual se remete, além da já citada independência judicial, também à sua imparcialidade, que certamente estaria sob suspeita caso a instituição de determinado tribunal se desse *ex post facto*<sup>191</sup>;

---

ermeneutici della legislazione ordinaria'. (COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "Giusto Processo" civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, p. 97-ss, 2004).

<sup>190</sup> RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale*. 5.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 26-32.

<sup>191</sup> *Gian Franco Ricci* diferencia os juízos extraordinários acima referidos dos *juízos especiais*, esses validamente reconhecidos, que se fundamentam na necessária especialização das causas postas sob julgamento, e dos quais são exemplos os juízos administrativos e os juízos tributários. (RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto...*, *ob. cit.*, p. 27-28).

iv) a obrigação de motivação judicial (art. 111, 6º *comma*), entendida sob dois primas: primeiramente, como uma garantia de defesa das partes, a permitir o controle de eventuais erros na decisão, consubstanciando a chamada *função instituição da motivação*; por fim, mas não menos importante, a chamada *função democrática* da motivação, que consiste na possibilidade que decorre da exposição das razões de se verificar o correto desenvolvimento da função jurisdicional;

v) o princípio da legalidade (art. 111, 7º *comma*), verificado de modo efetivo nos processos pela previsão expressa de interposição de recursos para a Corte de Cassação, sejam esses fundados nas violações de normas processuais, sejam esses arrimados nas supostas ofensas às normas substanciais;

vi) o princípio da liberdade, verificado na locução “tutela de seu próprios direitos e interesses”, prevista no art. 24, 1º *comma*, a fazer com que somente o titular do direito, salvo nos casos excepcionais de legitimidades extraordinárias, possa se valer do judiciário para buscar suas pretensões;

vii) o princípio da igualdade, retirado da palavra “todos”, prevista nos arts. 3º c/c 24, 1º *comma*, a significar o direito indistinto de ação, não podendo haver qualquer forma de discriminação de língua, raça, credo ou cor *etc.*; e

viii) o *giusto processo* (art. 111, 1º *comma*), do qual se retiram o respeito ao contraditório; a paridade das partes; a *terzietà* e a imparcialidade do juiz; e a duração razoável do processo<sup>192</sup>.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949<sup>193</sup> (*Grundgesetz*) trouxe diversos dispositivos que consagram garantias processuais indispensáveis a um *fair proceeding*, conforme relatam

<sup>192</sup> Vale dizer que o Professor Ordinário de Bologna é bastante crítico com a consagração do *giusto processo* na Constituição italiana. Em sua visão, trata-se mais de uma norma política, dirigida aos governantes, que propriamente jurídica, destinada aos juízes e demais atores do processo. A seu modo de ver, o art. 111 é insuficiente, em substância, para resolver problemas, por exemplo, de duração excessiva de processos e/ou de violação ao direito de produzir provas, demonstrando-se uma norma muito menos abrangente do que se esperava (RICCI, Gian Franco. *Principi...*, *ob. cit.*, p. 31-32).

<sup>193</sup> Podem ser considerados, dentre outros, os seguintes dispositivos constitucionais alemães que dizem respeito ao “processo justo”: “Art. 1º. [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. Artigo 3º [Igualdade perante a lei] (1) Todas as pessoas são iguais perante a lei. Art. 19. (...) (4). Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Artigo 97 [Independência dos juízes] (1) Os juízes são independentes e somente subordinados à lei. Art. 101. [Proibição de tribunais de exceção] (1) São proibidos os tribunais de exceção. Ninguém pode ser privado de seu juiz legal. (2) Tribunais para matérias especiais só podem

*Peter L. Murray e Rolf Stürner*<sup>194</sup>. Nesse sentido, podem ser citados, dentre outros, (i) o art. 101, que se refere ao direito ao juiz natural, com jurisdição e poderes pré-constituídos por lei de aplicação geral (*gesetzlicher Richter*); (ii) o art. 97, que garante a independência dos juízes alemães; (iii) o art. 3º, que consagra a igualdade de todos perante a lei (*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*) e que tem sido interpretado, obviamente, como base para a igualdade de oportunidades para as partes em juízo (*Waffengleichheit*); (iv) o art. 19, n. 4, que prevê expressamente o direito da proteção, via judiciário, do cidadão contra o estado (*Rechtsschutz*), o qual inclui o pronto acesso às cortes competentes; (v) o art. 103, que assegura o direito a ser ouvido (*rechtliches Gehör*), do qual, logicamente, decorrem diversas consequências coligadas ao processo équo<sup>195</sup>.

Nesse sentido, aliás, o próprio *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, conforme relata *Márcio Flávio Mafra Leal*<sup>196</sup>, tem entendido que do *rechtliches Gehör* deva ser retirado não só o contraditório, mas a própria noção de “devido processo”. Assim,

---

ser instituídos por lei. Artigo 103 [Direitos fundamentais perante os tribunais]. Perante o tribunal, todos têm o direito de ser ouvido”. (Constituição Alemã em língua portuguesa, *in* [http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf), acesso em 08 out. 2014).

<sup>194</sup> MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 3-5.

<sup>195</sup> “(...) O princípio processual mais importante e elemento irrenunciável de todo o ordenamento processual de Estado de direito é o *direito a ser ouvido – isto é – a ser judicialmente ouvido*. É um ‘direito natural’ do Home que proíbe aplicar-lhe um ‘processo sumário’ (BVerfGE 55, 6). Ancorou, desde o início (1877) na ZPO (vd. hoje §§ 136, 139, 278, III, 283, 285, 335 I n.ºs 3 e 4, § 1042 I 2). O seu significado atual resulta, por um lado da MRK art. 6 I, por outro lado, e sobretudo, por a BB art. 103 I ter erigido em direito fundamental processual, cuja infração fundamenta recurso constitucional (GG art. 93 In.º 4 a). (JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25.ed. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 467).

<sup>196</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. Curso de Processo Civil Comparado Brasil-Alemanha. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 178, p. 227-ss, 2009: “(...) O primeiro deles analisou temas como o devido processo legal e a preclusão (Tribunal Constitucional Federal, 1.º Senado, decisão de 05.05.1987 - 1 BvR 903/85, BVerfGE 75, 302), especialmente em relação ao dever de informação do juiz. Nesse sentido, sentou-se como a expressão “Princípio do Contraditório” é uma tradução insuficiente para “*rechtliches Gehör*”, por isso se optou pela expressão mais abrangente “devido processo”, embora ao pé da letra signifique algo como “garantia de oitiva, apreciação ou audiência conforme o direito”. Como no Brasil, trata-se de uma garantia consagrada na Constituição (art. 103, I, da GG) e está presente no art. 6, I, da Convenção Européia de Direitos Humanos e no art. 47, II, da Carta Européia de Direitos Fundamentais, ambas com aplicação direta no direito alemão. O conteúdo do princípio envolve pelo menos três aspectos: direito à informação (contraditório), a poder se manifestar no processo e à apreciação das alegações das partes (*Information, Äusserung e Berücksichtigung*). O conteúdo do devido processo alemão já foi diversas vezes reiterado pelo BVerfG (NJW 2003, 1924) e a sua ofensa abre a possibilidade de se impetrar uma reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde) por ofensa ao art. 103, I, da GG direto ao BVerfG, desde que esgotadas todas as instâncias ordinárias, bem como de requerer uma objeção de descumprimento do devido processo legal (Gehörsrüge, § 321 a).

seriam daí decorrentes, por exemplo, além do direito à informação, o poder de se manifestar no processo e a apreciação das alegações das partes (*Information, Äusserung e Berücksichtigung*).

Em Portugal, a Constituição<sup>197</sup>, trazida a lume após o famoso *25 de Abril de 1974*, consagrou, em seu art. 20º, o direito à “tutela jurisdiccional efectiva”, do qual decorrem, segundo o mesmo dispositivo, a assistência judiciária gratuita, a duração razoável dos processos, a existência de procedimentos específicos e um “processo equitativo” (art. 20, nº. 4, surgido após a revisão constitucional de 1997<sup>198</sup>) que, em verdade, poderia ser entendido, na lição da própria Corte Europeia de Direitos Humanos, como o gênero, como o continente, e não como a espécie, o conteúdo.

Relevantes também são as garantias expressadas nos arts. 203º (independência dos juízes, sendo assegurada a sua obediência apenas à lei), 205º (motivação das decisões judiciais, salvo as de mero expediente; prevalência das decisões do Judiciário sobre as de quaisquer outras autoridades, com a conseqüente garantia de efetividade das respectivas execuções); 206º (publicidade dos julgamentos, salvo em casos excepcionais mediante a respectiva fundamentação) e 208º (reconhecimento da indispensabilidade da atuação do advogado para a

<sup>197</sup> “Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva. 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos; *artigo 203.º Independência. Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei; artigo 205.º Decisões dos tribunais. 1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei. 2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades. 3. A lei regula os termos da execução das decisões dos tribunais relativamente a qualquer autoridade e determina as sanções a aplicar aos responsáveis pela sua inexecução; artigo 206.º Audiências dos tribunais. As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento; artigo 208.º Patrocínio forense. A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”. (Constituição Portuguesa de 1976. Texto integral disponível para consulta no seguinte endereço: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acesso em 08 out. 2014).*

<sup>198</sup> Nesse sentido, *José Igreja Matos* que, na mesma passagem, cita as disposições contidas nos artigos 29, nº 1, da Constituição da Suíça, e 16 da Finlândia, ambos com regras semelhantes à prevista no art. 20º, nº 4, da Constituição lusitana. (MATOS, José Igreja. *Um novo modelo de juiz...*, ob. cit., p. 15).

administração da justiça, mediante regulamentação legal das suas imunidades profissionais necessárias ao exercício do mandato profissional).

Como salienta *José Lebre de Freitas*<sup>199</sup>, o *direito a um processo equitativo*, previsto no citado art. 20º da Constituição lusitana (e decorrente do art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem), pode ser visto sob dois sentidos: *um formal*, “que se reporta à constituição do processo”, e contém o direito de ação, o direito de defesa, a inexistência de entraves econômicos e a independência e a imparcialidade do tribunal; *e um material*<sup>200</sup>, que pode ser entendido como um “direito efectivo a uma jurisdição (*Rechtsschutzeffectivität*) que a todos seja acessível em termos equitativos e conduza a resultados individual e socialmente justos”, cujo conteúdo se reflete no (i) princípio do contraditório e todos seus consectários (direito de influenciar a decisão, quer no plano da alegação, quer no plano da prova, quer no plano do direito), (ii) no princípio da igualdade de armas, (iii) no direito à “comparência pessoal” (aqui entendido como o direito ao dia na Corte), (iv) na licitude da prova, (v) no dever de fundamentação das decisões, (vi) no princípio da publicidade e no (vii) prazo razoável.

Na Espanha, a Constituição de 1978<sup>201</sup> fez constar, no art. 24, números 1 e 2, como garantias, (i) o direito à tutela efetiva dos juízes e tribunais, (ii) o juiz pré-determinado por lei; (iii) a defesa e a assistência por um advogado; (iv) um processo público, sem dilações indevidas e com todas as garantias; (v) a utilização dos meios de prova pertinentes para a defesa dos interesses; (vi) o direito à não auto-incriminação.

Tem-se, na Espanha<sup>202</sup>, aquilo que *José Garberí Llobregat*<sup>203</sup>, após considerar existentes os modelos de processo inquisitivo, liberal e social, chamou de a “castelianação” da expressão anglo-saxã *due process of law*, a qual se identifica

<sup>199</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil...*, ob. cit, p. 85-128.

<sup>200</sup> Vale esclarecer: a expressão “material” não é de autoria do professor português referido, mas foi aqui atribuída em contraponto à “formal”, essa sim por ele cunhada, mais precisamente no p. 86 da obra citada.

<sup>201</sup> *La Constitución española*, de 31 de octubre de 1978, con vigor el 29 de diciembre de 1978. Disponível em: <<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#1c2s1>> Acesso em 08 out. 2014.

<sup>202</sup> Também na Espanha, *Joan Picó i Junoy*, enumera, a partir da análise da interpretação do Tribunal Constitucional Espanhol ao art. 24 de sua Constituição, 12 (doze) direitos que compõem o efetivo conteúdo das garantias processuais constitucionais. São eles: (1) direito à tutela jurisdicional efetiva, que inclui o direito de acesso aos tribunais, o direito a obter uma sentença fundada em direito congruente, o direito à efetividade das resoluções



con aquel sistema procesal que, del lado del Juez, incorpora garantías tales como la independencia e imparcialidad (rompiendo así con el modelo procesal inquisitivo, donde el Juez carece de tales elementales atributos), así como las potestades propias del modelo social de proceso, mientras que, de lado de las partes, proclama garantías estructurales tales como la contradicción y la igualdad, el derecho de defensa, la publicidad de las actuaciones procesales, la presunción de inocencia... Es, en suma, el modelo que el art. 6 CEDH denomina *proceso equitativo*, o el que la jurisprudencia constitucional denomina *proceso justo* (v.gr. SSTC 65/2007, de 27 de marzo, 146/2007, de 18 de junio).

Mais adiante, ele indaga qual teria sido a opção do Constituinte espanhol diante de tais modelos processuais. Conclui, valendo-se da análise dos arts. 24.2 e 117.1, ambos da Constituição Espanhola (CE), e do art. 6º, da CEDH, obviamente aplicável também em solo espanhol, que “el constituyente decidió, sin duda alguna, alinearse con aquellos ordenamientos y textos internacionales que consagran el *due process of law*; es decir, el modelo de proceso debido o proceso equitativo”. Ressalta, ainda, que essa conclusão também pode ser retirada da jurisprudência constitucional espanhola que, em várias ocasiões, reconheceu “la constitucionalización de la garantía del derecho a un proceso justo (v. gr. SSTC 65/2007, de 27 de marzo, 146/2007, de 18 de junio)”.

A partir daí, *Garberí Llobregat*<sup>204</sup> reconhece como direitos fundamentais que consagram a garantia de um *proceso debido*:

A) o *direito de defesa* (tanto a defesa técnica como a autodefesa, por conta do art. 24.2 CE);

B) o *direito a uma assistência “letrada”* [= técnica] (na qual se inclui a prévia e livre escolha de um advogado de confiança, assim como o direito à gratuidade da justiça, decorrente do art. 119 CE);

---

judiciais e o direito ao recurso legalmente previsto; (2) direito a *no indefensión*; (3) direito ao juiz ordinário pré-determinado pela lei; (4) direito à defesa; (5) direito à assistência por um advogado; (6) direito a ser informado da acusação; (7) direito a um processo público; (8) direito a um processo sem dilações indevidas; (9) direito a um processo com todas as garantias; (10) direito a utilizar os meios de prova pertinentes; (11) direito a não se declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado; (12) direito à presunção de inocência. (PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 39 ss.)

<sup>203</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Navarra: Civitas, p. 235-239.

<sup>204</sup> *Idem, ibídem*, p. 244-292.

C) *o direito a ser informado da acusação* (do qual decorrem, por exemplo, o conhecimento pleno e prévio da acusação, a qual deve ser explícita e formulada sem termos vagos ou indeterminados, e a indispensável correlação entre a acusação e a sentença);

D) *o direito a não autoincriminação e o de não se confessar culpado* (que, no âmbito do processo civil, não vige soberanamente, diante da natureza privada da maioria de seus litígios, sendo, portanto, plenamente aplicáveis, também na Espanha, os efeitos decorrentes da *ficta confessio*, cf. arts. 304 e 307 da LEC);

E) *o direito à prova* (também decorrente do art. 24.2 CE, que consagra não só a possibilidade de proposição dos meios de prova que a parte julgue adequados para a comprovação dos fatos em que se fundamentam as suas pretensões, como também a sua respectiva admissão desde que “pertinentes” ou “úteis”, devendo as eventuais inadmissões se dar mediante decisões que comprovem exatamente a “impertinência” ou a “inutilidade”, assim como, por óbvio, o direito à respectiva produção das provas admitidas);

F) *direito a um processo público* (que, muito embora possa ser limitado por razões previstas em lei que digam respeito à preservação de interesse público ou de proteção de direitos e liberdades dos julgadores, apresenta dupla função, quais sejam, proteger as partes contra eventuais injustiças e manter a confiança da sociedade nos tribunais);

G) *o direito a um processo sem dilações indevidas* (consagrado tanto no art. 24.2 CE, como no art. 6º CEDH, traz ao órgão julgador a obrigação de trabalhar com celeridade, muito embora o reconhecido de uma duração “indevida” seja variável conforme a complexidade do litígio, a duração de outros litígios parecidos, a conduta das partes e das autoridades *etc.*);

H) *direito à presunção de inocência*<sup>205</sup> (apresenta-se sob a dimensão da ônus probatório e também sob uma forma privilegiada de tratamento do acusado, que não pode ser considerado culpado até que sobre ele recaia uma sentença de condenação);

I) *o direito a um processo com todas as garantias* (uma espécie de “cláusula aberta” prevista na CE, notadamente nos artigos 24.1 e 24.2, que tem como integrantes de seu conteúdo essencial: i) o direito fundamental a um juiz imparcial; ii) o direito à correlação entre acusação e

---

<sup>205</sup> Embora coligado, por óbvio, mais diretamente ao processo criminal, o direito à presunção de inocência tem sua importância no processo civil, pois o Tribunal Constitucional Espanhol o tem reconhecido também nos processos administrativos sancionadores (cf. SSTC 346/2006, de 11 de dezembro, 243/2007, 10 de dezembro, e 40/2008, de 10 de março).

sentença; iii) o direito a que não se valorem provas obtidas mediante vulneração de direitos fundamentais; iv) o direito ao contraditório; e v) a imediatidade do juiz com relação às provas no âmbito penal).

Na França, a despeito de algumas críticas<sup>206</sup>, a constitucionalização do processo também é uma realidade, mesmo não havendo, na *Constitution* francesa, previsão expressa acerca do *due process of law*.

Nesse sentido, conforme asseveram *Serge Guinchard, Cécile Chainais e Frédérique Ferrand*<sup>207</sup>, é possível vislumbrar a “constitucionalização do processo” de duas formas, igualmente válidas: (a) diretamente, através de uma “reintegração” do processo civil ao campo de abrangência do art. 34 da Constituição Francesa, a partir de orientações jurisprudenciais traçadas pelo *Conseil constitutionnel*; e (b) indiretamente, por força das evoluções consideráveis que se produziram quanto ao conteúdo do direito constitucional, como as relativas ao controle de constitucionalidade dos atos administrativos e o respeito, pelos juízes, da coisa julgada.

Mais relevante, todavia, é a influência direta do art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), aliada ao art. 6º da CEDH, que consagram o direito a um “procès équitable”, o qual, conforme entendem *Guinchard, Chainais e Ferrand*, constitui a “pièce maîtresse” do instrumento constitucional de uma ordem pública europeia proclamada pela CEDH.

Dentro dessa noção, para os citados professores franceses, são consideradas garantias corolárias do direito a um processo *équitable*: (i) *o direito a um processo público* (do qual decorre o princípio da publicidade dos debates, previsto no art. 10 da DUDH, no art. 14, §1º, do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966; no art. 6º, n.1 da CEDH, e nos arts. 22, 433, alínea 1, ambos do *Code de Procédure Civile*); (ii) *o direito a um processo laico* (que prevê que as convicções religiosas não podem, injustificadamente, prejudicar o bom andamento do processo); (iii) *o direito a um processo dentro de um prazo razoável* (decorrente

---

<sup>206</sup> B. Beignier, citado por *Serge Guinchard, Cécile Chainais e Frédérique Ferrand*, considera a constitucionalização do processo “um mito”. (BEIGNIER, B. Procédure civile et droit constitutionnel, in *Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p.161, *apud* GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Droit interne et droit de l’Union européenne*. 31.ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 45).

<sup>207</sup> GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Droit interne et droit de l’Union européenne*. 31.ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 45-52.

do art. 14, §1º, do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966, e do art. 6º, n. 1 da CEDH, ocupa um “lugar central” na configuração do processo *équitable*, sendo admitida, pela jurisprudência do Conselho da Europa, uma responsabilização estatal por descumprimento dessa garantia).

Do art. 34 da Constituição Francesa<sup>208</sup>, que delega à lei competência para estabelecer, dentre outras, regras relativas “aos direitos civis e às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas” e “às restrições impostas pela defesa nacional aos cidadãos em sua pessoa e seus bens”, *Frédérique Ferrand*<sup>209</sup> elenca, como “princípios fundamentais” atinentes a um processo *équitable*:

a) *princípio dispositivo*, que consagra o poder das partes de definir o objeto do litígio, de trazer os fatos ao processo e delimitar a atuação do juiz, muito embora seja comum, no sistema francês, que o juiz intervenha durante o processo de apuração dos fatos para convidar as partes a esclarecer determinados pontos ou, ainda, corrigir eventual qualificação legal erroneamente atribuída pelas partes (arts. 1º a 5º, CPC/FRA);

b) *princípio do contraditório*, do qual decorrem (i) a impossibilidade de alguém ser julgado sem ser ouvido (art. 14, CPC/FRA); (ii) o dever que as partes têm de informar uma à outra, reciprocamente, e no tempo devido, os fatos que fundamentam as respectivas posições, bem como os elementos de prova que utilizarão, de maneira que o adversário tenha condições de preparar sua defesa (art. 15 CPC/FRA); (iii) a vinculação do próprio juiz ao contraditório, especialmente quando suscita uma questão de direito de ofício, sendo necessário que informe às partes e lhes conceda oportunidade de manifestação antes de decidir (art. 16 CPC/FRA);

c) *princípio da cooperação*, entre as partes e o juiz, que caracteriza o processo francês como uma “*chose des parties et chose du juge*”, notadamente a partir do Decreto de 18 de dezembro de 1998. Nesse sentido, por exemplo, ao mesmo tempo em que se consagra o dever das partes de conduzir o processo (art. 2º CPC/FRA), determina-se que o juiz conduza o processo

---

<sup>208</sup>La Constitution Française du 4 octobre 1958. Disponível em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2014.

<sup>209</sup>FERRAND, Frédérique. The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France, in TROCKER, Nicolás; VARANO, Vincenzo (coord). *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 7-32, especialmente p. 9.

para lhe garantir um bom andamento (art. 3º, CPC/FRA), sendo-lhe concedido, dentre outros, o poder de determinar diligências probatórias *ex officio* (art. 10 CPC/FRA).

Apesar de a professora da Universidade Jean Moulin Lyon 3 afirmar que o processo civil francês é “pragmático, lógico, racional e eficiente”, ela própria relata que o estado francês tem sido condenado pela Corte Europeia de Direitos Humanos por déficit de acesso à justiça em alguns casos (*verbi gratia*, por ofensas à paridade de armas em alguns procedimentos franceses) e, sobretudo, pela duração excessiva dos seus processos, condenações essas que fizeram com a lei francesa desenvolvesse extenso rol de sanções para os casos de abusos de direitos processuais pelas partes<sup>210</sup>.

No Reino Unido, notadamente após a extinção da Câmara dos Lordes e a consequente criação da Suprema Corte do Reino Unido (que passou a funcionar a partir de 1º de outubro de 2009), e, ainda, com a adesão à jurisprudência da Corte de Estrasburgo, os princípios constitucionais ganharam muita relevância, conforme relata *Neil Andrews*<sup>211</sup>. Para o professor da Universidade de Cambridge, a partir do art. 6º (1) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que preceitua, como se viu, o direito a um processo justo, podem ser retirados quatro elementos, a saber:

1. o direito a um julgamento justo: esse conceito abrange: (a) o direito de estar presente a uma audiência com contraditório; (b) a paridade de armas; (c) o direito à produção de provas; (d) o direito a formular perguntas para a testemunha da outra parte; (e) o direito a uma decisão fundamentada;
2. uma audiência pública: que inclui o direito à publicidade do julgamento;
3. um processo que dure um tempo razoável;
4. que corra perante um Tribunal independente e imparcial criado por lei.

Na Bélgica, conforme relata *José Rogério Cruz e Tucci*<sup>212</sup>, o *Code Judiciaire* consagra “em seu texto os mais importantes princípios políticos e técnicos do processo civil. Afinam-se eles com a regra do art. 6º, I, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem”. Continua o Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo a

<sup>210</sup> *Idem, ibidem*, p. 10-12.

<sup>211</sup> ANDREWS, Neil. ANDREWS, Neil. Influência Europeia sobre o Processo Civil Inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, p. 161-181, especialmente p. 162-165, 2011.

<sup>212</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Direito Processual Civil Belga, in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 55-70, especialmente p. 57-59.

relatar a experiência belga, asseverando que “o acesso à justiça é favorecido pelo benefício da gratuidade da justiça a todas [sic] aqueles que não dispõem de recursos financeiros para a defesa judicial de seus direitos”, havendo expressa menção, inclusive, às despesas com peritos (arts. 664 e ss., *Code Judiciaire*).

Também são citados por *Cruz e Tucci*<sup>213</sup> como “princípios, características e regras técnicas” do ordenamento belga (i) o princípio do contraditório, visto pela doutrina belga como base de uma boa administração da justiça; (ii) a economia processual, com a consequente deformalização processual e a busca da redução da excessiva demora do processo (já que recentemente, em julho de 2009, o Tribunal de Estrasburgo, no precedente *Stagno c. Belgique*, condenou o país belga em € 3.000,00 pela demora excessiva do processo); (iii) a publicidade do processo e das decisões judiciais, consagradas nos arts. 96 e 97 da Constituição e 757 do *Code Judiciaire*; (iv) o dever de fundamentação dos julgamentos, previsto no art. 780 do *Code Judiciaire*.

Na Holanda, segundo relato de *Lionel Zaclis*<sup>214</sup>, sobretudo a partir da reforma de 2002, podem ser considerados princípios informativos, além dos já consagrados no art. 6º da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, (i) a brevidade dos julgamentos, aliada à eficiência processual; (ii) a exigência de demanda para a atuação judicial; (iii) a publicidade; (iv) o contraditório; (v) o duplo grau de cognição do mérito; (vi) o controle da legitimidade por parte da Corte de Cassação holandesa, o *Hoge Raad*; (vii) a representação obrigatória das partes por advogado; (viii) a não gratuidade de justiça; (ix) o afastamento do formalismo excessivo e, por fim, (x) o *comportamento leal*.

Na Grécia, conforme descreve *Guilherme José Braz de Oliveira*<sup>215</sup>, boa parte dos princípios informativos do sistema se encontra na Constituição que tem 14 dos seus 120 artigos versando sobre direito processual, muito embora o CPC Grego tenha, também, um capítulo inteiro destinado aos *fundamental procedural principles* (arts. 106 a 111 – *themeliodeis*

---

<sup>213</sup> *Idem, ibidem*, p. 57-59.

<sup>214</sup> ZACLIS, Lionel. Direito Processual Civil Holandês, in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 187-213, especialmente p. 195-200.

<sup>215</sup> OLIVEIRA, Guilherme José Braz. Direito Processual Civil Grego, in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 141-185, especialmente p. 142-153.

*dikonomikes arches*). Dentre os mais importantes, todos retirados do texto constitucional grego, destacam-se: (i) amplo acesso à justiça, entendido como o direito a receber uma proteção judicial (art. 20, §1º); (ii) amplo direito de defesa, que se desdobra, por exemplo, na garantia de análise, pelos juízes, dos argumentos e fatos apresentados pelas partes, além da possibilidade de utilização de medidas de urgência para a efetivação dos provimentos jurisdicionais (art. 20, §2º); (iii) igualdade entre os litigantes (arts. 4º, §1º, e 110, §1º); (iv) independência plena aos juízes como garantia de imparcialidade de seus julgamentos (art. 87, §1º); (v) publicidade de julgamentos, sob pena de nulidade (art. 313 do CPC Grego), exceto para casos em que possa haver prejuízo aos costumes ou por motivos de respeito à privacidade das partes ou de suas famílias (art. 93, §2º); (vi) dever de fundamentar as decisões, havendo inclusive a obrigação de publicação de eventuais votos divergentes (art. 93, §2º); (vii) proibição da existência e criação de cortes *ad hoc* ou de tribunais de exceção (art. 109, §1º).

No Japão, a Constituição<sup>216</sup> promulgada em 3 de novembro de 1946, com vigência a partir de 3 de maio de 1947, ainda que indiretamente, faz referência ao devido processo legal, ao abarcar, notadamente em seus artigos 31, 32 e 76, garantias como (i) o direito, a todos os cidadãos, a um julgamento; (ii) a impossibilidade de privação da vida ou da liberdade senão mediante os procedimentos estabelecidos em lei; (iii) a independência dos magistrados, devendo os julgadores submissão apenas à lei e à Constituição japonesa; e (iv) a vedação do estabelecimento de tribunais extraordinários (a qual se estende, também, para órgãos ou agências do Poder Executivo).

Na América do Sul, *Edoardo Oteiza*<sup>217</sup> relata que há uma clara tendência de expansão da noção de devido processo, havendo menção expressa a essa denominação nas Constituições da Venezuela, Colômbia, Equador e Peru.

Na Argentina, embora não haja tal expressão na *Constitución de la Nación*<sup>218</sup>, há previsão de garantia, dentre outros direitos, da inviolabilidade da propriedade, que somente pode

---

<sup>216</sup> Disponível, em português, em: <http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>, acesso em 08 out. 2014.

<sup>217</sup> OTEIZA, Edoardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 173, p. 179-ss, 2009.

<sup>218</sup> Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2014.

ser retirada dos habitantes portenhos “em virtude de uma sentença fundada em lei” (art. 17) e, ainda, do direito de toda pessoa ajuizar uma ação rápida de amparo, sempre que não exista outro meio judicial mais idôneo, contra todo ato ou omissão de autoridades públicas ou particulares que ameace ou lesione, restrinja, altere, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, por um tratado ou por uma lei (art. 43).

*Augusto M. Morello*<sup>219</sup>, Professor da Universidad Nacional de La Plata recentemente falecido, destacou como *garantias indispensáveis ao processo justo* no âmbito do processo civil: (i) igualdade das partes frente ao juiz; (ii) a imparcialidade dos magistrados; (iii) a publicidade da audiência e da sentença (salvo em certos assuntos como de família); (iv) a duração razoável do processo; (v) a efetividade do acesso à jurisdição, com a retirada de obstáculos de qualquer discriminação subjetiva e objetiva (pobreza, raça, idioma *etc.*); (vi) a estruturação do contraditório sobre bases positivas razoáveis e a defesa técnica idônea e de alto nível; (vii) o direito a uma decisão adequadamente motivada; (viii) o direito a provar; (ix) o direito de impugnar a decisão, com recursos e remédios de correção ou revisão; (x) uma pronta liquidação daquilo que restou condenado, com possibilidades imediatas de cumprimento; (xi) à informação; (xii) compreender o idioma em que se coordena o debate judicial.

A Constituição do Uruguai<sup>220</sup>, embora sem adotar explicitamente tal expressão, traz normas específicas relacionadas ao “debido proceso legal”, como (i) a proteção dos habitantes da República no gozo de sua vida, honra, segurança, trabalho e propriedade, direitos esses que só podem ser privados “conforme as leis que se estabelecem por razões de interesse geral” (art. 7º), de onde se extrai a necessária observância das regras processuais previstas em lei; (ii) o princípio da legalidade (arts. 18 e 85, inciso 2º), a garantir não só a isonomia dos litigantes como a proibição de modificações, pelo Executivo, de regras processuais; (iii) a exclusão dos juízos “por comisión” (art. 19), ou seja, proibição de designação de juízos *ex post facto*; (iv) a vinculação dos juízes à lei e, ainda, a sua responsabilização no caso de descumprimento que venha a causar ofensa aos direitos do cidadão (art. 23).

---

<sup>219</sup> MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 2001, p. 52-53.

<sup>220</sup> Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acesso em: 08 out. 2014.



Conforme relata *Adolfo Gelsi Bidart*<sup>221</sup>, as garantias uruguaias podem ser vistas sob dois aspectos: de um lado, as chamadas “*garantías relativas a la organización*”, que são medidas que servem para melhorar o processo (já que este é a “*verdadera garantía del derecho*”) e, de outro, as “*garantías relativas al proceso*”, que procuram impedir a lesão dos direitos individuais no processo, ou reparar a sua violação.

Nesse sentido, *Gelsi Bidart* elenca, no primeiro bloco, além da legalidade e do juízo natural já citados, as normas relativas à responsabilidade judicial (art. 23) e às carreiras e organizações judiciais (arts. 233 a 261). No segundo bloco, o Professor Catedrático da Faculdade de Direito da *Universidad de la República* de Montevideú faz referência, além da legalidade (art. 18) e da isonomia (art. 8º), ao princípio de uma “*adecuada defensa en el proceso a asegurar razonable oportunidad de hacer valer sus razones y de poder demostrarlas*”<sup>222</sup>, que, por sua vez, pressupõe consagrar: (a) acesso universal ao processo a todos os homens e a todas as matérias; (b) adequado conhecimento de todos os atos do processo para as partes; (c) oportunidades razoáveis de fazer valer suas pretensões e defesas, inclusive no que se refere às respectivas provas; (d) recursos adequados frente às arbitrariedades ou erros dos juízes; e (d) a publicidade do processo como garantia geral de que o povo possa administrar melhor a justiça.

### 1.3.3 O devido processo legal no Brasil

No Brasil, a CF/88, seguindo a linha dos textos constitucionais europeus do segundo pós-guerra<sup>223</sup>, é pródiga no reconhecimento de garantias processuais, havendo não só menção

---

<sup>221</sup> GELSI BIDART, Adolfo. *De derechos, deberes y garantías del hombre común*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial Bdef, 2006, p. 223-228.

<sup>222</sup> *Idem, ibidem*, p. 228-229.

<sup>223</sup> “(...) La Constitución brasileña de 1988 se inserta, de pleno derecho, en la que se puede definir como la “fase madura” de uno de los fenómenos más importantes que han caracterizado la evolución de la justicia civil a partir de la mitad del siglo XX, vale decir, la “constitucionalización” de las garantías fundamentales del proceso. Este fenómeno se remonta históricamente más a los ordenamientos de *common law*, dado que algunos ven su origen incluso en la Carga Magna de 1215; y en todo caso, uno de sus seguros precedentes es la cláusula de del *due process of law* de la que habla la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense, insertada en el *Bill of Rights* de 1791. Sin embargo, es en particular en los ordenamientos de *civil law* donde tal fenómeno conoce una gran y muy articulada expansión, sobre todo a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial. Son especialmente las Constituciones alemana e italiana, ambas en vigor desde 1948, las que dan inicio a la que será una larga etapa – aún no concluida – de formulación de las garantías esenciales del proceso civil sobre el plano de los principios

expressa à garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), como a vários de seus corolários, como o juiz natural (art. 5º, LIII), o contraditório (art. 5º, LV), a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), a ampla defesa (art. 5º, LV), a duração razoável dos processos (art. 5º, LXXVIII), o acesso à justiça (art. 5º, XXXV), a vedação à utilização de provas ilícitas (art. 5º, LVI), a proteção à coisa julgada (art. 5º, XXXVI), a vedação a juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII), a publicidade dos julgamentos (art. 5º, LX), a assistência integral e gratuita aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV c/c art. 134).

Sucedo, todavia, que obviamente o devido processo legal não *nasceu*, no Brasil, em 5 de outubro de 1988. Sua origem é muito mais remota<sup>224</sup>, podendo ser encontrada na Constituição de 1946<sup>225</sup>, na qual os §§ 3º e 4º do art. 141 preconizavam, respectivamente, o respeito à coisa julgada e, sobretudo, o direito ao acesso à justiça, garantias que claramente têm suas raízes no *due process of law*.

Há, entretanto, garantias compreendidas sob o pálio do devido processo legal que podem ser encontradas bem antes, ainda no período imperial brasileiro. Nesse sentido, ilustrativas são as disposições contidas no art. 179, incisos XI, XII e XVII, da Constituição de 1824<sup>226</sup>, que previam alguns aspectos atinentes ao juiz natural, como a impossibilidade de julgamento senão pela autoridade competente previamente definida em lei, a independência do Poder “Judicial”, com a proibição de deslocamento de competência por avocação de causas pendentes e de “*reviver*

---

fundamentales del ordenamiento. Ya en 1948, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre enuncia en los arts. 8 y 10 algunas garantías fundamentales del proceso, insertándolas en el catálogo de los derechos humanos. Pocos años más tarde, en 1950, la Convención Europea por la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, acoge en el art. 6 las garantías procesales, insertándolas a su vez en el catálogo de los derechos del hombre. Posteriormente, en los años setenta, el fin de los regímenes autoritarios de España y Portugal lleva en esos países a la entrada en vigor de constituciones democráticas en las que incluso se formulan claramente estas garantías. Y en la actualidad, finalmente, se produce la inserción en el proyecto de la próxima Constitución de la Unión Europea de un principio que las reafirma de manera explícita (...). No hay necesidad de recordar, en lo que respecta a América Latina, la Convención Interamericana sobre los Derechos del Hombre, de San José de Costa Rica, y las varias constituciones que, como la brasileña, siguen coherentemente esta importante tendencia”. (TARUFFO, Michele. Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado, *in Páginas sobre Justicia Civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 63-76, especialmente p. 63-64).

<sup>224</sup> Nesse sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 63, p. 54-ss, 1991.

<sup>225</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>226</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 08 out. 2014.

*processos findos*”, e a impossibilidade de criação de “*Foros privilegiado nem Comissões especiaes nas Causas civeis ou crimes*”, regra que hoje se entende coligada à vedação de tribunais de exceção.

Além disso, no mesmo art. 179, porém no inciso XIII, havia expressa menção ao princípios da legalidade e da isonomia, a determinar que “*a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção aos merecimentos de cada um*”.

A primeira Constituição da República, a de 1891<sup>227</sup>, pouco inovou nesses aspectos em relação à carta anterior, seja em seu texto original, seja no decorrente da Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, como se vê, por exemplo, do § 15 do art. 72, que reiterou a regra de que “*ninguém sera sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada*”.

Na Carta de 1934<sup>228</sup>, o art. 133 praticamente repetiu a regra do § 15, art. 72 acima transcrito (inciso 26), e consagrou, ainda, direitos como a (i) isonomia (inciso 1); (ii) a legalidade (inciso 2); (iii) a proteção da coisa julgada (inciso 3); (iv) o direito à “*ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta*” (inciso 24); (v) a vedação ao foro privilegiado e a tribunais de exceção (inciso 25); (vi) a obrigação de concessão, pelos Estados e União, de assistência judiciária aos necessitados, com a previsão de “*isenção de emolumentos, custas, taxas ou reserva*” (inciso 32); (vii) o “*rápido andamento dos processos nas repartições públicas* (inciso 35); e (viii) o direito à comunicação aos interessados dos despachos proferidos e das informações respectivas (inciso 35).

A *Constituição Polaca*<sup>229</sup>, outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, embora fizesse menção ao processo penal, permitiu vislumbrar, reflexamente, algumas garantias características do devido processo legal, notadamente em seu art. 122, item 11, que mencionava o direito de somente ser processado pela autoridade competente, algo que, obviamente, remete ao

---

<sup>227</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>228</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>229</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 08 out. 2014.

juiz natural. Vale dizer, todavia, que o Decreto n.º 10.358<sup>230</sup>, de 31 de agosto de 1942, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional, suspendeu a vigência desse dispositivo por se tratar de uma garantia.

A Constituição de 1967<sup>231</sup>, à semelhança do que havia sido trazido pela de 1946, trouxe em seu artigo 150 um rol de direitos e garantias individuais, das quais se destacam o acesso à justiça (§ 4º), a ampla defesa (§ 15), a vedação a tribunais de exceção (§ 15) e a concessão de assistência judiciária aos necessitados (§ 32), regras essas mantidas pela Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969<sup>232</sup>, porém no art. 153.

A Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977<sup>233</sup>, contudo, alterou o art. 153, §4º, condicionando o ingresso em juízo à possibilidade de exaurimento de vias administrativas, “*desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido*”.

Finalmente, em 1988, como já visto, o devido processo legal alça voos nunca antes alcançados, erigido à categoria de *sobreprincípio*, conforme bem assevera *Humberto Ávila*<sup>234</sup>.

Nesse diapasão, o *acesso à ordem jurídica justa*<sup>235</sup> é sensivelmente ampliado, a fim de abarcar a tutela preventiva dos direitos com a inclusão, no inciso XXXV, art. 5º, da tutela da

<sup>230</sup> Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d10358.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d10358.htm)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>231</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: out. 2014.

<sup>232</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>233</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc07-77.htm)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>234</sup> “(...) Em face dessas considerações, conclui-se que o dispositivo relativo ao "devido processo legal", ainda que com caráter meramente expletivo e, por isso, com positividade expressa desnecessária, deve ser interpretado como fundamento de um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos. Como princípio, exerce as funções interpretativa, integrativa e bloqueadora relativamente aos atos e normas que o pretendem concretizar. No entanto, considerando que a nossa Constituição prevê, expressamente, vários elementos que poderiam ser dele deduzidos, além daquelas funções, o princípio do devido processo legal, nesse passo na qualidade de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos (...)” (ÁVILA, Humberto. *O que é o devido processo legal?* Revista de Processo, São Paulo, v. 163, p. 163 ss, 2008). Do mesmo autor, veja-se obra indispensável sobre o tema: *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

“ameaça a direito”, seja esse de natureza individual ou coletiva. Há, ainda, inegável aumento dos poderes e competências do Ministério Público e da Defensoria Pública (CF/88, arts. 127 a 130, e 134, respectivamente), além do incremento das ações constitucionais (v. g., todas no art. 5º, CF/88: mandado de segurança individual [inciso LXXIX] e coletivo [inciso LXX], mandado de injunção [inciso LXXI], habeas data [inciso LXXII] e ação popular [inciso LXXIII]), *sempre com o escopo de cumprir o papel do direito processual, qual seja, o de concretizar as promessas constitucionais*<sup>236</sup>.

Afinal, como ressalta *Humberto Theodoro Júnior*<sup>237</sup>:

o processo de nosso final de século é sobretudo um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados (...) de realização pronta, célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas, também, sociais e políticas. Um processo que, além de legal, seja sobretudo um instrumento de justiça. Assim, o devido processo legal dos tempos de João Sem Terra tornou-se, em nossa época, o processo justo.

*Leonardo Greco*, em trabalho que se reputa indispensável<sup>238</sup>, analisou profundamente as garantias do devido processo legal, aproximando-o do *processo justo*. Para tanto, valeu-se da classificação de *Luigi Paolo Comoglio*<sup>239</sup> que, embora realizada na Itália, aqui é facilmente reconhecível. Nesse sentido, são consideradas *garantias individuais*, ou seja, aquelas relativas a direitos e interesses subjetivos de cada uma das partes: (i) o acesso amplo à justiça por todos os cidadãos; (ii) a imparcialidade do juiz; (iii) a ampla defesa; (iv) os direitos do pobre; (v) o juiz natural; (vi) a inércia do julgador; (vii) o contraditório; (viii) a oralidade; (ix) a coisa julgada; e (x) a renúncia à tutela jurisdicional.

<sup>235</sup> A expressão é de *Kazuo Watanabe*, in WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas, in WATANABE, Kazuo (coord). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: RT, 1985, p. 2.

<sup>236</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 78, p. 78-ss, 1995.

<sup>237</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execução. Execução – Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 93, p. 28-ss, 1999. Também disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/186.htm>>. Acesso em: 20 set. 2014.

<sup>238</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=429](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429)>. Acesso em: 19. out. 2013.

<sup>239</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: Il processo ordinario di cognizione processo ordinario di cognizione*. 5.ed. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 56-102, v. I.

A partir da mesma classificação, seriam *garantias estruturais*, ou seja, as condições prévias de organização judiciária, (i) a impessoalidade da jurisdição; (ii) a permanência da jurisdição; (iii) a independência dos juízes; (iv) a motivação das decisões; (v) a igualdade concreta; (vi) a inexistência de obstáculos ilegítimos; (vii) a efetividade qualitativa; (viii) um procedimento legal, flexível e previsível; (ix) a publicidade dos julgamentos; (x) a legalidade estrita no exercício do poder de coerção; (xi) o prazo razoável; (xii) o duplo grau de jurisdição; e (xiii) o respeito à dignidade humana.

Por fim, *Leonardo Greco*<sup>240</sup> elenca garantias do processo penal que, apesar de aparentemente excluídas do âmbito da presente Tese, afiguram-se relevantes diante de possíveis reflexos no processo civil, como pode ocorrer, por exemplo, em uma ação de improbidade ou em uma demanda que busque a anulação de uma demissão de um servidor público. São elas: (i) direito de ser informado do curso da investigação e do conteúdo da imputação; (ii) direito à autodefesa; (iii) direito a um defensor; (iv) contraditório na investigação preliminar; (v) proibição de auto-incriminação; (vi) identificação e inquirição das testemunhas; (vii) princípio acusatório; (viii) condições para o pleno exercício da defesa; (ix) controle judicial das medidas restritivas; (x) ônus probatório da acusação; (xi) duplo grau de jurisdição; (xii) proibição de provas ilícitas; e (xiii) os direitos da vítima.

#### 1.3.4 Processo justo e decisões justas

Como se pode perceber, a imensa maioria dos ordenamentos desenvolvidos adota, a despeito de algumas divergências terminológicas e conceituais, as noções que caracterizam o *processo justo*, notadamente no que se refere às garantias processuais fundamentais.

Assim, para que se possa considerar escorreita a prestação jurisdicional, a todos devem ser conferidas as condições mínimas necessárias à obtenção de uma decisão favorável a si próprio e, ainda, à futura efetivação desse direito eventualmente reconhecido. A CF/88 assegura, assim, a partir do *sobreprincípio do devido processo legal*<sup>241</sup>, o direito a um processo justo, que não se contenta apenas com resultados justos, mas também faz exigir um procedimento justo.

---

<sup>240</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo...*, ob. cit.

É óbvio que, com essa afirmação, não se está diminuindo a importância do direito material em prevalência do processo, nem muito menos a se fazer coro com a legitimação pelo procedimento ou com uma concepção meramente *procedural* de justiça. Trata-se de duas realidades que, a par de no mais das vezes não se confundirem, *não sobrevivem separadamente*. Explica-se.

Como ressalta *Michele Taruffo*<sup>242</sup>, há duas noções possíveis de *justo processo*. Para a primeira, nomeada *procedural justice*, “tem-se um processo justo quando são postas em prática todas as garantias processuais fundamentais, e em particular aquelas que concernem às partes”. Nesse sentido, o processo é tido por justo “se e desde que seja correto o procedimento que se articula; o que diz respeito à decisão é, sob esse prisma, irrelevante”. Em outra interpretação, contudo, “o processo é justo se arquitetado de modo que, além de assegurar que se ponham em prática as garantias, faça com que nele se obtenham decisões justas”<sup>243</sup>.

Considerando que “a *justiça do processo* é necessária, mas insuficiente para, sozinha, determinar a justiça da decisão”<sup>244</sup>, quando se poderia dizer que se conseguiu alcançar uma “decisão justa”<sup>245</sup>? Para o professor peninsular, isso somente seria possível com a *observância conjunta de três condições*, a saber:

- a) que a decisão seja, com efeito, o resultado de um processo justo, visto que dificilmente se poderia aceitar como justa uma decisão produzida em um processo em que tenham sido violadas garantias fundamentais;
- b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, visto que não se pode considerar justa uma decisão que (...) não tenha sido tomada em conformidade com o direito, em homenagem ao princípio da legalidade;
- c) que essa se funde em apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que (...) nenhuma decisão é justa se se fundar em fatos equivocados<sup>246</sup>.

<sup>241</sup> Nesse sentido: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 144-145.

<sup>242</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 140-141.

<sup>243</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>244</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>245</sup> Sobre o tema, com múltiplas referências: SOUZA, Artur César de. Justo processo ou justa decisão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 196, p. 469-ss, 2011; CAVANI, Renzo. “Decisão justa”: mero *slogan*? Por uma teorização da decisão judicial para o processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 236, p. 119-ss, 2014.

<sup>246</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, ob. cit., p. 142.

Assim, e mais uma vez conforme Taruffo<sup>247</sup>, para que uma decisão seja justa, não é possível se tirar apenas uma “média” entre os três critérios indicados; há que se fazer uma efetiva combinação, de modo que a justiça da decisão não seja um valor global unitário resultante de uma soma algébrica, mas um algoritmo no qual cada critério mantém a sua autonomia e opera individualizando valores autônomos que devem estar presentes.

Essa é, também, de certo modo, a posição de Cândido Rangel Dinamarco<sup>248</sup>, ao exigir, para a configuração de um processo justo, que sejam observadas as *garantias mínimas (i) de meios e (ii) de resultados*.

Em recente Tese de Doutorado sobre o tema apresentada à Universidade de Bolonha, Giulia Bertolino<sup>249</sup> se dedica exatamente a enfrentar a problemática decorrente da observância do *giusto processo* sob o prisma processual e, ainda, sob a ótica da *giusta decisione*, notadamente por força da novel redação do art. 111 da Constituição Italiana. Para tanto, demonstra a autora que há divergências doutrinárias, naquele país, sobre o próprio conceito de *giusto processo*.

<sup>247</sup> TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta, in *Sui Confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 219-234, especialmente p. 233-234.

<sup>248</sup> “(...) O perfil do processo que resulta dessa garantia [do devido processo legal] é o do *processo justo e equo* que, na voz da mais moderna doutrina, é o processo regido *por garantias mínimas de meios e de resultado*, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva (Luigi Paolo Comoglio). O contexto das garantias tipificadas e atípicas contidas na fórmula *due process of law* oferece aos litigantes um *direito ao processo justo*, com oportunidades reais e equilibradas. Direito ao processo justo é, em primeiro lugar, o direito ao processo *tout court* – assegurado pelo princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional* que a Constituição impõe mediante a chamada *garantia da ação*. Sem ingresso em juízo não se tem a efetividade de um processo qualquer e muito menos de um processo justo. Garantido o ingresso em juízo e até mesmo a obtenção de um provimento final de mérito, é indispensável que o processo se haja feito com aquelas *garantias mínimas*: a) *de meios*, pela observância dos princípios e garantias estabelecidas; b) *de resultados*, mediante a oferta de julgamentos justos, ou seja, portadores de tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão. Os meios, sendo adequadamente empregados, constituem o melhor caminho para chegar a bons resultados. E, como afinal o que importa são os resultados justos do processo (*processo civil de resultados*), não basta que o juiz empregue meios adequados se ele vier a decidir mal; nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei. Segundo a experiência multissecular expressa nas garantias constitucionais, é grande o risco de erro quando os meios adequados não são cumpridos. Eis o conteúdo substancial da cláusula *due process of law*, amorfa e enigmática, que mais se colhe pelos sentimentos e intuição do que pelos métodos puramente racionais de inteligência. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 252-253, v. I)

<sup>249</sup> BERTOLINO, Giulia. *Giusto processo civile e giusta decisione: Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile*. 2007. 165 f. Tese (Doutorado in Direito Processual Civil) – Alma Mater Studiorum - Universidade di Bologna, Bologna, 2007. Disponível em: <[http://amsdottorato.unibo.it/119/1/TESI\\_DI\\_DOTTORATO\\_Giusto\\_processo\\_civile\\_e\\_giusta\\_decisione.pdf](http://amsdottorato.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2014, especialmente p. 13-17.



Para uma primeira corrente, *giusto processo* deve ser interpretado como sinônimo de “processo correto”, remetendo-o à garantia do contraditório (entre as partes, e entre essas e o juiz), ao direito de ação e exceção, aos poderes instrutórios das partes e ao direito de impugnação. Em síntese, tratar-se-ia do direito de ação e de defesa já garantidos pelo art. 24, 1º e 2º *commi* da Constituição Italiana e por outras normas constitucionais de caráter processual, pelo que o art. 111, modificado pela reforma de 23 de novembro de 1999, não teria implicado maiores consequências. Assim, “*giusto sia quel processo che rispetta i parametri fissati dalle norme costituzionali intese in relazione fra loro*”.

Uma segunda corrente vislumbra na locução *giusto processo* um significado de “norma aberta”, por meio da qual, continua *Giulia Bertolino*, poder-se-iam ingressar no ordenamento italiano ulteriores garantias processuais individuais advindas de interpretações da Corte Constitucional, que serviriam para definir novos elementos constitutivos do justo processo.

Em contraposição às orientações reportadas, acrescenta *Bertolino* que o princípio do *giusto processo* tem caráter processual e incorpora, além das garantias individuais processuais, uma relação direta com a justiça substancial. Assim, conclui que por *giusto processo* deve se entender aquele processo regulado de modo a favorecer, no respeito às garantias processuais, a busca de uma decisão justa, baseada em uma reconstrução verdadeira e racionalmente controlável do caso concreto ou, mais especificamente, das afirmações fáticas que o compõem.

Com esse conceito, *Bertolino* deseja evidenciar a contraposição entre uma concepção da justiça do processo que encontra os seus limites no conceito de “regularidade” dada pelo respeito normativo (as garantias processuais formuladas na Constituição), e uma concepção de justiça do processo que, ao contrário, entende tais garantias como instrumentos necessários, mas não suficientes, para se chegar a uma decisão correta, sendo garantia de justiça da decisão um “acertamento” verdadeiro dos fatos da causa, pois uma decisão de mérito baseada em uma representação disforme da realidade não tutela o direito, mas necessariamente o viola<sup>250</sup>.

---

<sup>250</sup> Essa é, também, a posição, de certo modo, de *Michele Taruffo*: “(...) Primeiramente, vale a pena sublinhar que nessa perspectiva o processo não deixa de ser o instrumento institucional para a resolução das controvérsias, mas torna-se relevante a qualidade da decisão com que a controvérsia é resolvida. Substancialmente, uma decisão não é ‘boa’ se põe fim ao conflito fundando-se em critérios legais e racionais, entre os quais assume particular importância a veracidade da verificação dos fatos. Por outro lado, a ideologia segundo a qual o processo deve visar à produção de decisões *justas* parece coerente com uma interpretação não formalista e não meramente repetitiva da cláusula constitucional do ‘*processo justo*’: essa deveria, de fato, referir-se a um processo que pode

Nesse sentido, para que seja possível alcançar de justa uma determinada decisão, entende *Sergio Chiarloni*<sup>251</sup> que ela deve passar por um “duplo critério de verdade”, a saber: ela deve ser fruto de uma correta interpretação das normas envolvidas e de uma exata reconstrução dos fatos.

Para que isso seja possível, continua *Chiarloni*, a “correttezza del ragionamento interpretativo” *depende direttamente da boa formação profissional assegurada aos juízes e dos controles em sede recursais*, notadamente pelas cortes responsáveis pela função nomofilática.

Não é por outra razão, aliás, que *Bertolino*<sup>252</sup> define, com apoio em Schimidt, dentre outros requisitos, *a participação efetiva e a responsabilidade dos julgadores como indispensáveis à configuração do processo justo*.

Para a autora italiana mencionada, somente um procedimento que permita a participação de todos os participantes do processo, com reais oportunidades de influenciar o seu resultado, aliado a um sistema em que os magistrados sejam não só responsáveis por suas decisões, mas também sejam obrigados a motivá-las, é capaz de ser alcunhado de *giusto*.

ser ‘justo’ enquanto seja orientado à obtenção de decisões justas”. (TARUFFO, Michele. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa, *in Processo civil comparado: Ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 57-84, especialmente p. 78)

<sup>251</sup> “(...) La sentenza è giusta quando passa l’esame di un doppio criterio di verità. Quando cioè è il frutto di una corretta interpretazione delle norme coinvolte e di un’esatta ricostruzione dei fatti. Naturalmente, è appena il caso di rilevarlo, se si vuole scansare l’accusa di positivismo ingenuo, non si tratta qui di verità assolute, proprie soltanto del ragionamento matematico deduttivo. I criteri che entrano in gioco sono criteri di approssimazione per ambedue i settori. Proprio per questa ragione la giustizia procedurale del processo giurisdizionale è una giustizia imperfetta, a segnalare nel medesimo tempo la connessione con l’accuratezza del risultato e l’impossibilità di avere l’assoluta certezza di raggiungerla. La correttezza del ragionamento interpretativo dipende dalla bontà della formazione professionale assicurata ai giudici e dai controlli in sede di impugnazione, fino alla corte di cassazione, organo della nomofilachia (...)”. (CHIARLONI, Sergio. *Giusto processo (diritto processuale civile)*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 219, p. 119-ss, 2013.).

<sup>252</sup> “(...) Vediamo quali sono i criteri minimi di giustizia procedurale applicabili a contesti locali: - La comprensività: le regole della procedura devono essere tali da assicurare, o permettere, che tutte le questioni (normative e fattuali), relative ad un caso, possano essere considerate nella procedura e avere peso nella decisione. Le questioni irrilevanti non devono, invece, essere tenute in considerazione. - La sensibilità alle informazioni: simile, ma non identico al criterio precedente, richiede che la procedura sia disegnata in maniera tale da ottenere il maggior numero di informazioni pertinenti al caso. - *La partecipazione: la procedura deve essere disegnata in modo tale da dare l’opportunità a coloro che sono direttamente o indirettamente coinvolti dalla decisione di essere sentiti, per permettere di porre il loro punto di vista, con una reale opportunità di influenzare il risultato.* - La trasparenza: le regole della procedura devono essere sufficientemente precise, prevedibili, e conoscibili per evitare che esse siano adeguate al caso concreto per interessi opportunistici. - *La responsabilità: gli organi decidenti devono essere considerati responsabili delle loro decisioni. In particolare essi devono essere indotti o obbligati a motivarle.* - La reversibilità: devono essere previste regole di procedura che permettono la revisione o la correzione delle decisioni. In particolare devono essere previsti degli organi indipendenti che su richiesta, o a campione, esaminano le decisioni”. (BERTOLINO, Giulia. *Giusto processo civile e giusta decisione...*, *ob. cit.*, p. 71-72; destaques acrescentados).

Nesse prisma, parece indiscutível que a postura passiva e distante do julgador na condução do processo, infenso ao debate das partes e fechado ao diálogo humano franco, corroído por seus preconceitos e pré-julgamentos, preocupado prioritariamente com a *eficiência perniciosa*, o cumprimento de metas e com seus próprios problemas, enfim, e em síntese, completamente *desleal*, mostra-se totalmente dissociada de um processo justo.

É o que se verá.

## 2 A LEALDADE PROCESSUAL

### 2.1 O fundamento constitucional da lealdade processual

Nesse novo cenário do *devido processo constitucional* (descrito no item 1.3), indubitavelmente se insere a *correttezza processuale*<sup>253</sup>, já que é praticamente consagrado o fato de que o princípio da lealdade advém, direta ou indiretamente, dos comandos constitucionais, embora existam, como se verá, interessantes divergências acerca da sua fundamentação.

Assim, e primeiramente, cumpre verificar que o Supremo Tribunal Federal vem entendendo, de algum tempo, que a lealdade seria uma face da garantia constitucional do devido processo legal, o qual “(...) assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais (...)”<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> Expressão italiana largamente utilizada, dentre outros, por *Michele Taruffo*. Nesse sentido: TARUFFO, Michele. L'abuso del processo: profili comparatistici. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p.150-169, 1999.

<sup>254</sup> Trecho do voto do Min. Relator *Gilmar Mendes*, nos autos do AI 529.733/RS, 2ª T., STF, j. 17/10/2006, DJ 01/12/2006 pp-00097 ement vol-02258-06 pp-01174 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 132-138. Mais adiante, no mesmo voto, continua o Min. Relator: “(...) A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exerçam, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à justiça. Contrárias à máxima do *fair trial* – como corolário do devido processo legal, e que encontra expressão positiva, por exemplo, no art. 14 e seguintes do Código de Processo Civil – são todas as

Há, ainda, diversos outros arrimos constitucionais para a lealdade processual. Para *Antonio do Passo Cabral*<sup>255</sup>, ela poderia ser encontrada na garantia constitucional do contraditório, servindo-lhe como um limite à atuação processual, ao passo que, na visão de *Nelson Rosenvald* e *Cristiano Chaves*<sup>256</sup>, sua justificativa estaria na dignidade da pessoa humana<sup>257</sup> como demonstrativo claro da mudança de paradigmas celebrada pelo Constituinte de 1988, a refutar o ideário individualista e meramente patrimonial tão característico de estatutos normativos de outros tempos, como o à época vigente Código Civil de 1916.

*Brunela Vieira de Vincenzi*, por sua vez, busca na solidariedade (art. 3º, I, CF/88) o embasamento da lealdade processual<sup>258</sup>, erigida pelo próprio Constituinte como objetivo fundamental da República<sup>259</sup>, assim como o faz também *Nelson Nery Júnior*, que, mesmo sem

condutas suspicazes praticadas por pessoas às quais a lei proíbe a participação no processo em razão de suspeição, impedimento ou incompatibilidade; ou nos casos em que esses impedimentos e incompatibilidades são forjados pelas partes com o intuito de burlar as normas processuais. (...)”.

<sup>255</sup> “A compreensão de deveres de colaboração e participação como decorrentes do princípio constitucional do contraditório permitem extrair a matriz constitucional da boa-fé processual objetiva, complementada e detalhada pelas disposições gerais do princípio da probidade na normativa do CPC, tomado como cláusula geral da ética no processo. A vitória da boa-fé objetiva evita o subjetivismo das disposições legais específicas, reconduzindo o debate sobre a boa-fé para a confiança e a proteção de expectativas”. (CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, p. 59-ss, 2005).

<sup>256</sup> “(...) A dignidade da pessoa humana é simultaneamente valor e princípio, constituindo elemento decisivo na afirmação de qualquer Estado Democrático de Direito, assumindo proporção de cláusula geral, apta a condicionar e conformar todo tecido normativo. Cogitando de um sistema aberto, cuja supremacia axiológica é referida pela dignidade da pessoa humana, o Direito Civil e a Constituição manterão intenso vínculo comunicativo, com repercussão material dos princípios que lhes são comuns. Nesta constante travessa, a boa-fé é sentida como a concretização do princípio da dignidade no campo das obrigações (...)” (ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61-62).

<sup>257</sup> Essa é também a posição de *Maria Celina Bodin de Moraes*: “(...) Sob a ótica constitucional, a boa-fé representa, pois, a valoração da pessoa humana em oposição à senhoria da vontade expressa pelo individualismo jurídico.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio a Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, apud SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 107).

<sup>258</sup> No mesmo sentido, embora se referindo ao *nemo potest venire contra factum proprium*, *Anderson Schreiber* encontra o fundamento constitucional da boa-fé objetiva no princípio da solidariedade: “(...) É certo que também a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional. (...) A proibição do comportamento contraditório aparece aí como expressão do princípio constitucional da solidariedade social, de forma direta ou por quaisquer meios que lhe sirvam de expressão mais concreta, como os princípios da igualdade e da moralidade administrativa”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório...*, ob. cit., p. 107-108)

<sup>259</sup> “(...) A boa-fé objetiva também está na Constituição Federal. Sem reboços, quando o constituinte estabeleceu que são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

fazer menção restrita ao âmbito processual, vale-se da doutrina italiana de *Elio Casetta* para afirmar a sede solidária da boa-fé como integrante do poder público<sup>260</sup>.

*António Menezes Cordeiro*<sup>261</sup> – embora se referindo à Constituição Portuguesa –, vislumbra na isonomia os traços da boa-fé, na medida em que esta se presta como fator limitador de posições jurídicas de vantagem e do exercício de direitos, permitindo, nas mais diferentes searas (contratuais, laborativas, possessórias *etc.*), atingir-se a igualdade nos casos concretos<sup>262</sup>.

*Joan Picó i Junoy*<sup>263</sup>, em trabalho destinado exatamente a responder essa questão, começa por rechaçar veementemente a possibilidade de encontrar, em valores como a justiça e a segurança jurídica, a fundamentação constitucional da lealdade processual. Primeiramente, porque “justiça” se afigura um conceito demasiadamente amplo e de difícil definição, largueza essa que certamente retiraria força da lealdade, porquanto qualquer solução poderia daí ser retirada<sup>264</sup>.

Do mesmo modo, a lealdade também não estaria encartada na segurança jurídica, pois nem a “segurança por meio do direito” (vista como a segurança que o direito confere ao proteger bens e interesses próprios contra ataques diversos), nem a “segurança do próprio direito em si

(art. 1º, IV) e que constitui objetivo fundamental da República, entre outros, *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), está elevando a um grau máximo o dever de cooperação e lealdade no trato social, no desenvolvimento da economia por todos os seus meios”. (VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 162-163)

<sup>260</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica..., ob. cit., p. 85.

<sup>261</sup> “(...) Estas aplicações importantes do princípio da igualdade, alcançadas antes da formulação do princípio em si mesmo, graças à dinâmica própria do Direito privado e com independência da igualdade constitucional, informando vectores importantes do sistema, permitem, depois, com base neste, explicar soluções novas ainda sem redução dogmática clara e, até, propor soluções próprias e autónomas. (...) Está em aberto o estender do tratamento igualitário, assim entendido, a outras áreas de integração contratual colectiva, como nas condições negociais em geral e em certas áreas sensíveis, no campo social. A boa fé constituirá, quando devidamente concretizada, a base legal desse fenómeno. (...)”. (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil...*, ob. cit., p. 1271-ss, especialmente, p. 1277).

<sup>262</sup> Essa é, inclusive, a orientação trazida pelo CPC português, que tanto na redação anterior (art. 3º-A) como na atual (artigo 4º, em vigor desde 01/09/2013), expressamente correlaciona a isonomia à possibilidade, *v. g.*, de utilização de sanções processuais. Veja-se: “ARTIGO 4º (IGUALDADE DAS PARTES). O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais”.

<sup>263</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 196, p. 131-162, 2011.

<sup>264</sup> A criticar o uso excessivo da cláusula geral da boa-fé processual, consulte SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório...*, ob. cit., p. 120-125.

mesmo” (tida como a possibilidade de se conhecer, de antemão, o direito que vai ser aplicado a determinado caso), coadunam-se com a noção escoreita da boa-fé processual, uma cláusula geral que, até mesmo por essa natureza, pode e deve se valer de juízos de valor subjetivos não necessariamente previsíveis para a sua efetivação no caso concreto.

Excluídas tais possibilidades, *Joan Picó i Junoy* vê a boa-fé processual como um “critério ou instrumento para a devida proteção dos direitos fundamentais constitucionais”<sup>265</sup>, notadamente (i) a tutela jurisdicional efetiva; (ii) a defesa; (iii) a igualdade; (iv) o processo com todas as garantias; e (v) a duração razoável do processo; os quais integram o *processo justo*, como já se viu (item 1.3).

Essa é, aliás, a conclusão a que o professor catalão parece chegar, ao se referir, após análise conjunta dos arts. 6º e 17 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, à fundamentação constitucional da lealdade no direito a um processo justo e na vedação ao abuso de direito.

*É exatamente aí, no mundialmente reconhecido direito ao processo justo, onde se encontra o repouso da lealdade processual.*

Explica-se.

Em tempos atuais, nos quais o vetor da dignidade humana se mostra absoluto, a jurisdição tem de ser vista, como ressalta *Leonardo Greco*<sup>266</sup>, destinada à “tutela dos interesses particulares juridicamente relevantes”. Essa é, também, de certo modo, a posição de *Luiz Guilherme Marinoni*<sup>267</sup>, para quem “a função do juiz não é apenas a de *editar a norma jurídica*, mas sim a de *tutelar concretamente* o direito material, se necessário mediante meios de execução”. Assim, continua o professor paranaense, “não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais”.

Para que isso seja possível, indispensável se apresenta um processo justo que, como já salientado por *Michele Taruffo*<sup>268</sup>, somente pode ser obtido com o respeito às garantias processuais.

---

<sup>265</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal e su fundamento constitucional..., ob. cit., p. 152-160.

<sup>266</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v. 1. 1. ed., ob. cit., p. 73.

<sup>267</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo...*, ob. cit., p. 139.

*Marie-Emma Boursier*<sup>269</sup>, por seu turno, vislumbra um vínculo indissociável entre a lealdade e a proteção dos direitos fundamentais processuais, sejam estes individualmente considerados, nos casos concretos levados à apreciação do poder judiciário, sejam estes compreendidos em conjunto, como um novo princípio estruturante do processo justo<sup>270</sup>.

Ora, se a função da jurisdição é tutelar, por meio de um processo justo, os interesses individualmente relevantes e, ainda, a lealdade processual se mostra como um princípio de observância obrigatória por todos os sujeitos do processo, torna-se inimaginável conceber um processo justo que não aquele impregnado pelos influxos da lealdade processual.

Deve-se considerar, portanto, o princípio da lealdade processual “*integrante do núcleo central das garantias do processo justo*”<sup>271</sup>.

Dessa constatação, como se verá (item 6.1.2.3), decorrem diversas consequências, como, por exemplo, a obrigatoriedade da realização de criterioso controle do processo pelo magistrado, a rechaçar atuações maliciosas ou temerárias das partes, vez que a má-fé processual pode por em perigo a outorga de uma efetiva tutela jurisdicional, dificultando ou impedindo que seu objetivo seja alcançado<sup>272</sup>.

---

<sup>268</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, ob. cit., p. 142.

<sup>269</sup> “(...) La consécration du principe général de loyauté en droit processuel est porteuse d'une double utilité: dans le droit, en action au sein duquel la loyauté révèle son caractère protecteurs des droits individuels mais aussi de la justice conçue comme une entité constituée de l'ensemble des intérêts des plaideurs abstraitement entendus, et dans le droit en devenir, comme une réponse aux nouveaux enjeux de la mondialisation du droit (...)” (BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel...*, ob. cit., p. 487).

<sup>270</sup> No mesmo sentido, *Serge Guinchard, Cécile Chainais e Frédérique Ferrand* consideram que a lealdade, ao lado da celeridade e do contraditório (=diálogo), são os novos princípios responsáveis por uma “metamorfose” no estudo do processo civil: “(...) **Une métamorphose de la procédure: loyauté, dialogue et célérité.** Outre l'attraction par les droits fondamentaux, à la garantie desquels elle participe au premier chef, la procédure civile s'est métamorphosée à la fin du XX siècle (plus précisément, au début des années 1990), sous l'effet de la double émergence d'un modèle universel de procès, le procès équitable et de nouveaux principes directeurs, tels que la loyauté (qui fonde la confiance), le dialogue (qui suppose l'écoute de l'autre) et la célérité (qui assure la proximité dans le temps), principes dégagés par la doctrine la plus avertie de tous les contentieux, principes qui transcendent la procédure civile pour confiner à l'élaboration d'un nouveau droit processuel, principes qui forment l'ossature d'une justice de meilleure qualité, d'une démocratie procédurale et que l'on devrait "inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice”. (GUINCHARD, Serge *et al.* Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne. 31. ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 317-320 ; negrito no original).

<sup>271</sup> “(...) Le principe général de loyauté fait partie du noyau dur des garanties du procès équitable (...)” (BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel...*, ob. cit., p. 491).

Não é, aliás, por outra razão que *Luigi Paolo Comoglio*<sup>273</sup> considera que o controle ético e deontológico do comportamento dos sujeitos processuais se afigura como “matéria de ordem público processual”, sendo imperiosa (cf. item 6.1.2), a atuação proba e responsável de todos os sujeitos do processo<sup>274</sup>, em permanente *comunidade de trabalho*<sup>275</sup> (*Arbeitsgemeinschaft* ou *comunione del lavoro*).

Afinal, se processo efetivo, como ressalta *José Carlos Barbosa Moreira*<sup>276</sup>, é aquele “apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar pela via judicial”, dúvidas não restam que a observância da lealdade processual está aqui umbilicalmente associada, porquanto o sujeito processual ímprobo trabalha não só contra a parte adversária, como, e principalmente, contra a própria administração da justiça<sup>277</sup>.

<sup>272</sup> “(...) El proceso jurisdiccional es el mecanismo jurídico que el Estado pone a disposición de las personas para solucionar de forma pacífica sus conflictos, evitando así el recurso a la autotutela. Si ello es así, el Estado tiene un especial interés en procurar que el proceso se desarrolle de la forma legalmente prevista, no pudiéndose utilizar con fines distintos y en perjuicio de alguna de las partes. Por ello, *la efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho en otros términos, la mala fe procesal puede poner en peligro el otorgamiento de una efectiva tutela judicial, por lo que debe en todo momento proscribirse*. Es por ello que Proto Pisani resume su idea de efectividad de la justicia entendiendo que se trata la aptitud del proceso para alcanzar los fines propios para los que fue instituido. En definitiva, en la medida en que el litigante pretenda utilizar de forma distorsionada o torcida las normas procesales, esta dificultando que el juez pueda otorgar una efectiva tutela judicial de los intereses en conflicto. (PICÓ, Joan Picó i. *El principio de la buena fe y su fundamento constitucional...*, ob. cit, p. 154, destaques acrescentados).

<sup>273</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 385.

<sup>274</sup> Vendo também estreita ligação da efetividade do processo com a atuação dos sujeitos processuais, *Cândido Rangel Dinamarco*, para quem “(...) efetividade do processo está pois bastante ligada ao modo como se dá curso à participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz, os primeiros sendo admitidos a produzir alegações, a recorrer, a comprovar os fatos de seu interesse e este sendo conclamado a ir tão longe quanto possível em sua curiosidade institucionalizada com aqueles. O grau dessa participação de todos os sujeitos constitui fator de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto-de-vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 346).

<sup>275</sup> “(...) A progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado já uma trave mestra do processo civil moderno, leva frequentemente a falar numa *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual”. (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil...*, ob. cit, p. 168; no mesmo sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação...*, ob. cit, p. 14).

<sup>276</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo, in *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-27, especificamente p. 15-16.

<sup>277</sup> “(...) D’altra parte, l’abuso del processo viene spesso posto in connessione con condotte dilatorie (cfr. ad. es. la norme francesi già citate, benchè esse parlino distintamente di abuso e di dilazione). Ciò significa probabilmente



Independente de sua fundamentação, certo é que a lealdade encontra raízes constitucionais, as quais, como não poderia ser diferente, servem de arrimo para a presente Tese.

## 2.2 A fundamentação metaprocessual da lealdade

Desde o famoso adágio romano de Ulpiano – constante do Digesto 1.1.10.1, que determina como ideal de justiça *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (“viver honestamente, não prejudicar a ninguém e dar a cada um o que lhe pertence”) –, regras com forte conteúdo moral<sup>278</sup> e ético, passando pelos atuais conceitos deontológicos que, no direito, surgem muito fortemente no trato dos ofícios e profissões, tem-se falado, direta ou indiretamente, na lealdade<sup>279</sup>. Não é, todavia, o enfoque deste estudo<sup>280</sup>.

---

che – in termini più o meno chiari – l’absudo del processo viene in qualche misura concepito come una categoria di atti e comportamenti che si pongono in conflitto con l’efficienza nell’amministrazione della giustizia. Le tattiche dilatorie possono essere considerate dal punto di vista degli svantaggi che provocano alle altre parti, ma possono anche essere considerate negativamente in se stesse, ossia come ostacoli ‘oggettivi’ all’efficiente funzionamento del processo. In molti casi, dunque, l’abuso del processo non va definito soltanto nei termini della relazione che nel processo si instaura tra le parti (l’adversarial abuse di cui parla Fentiman), ma anche in termini di contrasto con l’interesse generale a che le controversie vengano decise in modo corretto ed efficiente. Da questo punto di vista la prevenzione e la repressione degli abusi del processo può essere vista come una strategia che mira all’attuazione di valori generali come quelli che si riferiscono ad una corretta e funzionale amministrazione della giustizia senza sprechi di tempo e di denaro. (...). *Una conseguenza di ciò è che l’abuso del processo può essere definito non solo nei termini del pregiudizio provocato ad una parte, ma anche – e magari talvolta soltanto – in termini di ostacolo ad una efficiente e rapida amministrazione della giustizia (...)*” (TARUFFO, Michele. L’abuso del processo: profili comparatistici..., *ob. cit.*, especialmente p. 158-159; destaques acrescentados)

<sup>278</sup> José de Oliveira Ascensão, jurista angolano, demonstra a dificuldade de se separar, nitidamente, o direito da moral, já que critérios usualmente utilizados (como a coercibilidade, que seria característica do direito e não da moral) não têm plena eficiência (vez que é possível se falar em direito sem coercibilidade). Propõe, assim, o Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, o critério da *exterioridade*, já que a moral seria, em síntese, voltada para o “interior das condutas humanas” e o direito, por sua vez, para “ordenar os aspectos fundamentais de convivência”, ou seja, um aspecto exterior. Ainda assim, o próprio autor traz exemplos de regras que se confundem, podendo ser vistas tanto sob o prisma moral como sob a ótica jurídica. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 13.ed. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011, p. 100-103).

<sup>279</sup> Menezes Cordeiro, em obra lapidar sobre o tema (embora se valendo do termo “boa-fé”), analisa as relações entre a moral e o direito a partir desse viés metajurídico. Veja-se: CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil...*, *ob. cit.*, p. 1160-1175.

<sup>280</sup> Sobre o tema, veja-se: CARVALHOSA, Modesto. Ética profissional do advogado. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 29, p. 331-ss, 2012; DELGADO, José Augusto. O culto da deontologia pelo juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 715, p. 335-ss, 1995; DONDI, Angelo. *Ética jurídica: um estudo comparativo*. Trad. Luiz Gonzaga de Carvalho Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2011; HAZARD, Geoffrey C.

Apesar disso, e embora a presente Tese tenha, obviamente, viés jurídico-processual, parece imprescindível referir que, como é cediço, a lealdade não é uma característica exclusiva do processo – e muito menos do Direito –, fazendo parte da própria condição humana em sociedade. Afinal, afigura-se praticamente impossível admitir-se o convívio harmonioso, próspero e progressivo dos seres humanos sem a observância da lealdade.

Assim, e como não poderia ser diferente, diversos ramos do direito se valem da lealdade para justificar situações jurídicas de vantagem, criar ou extinguir direitos ou, ainda, auxiliar na interpretação de regras contratuais, costumeiras ou legislativas<sup>281</sup>.

Com tantas implicações, seria leviano de nossa parte pretender vislumbrar a lealdade apenas sob a ótica processual. Há, obviamente, que se ir mais além. Nesse sentido, relevante doutrina italiana de *Eligio Resta*<sup>282</sup>, que há pelo menos uma década tem sido difundida no Brasil, advoga a existência de um “direito fraterno”, notadamente a partir do fortalecimento da terceira ideia-base propalada pela Revolução Francesa, qual seja, a fraternidade<sup>283</sup>.

*Ethics in the Practice of Law*. New Haven/London: Yale University Press, 1978; LAZZARINI, Alvaro. Magistratura: deontologia, função e poderes do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 48, p. 206-ss, 1987; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Direito e ética no Brasil de hoje, in *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 301-308. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão do abuso no processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987; NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8.ed. São Paulo: RT, 2011.

<sup>281</sup> TEPEDINO, Gustavo. A cláusula de melhores esforços e a lealdade contratual, in *Soluções Práticas*. São Paulo: RT, 2011, p. 151-ss., v. 2; GALLO, Giovanna Mazetto. Negócio jurídico. Anulação. Violação dos deveres de fidelidade e lealdade. Má-fé. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 33, p. 253-ss, 2006; BLOK, Marcella. *Insider Trading: Insider Trading: o descumprimento do dever da lealdade pelo uso de informações privilegiadas*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 55, p. 83-ss, 2012. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. Venda à vista e atraso de pagamento. Correção monetária e a chamada “taxa ou comissão de permanência”. Orientação consultiva da Fazenda e jurisprudência. Princípios da legalidade, moralidade, lealdade, in *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*. São Paulo: RT, 2011, p. 927-ss, v. 4.; PARENTE, Norma Jonssen. O dever de lealdade do administrador e a oportunidade comercial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 54, p. 185-ss, 2011; ICHIHARA, Yoshiaki. . Aplicação do princípio da lealdade processual na justiça trabalhista. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, p. 205-ss, 1979.; COSTA, Geraldo de Faria Martins. Dois aspectos da aplicação da norma de lealdade e boa-fé no interesse dos consumidores e dos concorrentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 23, p. 193-ss, 1997.

<sup>282</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma/Bari: Gius, Laterza & Figli Spa, 2005. Há uma tradução para o português da mesma obra, também aqui consultada: RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

<sup>283</sup> *Marie-Emma Boursier*, em obra lapidar sobre a lealdade processual, faz longas referências à fraternidade, considerando, inclusive, que aquela está “a serviço” desta: “(...) *La Loyauté au service de la Fraternité*. La fraternité est une attitude mentale, une règle de conduite attendue des les relations humaines, inhérente à toute

Como relata o Professor Ordinário de Filosofia do Direito na Universidade de *Roma Tre*, com o passar dos anos, a fraternidade acabou se tornando o princípio esquecido, a “parente pobre”, a “prima do interior”<sup>284</sup>, em relação aos princípios da igualdade e da liberdade, muito mais importantes para a realidade de então.

Diante dessa constatação, *Resta* propõe o reconhecimento de um “direito fraterno”, calcado naquilo que ele chamou de “lei da amizade”<sup>285</sup>, a fim de se redefinir as bases da jurisdição e do próprio Estado Democrático de Direito<sup>286</sup>. De ressaltar, inclusive, que já há, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, referência a um “constitucionalismo fraternal”, dando mostras de que os ideais pregados por *Resta* já começaram a dar frutos no Brasil<sup>287</sup>.

A despeito de suas ideias estarem bastante ligadas a métodos alternativos de resolução de conflitos como a mediação<sup>288</sup>, certo é que se afigura plenamente possível levar tais noções às formas *tradicionais* de prestação jurisdicional<sup>289</sup>.

---

personne en tant qu'exigence philosophiquement présupposée de l'être humain. Elle rejoint les fondements théoriques du droit naturel conçu comme légitimant le droit positif en y incluant des exigences supérieures liées à la nature même de l'Homme. La fraternité est une condition générale à la vie en commun, à la cohésion de la communauté et une condition à la mise en oeuvre de la justice en particulier. Sans elle, les principes assurant les droits fondamentaux des justiciables perdent de leur substance. L'équité objective, aux antipodes de l'équité subjective et arbitraire, tend à assurer les garanties fondamentales d'une bonne justice, par une organisation du procès dont la validité dépend de son caractère loyal et équilibré”. (BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel...*, ob. cit., p. 307-308).

<sup>284</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno...*, ob. cit, p. IX.

<sup>285</sup> *Idem, ibidem*, p. 3-17.

<sup>286</sup> Raquel Bellini de Oliveira Salles, com apoio na doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes e de Pietro Perlingieri, relaciona a fraternidade com o discurso solidarista, para analisar a cláusula geral da responsabilidade objetiva, a demonstrar, em outro ramo do direito, a relevância do tema aqui enfrentado. Para a professora da Universidade Federal de Juiz de Fora, a solidariedade social, longe de um cariz de caridade e filantropia, apresenta-se como um verdadeiro “princípio constitucional”. (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 52-62).

<sup>287</sup> Nesse sentido, vejam-se as seguintes decisões, todas de lavra do Plenário do STF: ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5/5/2011, Plenário, DJE 14/10/2011; ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/5/2008, Plenário, DJE 28/5/2010.

<sup>288</sup> A respeito, veja-se: GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Disponível em: <[http://www.unisc.br/portal/upload/com\\_editora\\_livro/e\\_book\\_mediacao.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/e_book_mediacao.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

<sup>289</sup> Também a Lafayette Pozzoli e André Watanabe Hurtado lhes pareceu ser possível falar nas premissas teóricas do direito fraterno como aplicáveis ao direito processual. Nesse sentido: “(...) Embora se possam constatar exemplos dos deveres decorrentes do referido princípio no ordenamento jurídico, forçoso reconhecer que tais deveres

Isso porque, como preceitua *Eligio Resta*, o direito fraterno se distancia daquela resolução de conflitos por um ser superior (=“direito paterno”), no qual a solução é imposta por um terceiro “senhor da guerra”, distante das partes e de seus procuradores<sup>290</sup>.

Como se viu (item 1.2.3) e ainda se verá (item 4.2), no modelo aqui defendido de processo cooperativo ou colaborativo, diferentemente dos processos liberais e sociais anteriormente mencionados, a figura do julgador se coloca, salvo no momento da decisão<sup>291</sup>, em pé de igualdade com a posição das partes e de seus procuradores que, em conjunto, auxiliam-se mutuamente na construção de um processo justo e democrático.

Assim, por exemplo, o juiz que, antes de se valer de presunções previstas em lei<sup>292</sup>, adota a *amistosa e leal* atitude de intimar as partes para esclarecer determinado ponto que, eventualmente, tenha se quedado obscuro, ou, ainda, atenua os rigores do formalismo para conduzir bem a demanda<sup>293</sup>, coloca em prática, a um só tempo, a reciprocidade fraterna prevista

---

decorrem do próprio ser do processo, impondo-se ainda que não haja regra específica. Não se pode cogitar de um processo sem que houvesse tais deveres, tampouco de um processo em que o juiz não seja agente fraterno, pois no atual desenvolvimento da ciência jurídica o processo já não tem um fim em si mesmo, mas presta a realizar escopos sociais e políticos. Ademais, a necessidade de se efetivar o acesso à justiça passa pela releitura do papel do juiz na relação processual, e, tendo em vista as finalidades processuais e considerando que o processo é meio de atuação do poder, mister reconhecer que esse papel é o de um agente fraterno”. (POZZOLI, Lafayette; HURTADO, André Watanabe. O princípio da fraternidade na prática jurídica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 27, p. 287-ss, 2011.)

<sup>290</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno...*, *ob. cit.*, p. 132.

<sup>291</sup> O momento da decisão é chamado, por se tratar um ato privativo e isolado do julgador, de “assimétrico”; todo o restante do processo, que deve ser construído em permanente diálogo com as partes, é entendido, por outro lado, como “simétrico”. Nesse sentido, vide item 4.2, parte II.

<sup>292</sup> Como as presunções relativas aos ônus da prova, previstos prioritariamente no art. 333, CPC. Nesse sentido, de certo modo, assevera Lúcio Grassi de Gouvêa: “(...) Naquela ocasião defendemos uma postura ativa e assistencial por parte do julgador, não podendo o mesmo, diante da frágil prova colhida nos autos e ainda quando os fatos não lhe parecerem devidamente esclarecidos, adotar o cômodo entendimento de que possui um poder discricionário a ser ou não exercido por ele. Trata-se de poder-dever de esclarecer os fatos, se necessário determinando a produção de provas de ofício, nos termos do art. 130 do CPC, até porque terá o dever de fundamentar sua decisão, conforme previsão constitucional. *Ultrapassada esta etapa, só então poderá aplicar o ônus da prova, que, via de regra, em relação aos fatos constitutivos caberá ao autor e aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, ao réu (...)*”. (GOUVÊA, Lúcio Grassi. A Função legitimadora do Princípio da Cooperação Intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 32 ss, 2009; destaques acrescentados).

<sup>293</sup> “(...) La fraternité, ciment entre la liberté et l’égalité, trouve sa traduction procédurale, au niveau de l’instance, Dans le pouvoir conféré au juge d’atténuer la rigueur des règles de la conduite de l’instance (par exemple, l’appréciation de certains concepts flous “temps utile”, “bref délai”, etc.)”. (GUINCHARD, Serge *et al.* *Procédure civile...*, *ob. cit.*, p. 310).

no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem das Organizações das Nações Unidas, de 1948<sup>294</sup>, como consagra o diálogo humano, aberto e sem preconceitos, bem característico do *Direito Fraternal* de Elígio Resta, que é “*direito jurado em conjunto* por irmãos, homens e mulheres, com um pacto em que se decide compartilhar regras mínimas de convivência”<sup>295</sup>.

### 2.3 Um esclarecimento sobre a opção pela “lealdade” em detrimento da consagrada “boa-fé objetiva” e algumas distinções necessárias

Antes de prosseguir, imprescindível se afigura um esclarecimento: durante todo o trabalho, optou-se pela terminologia “lealdade”, em vez da consagrada boa-fé objetiva, seja porque aquele termo está intimamente ligado à justiça, por razões conceituais, seja porque se evitará, com tal opção, quaisquer confusões com a figura da boa-fé subjetiva<sup>296</sup>.

Explica-se.

De acordo com os Dicionários “Caldas Aulete<sup>297</sup>” e “Michaelis<sup>298</sup>”, ambos em suas versões disponíveis na internet, e “Houaiss<sup>299</sup>”, o vocábulo “lealdade”, substantivo feminino, pode ser definido como a qualidade daquele que é leal. Este vocábulo, por sua vez, tem como

<sup>294</sup> Artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 12 set. 2014.

<sup>295</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno, ob. cit.*, p. 132.

<sup>296</sup> No mesmo sentido, a demonstrar perfeita compatibilidade entre os termos “lealdade” e “boa-fé objetiva”, Celso Hiroshi Iocohama: “(...) Diante de tal diferenciação [da boa-fé subjetiva para a boa-fé objetiva], cabe retornar à expressão *lealdade* para se notar que se confundirá com a *boa-fé objetiva*, pois que ser leal significa estar de acordo com determinados padrões de conduta que independem da concepção particular do sujeito. Isto quer dizer que ninguém é honesto porque acredita sê-lo. É preciso que tal concepção se projete na visão social e, diante dela, sejam observados os elementos existentes para o preenchimento do *modelo padrão* de honestidade/lealdade”. (IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. 1.ed. 3.reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011, p. 45). Assim também pareceu a Rui Stoco, para quem “(...) a lealdade é o nome da boa-fé (...)”. (STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2003, p. 53).

<sup>297</sup> <<http://www.aulete.com.br>>. Acesso em: 12 set. 2014.

<sup>298</sup> <<http://www.michaelis.uol.com.br>>. Acesso em: 12 set. 2014.

<sup>299</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles de. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, respectivamente p. 1163 (“leal”), 1553 (“probo”) e 1094 (“íntegro”).

sinônimos “franco” e “fiel”, que tem como correlatos, ainda, as palavras “honrado” e “probo”. Por fim, mas não menos importante, “probo” pode ser entendido como aquele que tem caráter íntegro, honesto, reto e *justo*.

Como se vê, a palavra *lealdade* está coligada, semanticamente, ao termo *justo*, exatamente aquele que, como se viu (item 1.3), serve para adjetivar o processo respeitador de todas as garantias fundamentais dos jurisdicionados.

Se o exposto não bastasse, a escolha pelo termo *lealdade* tem a função de evitar repetições desnecessárias de termos (o que certamente cansaria o leitor) e, ainda, impedir confusões entre as espécies da boa-fé que certamente ocorreriam caso as expressões “objetiva” ou “subjetiva” não fossem sempre reiteradas<sup>300</sup>.

Destarte, parece mais razoável, e porque não dizer elegante, valer-se a presente Tese da acepção “lealdade”, sem prejuízo, obviamente, das já consagradas conquistas doutrinárias, legais e jurisprudenciais atinentes à sua correlata boa-fé objetiva.

Apesar disso, e até mesmo para que eventuais arestas interpretativas sejam definitivamente aparadas, sobreleva considerar que há muito os pensadores, principalmente os afetos ao direito privado, estabeleceram de modo claro e inequívoco as diferenças entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva.

Nesse sentido – embora não seja esse o enfoque deste estudo – toca estabelecer, ainda que *en passant*, os contornos básicos de cada uma das espécies. Para tanto, fundamentais são as lições de um dos maiores tratadistas do tema, o professor catedrático da Faculdade de Direito da

---

<sup>300</sup> A mesma opção fizeram *Leonardo José Carneiro da Cunha* e *Celso Hiroshi Iocohama*, respectivamente: “(...) A boa fé objetiva ou, simplesmente, *boa fé lealdade*, relaciona-se com a lealdade, honestidade e probidade com a qual a pessoa mantém em seu comportamento. As partes devem atuar com retidão, colaborando para a decisão final. Em razão da boa fé objetiva, proíbe-se o comportamento contraditório, não se permitindo que o sujeito pratique um ato que contradiga uma conduta anterior” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 71). “(...) Diante de tal diferenciação, cabe retornar à expressão *lealdade* para se notar que se confundirá com a *boa-fé objetiva*, pois que ser leal significa estar de acordo com determinados padrões de conduta que independem de concepção particular do sujeito. Isto quer dizer que ninguém é honesto somente porque acredita sê-lo. É preciso que tal concepção se projete na visão social e, diante dela, sejam observados os elementos existentes para o preenchimento do *modelo padrão* de honestidade/lealdade. Logo, a *boa-fé subjetiva* não pode ser confundida com a noção de lealdade, pois, se há importância para o estudo da primeira e sua conotação jurídica, a lealdade vista do ângulo exclusivo do sujeito para o qual é atrelada não tem qualquer relevância (...)” (IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de Má-Fé...*, ob. cit., p. 45).

Universidade de Lisboa (FDUL) *António Menezes Cordeiro*<sup>301</sup>, para quem “a boa-fé objetiva remete para princípios, regras, ditames ou limites por ela comunicados ou, simplesmente, para um modo de atuação dito ‘de boa-fé’ (...)”. Ela, assim, “atua como uma regra imposta do exterior e que as pessoas devem observar”, sendo certo que, em alguns casos, “surge como um corretivo de normas suscetíveis de comportar uma aplicação contrária ao sistema; noutros, ela surge como a única atendível. Em todos eles, todavia, ela concretiza-se em regras de atuação”<sup>302</sup>.

Já na boa-fé subjetiva, por outro lado, continua *Menezes Cordeiro*, “está em causa um estado do sujeito”, que é “caracterizado, pela lei civil [portuguesa], ora como um mero desconhecimento ou ignorância de certos factos (...), ora, finalmente, pela consciência de determinados factores (...)”. Assim, continua o professor da FDUL, “a boa-fé subjetiva pode ser usada em dois sentidos diversos”: um “puramente psicológico”, no qual “estaria de boa-fé quem pura e simplesmente desconhecesse certo facto ou estado de coisas, por muito óbvio que fosse; e outro, “ético”, no qual “só estaria de boa-fé quem se encontrasse num desconhecimento não culposo”<sup>303</sup>.

Para uma das maiores estudiosas do tema no Brasil, a professora gaúcha *Judith Martins-Costa*<sup>304</sup>, “a expressão boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria sucessória”. É assim denominada “justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção”.

De outra banda, continua *Martins-Costa*, “por boa-fé objetiva se quer significar (...) modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve

---

<sup>301</sup> A obra de referência do professor português é a sua Tese de Doutoramento apresentada junto à FDUL: CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

<sup>302</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 958-978, especialmente p. 964-965, v. I.

<sup>303</sup> *Idem, ibidem*, p. 965.

<sup>304</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1.ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2000, p. 410-427, especialmente p. 410-412.

ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade”.

Assim, conclui a professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que “a boa-fé subjetiva denota, portanto, prioritariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável (*sic*), acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável [*sic*]) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (...), seja numa errônea aparência de certo ato”, ao passo que, por sua vez, a boa-fé objetiva está relacionada a uma “*regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na *consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é justamente tutelado*”<sup>305</sup>.

Basicamente, portanto, a presente Tese, ao se referir à lealdade [processual], estará se valendo dos conceitos e caracteres atinentes à boa-fé objetiva, porquanto como ressaltou a já mencionada professora gaúcha *Judith Martins-Costa*, essa se trata de “uma norma de comportamento leal”<sup>306</sup>.

## 2.4 O reconhecimento da lealdade no direito público e, mais especificamente, no direito processual: breve estudo de direito comparado

---

<sup>305</sup> *Idem, ibidem*, p. 412; destaques no original. Assim como a brasileira, também a doutrina italiana se vale da noção de modelos de condutas para a conceituação da boa-fé objetiva e, conseqüentemente, o estabelecimento de diferenciação para com a boa-fé subjetiva. Nesse sentido, é a lição de *Barbara Bischì*: “Si anticipano in questa sede i risultati del ragionamento prospettato che prende in considerazione le differenze tra buona fede oggettiva e soggettiva delle quali, seppure per cenni essenziali, torneremo ad occuparci: “la differenza tra la buona fede soggettiva e la buona fede oggettiva - osserva la dottrina - sta certo nel fatto che la prima, può anche non trasparire dal comportamento e la seconda, si rivela solo nel comportamento: ma ciò solo perché quando è in gioco la buona fede soggettiva essa viene qualificata solo per poter qualificare un comportamento che non varia, mentre la buona fede oggettiva serve a discriminare comportamenti varianti. Un possessore di buona o di mala fede si comporta sempre da possessore, e bisogna appunto stabilire se facendo così lo fa sapendo di ledere diritti altrui o no. Un venditore o un conduttore si comportano secondo buona fede o no se si comportano in modo conforme o difforme da un modello di venditore o conduttore consapevole dei suoi doveri sociali. Dunque nella buona fede soggettiva, viene in rilievo il foro interno del soggetto in questione; nella buona fede oggettiva il foro interno che viene in considerazione è quello del modello, non quello del soggetto: ma la comparazione col comportamento del modello permette, anche se non di attribuirgli l’anima del modello, bensì di trattarlo come si dovesse trattare uno che tale animo abbia”. (BISCHÌ, Barbara. *La buona fede del diritto privato e del diritto pubblico: dalla ragione dell’origine alla cultura della dicotomia*. Disponível em: <[http://paduaresearch.cab.unipd.it/4403/1/Tesi\\_Bischi.pdf](http://paduaresearch.cab.unipd.it/4403/1/Tesi_Bischi.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2014).

<sup>306</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, ob. cit, p. 412.



Como é cediço, o direito brasileiro, especificamente nos arts. 113 e 422, CC/2002, adotou expressamente a cláusula geral da boa-fé objetiva, à semelhança do que ocorre no Direito Alemão (§ 242 do BGB – *Leistung nach Treu und Glauben*)<sup>307</sup>.

Antes, porém, por força do Código de Defesa do Consumidor (CDC; lei federal n.º 8.078/90), já se podia levantar a bandeira da boa-fé objetiva para as relações de consumo, quer por força do art. 4º, quer por força do art. 51, inciso IV, dispositivos que consagravam, por exemplo, a possibilidade de anulação de cláusula contratual que se mostrasse contrária à boa-fé. De se ver que o CDC expressamente prevê, logo em seu art. 1º, tratar-se de um diploma “de ordem público e social”, a demonstrar, ainda que indiretamente, o reconhecimento da boa-fé, em nossa legislação, de cariz público. Tamanha era, aliás, a importância do CDC – notadamente no ínterim entre a sua entrada em vigor e o aparecimento do CC/02 – que *Claudia Lima Marques*<sup>308</sup> propôs um “diálogo das fontes”, a permitir o maior combate possível às cláusulas contratuais abusivas, sempre tendo como suporte a proteção à boa-fé objetivamente considerada<sup>309</sup>.

*Ruy Rosado de Aguiar Júnior* relembra, contudo, que desde o Código Comercial de 1850 (art. 131) já havia regra relativa à boa-fé, mas que se tornou “letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais”<sup>310</sup>, muito embora, àquele tempo, estivesse tal ideia ligada a seu viés subjetivo<sup>311</sup>.

---

<sup>307</sup> Nesse sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. . A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 18, p. 218-ss, 2004.

<sup>308</sup> MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil – do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 71-ss, 2003.

<sup>309</sup> Uma das principais justificativas para a profunda discussão entre as correntes maximalista e minimalista que se formaram sobre o conceito de consumidor levava em conta exatamente a falta de uma legislação principiológica que pudesse tutelar as relações jurídicas privadas antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Assim, a doutrina (e a jurisprudência), por vezes, tentavam ampliar os contornos dos artigos 2º e 3º, CDC, a fim de tentar resolver problemas que, se fossem decididos à luz da legislação anterior (CC/1916), não encontrariam solução. Para uma análise histórica do tema, consulte: FILOMENO, José Geraldo Brito. Título I - Dos Direitos do Consumidor, in GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17-58, especialmente p. 27-58.

<sup>310</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 14. p. 20-ss., 1995. No mesmo sentido são as considerações de *Leonardo de Faria Beraldo*, para quem “o princípio da boa-fé objetiva sempre existiu em nosso ordenamento jurídico, ou seja, estava implicitamente

A despeito de todo esse avanço legislativo no reconhecimento da boa-fé objetiva no âmbito privado, a pergunta que se coloca é: tendo em vista a sua origem calcada na liberdade e igualdade dos pactuantes dos negócios jurídicos particulares, poderiam tais conceitos e consequências ter aplicabilidade no direito público? Ainda: admitindo-se a resposta como positiva – notadamente para ramos como o direito constitucional<sup>312</sup>, o direito administrativo<sup>313</sup> e o direito tributário<sup>314</sup>, em que, com maior ou menor influência, o Estado exerce visível posição de superioridade em relação ao particular -, à mesma conclusão se poderia chegar para o direito processual, onde essa *assimetria*, como se viu (item 1.2.3), não pode existir?

---

presente”. Para tanto, faz referência ao art. 131,1, do CC/1850, além de vários dispositivos do CC/16, quais sejam: arts. 109, 110, 221, 337, 490, 510, 550, 622, 933, 968, 1072, 1272, 1318, 1382, 1438, 1443. (BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato: Contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 20-21).

<sup>311</sup> Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 239.

<sup>312</sup> Jaime Valle, constitucionalista português - após interessante estudo de autores como, por exemplo, o italiano Roberto Bin e o alemão Ralph Alexander Lorz -, faz referência a um “princípio da lealdade institucional” que serviria como “um dos princípios estruturantes do Direito Constitucional Organizatório”, valendo-se, dentre outras funções, como fator limitador de abuso de competências constitucionais, a acarretar, por consequência, o aumento da confiança dos destinatários dos órgãos constitucionais e da opinião pública. Trata-se de um “óleo indispensável que faz girar a engrenagem” do sistema político-constitucional, ou até mesmo “a cola que mantém todos os princípios básicos da estrutura constitucional institucionalmente unidos”. (VALLE, Jaime. O princípio da lealdade institucional nas relações entre os poderes públicos – alguns aspectos gerais, in OTERO, Paulo (Director). *Revista Direito&Política*, Lisboa, v. 1, p. 63-71, out./dez. 2012, especialmente p. 70-71).

<sup>313</sup> “(...) Princípio da moralidade administrativa. De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade e de boa-fé*, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa [*El Principio General de la Buena Fe em el Derecho Administrativo*. Madrid, 1983]. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. Por força mesmo destes princípios da lealdade e boa-fé, firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 89-90).

<sup>314</sup> Sobre o assunto, veja: MELLO, Elizabete Rosa de. *O princípio da boa-fé no direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, especialmente p. 20-26. No mesmo sentido: KUGLER, Herbert Morgentern; NAKAYAMA, Taryta. Da aplicação do princípio da boa-fé objetiva em questões tributárias – teoria e jurisprudência, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 105, p. 339 ss, 2012.

Tais questionamentos se afiguram relevantes, pois, como demonstram os tratadistas do tema, as origens da lealdade dizem respeito às relações jurídicas paritárias, envolvendo *cidadão-cidadão*, as quais usualmente são regidas pela liberdade, autonomia e igualdade, diferentemente das relações *Estado-cidadão*, em que noções como a prevalência do interesse público, a legalidade cerrada e a soberania têm lugar<sup>315</sup>.

*Menezes Cordeiro*<sup>316</sup> responde positivamente a essa indagação. Após percorrer toda a origem privatística da boa-fé, demonstra a sua “universalização”, chegando inclusive a afirmar que “no Direito público, o primeiro sector atingido pela boa fé foi o do Processo Civil”. Para justificar sua tese, traz à colação notícia de julgamento realizado na Alemanha ainda em 14 de outubro de 1905, o qual, embora fizesse menção aos “bons costumes”, tratava-se, em verdade, do reconhecimento da cláusula geral da boa-fé<sup>317</sup>.

Do mesmo modo entende o professor português *Pedro de Albuquerque*<sup>318</sup>, a carrear, como arrimo de sua tese, diversas referências colhidas tanto do próprio direito lusitano como dos ordenamentos italiano, alemão e austríaco.

Para o Professor da FDUL, embora inicialmente a jurisprudência alemã se colocasse contrária à tese (por entender que “a rígida estrutura do direito processual impedia o apelo à boa fé e à ideia de lealdade), logo veio a se mostrar receptiva. Fenômeno oposto, todavia, ocorreu na

<sup>315</sup> “(...) No início do século XX a doutrina do direito público ainda encontrava dificuldade em aplicar, ao direito público, a principiologia do direito privado, ainda que com as devidas adaptações, situação que hoje não mais se justifica, tal a aproximação que existe entre público e privado, notadamente em razão da entrada em vigor do Código Civil de 2002, informado filosoficamente pelos princípios da *eticidade*, *operabilidade* e, principalmente, da *socialidade*. Hoje a doutrina publicista é praticamente uniforme no sentido de que a boa-fé tem inteira aplicação no direito público”. (NERY JÚNIOR, Nelson. *Boa-fé objetiva e segurança jurídica...*, ob. cit., p. 83).

<sup>316</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, ob. cit., p. 375-377. Do mesmo autor, e também no mesmo sentido: *Litigância de Má Fé...*, ob. cit., p. 125-127.

<sup>317</sup> No mesmo sentido, *Paula Costa e Silva*, embora se referindo apenas às partes: “(...) É observação absolutamente verdadeira: também no domínio processual vale, como cláusula geral, a boa fé. Aliás, que a boa fé é vector fundamental do sistema processual, no que respeita ao modo como as partes se comportam reciprocamente, decorre do recente art. 266-A: ao longo de todo o processo as partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação. Como também já acima dissemos, o processo não é agnóstico, não se podendo confundir os planos da provocação de efeitos processuais típicos com a admissibilidade ou a procedência da postulação (...)”. (SILVA, Paula Costa e. *A Litigância de Má Fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 621).

<sup>318</sup> ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. O abuso do direito de acção e o abuso no processo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 67-75.

doutrina germânica, que inicialmente, a partir de estudo de *Josef Trutter*, abriu-se aos influxos da boa-fé processual mas, ainda no princípio do século XX, passou a advogar uma “radical autonomização do processo civil relativamente ao direito substantivo”, o que “não ajudou à aplicação do § 242 do BGB ao processo”, sendo clássica a construção de *James Goldschmidt* no sentido de que o processo seria “isento de moralidade”<sup>319</sup>. Após um período em que tal orientação permaneceu hígida, e de certo modo recrudescer diante da defesa da liberdade processual – certamente em decorrência dos rescaldos do segundo pós-guerra -, atualmente a doutrina alemã mudou de rumo, e “aceita a recepção e aplicação do princípio da boa fé no âmbito processual”.

Da mesma forma procedem os portugueses, ainda conforme *Pedro de Albuquerque*<sup>320</sup>, sendo seu relato acompanhado de diversos julgados de tribunais portugueses como o Supremo Tribunal de Justiça, a Relação de Lisboa e a Relação do Porto<sup>321</sup>.

Atualmente, o dever de boa-fé – embora restrito às partes<sup>322</sup> – está consagrado no CPC Português, fazendo parte do corpo legislativo desde as grandes reformas de 1995/1996 que alteraram o então vigente CPC/POR/1961, mais precisamente no art. 266º-A. Com a entrada em vigor do novo CPC Português de 2013, a lei 41, de 26 de junho de 2013<sup>323</sup>, o mesmo teor foi mantido no novel art. 8º.

<sup>319</sup> “(...) ‘No processo, como na guerra e na política, a moral não entra’, aforisma extraído por Comoglio da obra clássica de Goldschmidt [O processo como situação jurídica], serve como ponto de partida para demonstrar que a concepção que ele representa, foi inteiramente superada pela noção de processo justo ou garantístico, vitoriosa a partir da segunda metade do século XX.(...)”. (GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 4-28, especialmente p. 23, jul./dez. 2009. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_4a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2014).

<sup>320</sup> ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual...*, ob. cit., p. 76-82.

<sup>321</sup> Veja-se, por exemplo: STJ, 13/10/98 (*Torres Paulo*): “abusa do direito de acção o autor de um despejo, com fundamento na denúncia do contrato em virtude de necessidade real e actual do senhorio, que requer a execução da sentença seis anos decorridos sobre a data da decisão da Relação que confirmou a sentença, tendo entretanto recebido as rendas e passado os competentes recibos” (julgado citado por ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual...*, ob. cit., p. 78).

<sup>322</sup> Há, todavia, importante afirmação de *José Lebre de Freitas* no sentido de que, a partir das reformas de 95/96, os deveres processuais da boa fé processual, da cooperação e da recíproca correção, característicos das partes e dos terceiros intervenientes acidentais, estariam a ser ampliados, pois, segundo o professor português, haveria uma certa “tendência no direito processual actual para acentuar esses deveres processuais e para os estender aos próprios magistrados”. (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil...*, ob. cit., p. 163).

<sup>323</sup> Texto disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2013/06/12100/0351803665.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2014.

Há, ainda, outros dispositivos que, direta ou indiretamente, referem-se à lealdade processual, como os artigos 456º, 457º e 665º, CPC/1961, e que hoje correspondem, respectivamente, aos artigos 542º, 543º e 612º do CPC/2013.

Na Espanha, a lapidar obra monográfica de *Joan Picó i Junoy* dedicada ao estudo tema mostra que, embora existam ainda poucas referências ao estudo da lealdade processual naquele país<sup>324</sup>, o seu reconhecimento é praticamente incontestável, a despeito das críticas dos “garantistas puros” mencionadas anteriormente (item 1.2).

Há, nesse sentido, referência expressa à *buena fe procesal* na *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC)<sup>325</sup>, a Ley n.1/2000, de 7 de janeiro, a qual consagra a obrigatoriedade de que todos intervenientes, em todo tipo de processo, devam ajustar as suas respectivas atuações às regras da boa-fé (n.1, art. 247), além de determinar o rechaço fundamentado, pelos integrantes do Judiciário, de petições e incidentes com manifesto abuso de direito ou fraudes à lei ou processual (n.2, art. 247), com a possibilidade, ainda, de cominações de multas (por decisões devidamente fundamentadas, que variam de 180,00 € a 6.000,00 €, desde que não ultrapassem um terço da quantia em litígio) e envio dos autos aos conselhos de classes respectivos, se o tribunal entender que o ato malicioso tiver sido praticado pelo profissional (n. 4, art. 247).

Ainda na Espanha, a *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ, Ley Orgánica n. 6/1985, de 1 de julho<sup>326</sup>) traz, em seu art. 11, a indispensabilidade do respeito, em todo tipo de procedimento, das regras de boa-fé, sendo ineficazes as provas obtidas direta ou indiretamente com violação aos direitos ou liberdades fundamentais (n.1, art. 11). Há, também, determinação de que os tribunais rechacem fundamentadamente petições, incidentes e exceções formulados com

<sup>324</sup> “(...) Estamos ante una materia de especial repercusión práctica, que afecta a todo tipo de procesos y escasamente analizada por la doctrina procesal española: su repercusión práctica se deduce del uso constante por parte de los tribunales de la buena fe procesal, y una evidente muestra de ello son las quinientas sentencias que se analizan en este trabajo. (...) Y, por último, debo destacar la escasez de estudios de la buena fe en el ámbito procesal, no existiendo ningún trabajo monográfico español actual sobre esta materia, lo que contrasta con el interés que la misma está suscitando en la doctrina extranjera y en los últimos congresos mundiales de Derecho Procesal (...)”. (JUNOY, Joan Picó i. *El principio (...)*, ob. cit., p. 37-38.)

<sup>325</sup> *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Ley n.º 01/2000) Espanhola, disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2014.

<sup>326</sup> Ley Orgánica n. 6/1985, de 1 de julho (LOPJ). Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

manifesto abuso de direito ou fraude à lei ou processual (n.2, art. 11). Por fim, o mesmo art. 11, em seu número 3, preceitua que os tribunais deverão resolver sempre as pretensões a eles submetidas, e que somente poderão rechaçar demandas se os vícios formais ali encontrados forem insanáveis ou não sanados pelo procedimento previsto em lei.

Na mesma norma espanhola, existem ainda previsões relacionadas, direta ou indiretamente, à lealdade processual, como a do art. 418, LOPJ, que enumera faltas graves, dentre outras atitudes, o desrespeito aos superiores hierárquicos (n. 1); o excesso ou abuso de autoridade, ou falta grave de consideração de respeito aos cidadãos, instituições, secretários, médicos forenses ou ao restante das pessoas a serviço da administração da justiça, dos membros do Ministério Fiscal, advogados, procuradores e funcionários da polícia judicial (n. 5); a utilização, em suas decisões judiciais, de expressões desnecessárias ou improcedentes, extravagantes ou manifestamente ofensivas ou desrespeitosas (n. 6); o abandono injustificado e continuado do serviço por mais de três e menos de sete dias da sede do órgão judicial em que o juiz está destinado (n. 9); o descumprimento injustificado e reiterado do horário de audiência pública e a não assistência também injustificada aos atos processuais públicos que estiverem designados (n. 10); o atraso injustificado na iniciação ou tramitação dos processos sob sua responsabilidade (n. 11); e, no que mais interessa à presente Tese (item 6.1.1, parte III), *a adoção de decisões, com manifesto abuso processual, que gerem fictícios incrementos do volume de trabalho em relação com os sistemas de medição fixados pelo Conselho Geral do Poder Judicial* (n. 16).

Na Itália<sup>327</sup>, conforme relata *Enrico Tullio Liebman*<sup>328</sup>, mesmo antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, de 1940, *Guido Calogero*<sup>329</sup> já defendia a existência de um

---

<sup>327</sup> Sobre o tema, consulte: GIOVANUCCI-ORLANDI, Chiara. Sul dovere di lealtà e probità dei difensori nel processo civile e nella legge professionale forense. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano, p. 257-266, 1974; DE STEFANO, Giuseppe. Note sull'abuso del processo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. II, p. 582-600, 1964; CORDOPATRI, Francesco. L'abuso del processo e la condanna alle spese. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano, p. 249-280, 2005; DONDI, Angelo; GIUSSANI, Andrea. Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de *iure condendo*. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano, n.º 1, v. 61, p. 193-198, 2007.

<sup>328</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3.ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165-166. v. I.

dever de lealdade das partes e seus procuradores, sendo certo que o art. 88 do *Codice di Procedura Civile*<sup>330</sup>, por notória influência de *Piero Calamandrei*<sup>331</sup>, apenas “limitou-se a afirmar o dever das partes e de seus defensores ‘de comportar-se em juízo com lealdade e probidade’”<sup>332</sup>.

No art. 92<sup>333</sup>, o *Codice di Procedura Civile* italiano traz a possibilidade de que, mesmo àquele que tenha vencido a causa, seja imputada, se houver violação aos deveres previstos no art. 88, a compensação das despesas processuais com o derrotado que por força da sucumbência deveria com elas arcar. Trata-se de expreso reconhecimento de que há indissociável diferença entre os ônus processuais da sucumbência e as sanções processuais decorrentes da violação à *correttezza processuale*.

---

<sup>329</sup> CALOGERO, Guido. Probità, lealtà, veridicità nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. I, p. 129-153, 1939.

<sup>330</sup> Art. 88. (Dovere di lealtà e di probità). Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi.

<sup>331</sup> Essa é a visão de *José Rogério Cruz e Tucci*, ao descrever a importância de *Calamandrei* para o CPC Italiano de 1940: “(...) Calamandrei aceitou ainda a incumbência de redigir a *Relazione al Re* (espécie de exposição de motivos), que deveria acompanhar o texto legislativo, já aprovado, em 2 de abril de 1940, pelo Conselho de Ministros. Sabiamente, Calamandrei, além de conciliar os poderes discricionários do juiz instrutor com o princípio da legalidade, atenuou o denominado princípio de autoridade, inserindo-o no ‘dever cívico de colaboração da justiça’, e, outrossim, invocou a doutrina de Chiovenda para referendar as profundas alterações introduzidas no projeto. A figura do *giudice istruttore* – aprovada por Calamandrei e que passa a ser o ‘ponto cardeal do novo processo’ (Grandi) – deveria atuar em perfeita sintonia com o colégio, detentor da prerrogativa de proferir os atos decisórios. Outro problema, cuja solução certamente foi influenciada por Calamandrei, é aquele referente ao sistema rígido de preclusões, com a introdução de um sistema mais temperado, permitindo a alegação de novos argumentos até a primeira audiência, ou, até mesmo no curso da demanda, desde que autorizada pelo juiz (arts. 183 e 184 CPC). Calamandrei denominou este sistema de ‘*preclusioni elastiche*’. Iguualmente, prevaleceu a opinião de Calamandrei, já anteriormente manifestada por ocasião do projeto preliminar Solmi: o CPC substituiu as sanções contra a má-fé processual pelo dever de boa-fé e lealdade (art. 88) e, outrossim, pelo poder de o juiz extrair argumentos de prova do comportamento das partes (art. 126)”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Piero Calamandrei - Vida e Obra: contribuição para o estudo do processo civil*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 107-108; destaques acrescentados)

<sup>332</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil...*, ob. cit, p. 166.

<sup>333</sup> Art. 92 (Condanna alle spese per singoli atti. Compensazione delle spese). Il giudice, nel pronunciare la condanna di cui all’articolo precedente, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue; e può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all’articolo 88, essa ha causato all’altra parte. Se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti. Se le parti si sono conciliate, le spese si intendono compensate, salvo che le parti stesse abbiano diversamente convenuto nel processo verbale di conciliazione.

Vale dizer, sobre o tema, que até mesmo por se tratar da imposição de uma sanção, a Corte de Cassação italiana<sup>334</sup> entende por indispensável a motivação específica para tal fim, sob pena de a regra descrita no art. 92, CPC/ITA, mostrar-se ilegítima e servir como porta aberta às arbitrariedades judiciais.

Já o art. 96 do CPC/ITA<sup>335</sup>, ao regular a condenação do sucumbente que tenha agido com má-fé ou culpa grave, prevê a “responsabilità aggravata”, que implicará o ressarcimento pelos prejuízos causados à contraparte, desde que, obviamente, sejam esses comprovados<sup>336</sup>.

O art. 175, CPC/ITA<sup>337</sup>, por seu turno, ao regular o andamento processual, determina que o juiz instrutor deve exercitar todos os poderes necessários para que o procedimento se desenvolva com lealdade.

<sup>334</sup> “Spese processuali, vittoria della causa, compensazione, necessaria motivazione - Cassazione civile, sez. II, sentenza 19.11.2007 n° 23993 - Spese processuali – vittoria della causa – compensazione – necessaria motivazione (art. 92 c.p.c.). Il potere di compensazione delle spese processuali può ritenersi legittimamente esercitato da parte del giudice in quanto risulti affermata e giustificata, in sentenza, la sussistenza dei presupposti cui esso è subordinato, sicché, come il mancato esercizio di tale potere non richiede alcuna motivazione, così il suo esercizio, per non risolversi in mero arbitrio, deve essere necessariamente motivato, nel senso che le ragioni in base alle quali il giudice abbia accertato e valutato la sussistenza dei presupposti di legge devono emergere, se non da una motivazione esplicitamente "specifica", quanto meno da quella complessivamente adottata a fondamento dell'intera pronuncia, cui la decisione di compensazione delle spese accede, onde la mancanza assoluta di motivazione, implicita od esplicita, della decisione di compensazione delle spese nei sensi sopra descritti integra gli estremi della violazione di legge denunciabile e sindacabile anche in sede di legittimità”. (Fonte: *Altalex Massimario* 4/2008. Cfr. nota di Fabio Quadri; disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=39836&idstr=20>>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

<sup>335</sup> Art. 96, CPC ITA (*Responsabilità aggravata*). Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata.

<sup>336</sup> Acerca da norma, com amplas referências jurisprudenciais, consulte: MASSARA, Tommaso dalla; VACCARI, Massimo. *Economia processuale e comportamento delle parti nel processo civile: prime applicazioni del Protocollo 'Valore Prassi' sugli artt. 91, 96 e 614-bis c.p.c.* Napoli: Jovene Editore, 2012.

<sup>337</sup> Art. 175. (Direzione del procedimento). Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento. Egli fissa le udienze successive e i termini entro i quali le parti debbono compiere gli atti processuali. Quando il giudice ha ommesso di provvedere a norma del comma precedente, si applica la disposizione dell'articolo 289.



Apesar disso, e como adiante restará mais bem observado (item 5.1, parte III), os juristas italianos não são fervorosos adeptos das normas acima destacadas, quer porque, como assevera *Enrico Tullio Liebman*, “o processo civil, com sua estrutura contraditório em que a cada uma das partes se atribui a tarefa de sustentar as suas próprias razões, é essencialmente refratário a uma rigorosa disciplina moralista do comportamento daquelas”<sup>338</sup>, quer porque a própria existência de abuso do processo ainda é posta sob severas dúvidas<sup>339</sup>.

Na Alemanha, de acordo com *Stefan Leible*<sup>340</sup>, o princípio jurídico da boa-fé (§ 242 BGB) não só existe como é considerado, pela doutrina majoritária, como o principal fundamento para o

<sup>338</sup> Continuou, ainda, o professor italiano: “(...) Se cada litigante pode contar, para vencer, apenas com a própria capacidade de explorar os elementos e os argumentos favoráveis, não se pode pretender que forneça também os que lhe são desfavoráveis e [que] poderiam favorecer o adversário. Um dever desse sentido não teria qualquer probabilidade de ser observado, e seu único resultado seria o de pôr em dificuldade e em situação embaraçosa a parte mais honesta”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 166).

<sup>339</sup> Em 23 e 24 de setembro de 2011, realizou-se na cidade de Urbino o *XXVIII Convengno Nazionale dell’Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile*, cujo assunto central era exatamente o abuso do processo. Na oportunidade, por exemplo, *Giuliano Scarselli*, Ordinário da Universidade de Siena, após longa exposição, considerou que, na Itália, “stante la legislazione attuale, il c. d. abuso del processo non esiste”. (SCARSELLI, Giuliano. Sul c.d. abuso del processo, in *L’abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p.157-188, especialmente p. 184).

<sup>340</sup> “(...) f) *La prohibición de conducción procesal desleal*. En el ámbito de los actos procesales de las partes el principio de la buena fe ejerce su especial efecto. Si la conducta de la parte viola la buena fe, entonces debe ser rechazado por el tribunal. El fundamento jurídico de este principio es controvertido. La jurisprudencia y bibliografía invocan mayoritariamente el principio jurídico de la buena fe (§242 BGB) también en la consideración de actos procesales. Según otra opinión debe ser prioritaria la aceptación de una especial prohibición de conducción procesal desleal (prohibición de malicia). Se fundamenta dicha prohibición de malicia sobre todo en el objeto del proceso civil, cuya finalidad es, consagrar la justicia material sobre la base de la verdad. Sin perjuicio del fundamento jurídico en la actualidad están reconocidos ampliamente cuatro grupos de casos de conducción procesal desleal. Si la conducta procesal de la parte viola la buena fe, entonces debe ser rechazada por el tribunal. Entonces la necesidad de protección jurídica para el respectivo acto procesal debe ser negada. En lo particular se pueden distinguir siguientes grupos de casos: La prohibición de la creación maliciosa de situaciones procesales alcanza casos, en los que una parte crea una situación procesal determinada, cuyos presupuestos jurídicos por cierto están dados formalmente, pero tales presupuestos se dieron por una conducta maliciosa, es decir desleal y contraria a la buenas costumbres. Ello p.e. es el caso, cuando el solvente titular de una pretensión la cede para su cobro a una persona insolvente, para que este último pueda demandar la pretensión con el otorgamiento de la ayuda en costas (beneficio de litigar sin gastos). La prohibición de conducta procesal contradictoria abarca situaciones en las que una parte se coloca en el proceso en contradicción con sus propios actos procesales (*venire contra factum proprium*). Tal conducta contradictoria p.e. se supone, cuando demandante y demandado peticionan respectivamente las declaraciones de su parte para interrogantes a probar, dando por pronto ambos su conformidad (compár. § 447), pero revocando el demandante su consentimiento tras su propia declaración. Otro grupo de casos se refiere a la pérdida de facultades procesales. En la pérdida de facultades procesales alguien recién hace uso de una facultad procesal no limitada en el tiempo, tras esperar tanto tiempo, que el contrario pudo creer, que él quería mantener la situación hasta ahora vigente. Inadmisibile es finalmente un

rechaço de condutas processuais desleais, as quais, aliás, podem ser enquadradas em quatro categorias, a saber: (i) a proibição de criação maliciosa de situações processuais (quando, por exemplo, alguém de boas condições econômicas transfere seu crédito para um terceiro insolvente realizar a cobrança, a fim de valer da isenção das custas processuais); (ii) a proibição de condutas processuais contraditórias (decorrentes da vedação do *venire contra factum proprium*, adiante mais bem abordado; item 2.5.3.2.a); (iii) a perda de faculdades processuais (*suppressio* e *surrectio*, adiante minudenciadas; item 2.5.3.2.b); e (iv) a prática de faculdades processuais abusivas (cf. item 2.5.3.2.d. e parte III).

*Joan Picó i Junoy*<sup>341</sup>, a partir da análise da doutrina alemã, considera que o sistema tedesco reconheceu o princípio da boa-fé processual, notadamente por força do § 138, parágrafo 1º, da ZPO, que consagra os deveres de integridade ou plenitude e de veracidade, ao determinar que “as partes devem fazer suas declarações sobre questões de fato de forma completa e adequadas à verdade”<sup>342</sup>.

Na Suíça, o art. 52 do *Code de Procédure Civile*, de 19 de dezembro de 2008<sup>343</sup>, expressamente erige, como um de seus princípios processuais, o dever de se conformar às regras de boa-fé a todo aquele que participe do processo.

abuso de facultades procesales. Un abuso de facultades procesales se da, cuando una parte aprovecha deslealmente derechos procesales institucionales, para conseguirse ventajas procesales. Una parte p.e. se abusa de facultades procesales, al recusar reiteradamente sin motivos objetivos a un tribunal. Si existe tal abuso, entonces falta mayormente para el respectivo acto procesal la necesidad de protección jurídica (...). (LEIBLÉ, Stefan. *Proceso civil alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké (Konrad Adenauer-Stiftung), 1998, p. 222-223).

<sup>341</sup> “(...) La recepción de este principio por parte de la doctrina procesal ha merecido diversa suerte en función de las peculiaridades en cada ordenamiento jurídico. De este modo, en la doctrina alemana, probablemente debido al reconocimiento legal en el § 138, párr. 1º ZPO de los deberes de integridad o plenitud (*Vollständigkeitspflicht*) y veracidad (*Wahrheitspflicht*), punto fui asumido como un verdadero principio procesal, y así Lent, refiriéndose a la probidad o buena fe, indica que estamos ante uno de los principios ‘cardinales de todo sistema procesal sano’; y Kisch se refiere al ‘deber de veracidad de las partes’ como uno de los principios fundamentales del sistema procesal ‘en cuanto aclaratorios de la posición de las partes’. (PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal...*, ob. cit., p. 51-52).

<sup>342</sup> Tradução livre da versão espanhola da ZPO, contida em [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_9523-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf), acesso em 08 nov. 2014.

<sup>343</sup> Code du Procédure Civile. Titre 3. Principes de procédure et conditions de recevabilité; Chapitre 1. Principes de procédure. Art. 52. Respect des règles de la bonne foi. Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi. (Disponível em: <<http://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2010/1739.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2014).

Em França, onde a *loyauté procesuel* tem tamanha importância que chega a ser vista por *Loïc Cadiet*<sup>344</sup> como mais relevante que a própria efetividade processual, o *Code du Procédure Civile* expressamente a reconhece nos processos judiciais e arbitrais. O artigo 32-1, CPC/FRA<sup>345</sup> disciplina rigorosamente aquele que age em juízo de modo dilatatório ou abusivo, prevendo multa civil de até 3.000 €, sem prejuízo da eventual reparação de danos. Para o processo arbitral, há ainda previsão específica de respeito à lealdade processual (art. 1464, CPC/FRA), que preceitua a sua observância tanto para as partes como para os árbitros.

Na Grécia, conforme relato de *Guilherme José Braz Oliveira*<sup>346</sup>, com apoio em *Pelayia Yessiou-Faltsi* e *Kerameus*, “o art. 116 [do CPC grego] exige que as partes e seus patronos conduzam o litígio norteados pela *boa-fé e moralidade*”, a proibir, “com isso, a utilização abusiva das vias processuais, regra que tem tido maior aplicação no âmbito dos processos executivos”. Apesar dessa previsão legal, o “princípio tem sido bem pouco aplicado, uma vez que as sanções para o descumprimento desse dever de lealdade processual não têm o condão de constranger as partes a se comportarem de modo *probo* no litígio”<sup>347</sup>.

Mesmo nos sistemas da *common law*, em que, como é cediço, por razões histórico-culturais, o controle do processo é prioritariamente das partes, há preocupação com a proteção do processo contra os males da deslealdade processual.

<sup>344</sup> “(...) Ces différents usages de l’utilité contribuent assurément à définir ce que sont des débats utiles: ce sont des débats qui mettent l’affaire en état d’être jugée, loyalement et efficacement. Il ne faudrait cependant pas en tirer la conclusion que ces vertus sont équivalentes: *la loyauté importe plus que l’efficacité car si la loyauté est un facteur d’efficacité du procès, l’efficacité n’est pas toujours un facteur de loyauté des procédures*. A cet égard, il faut savoir gré à M. Canivet d’avoir récemment rappelé, dans les colonnes de la Semaine juridique, que la qualité d’une procédure, en termes d’efficacité, se mesure au respect des exigences du procès équitable (...)”. (CADIET, Loïc. Construire ensemble des débats utiles..., in *Mélanges Jean Buffet – La Procédure en tous ses états*. Paris: Petites Affiches, 2004, p. 99-115; destaques acrescentados; versão gentilmente cedida pelo próprio autor).

<sup>345</sup> Article 32-1, Code du Procédure Civile FRA (modifié par Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 - art. 77 JORF 29 décembre 2005 en vigueur le 1er mars 2006). Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d’un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006410129&cidTexte=LEGITEX T000006070716&dateTexte=20141111>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>346</sup> OLIVEIRA, Guilherme José Braz. Direito Processual Civil Grego, in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 141-185, especialmente p. 153.

Nesse sentido, como relatam *Geoffrey C. Hazard* e *Michele Taruffo*<sup>348</sup>, nos Estados Unidos da América, o instituto do *contempt of court* (=desfeita ao tribunal<sup>349</sup>) tem larga aplicação pelos juízes a fim de que a corte e suas decisões judiciais sejam respeitadas pelas partes, procuradores e quaisquer pessoas que possam ser por elas atingidas<sup>350</sup>.

Em síntese – porque seus contornos escapam do presente estudo -, pode-se dizer que o *contempt of court* consiste na recusa ao cumprimento de uma ordem judicial, cabendo, para tanto, um procedimento prévio a ser instaurado de ofício ou pelo interessado, que pode resultar em dois tipos de sanções: uma civil (*civil contempt*), que pode gerar multas e até mesmo prisões, ambas com intuito coercitivo, e outra criminal (*criminal contempt*), que visa a punir quem descumpriu as ordens judiciais e, sobretudo, servir como exemplo a evitar que outros adotem a mesma postura desobediente<sup>351</sup>.

Tem-se, em ambos os casos, o exercício do *contempt power* pelos juízes, considerado muito importante no sistema processual norte-americano para manter a autoridade e o respeito ao tribunal, a despeito de muitas críticas de abuso de poder, envolvimento emocional dos magistrados com os casos e conseqüente perda de imparcialidade<sup>352</sup>.

Na Inglaterra<sup>353</sup>, o controle dos abusos se dá prioritariamente por meio das condenações nas pesadas despesas processuais [v. g. *Civil Procedure Rules/1998*, especialmente as *rules*

<sup>348</sup> HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: An Introduction*. New Haven/Londres: Yale University Press, 1993, p. 202-204.

<sup>349</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 275-278, v. II.

<sup>350</sup> No mesmo sentido: VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil...*, *ob. cit.*, p. 122-128.

<sup>351</sup> HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure...*, *ob. cit.*, p. 202.

<sup>352</sup> “(...) The contempt power is essential to maintaining the court’s authority to determine a litigant’s legal responsibilities. At the same time, its exercise is fraught with the risk of arbitrary exercise, especially if the judge becomes emotionally involved with the respondent’s defiance. Advocates of due process argued that another judge always should be designated to determine contempt of court. However, such requirement could lead to infinite regress, in which the respondent becomes defiant in the contempt proceeding itself. In the extreme case, as in the incidents of ordinary litigation, therefore, the fairness of judicial procedure has to depend on the character and self-discipline of the judges and not merely on the rules of procedure”.

<sup>353</sup> FENTIMAN, Richard. Abuse of Procedural Rights: The Position of English Law, in TARUFFO, Michele (ed). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 53-64. ANDREWS, Neil. Abuse of Process in English Litigation, in TARUFFO,

44.3(2) e 44.4(3)], ou, ainda, pela possibilidade de rejeição, pelo magistrado, de uma demanda, requerimento ou exceção que sejam considerados abusivos, sem fundamento razoável, protelatórios ou que tenham sido formulados em desrespeito a uma ordem anteriormente emitida pelo tribunal [v. *rule* 3.4 (1) e (2), CPR/1998].

No Uruguai, conforme relata *Ángel Landoni Sosa*<sup>354</sup>, a lealdade processual, assim como a boa-fé, a veracidade e a probidade, fazem parte de um “conceito mais amplo”, que a doutrina daquele país tem denominado de “princípio da moralidade, o qual implica excluir do processo a malícia, a má-fé, a desonestidade e, em definitivo, a imoralidade”.

De se ver, ademais, que o Uruguai implementou, sobre a lealdade processual, exatamente o que preceitua o *Código de Processo Civil Modelo para a Iberoamérica*<sup>355</sup>, cujo artigo 5º expressamente prevê:

Artículo 5º. *Buena Fe y lealtad procesal*. Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respecto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria<sup>356</sup>

*Ángel Landoni Sosa* ressalta ainda que desde 1938, quando do pronunciamento histórico de *Eduardo Couture* na Faculdade de Direito de Buenos Aires sobre a “Oralidade e a Regra Moral no Processo Civil”, tem sido acentuada a “humanização do processo”, com a vigência da moralidade processual na América Latina, fato que pode ser verificado em dois aspectos: *técnico*, com a inclusão, nos códigos modernos, de normas aptas a assegurar a efetiva vigência do

Michele (ed). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 65-100.

<sup>354</sup> “(...) La aplicación de la regla moral en el proceso es un tema recurrente que ha tenido en el Uruguay amplios desarrollos y ha sido, en el tiempo, una de las preocupaciones constantes de nuestros autores. La buena fe, la lealdad, la veracidad y la probidad son componentes de un concepto más amplio, que nuestra doctrina ha denominado principio de moralidad, en cual implica excluir del proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad y, en definitiva, la inmoralidad, las cuales no pueden ser jamás instrumentos para ganar pleitos (...)”. (SOSA, Ángel Landoni. El principio de moralidad: base fundamental para un proceso justo, in *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Marcos M. Córdoba [Director]. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 391-420, especialmente p. 393, Tomo II).

<sup>355</sup> Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo-4>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

<sup>356</sup> *Código General del Proceso* do Uruguai (Ley 15.982). Disponível em: <<https://www.iberred.org/sites/default/files/cdigo-procesal-civiluruguay.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

princípio da moralidade no processo civil; e *político*, com o abandono do “liberalismo intransigente próprio do século XIX, que fazia do juiz um fantoche da vontade das partes”, para a adoção da figura do juiz ativo, dotado de autoridade com amplas faculdades de controle, ordem e direção do processo<sup>357</sup>.

Na Argentina, embora os códigos processuais civis sejam estaduais, a análise do *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación*<sup>358</sup>, adotado nos Tribunais Federais da Capital Federal Argentina, é suficiente para demonstrar que também por lá há preocupação com a boa-fé e a probidade processuais. Seu artigo 34, n. 5, “d”, integrante do capítulo IV que trata dos “deveres e faculdades dos juízes”, expressamente preceitua ser dever do juiz “*prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe*”.

Em outros dispositivos, como os artigos 45 e 594, há também menção à necessidade de controle, pelo juiz, da “temeridade ou malícia” das partes, seus procuradores ou profissionais intervenientes, com a possibilidade de sanções econômicas e reconhecimento de inadmissibilidade de demandas ou exceções “cuja falta de fundamento não se podia ignorar de acordo com um mínima pauta de razoabilidade ou se encontre baseado em fatos fictícios ou irreais que manifestamente conduzam a dilatar o processo” (art. 45, alterado pela Ley 25.488, art. 2, publicada em 22 de novembro de 2001).

Ainda na América Latina, conforme relata *Eduardo Oteiza*<sup>359</sup>, países como Paraguai e Peru contêm legislações centradas no dever de boa-fé ou probidade, a despeito de divergências acerca da sua amplitude.

No Paraguai<sup>360</sup>, o CPC traz um Capítulo voltado à lealdade processual (Livro I, Título III, Cap. II, arts. 51 a 56), a determinar, por exemplo, que as partes devam atuar em juízo com boa-fé

<sup>357</sup> SOSA, Ángel Landoni. El principio de moralidad: base fundamental..., ob. cit., p. 394.

<sup>358</sup> *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación* (Ley 17.454, de 1921). Disponível em: <<https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civilargentina.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

<sup>359</sup> OTEIZA, Edoardo. Abuso de los Derechos Procesales em América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 95, p. 152-170, 1999. Também publicado em: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord). Abuso dos direitos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 7-32, especialmente p. 12.

<sup>360</sup> Código Processual Civil do Paraguai, Ley 1.337/1988, disponível em <<https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civilparaguay.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2014.

e não exercer abusivamente os direitos que são concedidos pelas leis processuais (art. 51). Para os juízes, os arts. 15 a 17, embora não façam menção à boa-fé ou à lealdade, fixam diversos deveres processuais que, como adiante será mais bem explorado (item 6.1, parte III), estão direta ou indiretamente coligados ao tema, como, por exemplo, a obrigatoriedade de cumprir prazos, participar pessoalmente dos atos processuais, engajar-se na busca de soluções de consenso e punir aqueles que violem a lealdade processual.

No Peru<sup>361</sup>, por seu turno, o CPC, publicado em 23/04/93 traz, logo em seu Título Preliminar, o princípio da conduta processual, que faz expressa referência à obrigatoriedade de adequação, por parte de todos os sujeitos do processo, das suas condutas aos deveres de veracidade, probidade, lealdade e boa-fé. Posteriormente, o mesmo CPC traz outras passagens que se referem à lealdade, como os artigos 109 a 112 (que cuidam dos deveres das partes e seus procuradores, das respectivas responsabilidades e das práticas atentatórias à lealdade) e os arts. 143, 178, 865 e 1372 (que versam, em síntese, sobre a proteção ao terceiro de boa-fé).

No Brasil, a despeito da baixa produção nesse sentido<sup>362</sup>, reconhece-se que o Código de Processo Civil de 1973 consagrou o dever de lealdade, erigindo-o como indispensável não só às partes<sup>363</sup>, *mas para todos os sujeitos e intervenientes do processo* (art. 14, II, CPC, com a redação da lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001), a exigir padrões de conduta condizentes com os valores de uma sociedade justa e solidária<sup>364</sup>.

<sup>361</sup> Código Processual do Peru, de 23/04/93; disponível em: <<https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-per.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2014.

<sup>362</sup> “(...) Na doutrina brasileira, não é comum a menção a uma ‘boa-fé objetiva processual’. Poucos doutrinadores brasileiros aproveitaram essa grande contribuição germânica (*Treu und Glauben*, a proteção objetiva da confiança e da lealdade) em seus estudos sobre o direito processual, que ainda se prendem a uma concepção subjetiva de boa-fé. Ignora-se toda produção doutrinária sobre boa-fé objetiva no direito privado e no direito público. Parece não ter havido “comunicação doutrinária interdisciplinar”, o que é lamentável. Olvida-se, também, a doutrina européia sobre a boa-fé objetiva no processo, principalmente os autores alemães e portugueses (...)” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 60).

<sup>363</sup> *Celso Agrícola Barbi* reconhecia um dever de lealdade e probidade para todas as partes e procuradores, fazendo menção, inclusive, à desnecessidade dos incisos I e III do art. 14, CPC, já que “(...) eles podem ser incluídos no dever mais geral de agir com lealdade, isto é, obedecer as regras do jogo, no qual deve vencer aquele que realmente tem razão”(...). (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 171-174, v. I. Especialmente p. 173).

<sup>364</sup> “(...) No que concerne à natureza jurídica da indenização por litigância de má-fé, constata-se que, ao contrário da multa supracitada, ela não nasce por meio de um negócio jurídico. Ela é prevista em norma de ordem pública,

## 2.5 A fundamentação processual da lealdade

### 2.5.1 A lealdade como princípio

Reconhecida a aplicabilidade da lealdade ao campo processual, resta, por fim, averiguar, sob esse “estrito” viés, de que forma ela poderia ser enquadrada, sem nunca perder de vista o foco na atividade dos julgadores.

Nesse sentido, parece incensurável a posição de *Joan Picó i Junoy*<sup>365</sup> que, em trabalho laureado pela *Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación* com o “Premio Nacional San Raimundo de Penhafort”, demonstrou exaustivamente a *condição principiológica da lealdade processual*, em que pese seu foco ter se voltado, por questões de direito interno, para a atuação das partes.

Para o Professor Catedrático da Universidade de Rovira i Virgili:

El primer interrogante que surge al analizar la aplicación de la buena fe en el marco de un proceso, es el de si las diversas reglas o pautas de conducta que deben adoptar las partes responden a un principio general del proceso que podríamos denominar “principio de la buena fe procesal”. Si por principios del proceso se entienden las “ideas que informan la regulación de los más importantes aspectos de aquél”, esto es, las “ideas base de determinados conjuntos de normas, ideas que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas en ella”, o dicho de otro modo, el “cómo está hecho el proceso” que permite “llegar al conocimiento del comportamiento de los sujetos que intervienen en el proceso, sus posibilidades, cargas y obligaciones procesales”, *necesariamente llegamos a la conclusión de que estamos en presencia de un verdadero principio, el de la buena fe procesal, puesto que, como luego se analizará, la idea de la buena fe se encuentra insita en el fundamento de distintas instituciones procesales, existiendo multitud de normas que tienden a su protección*<sup>366</sup>.

---

disposta nos arts. 16, 17 e 18 do CPC, que regulam a conduta das partes no processo. Por meio desses dispositivos, protege-se, em um primeiro momento, as partes litigantes, e em um segundo, a própria coletividade, pois resguarda e recomenda um *dever geral de lealdade processual*. Essa conduta leal dentro do processo funciona como um requisito necessário para a efetiva existência do procedimento processual, o que nos leva à conclusão de que atua também como uma das bases do direito subjetivo de ação, e em consequência, da segurança jurídica” (STJ, REsp 1.127.721/RS, 3.ª T., j. 03/12/2009, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 18.12.2009; referido acórdão também foi publicado em: WAMBIER, Luiz Rodrigues. A condenação por litigância de má-fé e a sua liquidação, *in Pareceres*. São Paulo: RT, 2012, p. 45 ss., v. 1, nota de rodapé n.º 10).

<sup>365</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal...*, ob. cit., p. 51-69.

<sup>366</sup> *Idem, ibidem*, p. 51; destaques acrescentados.



Se havia dúvidas a esse respeito na doutrina espanhola<sup>367</sup>, essas se dissiparam quase que por completo após a publicação da LEC/2000, notadamente por força de seu art. 247, já mencionado no tópico anterior. Tanto é que, como relata *Picó i Junoy*, a condição principiológica da boa-fé processual está atualmente consagrada “por parte de la jurisprudencia de todas las Salas del Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional”<sup>368</sup>.

Na doutrina brasileira, também reconhecem a existência de um princípio da lealdade, dentre outros<sup>369</sup>, autores como *José Manoel de Arruda Alvim Netto*<sup>370</sup>, *Roberto Rosas*<sup>371</sup>, *Sidnei Agostinho Beneti*<sup>372</sup>, *Humberto Theodoro Júnior*<sup>373</sup> e *Leonardo Greco*<sup>374</sup>, razões pelas quais a presente Tese, como não poderia ser diferente, valer-se-á da mesma posição.

Assim sendo, e à semelhança do que consagrou *Menezes Cordeiro*<sup>375</sup>, se é possível se falar em princípio de boa-fé (=lealdade) no direito privado e, ainda, como se viu, em outros ramos do direito público, o mesmo deve ocorrer na seara processual civil.

<sup>367</sup> Como visto no item 1.2.2., ainda há, notadamente na América Latina, diversas críticas ao reconhecimento do princípio da boa-fé processual. Recentemente, no Chile, por ocasião da apresentação de projeto de lei em que se buscava a implementação de tal condição (art. 5º, Anteprojeto), *Francisco Alberto Ruay Sáez* trouxe à tona mais uma vez os ensinamentos dos “garantistas puros” a rechaçá-la, notadamente as relativas ao ativismo e à quebra de imparcialidade judicial. (SÁEZ, Francisco Alberto Ruay. Análisis crítico sobre la inclusión del Principio de Buena Fe Procesal en el Proyecto de Código Procesal Civil Chileno. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, n. 4-3, p. 53-82, set. 2013).

<sup>368</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal...*, ob. cit, p. 56.

<sup>369</sup> IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual...*, ob. cit., p. 47-68; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108-110; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 173, v. I, t. I.

<sup>370</sup> ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 69, p. 7-ss, 1993;

<sup>371</sup> ROSAS, Roberto. Reforma do Direito Processual: Processo Civil de Conhecimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 740, p. 134-ss, 1997.

<sup>372</sup> BENETI, Sidnei Agostinho. Ação Monitória da Reforma Processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, p. 20-ss, 1995.

<sup>373</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto As nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, p. 38-ss, 1983.

<sup>374</sup> “(...) O princípio da lealdade é um princípio geral do processo e também um princípio informador do sistema das nulidades...” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 468, v. 2).

## 2.5.2 A lealdade como dever

### 2.5.2.1 A necessária diferenciação entre ônus, obrigações e deveres e a consagração de um dever de lealdade

Do reconhecimento da matriz principiológica da lealdade processual, surgem consequências das mais diversas, vislumbradas direta ou indiretamente<sup>376</sup>.

Uma delas, indubitavelmente, é a criação de situações jurídicas passivas como os *ônus, obrigações e deveres*, as quais se relacionam, como se verá, com o princípio da lealdade.

Mas... como se dá essa ligação? Ou, em outras palavras: *a lealdade, dentro do processo, poderia ser vista como um ônus (ou encargo), uma obrigação ou um dever?*

Antes de chegar a essa resposta, mister se faz abordar os próprios conceitos em si considerados, muito embora seja importante ressaltar a possibilidade, conforme observou *Celso Hiroshi Iocohama*<sup>377</sup>, de a lealdade assumir natureza tríplice, de acordo com as especificidades de cada ordenamento.

Um dos pioneiros na busca das definições dessas situações jurídicas passivas foi *Francesco Carnelutti*<sup>378</sup>, que ainda no segundo quartel do século XX demonstrou a ligação entre o estabelecimento de poderes e deveres jurídicos nas relações processuais e a efetivação do próprio processo. Isso porque, conforme lamentou o professor italiano, se aqueles cuja obra se mostra necessária para a configuração de um processo (juiz, partes, defensores, testemunhas,

<sup>375</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de Má Fé...*, ob. cit., p. 125.

<sup>376</sup> Sobre os princípios jurídicos, consulte, por todos: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 97-112.

<sup>377</sup> IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé...*, ob. cit., p. 57-61.

<sup>378</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: “El Foro”, 1997, p. 291-384. Do mesmo autor: *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1933, v. 2; *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1936, v. I. Seus estudos, contudo, foram bastante criticados por *Giacomo Gavazzi* (*L'onere: tra la libertà e l'obbligo*), para quem a obra carneluttiana se preocupava somente em atribuir um viés privatista e individualista aos ônus processuais. Sobre o tema, que escapa dos contornos do presente estudo, confira-se: TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual, *in Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 11, p. 420-431. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_11a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_11a_edicao.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2014.

membros do Ministério Público [MP] *etc.*) estivessem menos preocupados com a economia e fossem mais sensíveis à ética, não haveria necessidade de estabelecimento de deveres e consequentes poderes. Como isso não ocorre, *Carnelutti* remata: “por temor a que el juez no quiera decidir o el testigo no quiera responder, se les impone la respectiva obligación y a la parte se le atribuye el recíproco derecho”<sup>379</sup>.

Assim, como se fossem “nervos do processo”<sup>380</sup>, os vínculos existentes entre as partes e seus defensores, os eventuais terceiros intervenientes, os membros do Ministério Público e, no que aqui mais interessa, os “*componentes del oficio*” (=juízes e servidores de um dado tribunal), fazem surgir uma série de posições jurídicas ativas (poderes) e passivas (deveres, ônus e obrigações), a depender, obviamente, de sua posição ocupada no processo.

Nesse sentido, por exemplo, às partes incumbem os ônus financeiros do processo, de provar os fatos alegados, de preparar um recurso, de comparecer a uma audiência e até mesmo de abastecer o juízo com os meios necessários ao bom andamento do feito<sup>381</sup>. Por outro lado, sobre o membro do MP pesa a obrigação de impugnar uma sentença que lhe diga respeito, sob pena de a omissão poder lhe gerar a consequente responsabilização<sup>382</sup>.

Assim, para *Francesco Carnelutti*<sup>383</sup>, a distinção entre ônus e dever se funda exatamente nas respectivas e diversas sanções cominadas para quem não cumpre um ato: haverá um dever quando a inércia, por parte do obrigado, der lugar a uma sanção jurídica; por outro lado, se da abstenção do fato faz surgir somente a perda dos efeitos decorrentes do próprio ato que deveria ser praticado, estar-se-á falando de ônus.

<sup>379</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones...*, ob. cit., p. 290-291.

<sup>380</sup> A analogia é de *Francesco Carnelutti*, em suas *Instituciones...*, ob. cit., p. 290-291.

<sup>381</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones...*, ob. cit., p. 332-355.

<sup>382</sup> *Idem, ibidem*, p. 311.

<sup>383</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, v. 2. Padova: Cedam, 1933, p. 317: “(...) La funzione del processo di cognizione, p. 317. “La distinzione tra onere e obbligo (...) si fonda sulla diversa sanzione comminata a chi non compia un atto: obbligo vi è solo quando l’inerzia doa luogo alla sanzione giuridica (esecuzione o pena); se invece la astensione dall’atto fa perdere soltanto gli effetti utili dell’atto medesimo, qui occorre la figura dell’onere (...)”

Dessa conceituação, como ressalta *Eros Grau*<sup>384</sup>, *Carnelutti* desenvolveu ainda as noções de “atos devidos” e “atos necessários”, a saber: “*ato devido* é aquele que o direito objetivo impõe na tutela do interesse alheio; *ato necessário*, o que o direito objetivo exige de quem quer conseguir um certo fim, correspondente ao seu próprio interesse. No primeiro caso, o *dever*; no segundo, o *ônus*”.

Outro que se dedicou ao tema foi *Eduardo Couture*<sup>385</sup>. Para o professor uruguaio, por *ônus processual* (ou, em espanhol, “*carga procesal*”) entende-se a necessidade de a parte realizar facultativamente determinado ato para evitar que lhe sobrevenha um prejuízo.

*Obrigação processual*, por sua vez, é a prestação imposta às partes por ocasião do processo, e cuja infração comporta não somente um prejuízo processual para o obrigado, mas também uma responsabilidade econômica a favor da parte contrária, a qual pode se materializar mediante a condenação em custas ou, em alguns ordenamentos, em uma indenização por prejuízos.

*Dever processual*, por fim, é o imperativo legal estabelecido a favor de uma adequada realização do processo, dirigido não apenas ao interesse individual das partes como ao interesse da comunidade, e cuja vulneração pode implicar, além dos efeitos negativos anteriormente citados, a imposição de uma multa.

Como se pode observar, conclui *Joan Picó i Junoy*, “existe un incremento sucesivo de las consecuencias negativas para el caso de infracción de una carga, una obligación o un deber procesal”<sup>386</sup>.

No sistema brasileiro, entretanto, boa parte da doutrina<sup>387</sup> e da jurisprudência<sup>388</sup> não tem estabelecido sinceras diferenças entre os deveres e as obrigações, colocando-os, no mais das vezes, como uma única situação jurídica passiva<sup>389</sup>.

<sup>384</sup> GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. 1982. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

<sup>385</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. Rubens Gomes da Costa. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 120-122. A ele também se refere Joan Picó i Junoy, embora se referindo às edições publicadas em espanhol na Argentina nos anos de 1942 (1.ed.) e 1958 (3.ed.): PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal...*, ob. cit., p. 130-132.

<sup>386</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio...*, ob. cit., p. 132.

A partir dessa tendência, que aqui se segue, as principais dificuldades concretas que restam, das quais podem resultar sérias consequências jurídicas, residem, portanto, na precisa diferenciação entre os *ônus e os deveres*.

*Elicio de Cresci Sobrinho*<sup>390</sup>, com apoio na doutrina alemã de *Lent*, embora reconheça a fragilidade do critério, mostra que uma das principais diferenças entre os ônus e os deveres decorre exatamente das consequências jurídicas dos seus respectivos descumprimentos. Nesse sentido, os ônus geram, para aqueles sobre os quais recaem, a cominação de consequências jurídicas prejudiciais, ao passo que os deveres acarretam, para quem não os obedece, a cominação de meios coativos para o seu cumprimento.

<sup>387</sup> Nesse sentido, *Vicente Greco Filho* que, ao diferenciar ônus de deveres, vale-se indistintamente das expressões “obrigações” e “deveres” para definir a mesma categoria. Veja-se: “(...) “Ônus processual é a situação em que a prática de determinado ato leva a parte a obter determinado efeito processual ou impedir que ele ocorra. O conceito de ônus não equivale ao de dever. *Dever é obrigação*, a que, no outro pólo da relação jurídica, corresponde um direito. *O descumprimento do dever ou da obrigação* gera o direito oposto da prática coativa da conduta ou acarreta uma sanção, específica ou compensatória. Ônus é a oportunidade de agir, prevendo a lei, no caso de omissão, determinada consequência jurídica que a parte escolhe livremente. Ao outro sujeito da relação jurídica não é dado o poder de compelir o titular do ônus a agir. Só a este cabe decidir se atua ou não, aceitando os efeitos da ação ou omissão (...)”. (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13-14, v. 2; destaques acrescentados). Pelo mesmo trajeto caminha *De Plácido e Silva*, que define o substantivo “dever”, advindo do latim *debere*, como uma “(...) *obrigação*, que se impõe a toda pessoa, de fazer ou não fazer alguma coisa, segundo as regras que se inscrevem no direito e mesmo na moral”. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 259).

<sup>388</sup> A corroborar o alegado, vejamos dois julgados de lavra do STJ, ambos relacionados a julgamentos de embargos de declaração, nos quais houve menção à “obrigação processual” [de motivação] e, também, ao “dever” [processual] de motivação. No primeiro restou assentado que “(...) *Não há obrigação processual de serem esmiuçados todos os pontos erguidos nos arrazoados das partes*, bastando a explicitação dos motivos norteadores do convencimento, sobreconcentrando-se no núcleo das relações jurídico-litigiosa, com suficiência para o deslinde (...)” (1T., EDcl no REsp 39.870/PE, Rel. Min. Luiz Pereira, j. 14/06/95, DJ 21/08/95; destaques acrescentados). No segundo, por outro lado, entendeu o STJ que “(...) O Tribunal local decidiu integralmente a questão controvertida e a *fundamentação apresentada obedece, de forma suficiente, ao dever de motivação das decisões judiciais*, motivo pelo qual não se verifica ofensa ao art. 535, II, do CPC (...)” (2T., AgRg no AREsp 463.026/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 01/04/2014, DJe 15/04/2014; destaques acrescentados).

<sup>389</sup> Embora teça as diferenças entre obrigação e dever, *Eros Grau* acaba por relatar que ambos podem ser, de certo modo, equiparados, pois tanto um como o outro são impostos em razão da tutela de interesses alheios, ao passo que o ônus, por seu turno, embora também tenha o mesmo elemento formal (vinculação da vontade), discrepa no seu elemento substancial, qual seja, a da imposição voltada para o atendimento ao próprio interesse (GRAU, Eros. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus..., ob. cit., p. 180-182).

<sup>390</sup> CRESCI SOBRINHO, Elcio de. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 82-84.

A melhor distinção, todavia, entre ônus e deveres, ainda segundo *Elicio Cresci Sobrinho e Lent*<sup>391</sup>, parece passar pelo “livre querer”, o qual estaria presente nos ônus, e não nos deveres. Assim, caso o titular de uma situação jurídica tivesse a oportunidade de, livremente, optar por realizá-la, sem que de sua ação ou omissão pudesse se retirar algum juízo de reprovação, estar-se-ia diante de um autêntico ônus; caso contrário, ter-se-ia um dever.

Da utilização desse critério, prossegue *Cresci Sobrinho*, poder-se-ia retirar outra conclusão, de ordem consequencialista: estando-se perante um ônus, o comportamento negativo de seu titular não pode ser enquadrado como proibido ou anti-jurídico, não sendo possível, destarte, a constituição de, por exemplo, fundamento para a reparação de danos. Se, entretanto, estiver-se diante de um dever, seu não-cumprimento constituiria um comportamento anti-jurídico e, por seqüência, dele poderia nascer a referida pretensão reparatória.

Para *José Frederico Marques*<sup>392</sup>, a diferença básica entre a obrigação e o ônus diz respeito exatamente ao sujeito do prejuízo gerado pelo descumprimento, a saber: “[d]a obrigação insatisfeita, nasce um direito a favor do credor; do ônus não cumprido, surge um prejuízo para o sujeito onerado, tão-sòmente”. Não há, destarte, para o obrigado, a vontade livre de escolha no cumprimento ou não da obrigação, porquanto há interesses alheios envolvidos; para o onerado, por outro lado, o interesse é somente o seu próprio.

Estabelecidas tais premissas conceituais, mister se faz voltar o foco à lealdade processual. Relembre-se: como ela poderia ser classificada?

*Especificamente quanto à lealdade, que aqui importa, ela pode ser considerada um autêntico dever, (aa) seja por força do que determina o art. 14, caput, c/c inciso II, CPC/1973, (bb) seja por conta da exata definição dos seus contornos.*

Veja-se:

(aa) Embora, como relate *José Olympio de Castro Filho*<sup>393</sup>, a preocupação com a lealdade remonte o CPC/1939, foi o CPC/1973<sup>394</sup> o principal responsável pela valorização e a criação de deveres de caráter éticos aos litigantes<sup>395</sup>.

---

<sup>391</sup> *Idem, ibidem*, p. 85.

<sup>392</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 293, v. II.

A despeito da relevância do *Código Buzaid*, o texto originário do art. 14, CPC/73, embora consagrasse expressamente o *dever de lealdade* em seu inciso II, limitava o seu campo de abrangência aos atos das partes e de seus procuradores<sup>396</sup>, redução essa que trazia fundadas dúvidas acerca da efetividade, ou não, do próprio *alcance* desse dever.

---

<sup>393</sup> Nesse sentido: CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 9-13.

<sup>394</sup> Confirme-se, a partir de trecho da Exposição de Motivos do CPC/73: “(...) Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos, porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça.” (BUZOID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 [Lei Federal n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973]*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 15 nov. 2014).

<sup>395</sup> Em interessante bosquejo histórico, *Helena Najjar Abdo* relata: “(...) no que respeita particularmente ao ordenamento brasileiro, antes da entrada do Código de Processo Civil de 1973, predominava uma certa resistência à imposição de deveres aos litigantes, principalmente deveres de caráter ético. Atribui-se essa resistência à concepção individualista e liberal (*laissez-faire*) que permeava o processo no sistema anterior à codificação de 1973. Contudo, a afirmação do caráter publicístico do processo e a compreensão de seus escopos institucionais vieram para reforçar e ampliar os poderes do órgão jurisdicional na conduta do feito, em especial no que diz respeito ao zelo pela rápida solução do litígio, bem como à prevenção e repressão dos atos contrários à lealdade (CPC, art. 125, I e II). Felizmente, a jurisprudência tem adquirido cada vez mais consciência dos escopos institucionais do processo, reconhecendo e reforçando os poderes que a lei confere ao juiz na condução do processo” (ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007, p. 132).

<sup>396</sup> Sobre a redação originária, o próprio *Alfredo Buzaid* escreveu, dando realce ao alcance da redação originária do art. 14, II, CPC, dizer respeito ao dever de lealdade às partes: “(...) *Todos os demais deveres das partes e dos seus procuradores estão em estreita conexão como dever de dizer a verdade*. Assim o art. 14, II, do CPC dispõe que compete às partes e aos seus procuradores “proceder com lealdade e boa-fé”. *Esta norma legal regula a atividade honesta das partes*. A lealdade, como o étimo da palavra indica a toda evidência, consiste em pautar os atos em correspondência com a lei. *O Código de Processo Civil brasileiro disciplinou exhaustivamente todas as manifestações das partes*, estabelecendo os requisitos da petição inicial (art. 282), da contestação (arts. 300, 302 e 303) e a presunção de que são verdadeiros os fatos não impugnados, ressalvadas as exceções previstas no art. 302. Determina de modo preciso os meios legais de prova, distribuindo entre as partes o ônus de sua produção (art. 333). Para se ter uma idéia de: lealdade processual, convém lembrar que o Código preceitua que ‘compete à parte instruir a petição inicial (art. 282) ou a resposta (art. 297) com os documentos necessários a provar-lhe as alegações’ (art. 306). Os dois momentos em que deve ser produzida a prova documental são, portanto, a petição inicial e a resposta. Não está, pois, em conformidade com a lei ocultar documento para só apresentá-lo em outra oportunidade, causando surpresa não só ao juiz como à parte contrária. *Quem assim procede age com deslealdade. A boa fé é a consciência de que a parte está usando o processo sem intenção de descumprir a lei*. O elemento subjetivo entra em conta, sobretudo para distinguir do erro a boa fé, porque, como diz Pontes de Miranda, ‘se pode errar se má fé’. A boa fé concerne às alegações dos fatos e não às controvérsias sobre o direito, a cujo respeito podem surgir opiniões diversas e até diametralmente opostas. Por isso afirma conhecido brocardo que *error iuris nan inducit mala fides*. (...)”. (BUZOID, Alfredo. *Processo e verdade no direito brasileiro. Revista de Processo*, São Paulo, v. 47, p. 92-ss, 1987. Destaques acrescentados).

Afinal, como seria possível se falar em um *dever processual de lealdade* que tivesse que ser respeitado apenas por alguns sujeitos processuais? Seria possível, destarte, considerar *devido* um processo em que um terceiro interveniente, um perito, um auxiliar do cartório, uma autoridade impetrada ou até mesmo um juiz não tivesse de observar a lealdade processual?

Para corrigir esses vícios e evitar que o dever de lealdade caísse no ostracismo, por iniciativa e influência de diversos estudiosos do *Instituto Brasileiro de Direito Processual* (IBDP), foi aprovada a Lei Federal n.º 10.358, de 27 de dezembro de 2001<sup>397</sup>, que, além de alterar diversos outros dispositivos do CPC/73, fez constar, de modo expresse, no novo *caput* do art. 14, CPC/73, que a lealdade deveria ser observada, como um autêntico dever processual, não somente pelas partes como por “*todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*”<sup>398</sup>, não deixando dúvidas, portanto, quanto à sua incidência para a atuação dos julgadores<sup>399</sup>.

<sup>397</sup> Essa é a fala do Min. *José Gregori*, quando do Projeto de Lei 3.475/2000, que se converteu na lei 10.358/2000: “(...) *O Projeto busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e probidade que devem presidir ao desenvolvimento do contraditório, e isso não apenas em relação às partes e seus procuradores, mas também a quaisquer outros participantes do processo*, tais como a autoridade apontada coatora nos mandados de segurança, ou as pessoas em geral que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos judiciais e abster-se de colocar empecilhos à sua efetivação”. Posteriormente, o Relator, Deputado Inaldo Leitão, ao emitir parecer favorável à reforma, ressaltou que essa medida seria “(...) imperiosa para o aprimoramento do processo civil, *desde que enfatiza a responsabilidade de todos aqueles que integram a relação processual, dando rigor mais explícito à norma e penalizando os infratores*”. (Toda a tramitação da norma, incluindo os dois trechos acima referidos, está disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=071E34229624130B819A439201B7996E.node1?codteor=1121512&filename=Avulso+-PL+3475/2000](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=071E34229624130B819A439201B7996E.node1?codteor=1121512&filename=Avulso+-PL+3475/2000)>. Acesso em: 20 nov. 2014; destaques acrescentados).

<sup>398</sup> *Cândido Rangel Dinamarco*, em conhecida obra sobre as reformas processuais, asseverou: “(...) *A Reforma da Reforma* cuidou de levar adiante esse desiderato [de cultivar a ética no processo] incluindo normas de duas naturezas, a saber, (a) mediante a mais clara definição dos itens que compõem o dever de lealdade e (b) mediante a exacerbação das sanções ao desleal. Com esse espírito, a lei n. 10.358, de 27 de dezembro de 2001 deu nova redação ao *caput* do art. 14, ampliando a *todos os participantes do processo* os preceitos éticos contidos em seus diversos incisos (...)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 57).

<sup>399</sup> *Fredie Didier Júnior*, ao comentar a alteração legislativa: “(...) O processo e seu resultado são obras coletivas, fruto do trabalho das partes e de seus advogados, do juiz, dos auxiliares de justiça, de peritos, testemunhas e outros sujeitos que intervêm no processo, como a autoridade coatora e as pessoas em geral que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos judiciais e abster-se de colocar empecilhos à sua efetivação” (JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual: as mudanças introduzidas no CPC pelas Leis n. 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3). No mesmo sentido, José Miguel Garcia Medina: “(...) Os deveres descritos no art. 14 são consectários do princípio da boa-fé objetiva, que diz respeito, de acordo com o *caput* do dispositivo, a *todos*, isto é, não apenas às partes, a terceiros etc., mas também, ao órgão jurisdicional. Trata-se, neste caso, de decorrência do princípio da proteção à



Tem-se, por conseguinte, verdadeira e geral imposição do *dever processual de lealdade*<sup>400</sup> pelo art. 14, II, CPC/73, cujo eventual desatendimento pode ocasionar sanções para seus desleais ofensores<sup>401</sup> (cf. item 6.2, parte III).

(bb) *Como se o texto legislativo não bastasse, a revisitação da própria delimitação da noção de dever é suficiente para estender tal condição à lealdade.*

Assim, ainda que, *ad argumentantum*, considere-se como válida a já criticada diferenciação conceitual entre obrigações (*stricto sensu*) e deveres, não há como deixar de considerar a lealdade como um dever. Veja-se:

Como delineia *Celso Hiroshi Iocohama*<sup>402</sup>, obrigações são atitudes que devem ser tomadas sob pena de se causar prejuízo ao polo adverso da relação jurídica, e que passam a não mais ser exigíveis, obviamente, com o seu cumprimento. De mesma sorte, o descumprimento obrigacional faz nascer para a contraparte uma pretensão, que pode se resolver na condenação (i)

legítima confiança (...)” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012, p. 58).

<sup>400</sup> Como não poderia ser diferente, também a jurisprudência pátria considera haver autêntico dever processual de lealdade. Nesse sentido, *v. g.*, confira-se: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. VIOLAÇÃO DOS DEVERES PROCESSUAIS. ART. 14 COMBINADO COM 17 DO CPC. REDUÇÃO DA MULTA, NOS TERMOS DO ART. 18 DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. (...) 2. A sanção por litigância de má-fé prevista no art. 18 do CPC decorre da ausência de comportamento ético de uma ou ambas as partes da relação jurídico-processual, em que *o litigante viola os deveres processuais previstos no art. 14*, incorrendo a sua conduta em um dos incisos do art. 17. (...)” (STJ, REsp 1.169.415/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4T., j. 25/10/2011, DJe 06/12/2011; destaques acrescentados). No mesmo rumo: “RECURSO ESPECIAL. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. PROTETATÓRIOS. MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO. MULTA. (...) 2. Consideram-se protelatórios os embargos de declaração que consubstanciam violação dolosa aos deveres processuais constantes dos artigos 14 e 17, ambos do Código de Processo Civil, para fins de aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. Precedentes. 3. *Não há de se confundir má-fé, dolo, com erro processual ou falta de técnica jurídica, razão pela qual se mostra desproporcional a aplicação da multa de 1% ao embargante, principalmente quando o Tribunal de origem não identifica o dever processual de lealdade violado e quando o embargante faz a defesa de interpretação que encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, ainda que em corrente minoritária*”. (STJ, REsp 1.177.878/SP, Rel. Min. Castro Meira, 2T., j. 06/04/2010, DJe 14/04/2010; destaques acrescentados).

<sup>401</sup> “1. Probidade processual. O processo civil está pautado pela necessidade de observância da probidade em todos os seus atos. Trata-se da preocupação de fundo ético, que se busca atender com a previsão de deveres éticos ao longo de todo o processo. O art. 14, CPC, prevê deveres. Não se trata de ônus. Eventual desatendimento gera sanção (arts. 14, parágrafo único, 16, 18 e 35, CPC). (...)”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil...*, ob. cit., p. 114-115).

<sup>402</sup> IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé...*, ob. cit., p. 59-60.

da própria obrigação *in natura*, (ii) a uma prestação equivalente ou (iii) à indenização em perdas e danos.

Muito embora seja possível que da constatação da deslealdade decorra a condenação do sujeito ímprobo ao pagamento de uma indenização (como preveem as hipóteses descritas no art. 18, CPC/73), certo é que a lealdade processual, no sistema brasileiro, não está indissociavelmente ligada à existência de prejuízo à parte adversa, já que o principal atingido pela ofensa à lealdade processual é o próprio Estado<sup>403</sup>. Não é por outra razão, aliás, que há orientação pacífica no sentido de que, por exemplo, o reconhecimento da litigância de má-fé deva ser feito *ex officio*<sup>404</sup>. Não se afigura correto, desse modo, classificar de obrigacional, em seu sentido estrito, a lealdade processual.

De mesma forma, deve ser afastada, por completo, a noção de ônus para caracterizar a *correttezza processuale*.

Ora, se nem mesmo a obrigação *stricto sensu* – cujo descumprimento tem o condão de gerar direitos à contraparte – tem contornos suficientes amplos para alcançar a noção de lealdade, o ônus – cuja falta só reúne aptidão para atingir a própria figura do onerado – nem de longe pode ser visto como saída para a caracterização escoreita da lealdade processual.

<sup>403</sup> “(...) Todavia, como aspecto peculiar ao processo, verificou-se que, diferentemente do que ocorria no direito privado, no processo civil um elemento a mais passava a ser envolvido no abuso do direito, a reclamar, por isso mesmo, um tratamento especial do instituto. Realmente, enquanto que, no direito privado, o abuso atingia tão somente à outra parte, ou terceiros, no processo abrange também o Estado. É essa invocação injustificada ou maliciosa dos órgãos jurisdicionais que autoriza reprimir o abuso do direito, ainda quando não haja dano à parte contrária (...)”. (CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do Direito...*, ob. cit., p. 27.

<sup>404</sup> Nesse sentido: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS PELA OAB/SP E PELO AUTOR DA AÇÃO POSSESSÓRIA E SEUS PATRONOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DANO PROCESSUAL. INDENIZAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. MULTA. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO PROMOVENTE E SEUS ADVOGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. ACOLHIMENTO DAS TESES RECURSAIS. (...) 2. É permitido ao Juiz decretar de ofício a litigância de má-fé, podendo condenar o litigante faltoso a pagar multa e a indenizar a parte contrária pelos prejuízos causados (CPC, art. 18, caput e § 2º). (...)” (STJ, 4T., REsp 13.31.660/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 17/12/2013, DJe 11/04/2014; destaques acrescentados). Também a doutrina permite o reconhecimento da litigância de má-fé de ofício, muito embora Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira, quando assim se manifesta, faça inaceitável confusão entre *conhecer de ofício* e *decidir de ofício*, algo que será mais adiante (vide item 4.1) mais bem explicado: “(...) A condenação pode ser de ofício em primeiro ou segundo graus, e não há falar em violação do duplo grau de jurisdição ou do contraditório nesse aspecto: a conduta temerária poderá ocorrer em sede recursal e, mesmo se reconhecida de ofício por atos processuais efetuados em primeira instância, não há necessidade de a parte prejudicada manifestar-se sobre ela (...)”. (OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: RT, 2000, p. 78).

*Assim sendo, não há como separar da noção de dever a lealdade processual, seja porque, como se viu, ela está coligada, por força do art. 14, caput, c/c inciso II, CPC, não só às partes diretamente envolvidas no processo, como também ao próprio Estado enquanto prestador da jurisdição, seja porque ela não se exaure com o seu cumprimento (como ocorre com a obrigação *stricto sensu*), vez que ainda assim podem surgir consequências eminentemente sancionatórias, como as multas ou preclusões (v. g., arts, 17 e 18, CPC/73).*

#### 2.5.2.2 Segue. É possível se falar em um dever processual de lealdade para o juiz?

Verificada a existência de um autêntico dever de lealdade, afigura-se necessário investigar, por ora, se existem ou não deveres processuais para o juiz.

Sobre o assunto, tanto a lei como as normas infralegais que regulam a magistratura são uníssonas em afirmar a existência clara de verdadeiros deveres processuais aos julgadores. Assim, por exemplo, conforme levantamento feito por *Leonardo Greco*<sup>405</sup>, podem ser enumerados como deveres, estritamente ligados à atuação processual, decorrentes dos arts. 35 e 36 da Lei Complementar n.º 35/79 (LOMAN): (i) cumprir e fazer cumprir a lei; (ii) sentenciar e despachar dentro dos prazos que lhe são conferidos; (iii) ser um gestor eficiente do processo, velando pelo seu andamento nos prazos legalmente previstos e fiscalizando os seus subordinados; (iv) tratar os demais sujeitos processuais com respeito e compreensão; (v) ser pontual no expediente e nas audiências; (vi) ser acessível, atendendo a qualquer momento aos que o procurarem em busca de providência urgente; (vii) velar pelo exato recolhimento das custas e demais despesas processuais; (viii) abster-se de manifestar opinião sobre processo pendente.

Do CPC/1973 também podem ser retirados, como deveres dos juízes, o de velar pela celeridade do processo (art. 125, II) e assegurar a paridade de armas (art. 125, I), algo que, como se viu (cap. 1), está diretamente ligado à observância do processo justo. Além disso, podem ser citados, sem qualquer pretensão exaustiva, os deveres de prevenir ou reprimir atos atentatórios à dignidade da justiça (arts. 14 e 600), promover a conciliação ou auto-composição as partes (arts.

---

<sup>405</sup> GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, *no prelo*. Com extensa numeração de deveres para os juízes, veja-se: DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, p. 37-ss, 1986.

331 e 448), decidir e de despachar, mesmo que a lei seja lacunosa ou obscura (art. 126), o dever de adstrição e respeito à iniciativa de questões privativa das partes (art. 1280, o dever de fundamentação das decisões (art. 131), o dever de reconhecer de ofício ou quando provocado os seus impedimentos ou motivos de suspeição (arts. 134 a 136 e 314) e o dever de adotar todas as medidas necessárias para efetivar o cumprimento de ordens e decisões judiciais (art. 14, inc. V).

Como relata *Leonardo Greco*<sup>406</sup>, a Resolução n.º 60/2008, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominada “Código de Ética da Magistratura Nacional”<sup>407</sup>, também imputa deveres aos magistrados, vários deles com o intuito de ratificar ou tornar mais explícitas as imposições já previstas na CF/88 e no CPC, como (i) a independência ética e desempenho isento de influências estranhas (arts. 4º e 5º), com a consequente recusa ao recebimento de benefícios e vantagens que possam comprometê-los (art. 17); (ii) a busca da verdade com objetividade e fundamento (art. 8º); (iii) a equidistância das partes, evitando comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito (art. 8º); (iv) a transparência e a comunicação com os interessados de forma útil, compreensível e clara (arts. 10 e 11); (v) a prudência e o equilíbrio nas relações com os meios de comunicação social (art. 12); (vi) a tolerância e a auto-crítica no reconhecimento e correção dos seus erros (art. 26); (vii) o sigilo profissional (arts. 27 e 28); e (viii) o permanente aprimoramento e atualização dos conhecimentos (arts. 29 a 32).

Em síntese, verifica-se uma infundável soma de *deveres processuais ao julgador*<sup>408</sup>, tornando-se inequívoca a noção de que, como órgão integrante do Judiciário, cumpre-lhe assegurar o cumprimento dos mandamentos constitucionais, fazendo com que se concretizem “de maneira ótima os direitos fundamentais”<sup>409</sup>, afirmando “o respeito aos direitos de todos por uma justiça independente, honesta e eficiente”<sup>410</sup>.

---

<sup>406</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v. I. 5. ed ..., ob. cit., *no prelo*.

<sup>407</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12175-resolucao-no-60-de-19-de-setembro-de-2008>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>408</sup> Também admite a existência de deveres processuais ao juiz: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 403, v. 2.

<sup>409</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 176-177.

<sup>410</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v. I., 5.ed , ob. cit., *no prelo*.

E nem se confundam os deveres com as sujeições. Como bem remata *Menezes Cordeiro*<sup>411</sup>:

(...) a pessoa que integre o pólo passivo de uma verdadeira relação jurídica deve comportar-se de certa forma. Aquela que, pelo contrário, se encontre numa sujeição, nada pode, sequer, fazer e logo nada deve fazer: apenas lhe cabe, passivamente, aguardar que o titular do sujeito potestativo atue, ou não, essa posição. Resultam daqui regimes profundamente diferentes: os deveres implicam condutas e, daí, todo um complexo de regras destinado à sua regulação; as sujeições, pelo contrário, nada implicam. Assim como os direitos potestativos, as sujeições são, como tais, situações absolutas.

Dessa forma, ainda com mais razão se mostra correto entender como *deveres* as obrigações cabíveis aos juízes; afinal, a imprescindibilidade de prestar jurisdição (ainda que na medida de sua competência e em respeito às regras legais), implica a prática de condutas das mais diversas como, por exemplo, o dever de buscar esclarecimento junto às partes acerca de eventual ponto obscuro ou, ainda, o dever de designar a realização de determinada prova que possa vir a ser fundamental para a formação de seu convencimento (vide, a respeito, item 4.2.2).

Pensar, por outro lado, que ao juiz seriam impostas meras sujeições, seria considerar, diversamente do que já restou determinado (cap. 1), que o magistrado deveria se mostrar, no processo, completamente inerte, à semelhança de uma estátua, como muito bem metaforizado por *Barbosa Moreira*<sup>412</sup>. Ao contrário, o processo justo exige do julgador, por força do *dever de prestar jurisdição*, a tomada de diversas posições que em conjunto podem ser consideradas autênticos deveres processuais.

De mesmo modo, não se afigura escorreito considerar que ao juiz seriam imputáveis ônus processuais. Como muito bem destacou *Heitor Vitor Mendonça Sica*<sup>413</sup>, mostra-se “totalmente estranha à atividade do magistrado a figura do ônus, pois nenhum ato judicial visa a [sic] vantagem própria, tampouco a omissão acarreta alguma desvantagem”, já que, continua ele, “o juiz não age em busca de interesses seus, mas sim persegue a aplicação da justiça e o resguardo da paz social, na qualidade de agente do Estado de Direito”.

<sup>411</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado., ob. cit., p. 917.

<sup>412</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a “participação” do juiz no processo civil, in GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 380-394.

<sup>413</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106.

Afinal, se é da própria noção do ônus a necessidade de se realizar determinado ato sob pena de prejuízo do próprio onerado<sup>414</sup> e, como visto, não se podendo atribuir interesse próprio do juiz no processo, cai-se realmente no vazio a possibilidade de qualquer ônus judicial processual<sup>415</sup>.

*Não há dúvidas, portanto, de que também o juiz tem deveres processuais*<sup>416</sup>.

A última consideração, todavia, que se poderia fazer a respeito do tema, seria no sentido de se perquirir, se o magistrado, em vez de deveres processuais, não teria, em verdade, *poderes processuais* a ele concedidos para o cumprimento da função jurisdicional.

Não é por outra razão, aliás, que boa parte da doutrina elenca inúmeros *poderes dos juízes*, os quais podem ser sintetizados, conforme lição de *Leonardo Greco*<sup>417</sup>, em três principais, a saber: *poder de decisão, poder de coerção e poder de documentação*. Como subsidiários e auxiliares dos dois primeiros, *Greco* cita ainda os poderes de conciliação e de impulso.

<sup>414</sup> Sobre a noção de ônus: “(...) Mais do que no direito material, o processo comporta a existência de ônus, correspondente às situações em que a omissão de um ato prejudica o onerado. Há não apenas o ônus de provar, mas também o de alegar, o de impulsionar o processo, de preparar o recurso, de exhibir documento, de comparecer à audiência etc. Direitos formativos e ônus são ambas espécies da categoria mais ampla das situações subjetivas de poder e sujeição. Na verdade, direito formativo e ônus são conceitos substancialmente idênticos. Apenas a formulação é diferente: positiva, no caso do direito afirmativo; negativa, no caso de ônus. ‘Podes praticar o ato x, que te beneficia’, eis a fórmula do direito formativo. ‘Se não praticares o ato y, serás prejudicado’, eis a fórmula do ônus (...)”. (TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 107, p. 18 e 107-ss, 2002.).

<sup>415</sup> No mesmo sentido: “(...) *O juiz não tem ônus*. Tem o poder-dever de agir nos termos da lei, conduzindo o processo a seu final, respeitando a igualdade das partes e aplicando corretamente a lei material ao caso concreto (...)”. (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14, v. 2; destaques acrescentados).

<sup>416</sup> A afirmação é contestada por *Francisco Ramos Méndez*, para quem as normas processuais não impõem, nem às partes, nem ao juiz, nem a qualquer interveniente no processo, deveres (e nem direitos), mas apenas distribuem expectativas e ônus de acordo com o contraditório: “(...) Es doctrina consolidada que las normas procesales no imponen derechos y deberes a las partes, ni al órgano judicial, ni al resto de personas que intervienen en un juicio. Dichas normas se limitan a distribuir las expectativas y cargas de las partes, de acuerdo con un esquema de contradicción. Esta distribución bilateral de la actividad procesal ofrece el marco idóneo para el tratamiento de un caso ante los Tribunales de Justicia. El aprovechar o no dichas oportunidades, o el utilizarlas de una forma u otra, es algo que deben decidir libremente las partes. Cualquier límite debiera estar fijado de antemano de forma objetiva y no con meros *standards* jurídicos de apreciación subjetiva (...)”. (RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *¿Abuso de Derecho en el proceso?*, in MOREIRA, José Carlos Barbosa [coord.]. *Abuso dos Direitos Processuais*. 1.ed. 2. tiragem. São Paulo: RT, 2000, p. 1-6, especialmente p. 4).

<sup>417</sup> *Leonardo Greco* separa um capítulo, o de número IV, do primeiro volume de suas *Instituições* para disciplinar os “poderes inerentes à jurisdição”. Como essa análise extrapola os contornos do presente trabalho, para lá se remete o leitor interessado: GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3. ed..., ob. cit., p. 91-98, v. I.

Certo é que, em conjunto, esses poderes configuram verdadeiras *prerrogativas inerentes ao exercício da jurisdição*, que se justificam exatamente em virtude da função estatal ocupada pelo magistrado no processo.

Noutro giro: esses poderes, conforme ensina *Celso Antônio Bandeira de Mello*<sup>418</sup>, somente são concedidos a alguém por força da indispensável função que, no mais das vezes, a autoridade (*in casu*, a judicial) tem que cumprir. Essa *função* (a jurisdicional, na hipótese que aqui interessa) “existe quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las”. Por isso mesmo, prossegue o renomado administrativista, “tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades”.

Essa é, também, a posição de *Carlos Aurélio Mota de Souza*<sup>419</sup>, para quem “é possível afirmar que os *poderes* que incumbem ao juiz são intrinsecamente *deveres*, sem os quais não poderia exercer plenamente o comando jurisdicional, que o Estado lhe outorgou”.

Sobre o tema, *José Maria Tesheiner*<sup>420</sup> traz importantes reflexões acerca do que seria um *poder-dever*. Para ele, na situação de poder vs. sujeição, existem duas pessoas e um ato a ser praticado. Sujeito ativo, nessa hipótese, seria aquele que pode (ou deve) praticar o ato [*in casu*, o juiz]; passivo, por seu turno, aqueles quem sofrem os efeitos do ato [aqui, de forma imediata, as partes]. Esse ato [de prestar jurisdição], por sua vez, é praticado em benefício de uma comunidade, de um grupo de indivíduos, de pessoa determinada ou indeterminada, ou do próprio titular do poder [os jurisdicionados].

No *poder-dever*, prossegue *Tesheiner*<sup>421</sup>, “há duas situações subjetivas relativas ao mesmo ato, uma de crédito, correspondente ao dever [do juiz, de prestar jurisdição], em relação ao beneficiado pelo ato [titular do direito assegurado pelo processo]; a outra, de poder, em relação a quem sofre os efeitos do ato” [o sucumbente, que terá que se sujeitar à decisão judicial].

---

<sup>418</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 72.

<sup>419</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão do abuso no processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 77.

<sup>420</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. *Situações subjetivas e processo...*, ob. cit.

<sup>421</sup> *Idem, ibidem*.

Como se nota, ainda que se fale em *poder-dever* (ou, como quer *Bandeira de Mello*, “dever-poder”<sup>422</sup>), o certo é que, ao fim e ao cabo, assim como defende *Cândido Rangel Dinamarco*<sup>423</sup>, *os poderes dos juízes somente se justificam quando utilizados como instrumento para a consecução de seus deveres*.

Ocorre, no entanto, que uma das principais questões da presente Tese ainda se mostra descoberta: *há, verdadeiramente, um dever de lealdade para o juiz?*

Resta indubitável, como se viu, que para as partes e seus procuradores<sup>424</sup>, a lealdade constitui um dever, seja por expressa previsão legal, seja por força da quase uma centena de anos de construções doutrinárias que não só rechaçaram a noção de um processo como arena<sup>425</sup> como,

<sup>422</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed..., ob. cit., p. 73.

<sup>423</sup> “(...) **O juiz não tem faculdades nem ônus processuais**. A ordem jurídico-processual não outorga *faculdades nem ônus* ao juiz. Aqueles têm por premissa a disponibilidade de bens ou de situações jurídicas e, daí, serem conceituadas como *liberdade de conduta*: cada qual age ou omite-se segundo sua vontade e sua própria escolha, tendo em vista o resultado que mais lhe agrade. Mas o juiz não está no processo para gestão de seus próprios interesses, senão para regular os de outrem, ou seja, das partes. Não tem disponibilidade alguma sobre esses interesses, que não são seus, nem sobre as situações jurídico-processuais ocupadas por elas. Todos os *poderes* que a lei lhe outorga são acompanhados do *dever* de exercê-los. Quando o juiz defere a produção de prova, ele não o faz porque *optou* por isso, mas porque a parte que a requereu tem direito a ela; nem há *opção pessoal* do juiz, ou mesmo do Estado-jurisdicção, com referência ao processamento de uma causa, de um recurso etc. É ao menos exagerado falar em *discricionariedade judicial* (Teresa Arruda Alvim Wambier). Discricionariedade é o poder de escolha entre duas ou mais condutas igualmente legítimas (Maria Sílvia Zanella di Pietro) – como é a que exerce o administrador ao decidir por construir um hospital e não uma escola, ou o legislador quando tipifica crimes e dosa a e pena ao cominar abstratamente a cada um deles. Ao decidir uma causa ou deferir requerimentos no processo, o juiz tem pela frente a norma jurídica e os fatos provados ou não, que deve confrontar com a lei posta. Ordinariamente só *uma* decisão é legítima e as demais viriam a contrariar direitos e garantias dos sujeitos litigantes. O poder de *livre convencimento* na apreciação das provas (art. 131) não é sinal de discricionariedade, mas um imperativo do indispensável subjetivismo racional indispensável para um bom julgamento; não faculta ao juiz a tomada de posições ou presunções pessoais e as suas conclusões são sempre suscetíveis de reexame pelos órgãos superiores, em grau de recurso (...). Se não tem faculdades processuais, o juiz também *não pode ter ônus*. Só está sujeito a estes aquele que tem a ganhar ou a perder, pelo exercício da faculdade ou pela omissão em exercê-la. O Estado-juiz nada ganha e nada perde no processo, conforme o resultado da causa. Os interesses postos sob seu zelo e tutela não são seus, mas das partes”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 213-214, v. II). Quanto às faculdades processuais, há de ressaltar, apenas a título de curiosidade, que recentemente o STJ consagrou, mediante texto sumulado de sua jurisprudência, a existência de “faculdade do juiz”. Veja-se: “SÚMULA n. 515. *A reunião de execuções fiscais contra o mesmo devedor constitui faculdade do Juiz*” (STJ, 1ª Seção, Disponível no Informativo nº 0544, de 27 de agosto de 2014, acesso em 15 dez 2014; destaques acrescentados).

<sup>424</sup> ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 69, p. 7-ss, 1993.

<sup>425</sup> “[é] antiga a preocupação com a conduta dos sujeitos da demanda. Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado, no qual o juiz era somente o árbitro, e as partes podiam usar de toda argúcia, malícia e



e sobretudo, demonstraram o desacerto e o descrédito das teses defensoras do processo irresponsável<sup>426</sup>.

Acontece, no entanto, que a presente Tese busca perscrutar a condição da lealdade não sob o viés das partes e seus procuradores, matéria já bastante desenvolvida na doutrina nacional e internacional ao longo do século passado. Aqui, o foco de atenção é a atuação do magistrado, daquele que tem a função jurisdicional como trabalho.

Sob tal perspectiva, seria possível se pensar em um dever de lealdade processual do magistrado? Considerando afirmativa essa resposta, qual(is) seria(m) a(s) sanção(ões) do seu descumprimento?

Para tentar responder a essas indagações, importante se faz voltar, ainda que para fins ratificadores, ao conceito de *dever processual*. Para tanto, veja-se como a doutrina portuguesa de *Fernando Luso Soares*<sup>427</sup> o define:

(...) necessidade imposta pelo processo, de as pessoas observarem a sua tramitação de acordo com os fins para que esta foi criada. O cumprimento desses deveres é a garantia directa da própria relação jurídica processual. A sua inobservância implica, naturalmente, sanções, e uma delas, a que nos importa aqui particularmente, traduz-se no funcionamento do instituto da responsabilidade processual subjectiva.

Diz ainda o professor lusitano que os deveres processuais se dividem em “gerais”, que são aqueles que “impendem sobre toda e qualquer pessoa que intervenha no processo”, como os de verdade, lealdade, prontidão e utilidade, e os “específicos”, que “respeitam somente àquele que

---

armas contra o adversário para confundi-lo, e se proclamou a finalidade pública do processo civil, passou-se a exigir dos litigantes uma conduta adequada a esse fim e a atribuir ao julgador maiores faculdades para impor o *fair play*. Existe toda uma gama de deveres morais que acabaram traduzidos em normas jurídicas e uma correspondente série de sanções para o seu descumprimento no campo processual. Tudo como necessária consequência de se ter o processo como um instrumento para a defesa dos direitos e não para ser usado ilegitimamente para prejudicar ou para ocultar a verdade e dificultar a reta aplicação do direito, na medida em que este deve atuar em conformidade com as regras da ética. Deveres que alcançam primeiramente às partes, também o fazendo, logo em seguida, aos procuradores dos litigantes e aos julgadores e seus auxiliares.” (MILMAN, Fabio. *Improbidade processual e comportamento das partes: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 32-33).

<sup>426</sup> “(...) Já tivemos oportunidade, em outra sede, de destacar que, seja qual for sua fundamentação normativa, uma das consequências mais importantes de admitir o aspecto participativo e cooperativo do processo é incluir a boa-fé no debate sobre os atos processuais. E, nesta ordem de ideias, cresceu e se tornou predominante o entendimento de que, no direito processual da atualidade, são inaceitáveis chicanas e expedientes escusos e ilegais”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, ob. cit., p. 127-128).

<sup>427</sup> SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 165-166.

está investido na categoria ou função em atenção ao qual o dever foi estatuído pela lei”. Sob esse segundo aspecto, *Luso Soares* separa os deveres específicos diante da “função desempenhada no processo pelo sujeito-vinculado a cada dever”, ou seja, o juiz, das partes, os mandatários, os auxiliares judiciais e os auxiliares do processo.

Especificamente sobre o *dever geral de lealdade*<sup>428</sup>, *Luso Soares* denota muito claramente a dificuldade de delimitá-lo, aduzindo, porém, que ele deve ser visto como um “freio” à habilidade e à astúcia que fazem parte da própria “estrutura contraditória” do processo, mas que não podem ser ilimitadas.

Para a presente Tese, o mais importante do trabalho de *Luso Soares* é a inserção da lealdade entre a categoria por ele denominada de “deveres gerais”, ou seja, aquela em que se incluem os deveres que devem ser obedecidos por *todos os sujeitos do processo*, mesmo o autor português não tendo chegado, nem quando da definição da lealdade, nem quando da abordagem dos deveres do juiz, a realizar uma abordagem específica nesse sentido.

Essa afirmação, embora importante, não se mostra suficiente para que seja possível comprovar a existência de um dever de lealdade jurisdicional. Faz-se necessário, portanto, prosseguir.

Nesse sentido, as lições de *Antônio do Passo Cabral*<sup>429</sup> e *Pontes de Miranda*<sup>430</sup> podem servir como bons suportes. Para o primeiro, há, para o juiz, um autêntico *dever de engajamento*, ao passo que, para o segundo, deve-se falar em um *dever de obrar, dever de prestar jurisdição*.

<sup>428</sup> “(...) O processo civil, com a sua estrutura contraditória – utilizo palavras expressas de LIEBMAN – ‘é essencialmente refractário a uma rigorosa disciplina moralística do comportamento da partes’. Cada uma delas deve à justiça o respeito pela verdade dos factos (e do direito que invoca) – isso é certo; mas se cada litigante conta, para vencer, com a sua capacidade de fazer valer os seus elementos e argumentos favoráveis, não se pode pretender que ele conduza a lealdade ao ponto de ajudar o adversário. Mas repito, isto em nada se prende com o dever de verdade: não mentir é uma coisa; ser estrategico e astuto sem cometer deslealdades, ainda que seja bastante mais subtil, constitui outra muitíssimo diferente. Certo é, portanto, que a habilidade e a astúcia devem ter um freio, não podendo passar os limites que a moral social estabelece para o cidadão probo e a moral profissional exige quanto ao procedimento dos mandatários forenses. E nisto reside o *dever de lealdade* – o qual, vertido para acontecimentos reais da vida processual, obrigará o juiz a proficiente e escrupuloso esforço: ‘A fórmula da lei – ainda diria LIEBMAN sobre esta matéria – é necessariamente elástica e genérica, e deve ser adaptada pelo intérprete à variedade de casos e circunstâncias’ (...).” (SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual...*, ob. cit., p. 171-173).

<sup>429</sup> “(...) Além da obrigação das partes de contribuir eticamente para a resolução do conflito, o contraditório impõe ainda deveres ao juiz. O principal deles reside na obrigação de instalar e promover verdadeiro debate sobre as questões discutidas no processo, o que poderíamos denominar de *dever de engajamento*. Sem embargo, atualmente ganhou vigor e foi vitoriosa a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um

Ora, se o principal dever do magistrado é *prestar jurisdição* e, como visto (cap. 1), prestar jurisdição nada mais é que, mediante um processo justo, tornar concretos e efetivos os direitos fundamentais de quem tem razão, indubitável é a conclusão de que a lealdade está

---

palco de discussão e interação constantes. O magistrado deve criar as condições para o desenvolvimento de uma ampla discussão entre os demais sujeitos, velando por iguais oportunidades de manifestação, pela sua correta notificação etc., conclamando e incentivando os demais sujeitos a aderirem e participarem. A partir das premissas referentes à democracia deliberativa, o processo passou a ser concebido como um palco deliberativo, um cenário de interações dialéticas que viabilizem o discurso argumentativo dos sujeitos envolvidos. O princípio do contraditório deixa de ser meio de luta egoísta entre as partes (visão privatista), para significar, nesse panorama de cooperação, um pressuposto do próprio julgamento no cenário democrático. Sendo o elemento que fornece ao processo este aspecto discursivo, o contraditório cria um mandamento constitucional do diálogo (*Verfassungsgebot zum Rechtsgespräch*) entre partes e órgão julgador para a formação do juízo. Mas o debate judicial deve ser uma obrigação autorregulativa, voltando-se também para o juiz e, em geral, para todos os agentes estatais no processo. O princípio da cooperação transforma o magistrado um ‘agente-colaborador do processo’, obrigando-o não só a fomentar o debate e proteger as condições para seu desenvolver, mas também e principalmente impondo-lhe o dever de inserir-se neste diálogo. O contraditório participativo não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor dos seus interesses, mas impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas em que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa. E essas reflexões já encontram guarida na legislação estrangeira. O novo Código de Processo Civil francês (art. 16) estabelece um dever do magistrado de observar e *observar ele mesmo* o contraditório. Este deve ser o norte para os sujeitos estatais: incentivar o discurso, mas estar também imerso no debate. Embora não com esta amplitude, esta vem sendo a orientação processual brasileira ao juiz, como percebemos em inúmeros momentos processuais: quando preside a conciliação, quando esclarece as partes sobre os ônus probatórios ou quando as adverte acerca das consequências que podem ter certas condutas processuais. O dever de engajamento é, ainda, um dever que se poderia definir como *originário*, porque é dessa ideia-mãe que outros deveres do magistrado serão extraídos. Com efeito, para o juiz, a máxima da participação gera outras obrigações processuais, denominadas deveres de esclarecimento, de consulta e de prevenção, que veremos mais detalhadamente no próximo capítulo”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno...*, ob. cit, p. 234-236).

<sup>430</sup> “(...) Os juízes são juízes do Estado, funcionários como todos os que exercem função estatal permanente. Não existe, hoje, jurisdição privada, como a da Igreja, a dos ‘senhores’, a dos Estados estrangeiros a respeito dos seus nacionais, o que feriria a independência do país. (...) Enquanto os outros sujeitos da relação processual têm interesse dependente dos resultados do processo, o juiz não tem interesse próprio, qualquer que seja. O seu interesse é transindividual, identifica-se com a missão social que lhe confiou o Estado: realizar o direito objetivo e pacificar, dirimindo contendas. Porque o juiz não tem interesse próprio no processo, de modo que lhe coubesse atuar ou abster-se, a lei fixou-lhe, com toda a precisão, as pautas e os conteúdos de sua atividade, de feição tal que, ocorrendo certas condições, lhe toque executar determinado ato, ato não seu mas estatal, com o conteúdo que convenha ao caso. Toda sua atividade é ordenada no sentido de que, através dêle, seja o Estado que exerce o ato. Daí o seu dever formal de obrar (...) [que] é tão forte que, de todos os funcionários do Estado, o juiz, aparentemente mais tranqüilo e inerte, é aquele de quem se pode dizer estar condenado à atividade. A *lei pune-o por parar, por suspender ou retardar atos e diligências, marca-lhe horas certas, prazos restritos, poda-lhe convicções individuais, força-o a mover-se, na sua atuação profissional, por entre linhas que textos miúdos lhe traçam*”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, arts. 1-152. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 408, v. I).

umbilicalmente aí integrada. Afinal, *não se mostra razoável afirmar que um processo desleal possa ser visto como justo*<sup>431</sup>.

Nessa medida, como também já restou demonstrado (item 2.1), sendo o *giusto processo* a fundamentação constitucional para a lealdade processual e, ainda, cabendo ao magistrado se desincumbir de sua primordial função, única e exclusivamente, mediante um processo que observe todas as garantias, afigura-se impensável separar o dever de lealdade processual da alçada do julgador<sup>432</sup>.

Em conclusão, a arrematar qualquer incerteza, *Leonardo Greco*<sup>433</sup>:

Todo processo é um drama humano, uma interação entre seres humanos, em busca do reconhecimento e da efetividade de direitos por eles invocados. É, portanto, um acontecimento da vida humana, que interrelaciona pessoas que devem respeitar-se mutuamente, na sua dignidade humana e nos seus direitos fundamentais. *Se um desses direitos fundamentais é justamente o direito a um processo justo, todos os sujeitos do processo têm o direito de exigir dos outros probidade e lealdade num ambiente de convivência inspirado nos valores fundamentais da civilidade e da democracia. A probidade ou boa-fé protege a busca da verdade, mas se trata de dever a que estão sujeitos não apenas os litigantes, mas todos os sujeitos processuais, desde o juiz até qualquer participante eventual.*

Demonstrada, a mancheia, a consagração do dever de lealdade processual para o juiz, cumpre averiguar qual(is) consequência(s) daí pode(m) surgir.

<sup>431</sup> “(...) É mais fácil, portanto, a argumentação da existência de um dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Afinal, convenhamos, o processo para ser devido (*giusto*, como dizem os italianos, *equitativo*, como dizem os portugueses) precisa ser ético e legal. Não se poderia aceitar como *justo* um processo pautado em comportamentos desleais ou antiéticos”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. I..., ob. cit., p. 73).

<sup>432</sup> Essa é, também, a posição de *Dhenis Cruz Madeira*: “(...) É claro que a deturpação dos fatos e a falsidade de provas não pode ser utilizada legalmente no discurso processual, mas isso não ocorre por simples compromisso moral ou ético pressupostamente assumido entre os interlocutores. Tal exigência ocorre por aplicação do princípio da lealdade processual, que se traduz num dever legal (deontológico), e não, propriamente, num compromisso moral e subjetivo das partes. A inobservância desse dever gera, segundo a legislação processual e disciplinar, a possibilidade de aplicação de sanções (penas) às partes e seus advogados, valendo lembrar, ainda, que o princípio da lealdade processual também é aplicável à atuação dos promotores de justiça, procuradores públicos e juízes, haja vista que não lhes é juridicamente permitido atuar com deslealdade. Pode-se dizer que o princípio da lealdade é o único princípio informativo do processo que não pode ser suprimido do discurso processual, nem mesmo em favor dos princípios institutivos do contraditório, ampla defesa e isonomia. Talvez por isso, o princípio da lealdade processual mereça ser soerguido, também, ao mesmo plano dos princípios institutivos do processo, haja vista que não pode ser suplantado. Do ponto de vista normativo, os argumentos e provas apresentados de modo desleal ferem o *devido processo* e o princípio da isonomia (...)” (MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação jurídica: (in)compatibilidades entre a Tópica e o Processo*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 404-408).

<sup>433</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 139-140, v. II; destaques acrescentados.

### 2.5.3 As consequências do reconhecimento da lealdade no processo

Dúvidas não restam, desse modo, não só quanto ao reconhecimento da lealdade no campo do processo, seja nos mais modernos ordenamentos estrangeiros, seja no direito pátrio, como quanto à sua condição principiológica, apta a criar autênticos deveres processuais às partes, seus procuradores, “a todos aqueles que intervenham no processo” (art. 14, II, CPC/73) e, como se demonstrou, especialmente ao juiz.

Sucedede, contudo, que dizer, como bem alerta *Jorge Manuel Coutinho de Abreu*<sup>434</sup>, que a boa-fé exige um comportamento “honesto, correcto e leal é dizer ainda muito pouco”, o que acabaria por esvaziar o seu conteúdo. Quais seriam, então, as *consequências concretas* desse reconhecimento?

Para se chegar a essa resposta, imprescindível se faz a análise das chamadas *funções decorrentes da lealdade (interpretativa ou hermenêutica, criadora ou supletiva, e limitadora ou corretiva*<sup>435</sup>), já muito bem delineadas no direito privado<sup>436</sup>, mas cuja incidência no direito processual ainda merece perscrutação.

Veja-se:

#### 2.5.3.1 A função hermenêutica ou interpretativa

Aqui labora a boa-fé objetiva (*rectius*, “lealdade”) como um “*kanon* hábil ao preenchimento de lacunas”, já que da relação contratual constam “eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes”. Trata-se de um

---

<sup>434</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito: Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*. 1ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, p. 59.

<sup>435</sup> “São tradicionalmente imputadas à boa-fé objetiva três distintas funções, quais sejam a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, ob. cit., p. 427-428). Confira-se, ainda: VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil...*, ob. cit., p. 157-161.

<sup>436</sup> A obra de referência é a da professora gaúcha Judith Martins-Costa: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, ob. cit., p. 427-472.

cânone hermenêutico-integrativo, valendo a boa-fé como “uma regra objetiva que concorre para determinar o *comportamento devido*” que seja essencial à “própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto”<sup>437</sup>.

Além disso, a função hermenêutica desempenha um importante papel na seara metodológica, pois, a um só tempo, “*permite a sistematização das decisões judiciais*” (já que seu uso evita, segundo *Martins-Costa*<sup>438</sup>, tanto o apelo a termos variados e “demasiadamente equívocos ou genéricos” como a vedação ao enriquecimento sem causa ou o princípio da solidariedade social) e, ainda, presta-se a afastar qualquer possibilidade de confusão com o recurso à noção de ética, a qual se envereda para conceitos subjetivos, por vezes de índole moral, cultural e até religiosa, algo que certamente enfraqueceria a aplicação *in concreto* de um conceito técnico-operativo como o da boa-fé.

*Especificamente no processo*, a função interpretativa da lealdade se afigura de fundamental relevância, tanto sob o viés das partes como, e no que aqui mais importa, sob o prisma do julgador.

Não é por outra razão, aliás, que *Marie-Emma Boursier*<sup>439</sup> revela ser a lealdade um verdadeiro “guia” a orientar as formas libertárias de julgamento, características das normas amplas e repletas de conceitos jurídicos indeterminados.

Como se sabe, se o legislador *desconfia* do magistrado, busca redigir a norma da forma mais detalhada que conseguir, pretendendo prever todas as possibilidades de interpretação respectivas, a fim de reduzir ou até mesmo bloquear a liberdade jurisdicional e, conseqüentemente, encurtar a distância da regra para a solução que lhe interessa.

Se, por outro lado, o legislador, ao cumprir seu ofício, vale-se de cláusulas gerais, com hipóteses abertas e indeterminadas<sup>440</sup>, e concede ao juiz vasto campo criativo na interpretação das

<sup>437</sup> *Idem, ibidem*, p. 435. Veja-se, ainda, escólio de Nelson Rosenvald: “(...) O recurso interpretativo ao princípio da boa-fé será a forma pela qual o operador do direito preservará a finalidade econômico-social do negócio jurídico e determinará o sentido do contrato em toda a sua trajetória, preservando a relação cooperativa mesmo que a operação hermenêutica contrarie a vontade contratual” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90).

<sup>438</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, ob. cit., p. 436-437.

<sup>439</sup> BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté...*, ob. cit., p. 372-377.

normas, ele *confia na capacidade do magistrado de adequá-las aos contextos econômico, social e cultural* de determinada sociedade, confiança essa que deve refletir, regra geral, os anseios dos próprios jurisdicionados.

Nesse sentido, pode ser considerada *desleal* eventual interpretação arraigada em uma “lógica formal” de uma norma que, ao ser pensada, discutida e levada a cabo pelo legislador, trazia como um de seus espíritos exatamente o abandono do formalismo.

Assim, a lealdade do julgador, no momento de se interpretar as regras, seria a única forma de se evitar arbitrariedades e de se proteger a confiança dos jurisdicionados.

*Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*<sup>441</sup>, em sua magnífica obra sobre o formalismo processual, traz à tona relevante exemplo que ilustra bem a função interpretativa da lealdade no processo.

No REsp 299/RJ, a 4ª Turma do STJ deu provimento a recurso especial para afastar a decadência bienal de uma ação rescisória que havia sido extinta por força do reconhecimento tardio (depois de um decênio!) da inadmissibilidade de um recurso extraordinário nos autos rescindendos.

No caso em tela, interposto recurso extraordinário e regularmente admitido no juízo *a quo*, as partes aguardaram pacientemente o seu julgamento. Mais de dez anos depois, o STF revisou a admissibilidade, em votação majoritária, fazendo com que o RE não viesse a ser conhecido por intempestividade. Seria razoável, como chegou a afirmar o Min. Athos Gusmão Carneiro<sup>442</sup>, que o jurisdicionado tivesse que desconfiar da admissão de seu recurso

<sup>440</sup> “(...) A utilização de cláusulas gerais é uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, exatamente porque permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, a ‘*standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo*’ (...). (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação...*, ob. cit., p. 58; itálicos no original).

<sup>441</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, ob. cit., p. 276.

<sup>442</sup> Trecho do Voto do Min. *Athos Gusmão Carneiro* (p. 12-14 do acórdão) nos autos do REsp 299/RJ, j. 28/08/1989, DJ 02/10/1989, 4ªT., STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=198900086979&dt\\_publicacao=02-10-1989&cod\\_tipo\\_documento=&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=198900086979&dt_publicacao=02-10-1989&cod_tipo_documento=&formato=PDF)>. Acesso em: 17 nov. 2014.

extraordinário para ajuizar, *ad cautelam*, uma ação rescisória? Na hipótese, ressaltando-se eventual litigância de má-fé na interposição recursal, não se mostra razoável “a rigorosa aplicação da lógica formal”, sendo certo que, conforme restou assentado na ementa do citado julgamento, “a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças”<sup>443</sup>.

Sobre o tema, arremata o saudoso professor gaúcho:

(...) impõe-se afastar o formalismo oco e vazio, incapaz de servir às finalidades essenciais do processo – relativizada assim qualquer invalidade daí decorrente –, mormente quando atente contra os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. O que importa, ao fim e ao cabo, é o formalismo-valorativo. *De tal sorte, o formalismo excessivo deve ser combatido com o emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão a sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo*<sup>444</sup>.

Inquestionável, portanto, a lealdade como elemento balizador objetivo para a interpretação das condutas processuais, a fim de determinar o comportamento devido.

### 2.5.3.2 As funções criadora/supletiva e limitadora/corretiva

Por razões naturais, torna-se interessante esquadrihar as duas últimas funções da boa-fé em conjunto, na medida em que, conforme assevera *Anderson Schreiber*<sup>445</sup>, em geral ambas “podem ser reduzidas ao mesmo núcleo formador”, vez que os deveres anexos, o “núcleo da cláusula geral da boa-fé”, ora se impõem de forma positiva, exigindo determinado comportamento, ora de forma negativa, “restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato”.

---

<sup>443</sup> Sobre a ação rescisória (e, obviamente, o seu prazo de ajuizamento), confira-se estudo já publicado: FARIA, Márcio Carvalho. A ação rescisória no Projeto do novo Código de Processo Civil e uma sugestão *de lege ferenda*. *Revista de Processo*, São Paulo v. 225, p. 241-276, 2013.

<sup>444</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, ob. cit., p. 275; destaques acrescentados.

<sup>445</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 89, nota n.º 152.



Nesse diapasão, e valendo-se mais uma vez das lições de *Martins-Costa*, pode-se dizer que diretamente da relação contratual surgem os chamados *deveres primários*, que são aqueles previstos originariamente no pacto e que dizem respeito ao cerne do negócio jurídico a ser realizado. Assim, por exemplo, a entrega da coisa livre e desimpedida pelo locador (art. 22, I e II, lei 8.245/91) ao locatário, o qual, por sua vez, deve arcar com o pagamento dos alugueres (art. 23, I, lei 8.245/91); e a transferência da propriedade do bem móvel, pelo vendedor, às mãos do comprador, mediante o pagamento do preço ajustado (art. 481, CC/2002) *etc.*

Ainda decorrente do contrato, podem surgir os chamados *deveres secundários*, que se subdividem em (i) *meros acessórios da obrigação principal*, mas a que a ela se integram, vez que se destinam a preparar ou assegurar o seu bom cumprimento, como a obrigação de embalar, conservar ou transportar a coisa vendida, por exemplo; e (ii) *secundários com prestação autônoma*, vistos como “verdadeiros sucedâneos da principal, como a obrigação de garantir a coisa, mediante a prestação de garantia autônoma e o dever de indenizar resultante da impossibilidade culposa da prestação”<sup>446</sup>.

Ambos, os deveres primários e secundários, embora relevantes, não são os que aqui interessam. A boa-fé objetiva se relaciona com a criação de uma terceira categoria, a dos chamados *deveres laterais, anexos, acessórios*<sup>447</sup> ou *instrumentais*<sup>448</sup>, entendidos como deveres de conduta, de proteção ou de tutela, “expressões todas que se reportam, direta ou indiretamente, às denominações alemãs *Nebenpflichten* (Esser) – predominante na doutrina de língua portuguesa, *Schulzpflichten* (Stoll) e *weitere Verhaltenspflichten* (Larenz), uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento”<sup>449</sup>.

---

<sup>446</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, ob. cit., p. 438.

<sup>447</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, ob. cit., p. 586-660.

<sup>448</sup> “Deveres instrumentais caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”, servindo, “ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, ob. cit., p. 440).

<sup>449</sup> *Idem, ibidem*, p. 438-439.

Podem ser considerados deveres de conduta, desta feita, os “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”, que se dirigem a todos os participantes do vínculo obrigacional, dos quais são exemplos, dentre outros: (i) deveres de cuidado, previdência e segurança; (ii) deveres de aviso e esclarecimento; (iii) dever de informação; (iv) dever de prestar contas; (v) deveres de cooperação e assistência, como o de colaborar para o correto inadimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; (vi) deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; (vii) deveres de omissão e de segredo<sup>450</sup>.

Como se vê, há deveres dos mais diversos, impostos pela boa-fé, que se relacionam com os objetivos da relação jurídica, e que por isso mesmo variam conforme a situação *in concreto* exige. A opção, destarte, por uma *cláusula geral*<sup>451</sup>, decorrente da lealdade, mostra-se mais correta, a permitir a realização dos deveres laterais conforme a necessidade do caso sob análise<sup>452</sup>.

Em relação ao processo, a realidade não é diferente; a lealdade processual consagra inúmeros deveres laterais ou instrumentais que, a despeito de se relacionarem diretamente com os deveres primários, deles se diferem.

Confirme-se, tomando-se por base a figura do magistrado, o primordial foco deste estudo.

Como acima se afirmou, ao juiz incumbe, dentre outros, o dever de, em nome do Estado, prestar jurisdição. Pode-se, desse modo, a partir da classificação minudenciada por *Martins-Costa* acima descrita, considerar que “prestar jurisdição” é um (senão “o”, conforme lição de *Moacyr Amaral Santos*<sup>453</sup>) autêntico dever primário do juiz.

<sup>450</sup> *Idem, ibidem*, p. 439.

<sup>451</sup> Sobre o conceito de cláusulas gerais, vide: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, ob. cit., p. 273-380; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common Law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 121-ss, 2009; LEÃO, Luís Gustavo de Paiva. As cláusulas gerais e os princípios gerais de direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 37, p. 148, 2009.

<sup>452</sup> No mesmo sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 67.

<sup>453</sup> “(...) À multiplicidade e variedade de poderes atribuídos ao juiz correspondem não poucos deveres. Aliás, todos estes poder-se-iam reduzir a um único, a que todos se prendem: *o dever à prestação jurisdicional*, isto é, dever de processar e decidir as causas de sua competência a ele submetidas (...)”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349-350).

Sucedee, todavia, que para cumpri-lo com correção, diversas são as exigências legais e constitucionais para que a decisão judicial, um dos principais produtos do ofício jurisdicional, não reste viciada. Assim, como se sabe, deve o magistrado, por exemplo, antes de acolher ou rejeitar a pretensão do autor, ouvir o que tem a dizer a respeito a parte contrária, sob pena de nulidade; de mesma sorte, ao sentenciar, deve o julgador fundamentar sua decisão, a fim de evitar, mais uma vez, a pecha da nulidade.

Como dito, todos esses deveres, que *compõem a imposição principal de prestar jurisdição*, podem ser considerados, de acordo com a classificação acima descrita, *primários*.

Acontece, entretanto, que a lealdade processual traz, ao julgador, como se verá mais adiante (item 4.2.2), um sem número de *deveres acessórios* ou *laterais* que, se não observados, a despeito de não se mostrarem, *per si*, suficientes para gerar os defeitos acima narrados, configuram inequívoca ofensa ao *processo justo* descrito no capítulo 1.

Nesse sentido, por exemplo, o cumprimento meramente formal do contraditório (item 4.1), tão bem-vindo em tempos de julgamentos por “pilhas” ou “listas”, a par de não representar nulidade processual<sup>454</sup>, mostra-se inequivocamente violador da lealdade processual.

De mesmo modo, a “fundamentação sucinta”<sup>455</sup>, assim como aquela que não enfrenta todos os pontos suscitados pelas partes durante o curso processual<sup>456</sup>, mesmo sendo aceitas pela

<sup>454</sup> A praxe forense confirma o alegado, sendo usual, cada vez mais, em nome da celeridade, a preparação de listas ou pilhas de números de processos sobre o mesmo assunto central que, em uma assentada, são “julgados” sem que ao menos o(s) magistrado(s) tenha passado os olhos nos autos. Tida, pela maioria dos julgadores, como uma exigência dos dias atuais, a medida nem sempre é bem vista pela doutrina. *Eduardo Carlezzo*, por exemplo, chega inclusive a indagar se seria possível se falar em justiça “quando ocorre o chamado ‘julgamento por pilha’ ou, ainda, “quando assessores de magistrados elaboram decisões”. (CARLEZZO, Eduardo. A arbitragem no direito desportivo. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, São Paulo, v. 1, p. 72-ss, 2002).

<sup>455</sup> “ALIMENTOS. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ACÓRDÃO CABALMENTE MOTIVADO. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. *Não é nula a sentença sucinta*. Situação particular da controvérsia que permitia ao Magistrado decidir de forma concisa. Acórdão que exaustivamente examinou a espécie e fundamentou de forma cabal a fixação dos alimentos. Aplicação do disposto no art. 512 do CPC. Recurso especial não conhecido. (STJ, 4T., REsp 434.489/RN, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 17/09/2002, DJ 25/11/2002, p. 242; destaques acrescentados). Sobre o tema, consulte: CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 81, p. 220-ss, 1996.

<sup>456</sup> “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE PREQUESTIONAMENTO DA SÚMULA N.º 359/STF. RAZÕES DE DECIDIR SUFICIENTES. PRAZO DECADENCIAL. (...) AUSÊNCIA DE FATO NOVO CAPAZ DE ALTERAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. (...) 2. *Quanto ao pedido de*

jurisprudência como válidas, afiguram-se indubitavelmente maculadoras da *correttezza processuale*.

Nessa toada, a produção mambembe de provas judiciais, com o indeferimento de todas aquelas que não tenham importância para a formação individual e solitária do “livre convencimento motivado” do julgador<sup>457</sup>, embora tida por escoreita pela jurisprudência<sup>458</sup>, implica inegável ofensa à lealdade.

Desse modo, *para que sejam respeitados os ditames do processo justo, a lealdade processual comina ao juiz uma série de imposições laterais*<sup>459</sup>, das quais se destacam,

*prequestionamento da Súmula n.º 359 do STF, cumpre asseverar que o juiz não é obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações da parte, sobretudo quando já encontrou motivos suficientes para decidir o feito. (...)”* (STJ, 6T., AgRg no REsp 1.248.714/PR, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira [Des. Conv. do TJ/PE], j. 15/08/2013, DJe 30/08/2013; destaques acrescentados).

<sup>457</sup> “DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL. (...) JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INICIAL QUE NÃO SE APRESENTA INEPTA. (...) IV - Não restando evidenciada a necessidade de produção de prova em audiência o julgamento antecipado da lide não implica em cerceamento de defesa, realçando-se que no tema, predomina a prudente discricção do magistrado, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório. (...)” (STJ, 4T., REsp 78.658/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02/05/1998, DJ 01/03/1999, p. 317; destaques acrescentados).

No mesmo sentido, e ainda mais evidente: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. MAGISTRADO COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. É possível o julgamento antecipado da lide quando o tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias. (...)” (STJ, 3T., AgRg no REsp 1.368.476/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 10/06/2014, DJe 17/06/2014; destaques acrescentados).

<sup>458</sup> RECURSO ESPECIAL – (...) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA – (...) JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - DISPENSA DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL - POSSIBILIDADE - PROVIDÊNCIA NO ÂMBITO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO JUDICIAL - (...) RECURSOS ESPECIAIS IMPROVIDOS. (...) III - Em princípio, cabe à prudente discricção do Magistrado decidir sobre a produção de provas no processo, sendo esse exatamente o caso dos autos, não havendo falar, na espécie, em cerceamento de defesa; (...) (STJ, 3T., REsp 1.051.526/ES, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 17/09/2009, DJe 14/10/2009; destaques acrescentados).

<sup>459</sup> Flávio Luiz Yarshell também considera que a cooperação/colaboração advém do princípio da lealdade processual: “(...) A inadmissibilidade de provas obtidas com violação ao princípio da lealdade – notadamente quando se trata de aplicação de sanções – é reconhecida pela doutrina europeia. Boa ilustração disso é a relativamente recente obra da autora francesa Marie-Emma Boursier. Conforme ela expôs, a aplicação do referido postulado na produção de prova – mesmo à míngua de uma regra escrita expressa – é dado reconhecido e consagrado. Ele está situado no contexto da busca do equilíbrio entre a liberdade na pesquisa da verdade – que assegure a eficácia do sistema de repressão a ilícitos – e as garantias que integram os direitos fundamentais do Homem. Trata-se de

fundamentalmente, os deveres de cooperação<sup>460</sup> intersubjetiva<sup>461</sup>, que podem ser sintetizados, conforme lição de *Miguel Teixeira de Sousa*<sup>462</sup> e *Paula Costa e Silva*<sup>463</sup>, nos deveres de *pedir esclarecimentos, de prevenção, de auxílio e de consulta*, os quais, diante da relevância do tema, serão abordados com minudência no tópico 4.2.2.

Por fim, mas não menos importante, cumpre destacar a *função limitadora* ou *corretiva* decorrente da lealdade processual<sup>464</sup>, a rechaçar atuações em desacordo com a *correttezza processuale*.

Trata-se, conforme bem acentua *Anderson Schreiber*<sup>465</sup>, de um viés negativo ou proibitivo da lealdade, na medida em que veda “comportamentos que, embora legal ou contratualmente

postulado consagrado na doutrina e na jurisprudência, inclusive da Corte Europeia de Direitos Humanos. Referida autora fez alusão à decisão proferida pela Corte de Cassação francesa na qual se repudiou a prova produzida mediante o emprego de astúcia: o juiz instrutor, para obter prova da culpabilidade de suspeito de determinado delito, alterou sua própria voz ao telefone e se fez passar por cliente interessado em adquirir produto ilícito, fazendo-o perante quem seria um dos comparsas do suspeito. Seu estratagema foi descoberto e reconhecido que a prova não poderia ser admitida, nem mesmo a pretexto de uma repressão eficaz. (...) Conforme lembramos em sede diversa, isso decorre do fato de que ‘a prova tem raízes no comportamento ético que inspira o processo, como instrumento posto a serviço do Estado, para consecução de objetivos seus, que não se limitam aos perseguidos pelas partes, nem se restringem à atuação da vontade concreta do direito objetivo. *Nessa medida, os deveres de veracidade e de colaboração estão ligados a um princípio de lealdade, que deve inspirar todos os sujeitos da relação jurídica processual. E, sendo assim, a pré-constituição da prova certamente envolve um dever – que aqui pode ser qualificado dessa forma – cujo conteúdo é uma abstenção: jurídica e eticamente, os interessados devem se abster de pré-constituir prova ilícita’ (...)*”. (YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações acerca da valoração de gravações em violação à lealdade e à boa-fé, in TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix (org). *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro: estudos em homenagem à Professora Elaine Harzheim Macedo*. Caixas do Sul: Plenum, 2010, p. 189-194, especialmente p. 190).

<sup>460</sup> Sobre o tema: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...*, ob. cit, p. 75-77; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010, 97-103.

<sup>461</sup> Não é exagero ratificar: a cooperação intersubjetiva pode ser vista sob dois aspectos, igualmente importantes: (a) no dever de as partes cooperarem com o juízo; (b) no dever de o juízo cooperar com as partes. Apesar da relevância de ambos, a presente Tese irá se fixar, notadamente no item 4.2.2, na hipótese “b”, vez que o foco de sua abordagem, como já reiterado por diversas vezes, é a atuação leal do julgador. Sobre o tema, consulte: GOUVEIA, Lucio Grassi de. *A Função legitimadora do Princípio da Cooperação Intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 32 ss, 2009.

<sup>462</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2.ed. LEX: Lisboa, 1997, p. 33-89.

<sup>463</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 591-616.

<sup>464</sup> “(...) Sob essa ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, ob. cit, p. 457).

assegurados, não se conformem aos *standards* impostos pela cláusula geral”, a ensejar o que se conhece por *exercício inadmissível ou disfuncional*<sup>466</sup> de direitos, do qual são vertentes: (a) a vedação do *venire contra factum proprium*; (b) a *suppressio* (e a *surrectio*); (c) o *tu quoque*<sup>467</sup>; e (d) a proibição dos abusos de direito processuais.

Vejam-se, em específico, obviamente com os contornos que o presente estudo comporta:

#### 2.5.3.2.1 A vedação do *venire contra factum proprium* (v.c.f.p.)

Como é cediço, há muito a doutrina europeia (notadamente a alemã<sup>468</sup> e a portuguesa<sup>469</sup>) trabalha com a noção de se considerar por abusiva a prática, pelo titular do determinado direito, de comportamentos contraditórios que possam violar a confiança da contraparte. A despeito de não ser esse o propósito da Tese, até mesmo para que seja possível investigar a sua aplicabilidade, ou não, no direito processual – e, mais especificamente, para a figura do julgador -, cumpre perpassar sobre os conceitos e características básicas do v.c.f.p.

Nesse mister, *Judith Martins-Costa*<sup>470</sup> assevera:

A doutrina define o *venire contra factum proprium* como a tradução do “exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente”. O princípio postural, pois, “dois comportamentos da mesma pessoa”, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo. Por esta definição e pelos requisitos que contém já se vê que duas dificuldades, pelo menos, cercam a sua operatividade. A primeira diz respeito ao seu âmbito de delimitação e a segunda concerne à articulação com a boa-fé objetiva.

---

<sup>465</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório...*, ob. cit., p. 89.

<sup>466</sup> A expressão “disfuncional” é de Menezes Cordeiro (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância...*, ob. cit., p. 118).

<sup>467</sup> Menezes Cordeiro colhe, da jurisprudência alemã, os seguintes exemplos de *tu quoque*: “(...) BGH, 12-Nov.-1987: é inadmissível o réu invocar uma exceção de compromisso arbitral quando ao autor não tenha a possibilidade de, em arbitragem, obter um título executivo, uma vez que, por falta de meios do próprio réu, a arbitragem não seria possível; BGH 18-Nov.-1999: é inadmissível o réu invocar uma exceção de prévio recurso a determinada mediação previamente acordada quando, pela recusa do próprio réu de pagar a sua parte das custas da mediação, ela não seja possível”. (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância...*, ob. cit., p. 130).

<sup>468</sup> ZEISS, Walter. *El dolo procesal: aporte a la precisación teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1979.

<sup>469</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

<sup>470</sup> COSTA, Judith-Martins. *A boa-fé no direito privado...*, ob. cit., p. 470.

Menezes Cordeiro<sup>471</sup>, por seu turno, ressalta que a “locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”, exercício esse que “é tido, sem contestação por parte a doutrina que o conhece, como inadmissível”. Assim, o “*venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”<sup>472</sup>.

Walter Zeiss<sup>473</sup>, ainda no final da década de 1960, ao escrever sobre o dolo processual, enfrentou o tema:

Por *venire contra factum proprium* se entiende, en derecho civil, que el ejercicio de un derecho o la invocación de una posición jurídica es inadmisibile cuando está en contradicción con la conducta anterior del ilegitimado y la actual conducta procesal viola además la buena fe. La buena fe habrá sido violada cuando el adversario haya tenido razón para confiar en la conducta anterior del que ahora sale accionando, ya se haya ajustado o acomodado por tanto a una determinada situación de hecho o de derecho.

Em síntese: há *v.c.f.p.* quando o titular de um direito (ou de um dever, admitindo-se a sua aplicabilidade para os juízes, como exposto no item 2.5.2.2), manifesta dois ou mais comportamentos que, diretamente entre si, mostrem-se contraditórios<sup>474</sup>, a gerar quebra de confiança no(s) outro(s) integrante(s) da relação jurídica, que, por essa razão, pode(m) vir a experimentar prejuízos ou desvantagens.

Vale dizer: a vedação do *v.c.f.p.* não tutela nem proíbe a primeira conduta, mas busca sancionar uma conduta posterior que tenha violado, objetivamente, o dever de lealdade para com a contraparte que, em virtude da primeira manifestação, empreendeu sua confiança.

Os dois comportamentos, se *fossem analisados isoladamente*, seriam lícitos em si e, portanto, não só deveriam ser tido por permitidos como por escorregios; *em conjunto*, todavia,

<sup>471</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé...*, ob. cit., p. 742.

<sup>472</sup> *Idem, ibidem*, p. 745.

<sup>473</sup> O exemplar consultado é o que contém a versão espanhola, traduzida por Tomas A. Banzhaf em 1979: ZEISS, Walter. *El dolo procesal...*, ob. cit., p. 35.

<sup>474</sup> “(...) O âmbito extenso de que o *venire contra factum proprium* se pode revestir requer uma delimitação prévia, ainda que empírica e provisória, do alcance figurativo da fórmula. Desse modo, só se considera como *venire contra factum proprium* a contradição directa entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor”. (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé...*, ob. cit., p. 746).

distantes apenas por um lapso determinado de tempo, mostram-se contraditórios, violadores da lealdade e, por isso mesmo, ilegítimos.

Pode ocorrer, o *v.c.f.p.*, segundo *Menezes Cordeiro*<sup>475</sup>, em duas situações ou *sub-modalidades*: “quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue”.

Para *Judith Martins-Costa*<sup>476</sup>, são elementos à configuração do *v.c.f.p.*: (1º) “atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica”; (2º) “adesão da contraparte – porque confiou – neste fato”; (3º) “o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada”; e, por fim, (4º) “o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara”.

Importante esclarecer, antes de prosseguir, que a doutrina do *v.c.f.p.* não pode ser aplicada rigorosa e artificialmente, como se a mudança de pensamentos, atitudes e até mesmo de personalidade não fossem da própria essência contraditória do ser humano. A vida – e, obviamente, o processo – pressupõem altos e baixos, variações de rotas, alternativas das mais diversas e, por vezes, inimagináveis. Nesse sentido, como ressaltou *Martins-Costa*<sup>477</sup>, “a proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais que uma abstração, um castigo”.

Assim sendo, não é possível se “enrijecer todas as possibilidades da surpresa, do inesperado e do imprevisito na condição humana”; definitivamente, não é dessa maneira que o

<sup>475</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé...*, ob. cit., p. 747.

<sup>476</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, ob. cit., p. 471.

<sup>477</sup> “(...) Quanto à delimitação do princípio, a dificuldade decorre de uma constatação elementar: não é possível ao direito vedar, de forma absoluta, as contradições da conduta humana. O homem, escreveu magistralmente Borges, nada mais é que ‘un hecho entre los hechos/que vive en la zozobra cotidiana/y dirige para exaltaciones y penas/la incertitud de los otros’. A proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais que uma abstração, um castigo. Estar-se-ia a enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisito na condição humana. Portanto, o que o princípio proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a *relação de confiança recíproca* minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial (...)”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, ob. cit., p. 470).



*v.c.f.p.* deve ser vislumbrado. Seu foco de tutela se destina, conseqüentemente, apenas e tão-somente à vedação do “comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial”.

Essa advertência, no campo processual, mostra-se ainda mais pertinente, seja por força da natureza dinâmica das mais diversas situações jurídicas que existem em uma demanda, seja por conta da desmedida duração temporal de um processo, durante a qual, como usualmente ocorre, podem surgir incontáveis alterações nas situações fáticas concretas, que, direta ou indiretamente, podem vir a fulminar estratégias processuais anteriormente traçadas.

*Menezes Cordeiro*<sup>478</sup> também mostra essa preocupação. Ao citar diversos críticos do *v.c.f.p.* processual, elenca que ele poderia gerar uma “limitação excessiva que adviria de uma permanente vinculação das partes aos comportamentos processuais que porventura assumissem um dia, com prejuízo para a possibilidade de se poderem adaptar à evolução processual”.

Exatamente por essa razão, parece ser necessário agregar, aos quatro requisitos acima descritos, um *quinto* – que se liga à cooperação, como se verá no item 6.2.2.3.c – para se poder concretizar o *v.c.f.p.*, ou seja: que a *alteração contraditória de posições incompatíveis seja imotivada ou, pelo menos, não precedida de um motivo válido, a gerar violação da expectativa legítima que o(s) outro(s) sujeito(s) processual tem diante da prática de determinado ato*<sup>479</sup>.

Superada essa indispensável advertência, veja-se como o *v.c.f.p.* tem sido trabalhado na seara processual.

Nesse cenário, já de algum tempo é possível encontrar posições doutrinárias<sup>480</sup> e até mesmo alguns julgados<sup>481</sup> que têm entendido cabíveis os efeitos do *v.c.f.p.* para as atitudes das

<sup>478</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, ob. cit., p. 378, nota n.º 441.

<sup>479</sup> De fundamental importância, como se verá, no cap. 6.2.2.3, parte III, a atenção para tal “requisito”, porquanto indissociavelmente ligado ao *dever de diálogo imposto ao julgador*.

<sup>480</sup> BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté...*, ob. cit., p. 245 ss.; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 131-134.

<sup>481</sup> Nesse sentido: “(...) O princípio da boa-fé objetiva proíbe que a parte assuma comportamentos contraditórios no desenvolvimento da relação processual, o que resulta na vedação do *venire contra factum proprium*, aplicável também ao direito processual (...)”. (STJ, 2T., AG no REsp 1.280.482/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 07/02/12, DJe 13/4/12).

partes e seus procuradores. Veja-se, por exemplo, sem qualquer pretensão de exaurir o tema, julgamentos realizados pelo STJ a respeito do tema:

(i) há *v.c.f.p.* quando a parte requer, primeiramente, a retratação da decisão monocrática anteriormente proferida pelo relator e, caso essa seja negada, que o próprio julgador se dê por impedido (STJ, 4T., AgRg no REsp 975.529/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06/11/12, DJe 12/11/12);

(ii) há *v.c.f.p.* quando a parte requer que as intimações se deem em nome de determinado advogado e, posteriormente, quando do acolhimento de seu pedido, pleiteia a nulidade dessa intimação (STJ, 1T., REsp 29.356, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 06/10/09, DJe 13/10/09);

(iii) há *v.c.f.p.* quando a parte autora impugna, sob pretexto de necessidade de realização de prova pericial, decisão judicial que, em sede de exceção de impugnação ao valor à causa, fixou o valor da demanda exatamente no mesmo montante por ela afirmado em petição inicial de ação de reparação por danos materiais (STJ, 2T., AgRg no REsp 946.499, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18/10/07, DJ 05/11/07);

*Menezes Cordeiro*<sup>482</sup> traz, como exemplo, conhecido julgado alemão (BGH, 20 maio de 1968; BGHZ<sup>483</sup> 50 [1968], 191-197 [192 e 196]) em que se o *BGH*<sup>484</sup> vedou, por força do *v.c.f.p.*, a exceção judicial de compromisso arbitral por uma parte de um réu que, perante o tribunal arbitral, havia anteriormente suscitado a sua incompetência.

Malgrado o reconhecimento do *v.c.f.p.* processual esteja, como visto, sendo aceito cada vez com maior largueza, sobreleva considerar que, para os fins desta investigação, a *posição do julgador ainda se mostra nebulosa a esse respeito*<sup>485</sup>.

<sup>482</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, ob. cit., p. 378.

<sup>483</sup> BGHZ – Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (Decisões do Superior Tribunal Federal da Alemanha em matéria civil; periódico).

<sup>484</sup> BGH: *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal alemão).

<sup>485</sup> *Anderson Schreiber*, por exemplo, ao perscrutar o instituto *sub examine* somente sob o viés da uniformidade jurisprudencial, afirma que no sistema brasileiro não é possível se valer da doutrina do *v. c. f. p.* para a prestação jurisdicional. Para ele, embora seja conveniente certo grau de uniformidade nas decisões judiciais, o livre convencimento do juiz é previsto como regra no Brasil, sendo certo que “não se poderia invocar uma legítima confiança na absoluta uniformidade dos atos jurisdicionais”. Além disso, a necessidade de observância de precedentes, por aqui, decorre de expressas previsões legais (*v. g.*, arts. 518 e 557, CPC), tratando-se, destarte,

Em outras palavras: seria possível vedar, ao juiz, no exercício de sua função jurisdicional, para que não se vulnere a confiança<sup>486</sup>, a prática de determinado ato processual *de per se* lícito, por conta de outro ato anteriormente praticado que tenha causado, no(s) jurisdicionado(s), uma expectativa legítima<sup>487</sup>?

A indagação comporta, para sua correta inteligência, algumas especificações:

A *um*: seria possível equiparar, para efeito do enunciado acima descrito, a prática de um ato judicial relativo a uma questão já decidida (o que demandaria um juízo de retratação) com a manifestação judicial, pela primeira vez<sup>488</sup>, sobre dado ponto de relevo?

A *dois*: a *natureza* da matéria a ser enfrentada, pelo juiz, também não teria relevância? Pode ser considerado, para tal fim, de idêntico peso o enfrentamento de questões de ordem pública (aquelas, como se sabe, para as quais há o dever de conhecimento oficioso pelo magistrado) e de questões que não apresentem tal feição?

As respostas a todas essas particularidades, cruciais para o presente estudo, exigem um enfrentamento em separado, o qual será feito no item 6.2.2.3, parte III.

“em que a invocação do *nemo potest venire contra factum proprium* mostra-se (...) desnecessária”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento...*, ob. cit., p. 245-249).

<sup>486</sup> “(...) Para que se aplique o princípio de proibição do comportamento contraditório não basta um *factum proprium*. É preciso que tal *factum proprium* desperte em outrem uma legítima confiança na conservação de seu sentido objetivo. A confiança que se perquire aí não é um estado psicológico, subjetivo, daquele sobre quem repercute o comportamento inicial. Trata-se, antes, de uma adesão ao sentido objetivamente extraído do *factum proprium*. Somente na análise de cada caso concreto será possível verificar a ocorrência ou não desta adesão ao comportamento inicial, mas servem de indícios gerais não-cumulativos (i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*, (ii) a divulgação pública das expectativas depositadas, (iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial, (iv) o grau elevado de sua repercussão exterior, (v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento, e assim por diante (...)”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento...*, ob. cit., p. 141-142).

<sup>487</sup> “(...) Não basta, todavia, o estado de confiança; é preciso que tal confiança seja legítima, no sentido de que deve derivar razoavelmente do comportamento inicial. Assim, a reserva expressa de possibilidade de contradição por quem pratica o comportamento exclui, a princípio, a legitimidade da confiança. O *nemo potest venire contra factum proprium* também não tutela a confiança do deslumbrado, que obtém financiamentos a juros elevados e adquire bens de alto valor, por conta dos resultados oriundos de uma futura contratação que ele tem como certa a partir de um convite para almoçar. Não há aí o estado de confiança legítima que o princípio exige, como não o há naquelas situações em que a lei autoriza expressamente a contradição do próprio comportamento. Também se exclui, em regra, a legitimidade da confiança diante de comprovada má-fé por parte daquele que invoca a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório (...)”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento...*, ob. cit., p. 143-144).

<sup>488</sup> Em verdade, se a discussão versar sobre a (im)possibilidade de enfrentamento de questão ainda não decidida pelo juiz, estar-se-á tratando sobre a *suppressio* ou *verwirkung*, abordada no item (ii) adiante.

Por ora, e para que o leitor possa ter uma percepção da importância do que virá adiante, cumpre destacar que, críticas à parte, *a jurisprudência pátria começa a dar sinais de que, também para o julgador, mostra-se aplicável o v.c.f.p. como modelo ensejador de certos requisitos de conduta.*

Nesse desiderato, por exemplo, já decidiu o STJ que:

(i) *há v.c.f.p. para o juiz* que, primeiramente, havia homologado acordo processual das partes para a suspensão do processo até determinada data e, depois, contraditoriamente, durante esse interstício, houve por determinar a publicação de sentença, vindo a considerar tal data como *dies a quo* para a futura interposição de apelação (STJ, 2T., REsp 1.306.463/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 04/09/2012, DJe 11/09/2012; Informativo/STJ n.º 503, de 27/08/12 a 06/09/12)

(ii) *há v.c.f.p. para o juiz* que, mesmo sem necessidade, adotou a postura de intimar o autor de petição inicial de embargos à execução para que esse procedesse ao recolhimento do preparo e, depois, contraditoriamente, mesmo tendo a parte cumprido tal diligência, houve por indeferir o processamento da exordial, sem julgamento de mérito, com base no art. 267, IV, CPC/73 (STJ, 3T., REsp 1.116.574/ES, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 14/04/2011, DJe 27/04/2011).

#### 2.5.3.2.2 A *suppressio*<sup>489</sup> (e a *surrectio*)

Do lapidar conceito de *Menezes Cordeiro*<sup>490</sup>, “diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”.

A *surrectio* (surgimento), por seu turno, tradução do alemão *Erwirkung*, deve ser vista como a outra face da moeda: “(...) já que “ora faz desaparecer um direito que não corresponda à

---

<sup>489</sup> Importante esclarecer, para o leitor e pesquisador interessado, que no Brasil diversos são os julgados que se referem ao termo sem uma letra “p”, chamando-o de “supressio”. A presente Tese, todavia, irá se fincar na tradição lusitana, sem qualquer menoscabo daqueles que porventura se valham da ortografia descrita.

<sup>490</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil...*, ob. cit., p. 803.

efectividade social – é a *suppressio* – ora faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efectividade social, era tido como presente – é a *surrectio*”<sup>491</sup>.

Tradução do alemão *Verwirkung*, a *suppressio* tem origem jurisprudencial, tendo a sua manifestação mais antiga advindo, como relata *Menezes Cordeiro*<sup>492</sup>, ainda no último quartel do século XIX, no âmbito de vendas comerciais. Nesses casos, uma das partes contratantes, mesmo na inexistência de prazos legais ou contratuais para tanto, deixa de manifestar direito que possuía por determinado período de tempo, inércia essa apta a gerar expectativas na contraparte de que a situação fática ou jurídica não iria se modificar. Ainda assim, em manifesta “demora desleal”, a pretensão é exercida, de modo inconciliável com a boa-fé e, por isso mesmo, ilegítima.

“Foram, no entanto, as perturbações económicas causadas pela primeira grande guerra e, sobretudo, pela inflação, que lavaram à consagração dogmática definitiva da *suppressio*”, conforme explica *Menezes Cordeiro*<sup>493</sup>. No primeiro caso, por força das “imprevisíveis alterações nos preços de certas mercadorias, ou dificuldades acrescidas na realização de determinados fornecimentos” e, no segundo, “através do chamado direito da valorização monetária”, para evitar as óbvias perdas da inflação, foi-se necessário consagrar, definitivamente, a *suppressio*.

No âmbito do direito privado, há incontáveis referências jurisprudenciais e doutrinárias a reconhecer a *suppressio* como apta a extinguir direitos daquele que, deslealmente, quedou-se inerte por um considerável período de tempo, incutindo na parte adversa o sentimento de que dada conduta não mais seria praticada<sup>494</sup>.

São, destarte, como bem sintetiza *Marcelo Dickstein*<sup>495</sup>, requisitos para a *suppressio* (e para a *surrectio*):

<sup>491</sup> *Idem, ibidem*, p. 816.

<sup>492</sup> *Idem, ibidem*, p. 798-801.

<sup>493</sup> *Idem, ibidem*, p. 801.

<sup>494</sup> Sobre o tema, consulte: DICKSTEIN, Marcelo. *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: Surrectio e Suppressio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Na jurisprudência, podem ser citados, como exemplos: STJ, 4T., REsp 214.680, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/08/99, DJ 16/11/99; STJ, 3T., REsp 1.096.639, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09/12/08, DJe 12/02/09; STJ, 3T., REsp 953.389/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23/02/2010, DJe 15/03/2010.

<sup>495</sup> DICKSTEIN, Marcelo. *A boa-fé objetiva...*, ob. cit., p. 130.

(i) a conduta inicial reiterada, sendo comissiva para a *surrectio* e omissiva para a *suppressio*; (ii) a legítima confiança justificada pelo decurso do tempo; (iii) um comportamento contraditório que, em um segundo momento, irá frustrar as expectativas da contraparte, pois estará em desencontro com a conduta inicialmente adotada; (iv) o prejuízo causado, pois a segunda conduta deve piorar a situação do sujeito; e, por fim, (v) a identidade dos sujeitos.

Como se vê, tanto o *v.c.f.p.* como a *suppressio* (e a *surrectio*) têm o elemento temporal como essencial às respectivas configurações; quais seriam, então, as diferenças entre um e outro?

*Antonio do Passo Cabral*<sup>496</sup>, conquanto faça menção à expressão alemã correspondente (*Verwirkung*), considera que a principal distinção está no fato de que a *suppressio* visa a “reprimir contradição comportamental quando o *factum proprium* é omissivo, gerando a expectativa de que não mais seria exercida a posição jurídica omitida”. Ademais, prossegue *Cabral*, “a *Verwirkung* exige uma inatividade por *longo* período de tempo, não sendo possível sua ocorrência na hipótese de atos simultâneos ou praticados num intervalo temporal curto”.

Não obstante essas diferenças, *Menezes Cordeiro*<sup>497</sup> relata que há pesada construção doutrinário-jurisprudencial no sentido de *coligar* a *suppressio* ao *v.c.f.p.*, motivo pelo qual o presente estudo também irá tratar, aqui e no item 6.2.2.3, dos institutos em conjunto.

Interessa, por ora, discutir a aplicabilidade, ou não, do instituto da *suppressio* (e, obviamente, o outro lado da moeda, da *surrectio*) no direito público e, mais precisamente, no direito processual.

No direito público, assim como a teoria do *v.c.f.p.*, a *suppressio* tem larga aplicação<sup>498</sup>.

<sup>496</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, ob.cit., p. 134-135.

<sup>497</sup> “(...) A realidade social da *suppressio*, que o Direito procura orientar, está na ruptura das expectativas de continuidade da auto-apresentação praticada pela pessoa que, tendo criado, no espaço jurídico, uma imagem de não-exercício, rompe, de súbito, o estado gerado. É precisamente o que se viu ocorrer no *venire contra factum proprium*. Norteada a questão nestes termos, o tempo, requerido pelo funcionar da *suppressio*, ganha uma inclinação diferente. Em qualquer manifestação de *venire contra factum proprium* existe, por mínimo que seja, um lapso entre os dois comportamentos do sujeito. Na *suppressio*, porém, o tempo tem uma segunda projecção, do maior relevo: apenas pela sua continuidade pode, o não exercício, suscitar as expectativas sociais de que essa auto-representação se mantem. O que é dizer: o decurso do tempo é a expressão da inatividade traduzindo, como tal, o *factum proprium*. A *suppressio* pode, pois, considerar-se uma forma de proscrever os comportamentos contraditórios (...)” (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, ob. cit., p. 807-814, especialmente p. 813-814).

<sup>498</sup> Veja-se, por exemplo, recentes julgados do TJDF e do TJRS, respectivamente:  
“(...) ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DA POLÍCIA CIVIL. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. REVOGAÇÃO DA DECISÃO LIMINAR. EXONERAÇÃO. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. SUPRESSIO. BOA-FÉ OBJETIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA CONSOLIDADA. 1. Publicada a sentença que reformou a decisão liminar autorizativa da

Embora *Menezes Cordeiro*<sup>499</sup> afirme ser desnecessário falar, por força da “existência de toda uma teia rígida de prazos processuais, dobrada por um prazo supletivo geral”, na ideia de *suppressio processual* em Portugal, vez que “os poderes das partes vão sendo precludidos ao longo do processo e o recurso é sempre via indicada para apreciar irregularidades do tribunal”, cumpre asseverar que o professor catedrático da FDUL expressamente reconhece que o “alargar sofrido pela boa fé” permitiu que a *suppressio* se estendesse a outros campos como o do processo, onde primeiramente ela foi verificada no processo penal e, posteriormente, passou também ao processo civil.

No Brasil, já há decisões em que expressa ou tacitamente se entendeu cabível a *suppressio* em âmbito processual<sup>500</sup>. Veja-se, *ad exemplum*, interessante julgado de lavra do Tribunal de

---

permanência do candidato no certame, incumbia à Administração imediatamente promover a exoneração do servidor, sob pena de o longo período em omissão criar a justa certeza e expectativa de que a questão acerca do ingresso do autor na carreira estava resolvida e consolidada. 2. A exoneração do servidor após decorrido 12 anos do tempo devido, aliada à prática de atos em sentido contrário pela Administração (aprovação em estágio probatório, promoções na carreira, declaração de tempo de serviço/contribuição adquirido para aposentadoria), atenta contra os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, máxime porque inspirou a confiança do jurisdicionado de que não mais seria efetivada, gerando desequilíbrio na esfera patrimonial do autor e abuso de direito de revisão administrativa, segundo a teoria da *suppressio* e da vedação ao venire contra factum proprium. 3. Apelo provido. (TJDF, 4ª Turma Cível, Acórdão n.819369, 20100110293315APC, Rel. Cruz Macedo, Revisor Fernando Habibe, j. 11/09/2014, DJE 23/10/2014, p. 111; destaques acrescentados)

RECURSO DE APELAÇÃO. POSSE. BENS IMÓVEIS. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA. PRETENSÃO DE RETOMADA DE IMÓVEIS INVADIDOS E/OU OCUPADOS COM BASE EM COMPRA E VENDA DE DIREITOS POSSESSÓRIOS. ÁREA PERTENCENTE AO MUNICÍPIO, MAS CUJA RETOMADA, NO CASO CONCRETO, EVIDENCIA-SE INVIÁVEL, OBSERVADA A DESÍDIA DO PROPRIETÁRIO NO DECURSO DO TEMPO. SUPRESSIO. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE, A ORIENTAR A MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA, MESMO EM SE TRATANDO DE BEM PÚBLICO, DE REGRA NÃO NEGOCIÁVEL. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PERDA DOS BENS PÚBLICOS PELO TITULAR DO SEU DOMÍNIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. APELO NÃO PROVIDO. UNÂNIME. (TJRS, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70045698818, Des. Relatora Bernadete Coutinho Friedrich, j. 22/03/2012; destaques acrescentados)

<sup>499</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil...*, *ob. cit.*, p. 803, nota n.º 571.

<sup>500</sup> Veja-se, *ad exemplum*, recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ): “EMENTA (...). Autêntica *suppressio processual*. Pagamento de todas as parcelas no formato da avença, conjugada ao silêncio do agravado, enquanto tal situação se renovava. *Inação que perdurou por cerca de um ano e seis meses acarretou a perda do direito à utilização da via executiva forçada*. Direito satisfeito. Entender de forma diversa significa render homenagens à conduta ofensiva à boa-fé processual. Dever de mitigar as perdas. Parte autora deveria manifestar prontamente sua mudança de posição acerca do acordo, e não perpetuar o silêncio enquanto lhe era interessante. (...). VOTO: “(...) Repise-se: transigir com menos de 10% do valor em altercação além dos honorários, não é situação aviltante ao recorrido, nos termos do processo em berlinda; o qual, inclusive, já se prolongava por cerca de seis anos. Ademais, importaria em autêntica *suppressio processual* a retomada da execução, ainda que não homologada a transação, porquanto a inação no que tange à promoção da execução

Justiça do Paraná (TJPR)<sup>501</sup>, no qual a função limitadora da lealdade deu ensejo ao reconhecimento da *suppressio*, a ensejar a perda do direito de se alegar uma nulidade relativa ao não conhecimento de um recurso de apelação que, somente depois de cinco anos e muitos outros atos processuais, foi trazida à tona pelo interessado. Do voto condutor, lê-se:

No caso em discussão, após o protocolo do recurso de apelação cível, que apontou-se (*sic*) como desaparecido até aquela data, *o apelante, em nenhuma oportunidade fez qualquer menção ao referido recurso, embora por diversas vezes intimado a manifestar-se sobre inúmeras fases processuais, o fazendo nas ocasiões, sem, contudo, nada alertar ou cobrar acerca da apelação por ele interposta.* Esta prática ocorreu por anos até o trânsito em julgado da decisão e, conseqüentemente, resolução da controvérsia. O não recebimento e processamento do recurso de apelação protocolado em 20/04/2004, deveria ter sido questionado naquela ocasião, ou ainda, na primeira oportunidade em que o apelante foi intimado a se manifestar, considerando que interveio em inúmeras oportunidades e durante longo lapso temporal (vários anos) de processamento da ação. *Transcorreram quase cinco anos sem que a parte reclamasse seu direito de ter o recurso devidamente julgado. É notório que o referido lapso temporal mostra-se suficiente para caracterizar os efeitos do "instituto da supressio" em relação à parte. Com o passar do tempo sem que o Banco apelante manifestasse qualquer interesse no Juízo de admissibilidade e no julgamento do seu recurso interposto, permitiu a criação de uma expectativa na parte contrária, ora agravante, ou seja, um estado de confiança de que não tinha nenhuma intenção em recorrer dos embargos à execução, devidamente julgados. A mera expectativa, com o decorrer do tempo, tornou-se legítima pela prática e reiteração do mesmo comportamento de inércia da parte, cujo recurso fora temporariamente "perdido", criando, assim, um real direito subjetivo à parte contrária, qual seja, o de que não havia mais a intenção pela parte contrária em recorrer da decisão proferida por ocasião do julgamento dos embargos. Ainda que inexista culpa pelo suposto desaparecimento do recurso; devido ao decurso do tempo em que o apelante permaneceu inerte, perdeu ele o direito de recorrer daquela decisão proferida por ocasião do julgamento dos embargos à execução.*

Resta perquirir, entretanto, se à atuação jurisdicional afigura-se possível falar, ou não, em *suppressio* ou *surrectio*.

---

*forçada por longo período em que eram recebidas as parcelas da transação acarretou a perda do direito à execução (incutindo na mente da parte ré a confiança de que o negócio jurídico processual seria honrado).* Em verdade, entendimento diverso imprimiria fragorosa derrota ao postulado da boa-fé processual, promovendo-se o benefício da própria torpeza do recorrido, o que não é possível pelo prisma do processo civil constitucional moderno. Logo, deve ser homologado o acordo, perseguido pelas partes em duas ocasiões diferentes e, em relação ao qual, em contrarrazões, sequer foram apontadas explicações para a desistência do mesmo, a revelar uma idiosincrasia coincidente com o aproveitamento da situação que beneficia o agravado, agora que o mesmo já recebeu as parcelas da avença (...)" (TJRJ, 13ª C.Cív., Agravo de Instrumento n.º 0014511-47.2013.8.19.0000, Rel. Des. Gabriel Zefiro, j. 10/07/13, assinado digitalmente em 19/07/13, às 17h33. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DAB5AFB5B30C7C5893D0D64AC709E7B7C50234620808>>, destaques acrescentados).

<sup>501</sup> TJPR, 15ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º. 557.362-8, j. 24/6/2009, Rel. Des. Jurandyr Souza; destaques acrescentados.



Noutro giro: a “inércia jurisdicional” é capaz de gerar expectativas legítimas nos jurisdicionados a ponto de, no futuro, a prática de dado ato pelo juiz ser considerada ilegítima<sup>502</sup>?

Assim como se procedeu em relação ao *v.c.f.p.* – e até mesmo por força da já mencionada correlação entre a proibição do comportamento contraditório e a *suppressio/surrectio*, a resposta a essa indagação será enfrentada em tópico próprio (item 6.2.2.3, parte III).

#### 2.5.3.2.3 *Tu quoque*<sup>503</sup>

Também decorrente, assim como as duas figuras anteriores, da chamada “teoria dos atos próprios”, a expressão latina *tu quoque* (=também tu!) remete à famosa fala de Júlio César, em 44 a. C., que, ao reconhecer Marco Júnio Bruto, a quem tinha como filho, entre aqueles que haviam conspirado para o seu assassinato, teria dito: “*Tu quoque, Brute, fili mili?*”<sup>504</sup>.

Em síntese, trata-se da impossibilidade de que uma pessoa viole determinada norma e, posteriormente, venha querer (i) valer-se de alguma situação jurídica daí decorrente, (ii) exercer posição jurídica violada por ela mesma; ou (iii) exigir a outrem o acatamento da situação por ela violada<sup>505</sup>.

Seu núcleo é, assim, muito próximo da figura da exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC/02), já que estaria o violador da boa-fé a exigir de outrem algo que ele próprio não cumpriu<sup>506</sup>.

<sup>502</sup> *Fredie Didier Júnior* entende que sim. Para tanto, vale-se do seguinte exemplo: “(...) será que o magistrado que admitiu a demanda, no saneador, determinou e colheu inúmeras provas, pode, tempos depois, entender que falta ao procedimento um requisito de admissibilidade? Não haveria, aí, em razão do lapso de tempo, uma *supressio* do poder de controlar a regularidade do processo, em homenagem à confiança, à cooperação e à boa-fé objetiva? Parece-nos que sim (...)” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, §2º do CPC, com o art. 1482, do CC/2002. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 146, p. 175-ss, 2007.).

<sup>503</sup> A expressão, mundialmente reconhecida, embora de redação e origem controversas, faz parte da ópera *Julio Cesar*, de *William Shakespeare*, escrita no final do século XVI. Também a ela se refere: SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 188-193.

<sup>504</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 182-183.

<sup>505</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Litigância...*, ob. cit., p. 102.

<sup>506</sup> Nesse sentido, embora se referindo ao direito europeu: CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, ob. cit., p. 847.

Exatamente por isso, o *tu quoque* está relacionado a um vínculo contratual entre as partes<sup>507</sup> e, em que pesem algumas exceções<sup>508</sup>, seu âmbito de abrangência não abarca diretamente o direito processual e, sobretudo, a figura do julgador – algo que, por óbvio, diminui o seu interesse para a presente Tese.

Como se isso não bastasse, *Menezes Cordeiro*<sup>509</sup>, um dos maiores estudiosos do tema, considera que, a despeito de pequenas particularidades, o *tu quoque* poderia ser visto como uma subespécie do *v.c.f.p.*, vez que em ambos há uma conduta contraditória violadora da confiança legítima, pelo que a presente Tese não irá dele se valer mais que o necessário.

#### 2.5.3.2.4 A proibição do abuso de direitos (e poderes) processuais

---

<sup>507</sup> *Idem, ibidem*, p. 848.

<sup>508</sup> Há julgado isolado do STJ que faz menção ao reconhecimento do “*tu quoque processual*”, muito embora, ao que parece, esse argumento tenha sido usado apenas lateralmente e como reforço argumentativo, na medida em que o caso relatado denota, em verdade, diversas *ilegalidades* (algumas criminais) e que, por isso mesmo, sequer deveriam fazer parte qualquer discussão no campo da possibilidade ou não de abrangência da boa-fé processual. A despeito disso, veja-se, até mesmo para que o leitor possa tirar suas próprias conclusões: “(...)RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - TITULAR DE SERVENTIA JUDICIAL SUSPENSO PREVENTIVAMENTE - LEGALIDADE - AUTO-TUTELA DA MORALIDADE E LEGALIDADE - APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS (TU QUOQUE) - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. No caso dos autos, alega o recorrente violação de seu direito líquido e certo, em face do afastamento de suas funções - oficial de registro de imóveis -, pelo Juiz de Direito, com a finalidade de apurar denúncias de diversos crimes que o recorrente supostamente teria cometido contra a Administração Pública, em razão da sua função. 2. Observância do devido processo legal para o afastamento do indiciado. Índícios veementes de perpetração de vários crimes contra a Administração Pública e atos de improbidade pelo oficial de registro. 3. Alegar o recorrente que o afastamento de suas funções, bem como a devida apuração dos fatos em face a fortes indícios de cometimento de crimes contra a administração, inclusive já com a quebra do sigilo bancária decretada, fere direito líquido e certo, é contrariar a lógica jurídica e a razoabilidade. A bem da verdade, essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório - expressão particular da teoria dos atos próprios -, sintetizado no anexam tu quoque, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial. 4. Ausência do direito líquido e certo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que nada obsta o afastamento preventivo do titular de serviço notarial e de registro, por prazo indeterminado, a teor do disposto nos artigos 35 e 36 da Lei n. 8.935/94. A suspensão preventiva não tem caráter punitivo, mas sim cautelar. Precedentes. Recurso ordinário improvido. (STJ, 2T., RMS 14.908/BA, Rel. Min. Humberto Martins, j. 06/03/2007, DJ 20/03/2007, p. 256; destaques acrescentados).

<sup>509</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, ob. cit., p. 843-844. No mesmo sentido: SCHREIBER, Anderson. *A proibição...*, ob. cit., p. 184-185.

Como último – e, para o que aqui importa, o mais relevante – aspecto decorrente da função limitadora da lealdade processual, tem-se a vedação do exercício abusivo de direitos (e poderes, no caso dos juízes já relatados).

Não obstante ser possível consagrar as figuras anteriormente expostas (itens “a”, “b” e “c”) sob uma rubrica geral de “abuso de direito”<sup>510</sup>, certo é que tal expressão comporta diversas outras concepções e considerações igualmente relevantes.

Nesse sentido, e diante da importância para a presente Tese, serão investigados separadamente, com o vagar necessário (cap. 5, parte III): primeiramente, se é possível se falar em abuso de direitos (ou, no caso dos juízes, de poderes) processuais, na medida em que, conforme lecionam, na Itália, *Michele Taruffo*<sup>511</sup> e *Giuliano Scarselli*<sup>512</sup> e, no Brasil, *Helena Najjar Abdo*<sup>513</sup>, há muitas controvérsias acerca do tema.

Depois, e tomando-se por positiva a possibilidade acima descrita, cumprir-se-á investigar os *contornos* do abuso no processo e, ainda que brevemente, as suas hipóteses mais expressivas (itens 5.1 e 5.2).

Por fim, e no que mais releva, serão perscrutados os *sujeitos* do abuso processual, com os olhos voltados, nomeadamente, à figura do julgador, a fim de se tentar traçar as possíveis consequências respectivas, e como elas podem vir a afetar, ou não, o *processo justo*.

É o que se verá (item 5.3).

## II A LEALDADE PROCESSUAL E UM NOVO MODELO DE JUIZ

---

<sup>510</sup> Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *Litigância...*, ob. cit., p. 87-106.

<sup>511</sup> TARUFFO, Michele. L'abuso del processo: profili generali, in *L'abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 19-47.

<sup>512</sup> SCARSELLI, Giuliano. Sul c.d. abuso del processo, in *L'abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 157-188.

<sup>513</sup> ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.

### 3 AS TRADICIONAIS GARANTIAS RELACIONADAS À JURISDIÇÃO (JUIZ NATURAL, LEGALIDADE, IGUALDADE, IMPARCIALIDADE) E A LEALDADE PROCESSUAL: PRELÚDIO DE UM NOVO MODELO DE JUIZ

É conhecida e tradicional a afirmação<sup>514</sup> de que, sob o prisma da prestação jurisdicional – e, mais propriamente, do juiz -, bastaria que fossem resguardadas a isonomia e a legalidade para que pudesse se alinhar de correta uma decisão judicial e, por consequência, de *devido* o seu respectivo processo jurisdicional. Ter-se-ia, desse modo, garantido o direito a um julgamento imparcial, consectário inerente e inviolável de um processo justo<sup>515</sup>.

Nesse sentido, o principal foco da atenção dos estudiosos sempre foi o *juiz natural*, princípio constitucional que apareceu com esse nome, pela primeira vez, na Constituição francesa de 1814<sup>516</sup>, mas cuja noção advém de diplomas ainda mais longínquos. Conforme relatam Carolina Tupinambá<sup>517</sup>, Alexandre Morais da Rosa e Márcio Ricardo Staffen<sup>518</sup>, há quem considere que sua origem remontaria aos ideários liberais burgueses da Revolução Francesa (art. 17, lei francesa de 24 de agosto de 1790); outros, porém, vislumbram na *Petition of Rights*, de

<sup>514</sup> “(...) *Due process of law*, como garantia processual, abrange, também, [...] o princípio do juiz natural, que é o juiz legal, o juiz com garantias de independência, o juiz imparcial (...)”. (VELLOSO, Carlos Mário. Devido processo legal e acesso à justiça, in *Direito & Justiça*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarlosVelloso/ArtigosJornais/834150.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2014). Sobre o tema, consulte, também, o histórico acórdão do STF em que se enfrentou o *impeachment* do ex-presidente da República Fernando Collor de Mello: STF, Plenário, MS 21623, Min. Rel. Carlos Velloso, j. 17/12/1992, DJ 28/05/1993 PP-10383 EMENT VOL-01705-02 PP-00202 RTJ VOL-00167-02 PP-00414, especialmente as páginas 275, 402 e 403 do acórdão.

<sup>515</sup> Vide item 1.3.2, parte I.

<sup>516</sup> “(...) O chamado princípio do “juiz natural” surgiu formulado como esse nome, pela primeira vez, ao que parece, na Carta Constitucional francesa de 1814, *in verbis*: ‘*Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels*’. Na *Charte* de 1830, o mesmo princípio se alojou no art. 53, com idênticos dizeres, completado, no entanto, pelo que preceituava o art. 54, nos termos seguintes: ‘*Il ne pourra, em conséquence, être crée des commissions et des tribunaux extraordinaires à quelque titre et sous quelque dénomination que ce puisse être*’ (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. 2ª tiragem. Campinas: Millenium, 2003, p. 213-228, v. I).

<sup>517</sup> TUPINAMBÁ, Carolina. *As garantias do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, p. 95-101.

<sup>518</sup> ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, [S.l.], n. 8, p. 80-100, jul. 2010. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/8>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

1627, e à consequente Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, nos EUA; por fim, há quem busque as raízes do juiz natural na *Magna Charta Libertatum*<sup>519</sup>, de 1215.

Divergências históricas à parte, por decorrência desse princípio – cuja abordagem analítica extrapola os contornos do presente estudo<sup>520</sup> –, tem se reconhecido a atribuição objetiva e prévia de competências<sup>521</sup>, a independência dos magistrados<sup>522</sup> e a impossibilidade de criação

<sup>519</sup> “(...) Faustin Hélie mostrou que o princípio do *juiz natural* remonta aos primeiros textos constitucionais da Revolução. Declarava o art. 4º, cap. V, tit. III, da Constituição de 3 de setembro de 1791, o seguinte: “*Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne par aucune commission, ni par d’autres attributions et évocations que celles qui sont détermines par les lois*”. E acrescentava o ilustre processualista francês, que ali passou o princípio para ulteriores leis constitucionais: foi reproduzido pelo art. 204 da *Constitution Du 5 fructidor an III*, pelo art. 62 da *Charte de 1814*, pelo art. 53 daquela de 1830, pelo art. 4º da Constituição de 4 de novembro de 1848, e pelos arts. 1º e 56 da Constituição de 14 de janeiro de 1852. Para Bluntschili, a origem do princípio está na regra do direito medieval, de que ninguém podia ser julgado a não ser por seus pares. “*Chacun doit être jugé par ses pers*” – como se lia no *Etablissement et coutume de Normandie* de Marnier. Era a célebre regra da *Magna Charta Libertatum*, de que nenhum homem livre pode ser preso ou encarcerado, despojado de seus bens, proscrito ou desterrado de qualquer forma destruído (“*aut aliquo modlo destruat*”), a não ser “*per legale iudicium parium suorum*” (“*by the lawful judgement of bis peers*”). (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal...*, ob. cit., p. 213-228).

<sup>520</sup> Sobre o juiz natural, consulte: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: RT, 2014; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo...*, ob. cit., p. 125-164; FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil...*, ob. cit., p. 63-75; GRINOVER, Ada Pellegrini. A independência do juiz brasileiro, in *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 41-55, v. II; GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia, in *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 3-40, v. II.

<sup>521</sup> “(...) Do princípio da imparcialidade se extrai o *juiz natural*, cujo conteúdo convém fixar. Modernamente, não há razão para equipará-lo à exigência de *investidura* (...) – que fazia sentido na perspectiva histórica do direito inglês, de aplicação de sanções pelo órgão legislativo (não por juízes), sem observância do devido processo. Presentemente, entende-se que julgamento proferido por agente não investido de jurisdição é exemplo clássico de ato inexistente, um vício que não está sujeito a qualquer tipo de preclusão. Mas, se não há tal identidade, a investidura se liga ao tema do juiz natural na medida em que, para determinar quais os órgãos aptos ao exercício da jurisdição, é preciso recorrer ao texto constitucional. Daí a correta assertiva de que, por força do princípio do juiz natural, órgãos jurisdicionais são aqueles estabelecidos pela Constituição. Há, aí, portanto, uma espécie de reserva legal (ou, mais do que isso, constitucional). Numa espécie de escalada, firmada a investidura do agente ou do órgão, do princípio do juiz natural decorre a garantia do *juiz competente*, conforme a previsão contida no art. 5º, LIII, da CF. (...)” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 98).

<sup>522</sup> “(...) Na atualidade, o princípio do juízo natural apresenta um duplo significado, como o assinalou Gómez Orbaneja, existindo em ambos o intuito de “afirmar e assegurar a independência funcional do Judiciário em face de outros poderes”. No primeiro deles, consagra-se a norma de que o juiz é tão-só o órgão do Estado investido de jurisdição. Com isso, ficam afastados os casos de ‘*bill of attainder*’, do antigo Direito inglês, em que eram impostas sanções penais sem processo prévio, através de leis votadas pelo Parlamento: ‘*bill of attainder*’, como o definiu Rottschefer, é ‘um ato legislativo co quem se inflige pena sem processo judicial’ (*Handbook of American Constitutional Law*, p. 790). No seu segundo significado, o princípio do juiz natural impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção para o processo e julgamento de causas penais ou civis (...)”. (MARQUES, José Frederico.

de juízos de exceção<sup>523</sup>, garantias essas que, se observadas, assegurariam a imparcialidade e a igualdade. Isso porque, resguardado o “juiz legal”<sup>524</sup>, todos os jurisdicionados seriam tratados de mesma forma e, assim, o julgamento que dali adviesse poderia ser considerado justo<sup>525</sup>. Essa é, por exemplo, a lição de *Adolfo Alvarado Veloso*<sup>526</sup>:

(...) a tarefa de ser *imparcial* é assaz difícil já que exige absoluta e asséptica neutralidade, que deve ser praticada na atividade judicante com todas as qualidades que envolvem o vocábulo. A natural consequência da *imparcialidade* gera o segundo dos princípios e ao qual a doutrina coloca sempre sob o primeiro. Refiro-me ao princípio da *igualdade das partes*, que vigerá plenamente conforme seja o juiz devidamente imparcial. (...) Se a razão do processo é erradicar a força ilegítima de uma dada sociedade e, com isso, igualar *juridicamente* as diferenças naturais que irremediavelmente separam os homens, é da essência lógica do processo que o debate se efetue *em pé de perfeita igualdade*.

---

*Elementos de Direito Processual Penal...*, ob. cit., p. 213-228). Sobre o tema, consulte também: JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25. ed. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 70-75.

<sup>523</sup> Referindo-se ao direito italiano, mas que, *mutatis mutandis*, aqui se aplica, assevera *Luigi Paolo Comoglio*: “(...) In virtù di un general principio [do juiz natural], la funzione giurisdizionale è conferita a *magistrati ordinari* istituiti per legge, con competenze prefissate in astratto e riferibili, *a priori*, ad un numero potenzialmente indeterminato di controversie (...). Rafforzano tale regola: (...) il divieto di istituzione di giudici straordinari, i quali vengano creati *a posteriori* ed investiti di competenze *ad hoc* per decidere determinate categorie di controversie già insorte, o per accertare fatti già accaduti, nel momento della loro investitura (...)” (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le garanzie costituzionali*, in COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: il processo ordinario di cognizione*. 5.ed. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 84, v. I).

<sup>524</sup> “(...) Todos têm direito ao julgamento de sua causa por um juiz abstratamente instituído como competente pela lei antes da ocorrência dos fatos originadores da demanda. Se esses fatos forem anteriores à instituição do juízo competente, é preciso que a sua ocorrência não haja sido determinante na fixação da competência desse juízo, que teria sido a mesma, ainda que eles não tivessem ocorrido. O juiz natural é o juiz legalmente competente<sup>17</sup>, aquele a quem a lei confere in abstracto o poder de julgar determinada causa, que deve ter sido definido previamente pelo legislador por circunstâncias aplicáveis a todos os casos da mesma espécie, e não por um juízo discricionário ou com a intenção deliberada de que esta ou aquela causa seja julgada por um ou outro juiz (...)” (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais...*, ob. cit.).

<sup>525</sup> “(...) C'est le principe de liberté qui commande en revanche l'activité du juge, dont il conviendra de rechercher ce qu'elle a d'original et de spécifique. Être ou ne pas être juridictionnel, telle est la question. Liberté protégée contre le législateur et les lois de validation. Enfin, le principe d'égalité revient pour fonder la détermination des règles de compétence entre toutes nos juridictions. On aura remarqué que la liberté est ici fortement encadrée par l'égalité, conformément à la tradition française (...)”. (GUINCHARD, Serge; VINCENT, Jean. *Procédure civile*. 23. ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 132).

<sup>526</sup> VELOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual, in DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivum, 2013, p. 13-34, especialmente p. 18-19.

Como salienta Nelson Nery Júnior<sup>527</sup>, o juiz natural, adotado no Brasil desde a Constituição Imperial de 1824 (art. 179), assume feição tridimensional, desdobrando-se em três aspectos<sup>528</sup>: “1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”.

Embora seja possível, por óbvio, que um juiz ilegalmente designado seja efetivamente imparcial e, do mesmo modo, que um julgador regularmente escolhido seja parcial, certo é que, *regra geral, mostra-se possível vislumbrar uma intrínseca relação entre o juiz natural e a imparcialidade do julgador*<sup>529</sup>, sendo esta, inclusive, vista por alguns como “o princípio básico de todas as garantias constitucionais tidas por fundamentais”<sup>530</sup>.

---

<sup>527</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo*. 9.ed. São Paulo: RT, 2009, p. 126.

<sup>528</sup> Cândido Rangel Dinamarco também se refere ao juiz natural, no âmbito civil, mediante um trinômio, mas de aspectos diversos: “(...) No processo civil, em que as pessoas comparecem com suas *pretensões* e estas são julgadas – não os fatos, em si mesmos, ou a *pessoa* – tal aspecto da garantia do juiz natural deixa de ter toda a grande importância que tem no processo penal. A preexistência do órgão judiciário não se confunde com a preexistência de sua competência para o caso. Com esse desconto, prepondera a garantia conforme costuma ser apresentada, ou seja, caracterizada por esse trinômio: a) julgamentos *por juiz* e não por outras pessoas ou funcionários; b) *preexistência do órgão judiciário*, sendo vedados, também para o processo civil, eventuais *tribunais de exceção* instituídos depois de configurado o litígio; c) *juiz competente* segundo a Constituição e a lei. (...)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, *ob. cit.*, p. 208-210).

<sup>529</sup> “(...) a palavra *imparcialidade* significa várias coisas diferentes a *falta de interesse* que comumente se menciona como vetor a definir a atuação cotidiana do juiz”. Para ele, isso significa, por exemplo, “*ausência de preconceitos* de todo tipo (particularmente racial ou religioso); *independência de qualquer opinião* e, conseqüentemente, ter ouvidos surdos ante a sugestão ou persuasão da parte interessada que possa influir em seu ânimo; *não identificação com alguma ideologia* determinada; *completo alheamento* frente à possibilidade de dádiva ou suborno, e à *influência de amizade, ódio, piedade*, da imprensa etc. E também não envolver-se pessoal nem emocionalmente com o assunto litigioso e evitar toda participação na *investigação dos fatos* ou na *formação dos elementos de convicção*, bem como de julgar segundo seu próprio conhecimento privado do assunto, e assim por diante (...)”. (VELOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual*..., *ob. cit.*, p.17).

<sup>530</sup> “(...) Ora, o princípio básico de todas as garantias constitucionais processuais tidas por fundamentais – assim, a da ampla defesa, a do contraditório, a da proibição de tribunais de exceção – é o da imparcialidade do julgador. Diante de um juiz parcial, o contraditório e a ampla defesa são duas inutilidades formais, porque na imparcialidade do julgador é que reside o fundamento mesmo da necessidade do contraditório e da ampla defesa. E a proibição do tribunal de exceção é uma conseqüência desse princípio basilar (...)”. (Trecho do voto do Min. Moreira Alves, nos autos do MS 21.623/DF, julgado pelo Plenário do STF em 17/12/1992, DJ 28/05/1993, p. 402 do acórdão; disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85565>>. Acesso em: 17 dez. 2014).

Tamanha é a preocupação com o tema que a doutrina italiana, conforme relata *Gian Franco Ricci*<sup>531</sup>, estabelece uma diferenciação entre a imparcialidade, característica indispensável de todos os servidores públicos, e a *terzietà*, própria dos juízes e que configuraria um *plus* em relação à “mera” imparcialidade. Esta, a seu ver, seria a “característica pela qual o funcionário público deve agir no interesse geral do Estado, e não por um interesse privado (próprio ou de terceiros)”, e estaria ligada às atividades estatais nos âmbitos legislativo e administrativo, a despeito de, notadamente nesta última seara, ser possível que a administração pública seja vista como sujeito de direitos. Já a *terzietà*, por seu turno, seria característica do campo jurisdicional, no qual o “estado-juiz não age com interesse próprio, mas em posição de ‘terceiro’ estranho à relação jurídica”. Assim, prossegue o professor da Universidade de Bolonha, se se pode dizer que, enquanto a “imparcialidade significa agir, não no interesse privado, mas no interesse público do Estado, a *terzietà* é algo a mais, porque é agir acima de qualquer interesse, seja público, seja privado, deduzidos em juízo”. Seria, destarte, correto se falar em uma “*asoggettività*” da função jurisdicional, a qual, inclusive, seria uma das razões pelas quais os demais poderes do Estado devem respeitar a coisa julgada<sup>532</sup>.

Especificações à parte, sucede, entretanto, conforme ressalta *Cândido Rangel Dinamarco*<sup>533</sup>, que como não é possível “racionalmente oferecer uma formal *garantia* de que os juízes serão imparciais”, o Constituinte busca “criar as melhores condições possíveis para a imparcialidade daqueles, minimizando-se quanto se possa os riscos de comportamentos parciais”. Para tanto, prossegue o professor paulista, “estabelece a garantia do *juiz natural*, proibidos os chamados *tribunais de exceção* (...), além de cercar o juiz de uma série de *garantias e impedimentos* destinados a deixá-lo imune a influências nefastas (...)”.

---

<sup>531</sup> RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale*. 5.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 7-8.

<sup>532</sup> No original: “(...) L’impazialità è la caratteristica per cui il pubblico funzionario deve agire nell’interesse generale dello Stato e non per un interesse privato (proprio o di terzi). (...) Non così nel campo giurisdizionale, nel quale lo Stato-giudice non agisce come portatore di un interesse próprio, ma in posizione di ‘terzo’ estraneo ao rapporto. (...) Si può pertanto affermare che, mentre imparzialità significa agire, non nell’interesse privato, ma nell’*interesse pubblico* dello Stato, la *terzietà* è qualcosa di più, perché è agire *al di sopra* di ogni interesse, sia privato che pubblico (...) dedotto in giudizio” (RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto...*, ob. cit., p. 7-8; tradução livre).

<sup>533</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 205-206.



Tem-se, assim, uma *preocupação prévia à atuação jurisdicional que, em tese, garantiria o julgamento imparcial*: sob esse aspecto, aqui alcunhado de *estático*, o magistrado, dès que cumpridas as condições acima minudenciadas, já começaria a exercer seu ofício munido da legitimidade democrática que a investidura lhe outorga.

Diante dessa posição inicial relativamente cômoda, ao juiz caberia apenas conduzir minimamente o caminhar do processo, evitando a todo custo expedientes que pudessem trazer, a ele e ao processo, dificuldades para além daquelas já existentes e relativas ao dever de decidir a causa.

Não é por outra razão, por exemplo, que expedientes como a prolação das decisões interlocutórias de mérito (ou, para alguns, “sentenças parciais”<sup>534</sup>), prevista no art. 273, §6º, CPC/73, e o saneamento do feito em audiência, contido no art. 331, CPC/73, embora previstos em lei e criados com o fito de melhorar a prestação jurisdicional, acabaram por cair, pelo menos na praxe forense<sup>535</sup>, no ostracismo, exatamente por força das diversas consequências que o seu

<sup>534</sup> A discussão acerca da nomenclatura (e não só do nome, mas de diversas consequências daí decorrentes como, principalmente, a definição do recurso cabível), a despeito de a norma que incluiu o §6º, art. 273, CPC/73 já viger há mais de uma década (lei 10.444/02), parece interminável. Nesse sentido, favoravelmente à existência das “sentenças parciais”, veja-se: SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Sentença parcial, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 151, p. 150-ss, 2007; MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art. 273, §6º, do CPC, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), *Revista de Processo*, São Paulo, v. 149, p. 105-ss, 2007. Contra, entendendo que o sistema brasileiro não contém sentenças parciais: GRECO, Leonardo. Suspensão do processo, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 80, p. 90-ss, 1995. De ressaltar que tal posição, tomada antes da entrada em vigor da lei 10444/02, parece não ter sido modificada, vez que, ao comentar acerca da previsão do art. 273, §6º, CPC, o Professor Titular da UFRJ asseverou, no segundo volume de suas *Instituições*: “(...) É importante observar que a sentença parcial não encontra campo fértil no processo civil brasileiro pelas características de nossos procedimentos, nos quais as questões de fato são todas apuradas simultaneamente numa única fase instrutória. (...) Parece-me que o conceito de sentença parcial deve ficar restrito a certos procedimentos especiais em que a atividade cognitiva é expressamente dividida pelo legislador em fases sucessivas, como na ação de prestação de contas (arts. 914 a 919) e na ação de divisão e demarcação (arts. 946 a 981)”. (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Forense, 2011, p. 267, v. II).

<sup>535</sup> A observação é importante, pois embora o legislador tivesse adotado o art. 273, § 6º, CPC/73 como hipótese de antecipação de tutela através de tutela da evidência, seu funcionamento não se deu de forma plena. Tanto é verdade que o Projeto de Novo CPC (PLS 166/10), em seu artigo 353 (versão aprovada em 17/dez/2014) fez questão de deixar mais clara a adoção da medida, no , a fim de evitar exatamente que os juízes pudessem se “olvidar” de sua aplicação *in concreto*. Ainda assim, o debate conceitual (“sentença parcial” vs. “decisão interlocutória de mérito”), ao que parece, vai permanecer. Veja-se, nesse sentido, a favor da “sentença parcial”: ARRUDA, Paulo Gonçalves de. A sentença parcial vista pelos tribunais e o reflexo do fracionamento no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 222, p. 257-291, 2013. Contra, entendendo se tratar de “decisão interlocutória de mérito”: SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida.

reconhecimento acarreta ao andamento do processo. Na prática, boa parte dos juízes prefere fechar os olhos para as normas citadas e adotar a cômoda e mecânica posição de “tocar” o feito, levando-o, tempos depois, à conclusão para uma sentença que, diante do isolamento do magistrado durante todo o trâmite processual, pode – como frequentemente ocorre – surpreender até mesmo a ambas as partes.

Agindo dessa forma, o magistrado, a pretexto de resguardar a imparcialidade – mas verdadeiramente com receio de se comprometer<sup>536</sup> (e, porque não dizer, evitar o contato com as partes e os advogados) -, acaba por abrir mão das vantagens da oralidade, contribuindo definitivamente não só para o atraso na entrega da prestação jurisdicional, como para a futura baixa dose de aceitação de sua decisão<sup>537</sup>.

Nesse sentido, interessante é a comparação feita por *Piero Calamandrei*<sup>538</sup> entre relação juízes-advogados com aquela existente entre “namorados tímidos”, que “quando se encontram, não sabem o que dizer, porém quando se separam, escrevem larguíssimas cartas de amor, que conservam por algumas semanas à espera de trocá-las em silêncio durante a próxima oportunidade”...

Muito dessa forma de atuar encontra justificativa na consagrada definição de imparcialidade, que se embasa na “falta de interesse” do magistrado com o processo<sup>539</sup>.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil e a (re)afirmação da decisão interlocutória de mérito, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 950, p. 39-105, 2014.

<sup>536</sup> Há mais de meio século, *Piero Calamandrei* já alertava: “(...) El peor enemigo de la oralidad es el miedo de ‘comprometarse’. Puede ocurrir que también el juez vea en la conversación inmediata con los defensores el peligro de revelar prematuramente su criterio sobre el litigio, que debe permanecer en secreto, y padezca el terror de los abogados, especialmente los más hábiles y los más acreditados, logren llevarlo por un camino falso con su insinuante elocuencia. También el juzgador desconfía y prefiere, en vez de escuchar los argumentos de las partes, leer los escritos sobre sus comparencias para poderlos mediar en soledad (...)”. (CALAMANDREI, Piero. *Carácter dialéctico del proceso*, in *Proceso y Democracia*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1960, p. 147-174, especialmente p. 169).

<sup>537</sup> “(...) O tempo concedido aos debates entre as partes perante os ouvidos de um terceiro imparcial e depois o tempo de reflexão do juiz convidam à aceitação social da decisão (...)”. (MATOS, José Igreja de. *Um modelo de juiz...*, ob. cit., p. 88).

<sup>538</sup> No original: “(...) De esta manera, el proceso se diluye en promociones escritas, en las que tanto juez como abogados se comportan como enamorados tímidos, que cuando se encuentran no saben qué decirse, pero apenas se separan, escriben larguísimas cartas de amor, que conservan por algunas semanas en espera de cambiárselas en silencio durante la próxima cita (...)”. (CALAMANDREI, Piero. *Carácter dialéctico del proceso...*, ob. cit., p. 170; tradução livre).

Acontece, porém, que conforme já se explanou (Parte I, item 1.2.3), não mais se tolera um juiz passivo, totalmente desinteressado no processo e satisfeito com *qualquer resultado*. A figura maniqueísta do juiz que assiste ao duelo das partes e, depois, escolhe um dos lados como vencedor, não mais se sustenta.

*O juiz tem o dever de se engajar*<sup>540</sup> *para alcançar a boa prestação jurisdicional, algo que somente irá acontecer se ele demonstrar interesse*<sup>541</sup>.

Obviamente, não se está aqui a referir interesse pessoal em auxiliar ou prejudicar qualquer das partes ou terceiros, mas a um *interesse funcional*<sup>542</sup> *decorrente do dever de prestar jurisdição*<sup>543</sup>.

<sup>539</sup> Nesse sentido: MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales (El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien há resuelto em la instancia no puede luego conocer del recurso)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186-187.

“(…) La garanzia dell’*imparzialità* intende, invece, dal canto suo proteggere la serenità, l’equilibrio, il distacco e l’indipendenza di giudizio del singolo giudice nei confronti delle parti o dell’oggetto del processo, imponendogli, soprattutto nel momento della decisione, l’assenza o la rimozione di qualsiasi pregiudizio personale, sì che l’esercizio della funzione giurisdizionale (la quale è, per definizione, *super partes*) sia realmente disinteressato e lo stesso giudice mantenga una effettiva ‘equidistanza’ dalle diverse posizioni assunte da ciascuno dei litiganti nel contraddittorio processuale (è il c.d. ‘foro interiore’ del magistrato *uti singulus*) (…”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le garanzie costituzionali...*, ob. cit., p. 83).

<sup>540</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno...*, ob. cit., p. 234-236.

<sup>541</sup> Em sentido contrário, até mesmo por força da sua posição de “garantista puro”, entende *Alvarado Veloso* que “(…) o juiz não deve ter interesse pessoal nem funcional no desenvolvimento nem no resultado do processo” (VELOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual...*, ob. cit., p.18).

<sup>542</sup> *Antônio Menezes Cordeiro*, ao se referir aos poderes-deveres, considera-os como verdadeiros “poderes funcionais”, nos quais o titular deve se valer de sua posição ativa, e agir, dentro de certos limites, para a sua configuração. (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 910, v. I).

<sup>543</sup> “(…) Por sobre tudo isso há a influência de certa mentalidade que, sob calor de zelo em preservar a imparcialidade do juiz, preconiza uma espécie de ‘distanciamento’ capaz de confundir-se, sem grande dificuldade, com a mais gélida indiferença pelo curso e pelo resultado do pleito. Para refutar semelhante tese, no que contenha de sincera convicção doutrinária, bastará pôr em evidência a distinção entre dois fenômenos. Uma coisa, com efeito, é proceder o juiz, movido por interesses ou sentimentos pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe figura desejável; outra coisa é proceder o juiz, movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do feito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto. A primeira atitude obviamente repugna ao ordenamento jurídico; a segunda só pode ser bem vista por ele. Ora, não há diferença para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte (seja qual for) que tenha razão. Em tal sentido, nem sequer é exato dizer que o juiz deve ser ‘neutro’, porque não é próprio identificar-lhe a imagem de um espectador frio, para quem ‘tanto faz’ que se realize ou não que se realize justiça, quando, bem ao contrário, esse é um cuidado que há de estar presente, do primeiro momento ao último, em seu espírito (…”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a “participação” do juiz no processo civil, in GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 380-394, especialmente p. 389-390).

Do mesmo modo que um piloto de avião deve envidar esforços e colocar em prática toda a sua técnica para que os passageiros cheguem a tempo e com segurança no destino previsto, o magistrado tem o dever de conduzir o processo para que os jurisdicionados vejam suas pretensões escorreitamente decididas. Tanto um como o outro não podem permitir que o cômodo “piloto automático” conduza por completo o itinerário, sob pena de alguma intempérie inesperada vir a retardar a chegada ou até mesmo desviar a rota.

Nesse mister, cabe ao juiz, através da já mencionada participação efetiva no tramitar do feito, corrigir eventuais *desvios de rota*, a fim de assegurar concretamente a paridade de armas. Afinal, como assevera *Alvarado Veloso*<sup>544</sup>, se de antemão já se sabe que “o debate processual é uma luta, e não um passeio alegre e despreocupado das partes, de mãos dadas, a caminho do parque”, e que, “portanto, os contendores – protagonista e antagonista – não estão interessados na busca da verdade (...) senão em *ganhar* quanto ao que foi pretendido ou quanto ao que foi resistido”, não se afigura adequado deixar que o processo fique livremente submetido ao talante das partes.

Assim sendo, um modelo de processual cooperativo (Parte I, item 1.2.3) não se compadece com a observância *estática* das regras de imparcialidade acima mencionadas. Como já ressaltado (Parte I, item 1.2.3), a figura de um *juiz passivo* não é condizente com os novos ditames da jurisdição, pelo que, conforme salienta *José Igreja Matos*<sup>545</sup>, a tradicional tutela jurisdicional, centrada *apenas no dizer o direito* (notadamente por meio da sentença judicial), não encontra mais repouso tranquilo.

*Um juiz leal*, destarte, não é apenas aquele que, por exemplo, não se deixa influenciar por pressões de toda sorte ou, ainda, não possui qualquer tipo de relacionamento com a(s) parte(s) que lhe possa tolher a liberdade de decidir. De mesmo modo, não basta, ao juiz dos tempos atuais,

---

<sup>544</sup> VELOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual..., ob. cit., p. 19.

<sup>545</sup> “(...) Tradicionalmente, a função do juiz circunscrevia-se a dizer o direito aplicável ao caso particular: o que importava era, neste sentido, apenas a eficácia jurídica formal do processo. Na concepção clássica da jurisdição resultava inconcebível que o processo pudesse produzir uma decisão ineficaz designadamente por excesso de lentidão. O efeito normal do processo seria o julgamento e este era sempre atingido, obtendo as partes uma decisão com força de caso julgado (...) A Justiça não mais se destina, pois, apenas a dizer o direito, dirimindo litígios. Interessa, sim, que esse direito seja realizado concretamente e que as partes satisfaçam o interesse que os trouxe a[o] Tribunal (...)” (MATOS, José Igreja de. *Um modelo de juiz...*, ob. cit., p. 84-85).

que sua competência tenha sido previamente definida por lei e que seus atos cumpram as formalidades legais; tudo isso é indispensável, por óbvio, mas, hodiernamente, *insuficiente*.

Ao juiz *leal*, nesse prisma, não chegam as *condições iniciais previstas nas normas legais e constitucionais para o correto cumprimento de seu mister*. A imparcialidade, nessa perspectiva, ganha um aspecto *dinâmico*, verificável a todo movimento processual<sup>546</sup>, porquanto ligada, indissociavelmente, à *participação efetiva*.

O juiz dos tempos modernos tem que se preocupar, portanto, não apenas com os “extremos processuais”, mas com o *iter* processual em sua inteireza: deve, nesse cenário, a todo tempo, mostrar-se integrado, interessado, atuante e, sobretudo, colaborador. A função de *construir uma decisão justa* não mais se esgota no momento de proferir a sentença; a atuação jurisdicional característica de um processo justo impõe que todo ato processual seja resultado de uma efetiva participação democrática.

Nessa medida, a *imparcialidade também ganha contornos dinâmicos*, devendo ser aferida em cada manifestação, omissiva ou comissiva, do magistrado. Trata-se, nesse diapasão, da busca pela legitimação democrática não apenas com a motivação da sentença<sup>547</sup>, mas, conforme bem destaca *Luigi Paolo Comoglio*<sup>548</sup>, *durante todas as fases do procedimento*.

<sup>546</sup> “(...) Las normas de las que se ha hablado en las páginas precedentes se refieren a las técnicas de las cuales se sirven los distintos legisladores procesales para asegurar que el juez sea imparcial *ex ante*, es decir – al menos en principio -, hasta el momento en el que comienza a ocuparse de una determinada controversia. Está claro, en efecto, que tratase de la concreción de la garantía de la independencia del juez como condición preliminar de su imparcialidad, o de la previsión de la hipótesis de abstención y de recusación todas tienden a hacer que hasta el inicio del proceso (o de una determinada fase del mismo) el juez está en una posición de neutralidad y de imparcialidad de cara a la controversia y a las partes de la misma. Se intuye de inmediato, sin embargo, que esto es sólo el inicio del problema, aunque es a lo que el legislador parece atribuir mayor importancia. En efecto, bien puede suceder que un juez que sea *ab initio* imparcial, puesto que no incurre en ninguna de las situaciones en las que debería abstenerse o podría ser recusado, se comporte en cambio de manera parcial, favoreciendo indebidamente a una u otra parte durante el posterior desarrollo del proceso. Este problema es bastante complicado y de difícil solución, porque en cada paso del procedimiento es necesario que el juez tome decisiones y emita pronunciamientos de la más diversa naturaleza, y es inevitable que cada vez que esto suceda, la situación del proceso se desequilibre en favor de una u otra de las partes. (...) Aquí el problema no es el de asegurar la imparcialidad del juez del pronunciamiento posterior (...), sino más bien el de la imparcialidad del juez de cada pronunciamiento individual (...)”. (TARUFFO, Michele. La cultura de la imparcialidad en los países de *common law* y de derecho continental, in *Páginas sobre justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 39-62, especialmente p. 48-49).

<sup>547</sup> TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia, in *Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 515-539, especialmente p. 517-519.

Ora, se o juiz deve, por toda a tramitação do processo, buscar se legitimar mediante participação efetiva, em permanente colaboração com as partes e seus procuradores, dúvidas não restam de que deve ser instaurado, *entre todos os atores processuais*, um ambiente de harmonia, confiança inter-relacionais e lealdade, sob pena de a *comunidade de trabalho* não se implementar verdadeiramente.

Vê-se, portanto, como inadiável a *mudança de atitudes dos sujeitos processuais e*, notadamente, que aqui interessa, do magistrado. Como realça *Oswaldo Alfredo Gozaíni*<sup>549</sup>, é *chegada a hora das “responsabilidades compartilhadas”*:

El llamado de la hora parece radicar en las responsabilidades compartidas. Un abogado idóneo que eleve desde su función técnica la lealtad en el debate; y un juez atento que se comprometa con la justa resolución del conflicto. Uno controla al otro, y entre ambos podrán colaborar para que la justicia se consiga confiando en las instituciones.

*Piero Calamandrei*<sup>550</sup>, aliás, já no início da década de 1950, demonstrava a importância de um “leal companheirismo” entre juízes e advogados, valendo-se do problema da lentidão dos processos para comprovar a sua tese. Para tanto, o mestre florentino analisou a situação da Inglaterra da época, onde apenas uma centena de juízes, mas imbuídos de um “leal companheirismo” para os advogados, cumpriam muito melhor seu ofício que aproximadamente seis mil juízes italianos “desconfiados” dos causídicos.

<sup>548</sup> “(...) Ma non è certamente privo di un suo significato sistematico, nell’interpretazione e nell’applicazione delle singole garanzie processuali, il fatto che nostra Costituzione – le cui norme super-primarie sono rafforzate, come già si è visto, dalla generale garanzia della ‘rigidità’ (artt. 138 e 139) – sia oggi dato testuale riscontro a quella formula di sintesi, che è racchiusa nell’espressione ‘giusto processo’. I profili etici e deontologici – compendiatamente dall’aggettivo ‘giusto’, come simboli di una ‘giustizia’ che sia tale, non tanto (o non soltanto) nelle decisioni finali, quanto soprattutto nel ‘farsi’ del ‘procedimento’ in cui essa si attua – si identificano, secondo la tradizione risalente al due process of law anglo-americano, nell’inviolabilità dei diritti fondamentali della persona. La ‘centralità’ di questi diritti – il cui esercizio e la cui protezione devono essere garantiti ad ogni costo ed in pari misura a tutti i soggetti coinvolti nel dramma processuale – costituisce il nucleo essenziale dell’etica che, da sé sola, è capace di rendere ‘giusto’ qualsiasi tipo di ‘processo’ dinanzi ad un ‘giudice’ terzo ed imparziale. Ciò significa che tale etica – oggi consacrata solennemente nel comma 1 dell’art. 111 – diviene il parametro fondamentale di valutazione della ‘liceità’ di qualsiasi condotta dei soggetti di quel dramma, commisurando non soltanto l’effettività e la lealtà del contraddittorio delle parti, ma anche la correttezza e l’imparzialità dei comportamenti tenuti dai soggetti titolari di pubbliche funzioni (giudice e pubblico ministero), soprattutto nell’esercizio dei loro poteri discrezionali. Il che – se ben si considera – è foriero di ricadute sistematiche sul processo, ben più ampie ed articolate di quanto abbia potuto supporre lo stesso legislatore costituzionale del 1999 (...)”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. Le garanzie costituzionali..., ob. cit., p. 100-101; destaques acrescentados).

<sup>549</sup> GOZAÍNÍ, Oswaldo Alfredo. Los cambios de paradigmas en el Derecho Procesal el “Neoprocesalismo”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 151, p. 59-ss, 2007.

<sup>550</sup> CALAMANDREI, Piero. Carácter dialéctico del proceso, *in Proceso y Democracia*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 147-173, especialmente p. 164-165.

Em outra passagem, *Calamandrei*<sup>551</sup> é ainda mais enfático, ao criticar o juiz que, ao se manter durante todo o processo mudo e inescrutável, *numa posição de esfinge*, contribui diretamente para o prolongamento do feito, vez que obriga os advogados a “falar às cegas”, gastando tempo e energias para convencê-lo sobre algum ponto em que eventualmente ele já esteja convencido e, por outro lado, correndo o risco de deixar de se posicionar acerca de ponto sobre o qual o magistrado ainda esteja em dúvida.

Vale uma explicação: não se pode confundir, de forma alguma, imparcialidade com neutralidade (=passividade). Como preceitua *Cândido Rangel Dinamarco*<sup>552</sup>, a “imparcialidade, conquanto importantíssima, não é um valor em si própria, mas fator para o culto de uma fundamental virtude democrática refletida no processo, que é a *igualdade*”. Assim, continua o professor paulista, impõe-se ao juiz imparcial que “dê tratamento igual aos litigantes ao *longo do processo* e na decisão da causa”, algo que somente se obtém se ele acompanhar de perto e participar efetivamente do processo.

*Um novo modelo de juiz*, por conseguinte, é o que pressupõe um magistrado que se mostra imparcial a cada vez que é chamado a intervir, a dialogar com as partes e seus procuradores, a colher provas<sup>553</sup>, a analisar os fundamentos de cada manifestação, enfim, em todos seus atos, decisórios ou não, até a efetiva concretização do direito daquele que tem razão.

<sup>551</sup> “(...) Es cierto que en el ordenamiento judicial italiano el secreto de la deliberación es un dogma riguroso; el juez que antes de pronunciar la sentencia dejase traslucir su opinión, cometería una falta que tal vez lo expondría a sanciones disciplinarias. De acuerdo con la costumbre italiana, el juez debe mantenerse durante todo el proceso mudo e inescrutable, como una esfinge, y hasta una sonrisa puede aparecer como una infracción a la majestad de la función. Pero todo esto está en contradicción con los principios modernos del proceso oral, el cual pretende fundarse principalmente sobre la colaboración directa entre el juez y los abogados, sobre la confianza y naturalidad de sus relaciones y dar explicaciones con el propósito de esclarecer la verdad. La tendencia del juez italiano a cerrarse en un silencio impenetrable ocasiona muchas veces el alargamiento del proceso; el abogado que habla delante de un juez que calla obstinadamente y que mide hasta sus propios gestos para no traicionar lo que piensa, se ve obligado a hablar a ciegas, con el riesgo de prolongar la exposición con argumentaciones sobre las cuales ya está convencido el oponente, y de no responder a objeciones que el propio oponente se plantea en su interior, pero que se cuida bien de no traducir en palabras (...)” (CALAMANDREI, Piero. *Independencia y sentido de responsabilidad del juez, in Proceso y Democracia*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 85-114, especialmente p. 1112-112).

<sup>552</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Processo Civil*, v. I..., ob. cit., p. 205-206.

<sup>553</sup> “(...) para ser imparcial não se espera que o juiz seja passivo e *neutro* no âmbito do processo: ser imparcial não significa não se posicionar (ou seja, permanecer neutro). Ao contrário: ‘*a imparcialidade refere-se a uma posição ativa no juízo*’ e ‘*dá estrutura ao juízo*’, pressupondo, portanto, um papel ativo daquele que – inclusive – deve ser imparcial. É, por conseguinte, possível configurar-se uma postura ativa do juiz, que se traduza em uma busca

De mesma sorte, e em resumo, *leal* é o juiz que (i) implementa, obedece e ratifica o contraditório participativo, mesmo para as matérias de ordem pública; (ii) observa fielmente os deveres laterais inerentes ao princípio da cooperação; e (iii) foca seu trabalho na eficiência qualitativa, e não no cumprimento burocrático de metas característico da eficiência perniciosa.

É o que se verá no próximo capítulo.

## 4 OS ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À CONFIGURAÇÃO DE UM JUIZ LEAL

### 4.1 O contraditório participativo

#### 4.1.1 Noções gerais

Muitas e de excelente nível são as obras que se propuseram – e se propõem – a versar, proficuamente, sobre o princípio constitucional do contraditório<sup>554</sup>. Não é este, assim, o objetivo deste estudo, embora seja indispensável tecer breves considerações a respeito.

A origem<sup>555</sup> do contraditório é remota, e contraditória. *Guilherme Luis Quaresma dos Santos*<sup>556</sup>, por exemplo, encontra-a na *Magna Charta Libertatum*, de “João Sem-Terra”, de 15 de junho de 1215, mais especificamente no art. 38, que versava sobre o devido processo legal.

---

objetiva e imparcial da verdade dos fatos”. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 146).

<sup>554</sup> Sobre o tema, consulte, por exemplo: GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 24, p. 71-79, 2005; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, p. 31-ss, 1993.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, ob. cit.; LOPES, João Batista. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença, in MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 265-270, dentre outros, citados ao longo do texto.

<sup>555</sup> Interessante resumo histórico pode ser encontrado em THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua atuação. *Revista da Faculdade de Direito de Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, p. 177-206, jan./jun. 2009.

<sup>556</sup> SANTOS, Guilherme Luís Quaresma Batista. Algumas notas sobre o contraditório no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 194, p. 69-97, 2011, especialmente p. 70-71.



Para *Leonardo Greco*<sup>557</sup>, entretanto, as raízes do princípio são ainda mais vetustas, sendo observada, a ideia de audiência bilateral, na Antiguidade grega, mencionada por Eurípedes, Aristófanos e Sêneca.

*Moacyr Amaral Santos*<sup>558</sup>, em interessante estudo histórico do processo, afirma que o contraditório pode ser encontrado já nos primórdios do estudo do direito processual, no primeiro dos três períodos do processo em Roma, qual seja, o da *legis actiones*, que vai desde a fundação de Roma (754 a. C.) até o ano 149 a. C.

Em síntese, pode-se dizer que nesse tempo sua incidência estaria limitada ao binômio *ciência + participação*<sup>559</sup>, pelo qual se deveria garantir, necessariamente, a observância daquela, enquanto que esta, por seu turno, poderia, ou não, se realizar<sup>560</sup>, de acordo com a vontade e a observância de certos requisitos pelo interessado<sup>561</sup>.

Tal acepção, todavia, não atende os ditames do *devido processo legal constitucional*, sobretudo no atual estágio metodológico em que encontra a ciência processual (cf. item 1.3). Não

<sup>557</sup> GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório..., *ob. cit.*, p. 71.

<sup>558</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v.1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37-40.

<sup>559</sup> Nas palavras de *Cassio Scarpinella Bueno*: “O núcleo essencial do contraditório compõe-se, de acordo com a doutrina tradicional, de um binômio: “ciência e resistência” ou “informação e reação”. O primeiro destes elementos é sempre *indispensável*; o segundo, *eventual ou possível*. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 107-108, v. 1.).

<sup>560</sup> Sobre o tema, *Carlos Alberto Alvaro de Oliveira* e *Daniel Mitidiero*: “(...) O conceito tradicional do princípio do contraditório está intimamente vinculado a uma concepção formal do processo, em que o juiz assumiria uma posição essencialmente passiva. Esse modo de ver o problema ressaí claramente da clássica definição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, 1937, para quem o contraditório é ‘a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los’. Embora estejam presentes dois elementos fundamentais ao conceito, a informação e a possibilidade de reação, não se vislumbra ainda a necessidade de ser submetida ao contraditório toda a matéria que será objeto de decisão, mesmo quando decorrente do poder oficial do juiz. Na visão atual, o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais. (...)”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v.1.: *Teoria geral do processo civil e parte do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35-36).

<sup>561</sup> Para *Cândido Rangel Dinamarco*, contudo, poder-se-ia falar em um “trinômio”, qual seja, “pedir-alegar-provar”, para quem deve ser dada “a cada uma das partes, ao longo de todo o procedimento, oportunidades para *participar pedindo, participar alegando e participar provando*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Processo Civil*, v. I., *ob. cit.*, p. 221-224).

mais se admite a não-observância do contraditório nos mais diversos ritos e procedimentos<sup>562</sup>, nos variados processos<sup>563</sup>, quer em jurisdição contenciosa, quer em jurisdição voluntária<sup>564</sup>, seja na tutela individual, seja na coletiva<sup>565</sup>, e mesmo a sua manifestação *postecipada* deve ser encarada, cada vez mais, como medida excepcional<sup>566</sup>. Trata-se, indubitavelmente, mais que um

<sup>562</sup> Para *Fernando Gama de Miranda Netto*, é possível, inclusive, falar-se em contraditório no procedimento de investigações realizados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's), a fim de consagrar o *devido processo parlamentar*: "(...) Manoel Messias Peixinho e Ricardo Guanabara apóiam a tese do contraditório no inquérito parlamentar, mas não nos moldes em que é aplicado no Poder Judiciário. Discordamos. Com efeito, se a autoridade judicial não tem o poder de colher prova sem assegurar o contraditório e a ampla defesa, como poderá a comissão de inquérito, que aprovará um projeto que poderá macular para sempre a honra e a imagem de uma pessoa, ter o poder de investigar próprio das autoridades judiciais sem que se submeta aos seus mesmos deveres? (...) Luigi Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo ensinam que, para a existência de um *contradittorio effettivo*, em processo jurisdicional ou não, é preciso conferir à defesa a real possibilidade de influenciar a formação do convencimento do órgão. (...)". (MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. O poder de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito..., *ob. cit.*, p. 50-51).

<sup>563</sup> Em que pese posição conhecida de *Liebman*, parece não haver dúvidas, atualmente, de que também na execução há obrigatoriedade do respeito ao contraditório, conforme disserta *Alexandre Freitas Câmara*: "(...) É certo que no processo de execução o juiz não é chamado a prover sobre o mérito da causa, não havendo nesse tipo de processo julgamento da pretensão do demandante ou declaração da existência do crédito exigido. Ocorre, porém, que no módulo processual de execução o juiz é chamado, a todo momento, a proferir decisões quanto a questões, como as referentes à presença das condições da ação e dos pressupostos processuais, ou dos requisitos necessários para a prática dos atos executivos. Basta um exemplo para demonstrar o que se acaba de afirmar. Proposta demanda de execução por quantia certa, é realizada a penhora de um automóvel do executado. Este bem é levado avaliação judicial, devendo as partes ser intimadas, logo após a elaboração da avaliação, para que tomem conhecimento do seu teor, podendo ainda manifestar-se sobre o mesmo. Isto é contraditório. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 51, v. 2).

<sup>564</sup> "Hoje o direito de influir eficazmente na prestação jurisdicional, seja qual for a sua natureza, com todos os meios aptos a alcançar esse resultado, é uma garantia da qual não pode ser privado qualquer cidadão, como exigência de participação eficaz, haja ou não litígio, haja ou não cognição exaustiva, haja jurisdição provocada ou de ofício, seja qual for o procedimento (Trocker). Pouco importa se a causa versa sobre direito disponível ou indisponível, se a matéria de fato é regida pelo princípio dispositivo ou pelo princípio inquisitório. Os poderes investigatórios do juiz não excluem a participação dos interessados. Recupera-se, assim, o caráter lógico-formal e metodológico do contraditório como instrumento da ordem judiciária, daquela ritualidade mínima que legitima o processo como revelador da vontade coletiva, como meio justo para um fim justo, ou melhor, como meio justo sem o qual não haverá possibilidade de reconhecer que o resultado seja justo". (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório..., *ob. cit.*, p. 77).

<sup>565</sup> Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, *ob. cit.*, item 87, p. 225-226.

<sup>566</sup> "Contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo sua postergação ser totalmente excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação de interesses em jogo e dos riscos da antecipação e do retardamento da decisão. Conrado Ferri chega a afirmar que o prévio contraditório é um instrumento de civilidade jurídica e que o contraditório *a posteriori* distorce e reduz o sentido da garantia." (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório..., *ob. cit.*, p. 74-75).

princípio, de um direito fundamental, sendo esse, segundo *Leonardo Greco*, o “grande salto do nosso tempo”<sup>567</sup>.

Nesse novo panorama, ganha destaque o papel *participativo* do juiz. Como é cediço, e já exposto especialmente nos itens 1.2 e 1.3, de há muito o processo não pode, e não deve, ser considerado como “coisa das partes”, na qual o juiz, inerte e passivo, assiste ao “jogo”<sup>568</sup> travado entre as partes, a fim de que, posteriormente, venha a escolher, sob seu livre convencimento motivado (v. g. arts. 131 e 436, CPC/73), aquele que, a seu talante, aparente ter razão (=verdade possível<sup>569</sup>). Nesse prisma, a noção *estática* do contraditório – entendida como mera *bilateralidade*, no sentido de que, garantidas, aos interessados, ciência e possibilidade de intervenção, tudo estaria a contento – perde força<sup>570</sup>.

Passa-se, destarte, a falar-se em contraditório *dinâmico*, em que o juiz, em respeito à cooperação, de modo eminentemente democrático<sup>571</sup>, *participa e dialoga* com os interessados, ouvindo-lhes, consultando-lhes, advertindo-lhes e, sobretudo, permitindo que seu convencimento seja formado sob o crivo do debate prévio, efetivo e real<sup>572</sup>.

<sup>567</sup> “(...) Esse é o grande salto do nosso tempo: de princípio a garantia fundamental. Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais. (...)”. (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório..., ob. cit., p. 73).

<sup>568</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, parte I, p. 23-51, 1950.

<sup>569</sup> Sobre o tema, com ampla discussão sobre a teoria das provas: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual*. v. 2. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>570</sup> “Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo...*, ob. cit, p. 206).

<sup>571</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático...*, ob. cit

<sup>572</sup> Sobre o tema, *Leonardo Greco*: “(...) complementando essas idéias, Giovanni Verde considera que o juiz possa ser terceiro e imparcial, mesmo quando exerce poderes próprios na investigação instrutória, em rigoroso respeito ao contraditório e aos direitos de defesa das partes. O juiz não pode ser no processo uma divindade imperturbável e distanciada. Por isso desde a Antiguidade o processo foi configurado como *actus trium personarum*. O mero contraditório entre as partes, sem nenhuma intervenção do juiz, não é suficiente e às vezes é até distorsivo. (...) O juiz que não confia na boa fé das partes e nos advogados é que tende a tornar-se autoritário, indo em busca de uma pretensa justiça com os seus próprios meios, e respeitando apenas formalmente o contraditório, a ampla

Nesse sentido, imperioso se faz que o juiz desça de seu pedestal, colocando-se ao nível das partes para revelar suas posições, pré-conceitos e pré-concepções, a fim de que, primeiramente, os sujeitos parciais possam conhecer as posições daquele que irá julgá-las e, posteriormente – e sobretudo! – possam buscar influenciá-lo para, se for o caso, até mesmo fazer com que mude de posição.

A postura *leal* do magistrado exige, portanto, três indispensáveis atitudes: inicialmente, deve apresentar as *cartas na mesa*, em uma postura franca e aberta acerca de seus pensamentos e teses acerca de determinada tese ou questão; depois, deve franquear às partes a apresentação de argumentos e razões que possam demovê-lo das concepções e convicções inicialmente existentes; por fim, deve se mostrar humilde e sóbrio o suficiente para se permitir se convencer.

O contraditório participativo, assim, não se contenta com a possibilidade de se manifestar, de apresentar suas alegações em juízo, de recorrer, de agir, de *falar*; deve ser garantido, ademais, o direito de influenciar, de produzir resultados válidos no processo, de *ser ouvido*.

Para se ter uma melhor ideia do que aqui se afirma, basta-se pensar em alguns exemplos do cotidiano: quantas e quantas vezes um professor *falou* horas e horas para seus alunos, sem ser efetivamente *ouvido*? Do mesmo modo: quantas e quantas vezes os pais *falaram* a seus filhos, aconselhando-os, sem que fossem, de fato, *ouvidos*? Por fim, e no mesmo caminho: quantas e quantas vezes uma parte *falou* nos autos, sem que o julgador tivesse o mínimo de atenção para aquilo que é ali colocado, sem que, em síntese, ele lhe desse *ouvidos*?<sup>573</sup>

---

defesa e o próprio princípio da demanda. É o juiz *fürher* do processo, que somente acredita em si próprio”. (GRECO, Leonardo. *Publicismo e Privatismo...*, ob. cit., p. 29-56).

<sup>573</sup> *Fredie Didier Júnior*, de certo modo, aborda o tema, embora com outras palavras: “(...) A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da outra parte. Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideais, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão. (...)”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. I..., ob. cit., p. 56).

Tem-se, aqui, especialmente, um dos aspectos mais caros ao contraditório, qual seja, a *igualdade concreta ou material*, com a assunção de uma função paritária do juiz na condução do processo, em permanente diálogo humano, em um viés policêntrico e co-participativo, afastando, à exceção do momento decisório, qualquer protagonismo. Vê-se, como *Dierle José Coelho Nunes*<sup>574</sup>, o contraditório como “fonte primordial para uma reconstrução democrática do exercício da função estatal”.

Nesse sentido, sob a perspectiva de um processo apegado ao formalismo-valorativo<sup>575</sup> e objeto de uma verdadeira *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft ou comunione del lavoro*), não se tolera que uma decisão judicial possa ser prolatada sem a observância restrita desses contornos constitucionais.

#### 4.1.2 Especificamente: o contraditório das matérias de ordem pública e a impossibilidade de decisões-surpresa

Como dito, as novas feições do contraditório, num Estado Democrático de Direito, dão diferentes contornos à atuação jurisdicional. Conforme *Luiz Guilherme Marinoni*<sup>576</sup>, o processo existe para implementar os direitos fundamentais e, nesse mister, não pode, obviamente, deixar de atender às garantias indispensáveis a um processo justo (item 1.3).

A partir dessas premissas, o contraditório passa a ser visto, simultaneamente, como regra processual, a ser observada invariavelmente em todos os ritos e tipos de processo e, também, como elemento indispensável à obtenção da igualdade concreta entre os litigantes, o julgador e todos os sujeitos intervenientes do processo, numa relação permanente, franca e perene de inter-relação.

Além disso, o direito de participar ativamente do processo, que decorre necessariamente do princípio constitucional do contraditório, determina que i) nenhuma decisão judicial seja tomada sem que as partes sejam ouvidas previamente, a fim de que seus escritos possam ser

---

<sup>574</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *O processo jurisdicional...*, *ob. cit.*, p. 53.

<sup>575</sup> Sobre o tema, consulte: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil...*, *ob. cit.*

<sup>576</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral...*, *ob. cit.*, p. 460.

tomados em conta pelo julgador quando da *construção* da decisão; ii) seja dada efetiva ciência, preferencialmente real, de todos os atos do processo, a fim de que todos os interessados possam, eficazmente, dentro de um prazo razoável, analisá-los, estudá-los e, se for o caso, manifestar-se; iii) haja garantias de que todos os meios de prova constitucionalmente legítimos sejam facilmente manejados pelos interessados, para que as alegações retrocitadas possam, *realmente*, servir de elementos robustos e seguros para a formação do conhecimento do juiz.

Todas essas consequências decorrentes do princípio do contraditório passam, necessariamente, por uma *visão constitucional* das regras processuais positivadas em lei, por uma *mudança de paradigma*. Como já se afirmou (item 1.1), se antigamente se defendia a observância estrita da lei, na qual cabia ao juiz *bouche de la loi* apenas respeitar a obra do legislador<sup>577</sup>, hodiernamente, sobretudo após a Segunda Grande Guerra Mundial, vários países europeus se insuflaram contra a *legalidade estrita*, a fim de que as Cartas Políticas passassem a, *efetivamente, fundar, explicar, concretizar, nortear* toda regra legal.

Nesse diapasão, conforme relembra *Eduardo Cambi*<sup>578</sup>, a “superção do paradigma da validade meramente formal do direito, em que bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito”, tornou “intolerável que em nome da ‘vontade do legislador’, tudo que o Estado fizesse fosse legítimo”. Tem-se, assim, a formação dos Estados Democráticos de Direito, nos quais a *valorização do sentimento constitucional* fez com que o núcleo axiológico da tutela jurídica passasse a ser a dignidade da pessoa humana.

Assim, o contraditório, como já colocado, deve servir, em todos seus aspectos e características, como *farol interpretativo* ao magistrado, atuando, por vezes, *supletivamente* ou até mesmo *criativamente* em relação à legislação infraconstitucional. Assim, *ad exemplum*, ainda que determinada regra processual afirme ser dispensável a abertura de vistas à parte contrária para responder determinado recurso (como ocorre, infelizmente, ainda nos dias de hoje, na sistemática do agravo interno e dos embargos de declaração), deve o exegeta, à luz do contraditório constitucional, determinar, em cada caso concreto, que o direito de resposta seja

---

<sup>577</sup> Sobre o positivismo jurídico, consulte: COMTE, Augusto. Discurso sobre o Espírito Positivo. Primeira parte, in *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 43-65; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, Parte II.

<sup>578</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo..., ob. cit., p. 663-664.

garantido. De mesmo modo, tem-se como notória violação à publicidade das decisões (a qual integra, indubitavelmente, o direito de participação incluído no art. 5º, LIV, CF/88) a mera *apresentação em mesa* para julgamento de determinados recursos, nos quais o jurisdicionado não consegue, de fato, acompanhar a realização da sessão de julgamento, já que não tem ciência inequívoca de quando – e se – ela se dará<sup>579</sup>. Tem-se, desse modo, a imperiosidade de uma interpretação prioritária da Constituição para, somente depois, analisar-se a lei, e não o contrário<sup>580</sup>.

Firmadas tais premissas, torna-se imprescindível revisitar a (im)possibilidade de conhecimento e julgamento *ex officio* no processo.

Como se sabe, há variadas questões que, mesmo não alegadas pelas partes no processo, devem ser analisadas *ex officio* pelo julgador, na medida em que, por opção legislativa, foram erigidas à condição de *matérias de ordem pública*. Tal se justifica porque, conforme *Paulo dos Santos Lucon*<sup>581</sup>, “diz(em) respeito a uma diretiva superior, relacionada com o papel do juiz no processo civil moderno”, já que o “o próprio Estado tem interesse de que sejam respeitadas as regras que disciplinam o modo pelo qual o processo se desenvolve”, porquanto “não interessa ao juiz, como representante do Estado, que o processo não se desenvolva regularmente e não possa chegar ao fim colimado, que é justamente o julgamento de mérito”. São, assim, consideradas tão relevantes para o ordenamento que se permite uma exceção à inércia (art. 2º, CPC/73), fazendo com o juiz tenha o poder-dever de conhecê-las, conforme se retira, *ad exemplum*, dos artigos 267, §3º e 301, §4º, CPC/73, ainda que em grau recursal<sup>582</sup>.

<sup>579</sup> Sobre o tema, disserta *Athos Gusmão Carneiro*: “(...) Já a inclusão do agravo interno em pauta parece-nos obrigatória para ciência e comparecimento dos advogados, máxime nos casos em que o julgamento singular tenha sido de ‘mérito’, ante a possibilidade de que o colegiado, em negando provimento ao agravo e, pois, confirmando a decisão do relator, venha a prolatar *acórdão de mérito*”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, Agravos e Agravo Interno*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 302).

<sup>580</sup> Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil...*, ob. cit., p. 92-151.

<sup>581</sup> LUCON, Paulo dos Santos. Art. 515, §3º, do Código de Processo Civil, ordem pública e prequestionamento, in MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2009, p. 37-46, especialmente p. 41.

<sup>582</sup> Essa possibilidade está ligada ao *efeito translativo* dos recursos, que permite que esses pontos sejam transladados ao órgão *ad quem*, mesmo se não houver transferência decorrente do efeito devolutivo. Trata-se, em verdade, de situação excepcional, mas decorrente do princípio inquisitório e completamente compreensível sob o prisma da

Ocorre, contudo, que se faz imperioso distinguir, como já o faz a doutrina europeia desde meados do século passado, a possibilidade de *conhecimento ex officio*, necessária e fundamental, como dito, da possibilidade de *juízo ex officio*, a qual deve respeitar, sob pena de violação à Constituição Federal, o princípio do contraditório.

Explica-se.

Um dos conteúdos do princípio do contraditório é, conforme leciona *Leonardo Greco*<sup>583</sup>, a possibilidade *efetiva e prévia* de influência, pelas partes, na formação do convencimento do julgador. Aqui se incluem, assim, a permissão ampla de produção de provas e alegações em juízo (dês que respeitada, pelas partes e procuradores, a lealdade processual, obviamente); a ciência prévia e preferencialmente real de todos os atos do processo; a duração razoável dos prazos processuais, a fim de permitir a plena discussão dos pontos em debate; e, sobretudo, para o que aqui interessa, a *igualdade concreta* das partes em juízo, sendo o contraditório instrumento de civilidade jurídica.

Nesse diapasão, a garantia do contraditório deve ser encarada – *não somente pelas partes, mas, e principalmente, pelo juiz* – como um *vetor* na condução do processo democrático, para que a sentença seja um resultado do diálogo exaustivo entre todos os sujeitos da relação jurídica. Afinal, conforme assevera *Cândido Rangel Dinamarco*<sup>584</sup>, democracia nada mais é que a

---

efetividade processual, vez que, caso contrário, chegar-se-ia ao absurdo de se vedar o conhecimento de tal matéria em grau recursal, mas restariam abertas as portas do Judiciário para que isso ocorresse em sede de ação rescisória, procedimento esse deveras mais custoso e complicado. De ser ver, por importante, que a eficácia de tal efeito é deveras inferior nos recursos de índole excepcional, por força do requisito do prequestionamento. Sobre o tema: LUCON, Paulo dos Santos. O art. 515, §3º, CPC..., *ob. cit*

<sup>583</sup> GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório..., *ob. cit.*, p. 74-76.

<sup>584</sup> “(...) Contraditório e o juiz. A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade (o juiz não tem faculdades no processo, senão deveres e poderes – *infra*, n.497). A doutrina moderna reporta-se ao disposto no art .16 do *nouveau code de procédure civile* francês como a expressão da exigência de participar, endereçada ao juiz. Diz tal dispositivo: “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar ele próprio o princípio do contraditório”. A globalização da ciência processual foi o canal de comunicação pelo qual uma regra de direito positivo de um país pôde ser guindada à dignidade de componente desse princípio universal, transpondo fronteiras. A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em *atos de direção, de prova e de diálogo*. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente. Também pelo diálogo o juiz participa em contraditório. A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria prejudgando e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que o juiz não perde a equidistância entre as partes quando tenta conciliá-las, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as esclarece sobre a distribuição sobre o ônus da prova ou quando as adverte da necessidade de



observância, simultânea e indissociável, do trinômio liberdade, igualdade e participação (democracia = liberdade + igualdade + participação).

É aqui, exatamente, que se afigura, destarte, a *proibição* de julgamento *ex officio*, sob pena de violação ao *devido processo constitucional*.

Não se tolera, quiçá deve se permitir, a ocorrência de *decisões-surpresa* (*decisione della terza via*, no direito italiano, ou *Überraschungsentscheidungen*, no direito alemão), assim consideradas aquelas que se firmam em fundamentos de fato e/ou de direito que não foram alvo de debate prévio e efetivo das partes. O juiz não pode, como um mágico, extrair da sua *ca(chol)rtola*, fundamentos sobre os quais as partes não manifestaram previamente, ainda que se trate de matérias *congoscíveis* (e não resolúveis, frise-se!) *ex officio*. Nesse prisma, os adágios *iuri novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius* devem sofrer uma releitura para se adequar à exigência constitucional do contraditório<sup>585</sup>, já que o direito conhecido pelo magistrado, e só

---

provar melhor. (...) O juiz *mudo* tem também algo do *juiz Pilatos* e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça. (...)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 230-236).

<sup>585</sup> “(...) Há um velho brocardo: *iura novit curia* (do Direito cuida o juiz). Há outro: *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei o direito). São dois axiomas que devem ser repensados. Primeiro, sabe-se que não é sempre que o juiz conhece o Direito. Às vezes, o juiz não sabe do que se trata a causa, não tem idéia do que se trata (pode ser uma causa que verse sobre direito estrangeiro, por exemplo). Mas ele também não precisa saber, a princípio. Ele ouvirá o que uma vai dizer, ouvirá o que a outra disser e, pela (juris) prudência, decide. Nenhum juiz é obrigado a saber todo o Direito. *Da mihi factum dabo tibi ius* é expressão que me remete a uma imagem, assim, se me permitem, não muito aprazível. Porque, vejam, não sei se tem uma máquina de Coca-Cola, em que se diz: ‘Joga uma moeda e aperta o botão escolhido’. *Da mihi factum* é o jogar a moeda; *dabo tibi ius* é a entrega do refrigerante, sai o ‘direito escolhido’. Não é assim. O processo de constituição de direito é muito mais complexo. Não se opera de forma tão simples. Pode o magistrado decidir com base em um argumento, uma questão jurídica não posta pelas partes no processo? Percebam: o magistrado, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base na lei tal, a outra parte disse que não se aplicava a lei. E o juiz entende de outra forma, ainda não aventada pelas partes: “Essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda. Ele pode fazer isso? Claro. O juiz pode aplicar o Direito, trazer, aportar ao processo questões jurídicas. Pode? Pode. Mas pode sem ouvir, antes, as partes? Não. Não pode. O juiz teria, nestas circunstâncias, já que ele trará ao processo fundamento jurídico que não está nos autos, intimar as partes para manifestar-se a respeito. Ele teria que dizer: ‘Intimem-se as partes para se manifestar sobre a constitucionalidade da lei tal’. Tem que fazer isso. Aí pode alguém vir dizer: Está prejulgando? Não, não está prejulgando — até porque pode estar em dúvida sobre o tema, que lhe veio à cabeça quando estava a preparar a sua decisão. *Se ele fizer isso, estará sendo leal com as partes*. Por quê? Porque não pegará as partes de surpresa. Porque, se ele não fizer isso, ele vai reconhecer a inconstitucionalidade na sentença, sem ter dado ao autor a chance de poder tê-lo convencido do contrário: não teve a chance de mostrar ao magistrado que aquela lei era constitucional. E, agora, só com a apelação. Como é que se pode restringir o contraditório ao julgamento do recurso? O recurso confere a oportunidade de nova discussão; e não a primeira discussão. Recurso é para restabelecer o curso e não começar um novo curso, a partir dali, para discutir a questão só agora, no Tribunal. Vamos agravar a situação. Imagine o Tribunal de Justiça decidindo com base em questão jurídica não colocada pelas partes, sem a sua prévia manifestação: só lhes restarão os recursos extraordinário, com todas as dificuldades a eles inerentes. A possibilidade de acontecer isso

revelado quando do julgamento, sem prévio controle e debate das partes, é ilegítimo e não condizente com o Estado Democrático de Direito.

Vale dizer: embora tal afirmação possa parecer vanguardista no direito brasileiro, a preocupação em se evitar os *judgamentos de algibeira* não é recente. Na Itália, *Vittorio Denti*<sup>586</sup>, desde 1968, alertava acerca dessa proibição<sup>587</sup>. Ao comentar a ZPO da Áustria, conforme relatam *Humberto Theodoro Júnior* e *Dierle José Coelho Nunes*, Pollak afirmava, *ainda em 1931*, que o tribunal não deveria surpreender as partes com pontos de vista jurídicos que não tivessem sido alvo de análise em fase preliminar<sup>588</sup>.

O direito alienígena, aliás, a despeito da previsão constitucional do contraditório, houve por assegurar a observância dessa regra nas normas de menor calibre, como relatam *Fredie Didier Júnior*<sup>589</sup> e *Nelson Nery Júnior*<sup>590</sup>.

---

em tribunal é muito grande, notadamente em razão da praxe forense denominada ‘entrega de memoriais’. Quantas e quantas vezes, os advogados nos memoriais, dão uma ajeitada no processo, uma corrigida, acrescentando um argumento novo, que não estará nos autos porque os memoriais foram entregues em gabinete do magistrado. Parece-me, então, que o magistrado deve determinar a juntada dos memoriais ao processo, com a subsequente intimação da parte contrária para manifestar-se a respeito” (DIDIER JÚNIOR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 62-63; destaques acrescentados).

<sup>586</sup> DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. 33, p. 221-222, 1968.

<sup>587</sup> Sobre o tema, com várias passagens sobre o direito italiano atual (art. 101, comma 2º, CPC Italiano), veja-se excelente escrito de *Marco Gradi*, publicado no Brasil: GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d’ufficio. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 186, p. 109-160, 2010.

<sup>588</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório..., *ob. cit.*, p. 194.

<sup>589</sup> *Fredie Didier Júnior*, após comentar a lei portuguesa (art. 3º, n.º 3, CPC Português), faz referência à França (art. 16, Novo CPC Francês), à Itália (art. 101, 2, CPC Italiano) e a Macau (art. 8º, 2, CPC de Macau). (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *O princípio da colaboração...*, *ob. cit.*, p. 17-18).

<sup>590</sup>“(…) Nada obstante a proibição de a decisão-surpresa ser decorrência natural do princípio constitucional do contraditório, inserido na Constituição da maioria dos países democráticos, há Estados que explicitam aspectos processuais e procedimentais dessa proibição em seus códigos de processo civil. Na Alemanha a proibição da *Überraschungsentscheidung* foi instituída formalmente no direito positivo pela *vereinfachungs novelle*, de 1976, pela redação da ZPO 278, III. O instituto vem sendo aperfeiçoado e está regulado, hoje, na ZPO 139, 2, com a redação dada pela reforma de 2001. A mudança do texto anterior da ex-ZPO § 278, III, para o atual, da vigente ZPO §139, 2, é significativa. No texto anterior eram objeto da proteção apenas as situações jurídicas, ao passo que na redação atual qualquer situação, de fato ou de direito, é alcançada pela proteção contra decisão-surpresa. Outra alteração é relativa à obrigatoriedade de o tribunal fazer advertência às partes, comunicando-as sobre a possibilidade de haver questões que podem ter passado sem a percepção dos litigantes ou que, de ofício, podem ser decididas pelo juiz. Esse dever de advertência não constava da redação revogada, embora tenha sido sempre considerada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como necessária. O dever de advertência atribuído ao

No Brasil, a Comissão Reformadora do CPC/73 também se ateu ao problema, acrescentando, no texto original do anteprojeto apresentado ao Senado Federal, várias passagens em que há expressa vedação, ao magistrado, de julgamento de quaisquer matérias sem que, antes, seja conferido aos interessados o direito de manifestação<sup>591</sup>.

A despeito de merecer encômios a iniciativa da Comissão e de todos os demais parlamentares, assessores e estudiosos que, no Congresso, trabalharam nos projetos de lei PLS 166/2010 e PL 8046/2010<sup>592</sup>, acredita-se, contudo, que mesmo sob a égide da atual legislação – ou seja, antes da alteração legislativa que faz menção expressa a esse *dever de advertência* (ou, em alguns casos, até mesmo um *dever de consulta*) – *já se torna possível, quiçá imprescindível, falar-se na impossibilidade de julgamento ex officio das matérias de ordem pública*.

Isso porque é no contraditório, regra-forte da consagração do princípio democrático no processo, que se encontra a raiz da obrigatoriedade de ciência inequívoca por todos os interessados dos atos do processo. Tal diretriz, contida expressamente no texto constitucional (art.

---

juiz tem sido considerado pela doutrina como o núcleo central do princípio constitucional do contraditório. (...) Semelhante tratamento existe no direito processual civil da França, a propósito do CPC francês 16, que proíbe o juiz de fundar suas decisões sobre questões de direito examináveis *ex officio*, sem que tenha intimado as partes para apresentarem suas observações. (...) Reforma ocorrida no processo civil português introduziu regra assemelhada no CPC Português 3º, 3. Esse dispositivo não retira do juiz a liberdade de decidir de acordo com seu livre convencimento, que ‘constitui, de resto, uma da essencialia da função jurisdicional: o que se trata é apenas de evitar, proibindo-as, as *decisões-surpresa*’. (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios...*, *ob. cit.*, p. 228-229).

<sup>591</sup> Veja-se, por exemplo, os seguintes dispositivos propostos: (i) Art. 10. “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”; (ii) art. 110, parágrafo único: “As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício”; (iii) art. 469, parágrafo único: “A prescrição e a decadência não serão decretadas sem que antes seja dada às partes oportunidade de se manifestar”; (iv) art. 475, parágrafo único: “Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.”; (v) art. 845, parágrafo único: “Na hipótese de prescrição intercorrente, deverá o juiz, antes de extinguir a execução, ouvir as partes, no prazo comum de cinco dias”.

<sup>592</sup> O texto aprovado em 17 de dezembro de 2014 (ainda pendente de apresentação definitiva), manteve idêntica a redação (e a numeração) do art. 10 referido na nota anterior, além de, sobre os dispositivos mencionados na nota anterior, e ter optado por retirar o art. 110, parágrafo único (até mesmo porque sua noção está, certamente, englobada no art. 10 já citado) e, no geral, manter os demais. O art. 469, parágrafo único, do projeto original, teve sua regra transferida para o art. 484, parágrafo único, com a seguinte redação: “(...) Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 330, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se”. O art. 475, parágrafo único, do projeto original, ganhou nova numeração, passando a ser o art. 490, parágrafo único, mas sem que, em seu texto, houvesse qualquer alteração. Já o art. 845, parágrafo único, do projeto original, sofreu alteração em seu texto e na numeração, mantendo, porém, a mesma ideia-base de preservação do contraditório: “Art. 919, § 4º: “Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente. O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de quinze dias, poderá, de ofício, reconhecer esta prescrição e extinguir o processo”.

5º, LV), também pode ser visualizada na cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, XXX) e, porque não dizer, no próprio *acesso à ordem jurídica justa* (art. 5º, XXXV), vez que não se concebe um efetivo acesso à tutela jurisdicional sem o respeito a um processo devido e, por seu turno, não se afigura cabível falar-se em processo devido sem o pleno respeito ao contraditório<sup>593</sup>.

Aliás, “se todo poder emana do povo”, conforme dispõe o art. 1º, parágrafo único, CF/88, e é o processo o palco primordial para a busca e concretização dos mais mezinhos direitos fundamentais, dúvidas não restam de que, conforme *Leonardo Greco*<sup>594</sup>, é o contraditório o principal instrumento de efetivação do próprio Estado *Democrático* de Direito, “porque a Democracia do nosso tempo é essencialmente participativa, ou seja, é o regime de relações entre o Estado e os cidadãos nos quais a todos os indivíduos, nos limites dos seus interesses, é assegurado o direito de participação na formação da vontade estatal”.

Dessa feita, e nessa ordem de ideias, mesmo antes da sanção do Novo Código de Processo Civil<sup>595</sup>, e, portanto, sob a égide do direito positivo atual, deve-se reconhecer a *ilegitimidade das decisões surpresa, como forma de aplicação direta do princípio do contraditório*<sup>596</sup>.

Não há dúvidas de que, assim, o julgador deva *conhecer* de determinadas matérias sem que, sobre elas, tenha havido prévia manifestação da partes; contudo, e tal distinção não pode ser

<sup>593</sup> *Vittorio Denti* chega, inclusive, a cogitar o desenvolvimento de uma teoria de nulidades processuais derivadas diretamente do contraste com as normas constitucionais e, notadamente, por óbvio, com o contraditório. (DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e...*, *ob. cit.*).

<sup>594</sup> GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório..., *ob. cit.*, p. 79.

<sup>595</sup> Vale ressaltar que o NCPC foi aprovado pelo Senado em 17 de dezembro de 2014, havendo, todavia, a necessidade de se redigir o texto final decorrente dos destaques votados nessa sessão para só então o texto ser submetido à Presidência da República para sanção ou veto, algo que ainda não ocorreu até o encerramento da presente Tese (22/fev/2015).

<sup>596</sup> “(...) Princípio é uma espécie normativa. Trata-se da norma que estabelece um fim a ser atingido (...). Se essa espécie normativa visa a um determinado ‘estado de coisas’, e esse fim somente pode ser alcançado com determinados comportamentos, ‘esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza’. Enfim, ‘os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários’. O princípio pode atuar sobre outras normas de forma *direta* ou *indireta*. A eficácia direta de um princípio ‘traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de um outro (sub-) princípio ou regra’. Nesse plano, os princípios exercem uma função *integrativa*: permite-se agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. *A despeito da ausência de previsão normativa expressa ou de um comportamento necessário à obtenção do estado de coisas almejado*, o princípio irá garanti-lo. (...)”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação...*, *ob. cit.* p. 50-51).

olvidada, revela-se manifestamente ilegítima a *decisão ex officio* (de terceira via ou surpresa). Tem-se, destarte, o contraditório prévio<sup>597</sup> sobre as questões de ordem pública como um limite dos poderes decisórios dos órgãos jurisdicionais, sob pena da construção de uma justiça *antidemocrática* e, porque não dizer, *abusiva e desleal*.

#### 4.1.3 Especificamente: o contraditório participativo em todas as fases probatórias

Considerado como um dos *componentes essenciais* do contraditório<sup>598</sup>, o direito à ampla defesa, consagrado no art. 5º, LV, CF/88, pode ser sintetizado, conforme *Leonardo Greco*<sup>599</sup>,

(...) no direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material.

Um dos pontos altos do processo é, fora de dúvida, aquele relativo às provas. Afinal, se é da essência da atividade cognitiva do juiz a reconstrução dos fatos, para que posteriormente seja possível entregar a tutela jurisdicional a quem tem razão, mostra-se evidente que essa tarefa deve ser levada a cabo de forma leal, proba e, sobretudo, *justa*. Como assevera *Leonardo Greco*<sup>600</sup>, “a promessa democrática de tutela efetiva dos direitos de todos seria ilusória se o processo não fosse capaz de reconstruir os fatos como eles são, porque destes é que resultam os direitos cuja tutela é buscada pela provocação do exercício da função jurisdicional”.

---

<sup>597</sup> Há lugar, aqui, para o chamado “dever de consulta”, adiante mais bem tratado (item 4.2.2.c). Também faz referência a esse dever, coligando-o com a impossibilidade de decisões surpresa: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo...*, ob. cit., p. 93-94.

<sup>598</sup> “(...) O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4.ed. São Paulo: RT, 2009, p. 23).

<sup>599</sup> GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório..., ob. cit., p. 75.

<sup>600</sup> GRECO, Leonardo *et al.* A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro: Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (versão preliminar). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 301-551, especialmente p. 303, jan./jun. 2014. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_13a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf)>. Acesso em: 25 dez. 2014. A primeira parte do trabalho definitivo restou publicada na *Revista de Processo*, da Editora Revista dos Tribunais, em sua edição de fevereiro de 2015 (vol. 240, p. 61-136), estando previstas, as outras partes, para publicação nos volumes 241, 242 e 243 (março, abril e maio de 2015, respectivamente).

No cumprimento desse ofício, a figura do juiz ganha relevo, quer porque é ele o responsável pelo deferimento das provas, quer porque diante dele elas são produzidas, quer porque é dele, prioritariamente, a função de valorá-las.

Como se isso não fosse suficiente, o julgador também possui iniciativa probatória subsidiária (art. 130, CPC/73), a demonstrar o tamanho de seu poder de investigação da verdade no processo.

Apesar disso tudo, *o contraditório participativo exige que a prova deixe de ter o juiz como seu único destinatário*. Como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva, o direito probatório não pode ser visto sob a perspectiva egoística de servir exclusivamente à formação do convencimento do magistrado, sendo imperiosa, portanto, uma *mudança de paradigma*.

Nesse sentido, o foco sobre a prova muda completamente de direção: *deixa de ser direcionado para o juiz, voltando-se para os sujeitos parciais do processo*. Mais uma vez, *Leonardo Greco*<sup>601</sup>:

Em síntese, o juiz não é o único destinatário da prova. Ainda que o fosse, ele colhe provas que não se destinam à sua exclusiva apreciação, mas também à apreciação dos tribunais superiores que exercerão a jurisdição no mesmo processo em instâncias diversas. Mas, de fato e de direito, também são destinatários das provas as partes que com elas pretendem demonstrar a veracidade dos fatos por elas alegados, que têm o direito de que sejam produzidas no processo todas as provas necessárias a demonstrá-los e de discutir as provas produzidas em contraditório com o adversário e com o juiz.

*Mutatis mutandis*, é a lição de *Flávio Luiz Yarshell*<sup>602</sup>:

Mas, retomando-se o raciocínio, quando se pensa na prova como elemento apto à formação do convencimento das próprias partes, e não apenas do órgão julgador, a visão que se tenha do contraditório ganha novos contornos. Não se trata mais e apenas de facultar a participação de determinados sujeitos para lhes garantir a possibilidade de contribuir para a formação da convicção de terceiro. Trata-se de possibilitar aos interessados conhecimento para permitir a formação de sua própria convicção e a adoção de comportamentos, que podem consistir no ingresso em juízo, na resistência a dada pretensão ou na prática de atos de autocomposição. O contraditório, sob essa ótica, deixa de atuar como fator de legitimação de atos de poder (estatal ou não), e passa a funcionar como elemento determinante na conduta responsável das partes. (...) Em matéria de prova isso significa dizer que a correspondente produção não deve se dar exclusivamente na perspectiva do convencimento do juiz, mas que pode e deve também ser vista sob a ótica do convencimento das partes.

---

<sup>601</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 92.

<sup>602</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170-171.

Sob essa nova perspectiva, algumas alterações no modo de o magistrado atuar no sistema probatório tornam-se imperiosas, a saber:

i) *o juiz deve adotar postura tolerante e permissiva na admissão das provas*<sup>603</sup>.

A celeridade, o cumprimento de metas, a baixa possibilidade de êxito da prova ou a pré-compreensão do magistrado sobre determinado ponto não podem servir como fundamentos ao indeferimento de provas.

Resguardadas as exceções procrastinatórias, o juiz deve se mostrar aberto a permitir a produção de qualquer prova que, ainda que remotamente, tenha a potencialidade de demonstrar a veracidade da alegação de qualquer das partes, sob pena de violação ao direito constitucional de *defender-se provando*<sup>604</sup>.

Inviabilizar, destarte, a produção de provas por conta de suposto convencimento já formado do juiz seria o mesmo que, como bem compara *Flávio Luiz Yarshell*, “permitir o encerramento do jogo antes do término do tempo regulamentar ao argumento de que, pelo placar e pelo desempenho das equipes, o resultado já estaria determinado”<sup>605</sup>. O critério, de cariz objetivo, prossegue o Professor Titular da USP, deve passar pela “relação de pertinência e de adequação que a prova que se deseja produzir possa ter relação aos fatos controvertidos”.

<sup>603</sup> Nesse sentido, veja-se o teor do art. 9º do já citado Anteprojeto de Reforma do Direito Probatório Brasileiro, levado a cabo pelo Grupo de Pesquisas “Observatório das Reformas Processuais”, da Faculdade de Direito da UERJ: “Art. 9º. Incumbe às partes a iniciativa de proposição e produção de todas as provas que possam demonstrar a procedência das suas postulações, não podendo o juiz restringir o exercício desse direito com fundamento na reduzida probabilidade de êxito da prova requerida, na celeridade ou na economia processual (...)”. De mesmo espírito, o art. 98, que versa sobre as provas testemunhais: “Art. 98. Art. 98. As partes poderão arrolar todas as testemunhas cujos depoimentos possam contribuir para demonstrar a procedência de suas alegações (artigo 9º)”. Ambos podem ser consultados em: [http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_13a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf), p. 492 e 524, respectivamente.

<sup>604</sup> “(...) Por fim, registre-se que o direito à prova serve para assegurar a obtenção de meios e também de resultados, garantindo a qualidade do provimento jurisdicional, de modo que o magistrado deve agir ponderadamente quando da inadmissão do meio probatório pleiteado. Assim é que a excessiva restrição do poder de se alegar em juízo os fatos relevantes, bem como de comprová-los, acarreta a ineficácia da expressão dinâmica das garantias processuais e constitucionais, privando as partes dos meios adequados do acesso à ordem jurídica justa” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 37).

<sup>605</sup> YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova...*, ob. cit., p. 169.

Em síntese, arremata *Leonardo Greco*<sup>606</sup>, para quem, em caso de “(...) dúvida, o juiz deve ser tolerante, deferindo a prova requerida, cuja admissibilidade deve significar não manifesta irrelevância ou inutilidade. Somente assim o juiz despir-se-á de um juízo de admissibilidade autoritário e preconceituoso”.

ii) *As provas já deferidas não podem, sem motivação razoável e específica, ser alvo de desistências ou retratações, sob pena de violação à confiança legítima.*

A partir do momento em que se considera que as provas pertencem *também* às partes, e não somente ao juízo ou ao processo, torna-se mais fácil compreender que o deferimento da produção de uma prova não pode ser alvo de desistência posterior sem que haja, para tanto, manifesta justificativa ou anuência da parte contrária.

Isso porque, como o processo é uma relação jurídica multifacetária, o deferimento de uma prova, seja ela requerida por uma das partes, seja ela determinada de ofício pelo juiz, cria no(s) sujeito(s) parcial(is) do processo uma expectativa legítima na sua realização. Assim, por exemplo, imagine-se a determinação, pelo juízo, da realização de uma prova pericial. Nesse caso, advogados diligenciam junto a seus clientes, os quais se valem eventualmente de assistentes técnicos, dispõem numerário para a boa prática do ato, enfim, movimentam-se para a diligência que está por vir. Eventual retratação do magistrado, sem justificativa plausível, mostra-se não só violadora do princípio da comunhão das provas<sup>607</sup>, como, e sobretudo, um ato de desrespeito e de notória deslealdade para com as partes.

O mesmo ocorreria se a prova tivesse sido requerida por uma das partes e, após o deferimento, sem motivo aparente, houvesse requerimento de desistência ou retratação judicial para a indeferir. Tais atitudes, conforme leciona *Joan Picó i Junoy*, frustram a expectativa

---

<sup>606</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v. II..., ob. cit., p. 91.

<sup>607</sup> Para *Fredie Didier Júnior et al*, a preclusão para o juiz, aliada à comunhão das provas, fariam com que o juiz não pudesse, após deferir dada prova, mais tarde optar por não a produzi-la. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 104-105, v. 2).



legítima da contraparte de ver os fatos que a ela interessam sejam efetivamente apurados, podendo ser enquadrada, no direito espanhol, até mesmo como hipótese de litigância de má-fé<sup>608</sup>.

Exatamente por isso, *postura leal e respeitosa do contraditório* é aquela que, em situações dessa natureza, somente permite a desistência da prova já deferida em casos de evidente inutilidade, impossibilidade material de sua produção ou, se versando a causa sobre direitos disponíveis, houver expressa anuência da parte contrária<sup>609</sup>.

iii) *O magistrado deve participar efetivamente da produção probatória.*

Notadamente em um modelo de processo cooperativo (item 1.2.3), o juiz deve se valer, de modo responsável, de todos os instrumentos que o legislador processual lhe põe à disposição, como a instrução probatória oficial e a possibilidade de inversão do *onus probandi*, para que o processo reflita, o mais próximo possível, a realidade dos fatos.

Afinal, como bem salienta *Michele Taruffo*<sup>610</sup>, “nenhuma decisão pode ter-se como justa se fundada em uma verificação dos fatos relevantes falsa ou errônea”.

Há, nesse sentido, uma relação direta entre a participação do juiz e a apuração correta dos fatos. Como assevera *José Roberto dos Santos Bedaque*<sup>611</sup>, “[q]uanto maior sua participação [do juiz] na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará”, já que “*verdade formal* é sinônimo de *mentira formal*”.

Não é por outra razão, aliás, que *Luiz Guilherme Marinoni* estabelece relação inquebrantável entre o processo democrático, a isonomia e uma postura ativa do magistrado, já

<sup>608</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal...*, ob. cit., p. 175.

<sup>609</sup> Nesse sentido, é a proposta do Anteprojeto de Reforma do Direito Probatório, que em seu artigo 20 prevê: “Art. 20. A desistência de prova já admitida não será aceita, salvo se justificada na sua evidente inutilidade, se materialmente impossível a sua produção ou se, versando o litígio sobre direito disponível, houver concordância expressa da parte contrária”. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_13a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf)>, p. 497. Acesso em: 25 dez. 2014.

<sup>610</sup> TARUFFO, Michele. Verdade e processo, in *Processo civil comparado: Ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 35-55, especialmente p. 36.

<sup>611</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios...*, ob. cit., p. 17.

que “não é mais justificável que os fatos não sejam devidamente verificados em razão da menor sorte econômica ou da menor astúcia de um dos litigantes”<sup>612</sup>.

E nem se diga, como já se referiu (cap. 3), que sua *participação ativa* violaria a imparcialidade; a posição “de estátua”<sup>613</sup> pode causar, certamente com mais vigor, efeitos bem mais danosos à paridade de armas e à própria tutela do direito material<sup>614</sup>.

Nesse prisma, imprescindível que o juiz assuma seu papel na relação processual, deixando de lado qualquer temor de perder a imparcialidade para, de uma vez por todas, abandonar a tradição passiva e de mero espectador dos fatos processuais<sup>615</sup>.

E que não se culpe o déficit legislativo ou a falta de estrutura judiciária: a ausência de uma verdadeira participação do juiz, longe de ser causada somente por tais problemas, passa, como há

<sup>612</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo...*, ob. cit., p. 422-424.

<sup>613</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a “participação” do juiz no processo civil, in GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 380-394, especialmente p. 386.

<sup>614</sup> Nesse sentido, é a pena de José Roberto dos Santos Bedaque: “(...) Não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo. Principalmente quando se trata do exercício de poderes que a lei lhe confere de maneira inequívoca. Suponha-se que o juiz esteja convencido, pelo exame dos elementos dos autos, que poderia chegar à verdade, bastando suprir alguma omissão da parte no tocante à prova. Evidentemente, decidiria contra a sua consciência, se não determinasse o esclarecimento do fato (...)” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios...*, ob. cit., p. 113-115). Pelo mesmo caminho vai Luiz Guilherme Marinoni: “(...) Do mesmo modo, o princípio da imparcialidade do juiz não é obstáculo para a participação ativa do julgador na instrução. Ao contrário, supõe-se que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, se queda inerte (...)”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo...*, ob. cit., p. 424).

<sup>615</sup> “(...) Esse temor de perder a imparcialidade tem contribuído de maneira decisiva para que nossos magistrados, infelizmente, deixem de utilizar dos poderes probatórios que lhes são conferidos pelo legislador processual. Criou-se uma tradição do juiz passivo, espectador, temeroso de que qualquer iniciativa possa torná-lo parcial. A escassez de iniciativas probatórias oficiais, mesmo quando manifesta a sua conveniência, tem sido apontada como uma das causas do mau funcionamento do mecanismo judiciário. Essa mentalidade precisa ser alterada, a fim de que o magistrado assuma seu papel na relação processual. Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para não perder a imparcialidade, não basta que o magistrado se limite ao exame objetivo da matéria fática, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas. Não importa quem as traga. Importa, sim, que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos. Para que o juiz mantenha a sua imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador (...)”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios...*, ob. cit., p. 113-115).

mais de um quarto de século já denunciava *José Carlos Barbosa Moreira*<sup>616</sup>, pela atitude de “empenho integral” do próprio julgador.

*Leal*, destarte, é o juiz que não abandona o processo à própria sorte, que se engaja, que descruza os braços e participa verdadeiramente do feito<sup>617</sup>.

*iv) A valoração da prova deve levar em conta todo o conteúdo probatório, e não apenas uma ou outra prova pinçada aleatoriamente.*

É da natureza humanista do contraditório participativo que o magistrado, com vistas a se justificar e, principalmente, demonstrar que a qualquer interessado que suas pré-concepções pessoais não o fizeram perder sua imparcialidade, deva analisar percucientemente todas as provas produzidas nos autos, fazendo constar, ainda, quais os fatos que julgou provados e quais aqueles que, ao contrário, não foram suficientemente demonstrados.

À semelhança do que determina o art. 607º, n.º 4, do CPC português de 2013<sup>618</sup>, o julgador tem que declarar “(...) quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção (...)”. Nesse sentido, violadoras do contraditório e, especificamente, *completamente desleais*, são as decisões que se embasam em uma ou outra prova em específico, deixando de lado todas as outras produzidas, algo que, em um regime probatório que não mais se vale das provas tarifadas ou legais, afigura-se completamente descabido.

Afinal, se todas as provas têm, em tese, o mesmo valor, o mesmo peso, a mesma capacidade de convencimento do julgador, a atitude de se *pinçar uma ou outra do conjunto*

---

<sup>616</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a “participação” do juiz..., ob. cit., p. 389.

<sup>617</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo...*, ob. cit., p. 207-209.

<sup>618</sup> Art. 607º, n. 4, CPC/PT/2013: “Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraíndo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência”.

*probatório*, de modo incontrolável e antidemocrático, revela-se manifestamente ilegítima. Nesse sentido, por exemplo, caso o juiz quisesse, de antemão, favorecer o autor, bastar-lhe-ia simplesmente, quando da fundamentação, valer-se das provas por ele produzidas, ignorando ou menosprezando aquelas levadas a efeito pelo réu, a fim de que sua sentença, formalmente motivada, estivesse, em verdade, servindo de palco para notória ofensa à lealdade e à isonomia.

O réu, no caso hipotético descrito, teria sido facilmente ludibriado pelo julgador, seja porque perdeu seu tempo e suas energias a produzir provas que sequer seriam tomadas em conta, seja porque, ainda que indiretamente, acabou por legitimar, com suas manifestações, um verdadeiro simulacro de processo.

Se, ao contrário, for exigida do juiz manifestação expressa e analítica sobre todos os fatos provados e não provados no processo (e, por consequência, as provas respectivas), qualquer tentativa de julgamento desleal logo virá à tona, já que a motivação da sentença, longe de servir, como no caso anterior, como uma capa protetora da parcialidade, valerá, nesta hipótese, como lupa a demonstrar eventuais incorreções<sup>619</sup>.

---

<sup>619</sup> Sobre o tema, com argúcia, escreveu *Robson Renault Godinho*: “(...) Não se pode ignorar que em determinado processo haja uma seleção arbitrária dos fatos necessários para fundamentar uma decisão já encontrada ou que os poderes instrutórios apenas revelem uma demonstração de autoridade, violadora inclusive do contraditório. Veja-se que a seleção normativa realizada para fundamentar uma solução previamente buscada pelo julgador viola esse contraditório e também pode se dar com uma hábil, ou apenas arbitrária, seleção de fatos e de provas que coonestem uma decisão solipsista. Esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial. A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal. Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. O pensamento que persiste na antiga crença de que a prova serve unicamente à formação do convencimento do juiz e autoriza que a fundamentação indique apenas o que lhe formou o convencimento, desobrigando, aparentemente, da atividade de um exame completo do material probatório vem assumindo ares de – perdoe o aparente trocadilho – verdade. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico, melhor seria dizer avaro, compromisso com a fundamentação. Perdoe-se o truísmo: para que se preocupe com o conteúdo da motivação, primeiro é necessário que essa motivação exista materialmente, em substância, já que sua existência formal não apresenta maiores problemas. Evidentemente a fundamentação não compreende toda a descrição do caminho mental percorrido pelo juiz na valoração dos fatos e das normas, mas, sim, de uma justificação racional e objetiva acerca da conclusão que se anuncia. Não se trata apenas de um discurso retórico/persuasivo, devendo o juiz demonstrar a veracidade dos fatos de acordo com as provas disponíveis, explicitando as razões que sustentam racionalmente a conclusão. Sentença não é fruto nem objeto de crença; trata-se de ato estatal submetido a controle e que se submete a um arcabouço constitucional que lhe impõe limites e a condiciona. Problemas que se vislumbram nesse contexto: fundamentação fictícia, dissociadas das circunstâncias do caso concreto; motivação implícita, que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; motivação *per relationem*; motivação que se limita a reproduzir jurisprudência, sem

Todas essas atitudes (“i” a “iv”), cujas minúcias não cabem nos estreitos limites da presente Tese<sup>620</sup>, integram indubitavelmente o contraditório participativo e não podem se afastar dos contornos da definição de um juiz leal.

## 4.2 A cooperação processual

### 4.2.1 A cooperação intersubjetiva e o processo civil cooperativo. Generalidades.

Não é possível se falar em um *juiz leal* sem que sejam observados, além do contraditório participativo, os ditames relativos ao princípio da cooperação.

Afinal, ao se tomar como base o modelo cooperativo de processo (item 1.2.3) e, ainda, ao se considerar a lealdade processual apta a criar deveres anexos ao juiz (item 2.5.3), *afastar a observância da cooperação processual da formação de um juiz leal soaria, no mínimo, incoerente.*

Nesse sentido, mostra-se aqui importante perscrutar o princípio da cooperação, ainda que com os limites que o presente estudo impõe<sup>621</sup>.

---

demonstrar a pertinência com o caso concreto. *Também se mostra atentatória à plenitude da motivação a referência parcial às provas, limitando-se a mencionar as provas que confirmam a conclusão, desprezando as demais, como se fosse possível uma espécie de seleção artificial em matéria probatória. Por fim, o exercício dos poderes instrutórios do juiz, cuja previsão abstratamente considerada contribui para a essência e a finalidade do processo jurisdicional, deve se inserir nesse quadro de garantias processuais, a fim de não se desnature sua finalidade e acabe por significar uma ameaça ao devido processo legal.* Os poderes instrutórios do juiz, enfim, não podem servir de artifício para que o processo se acomode no Leito de Procusto. (GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “Leito de Procusto”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 85-ss, 2014. Destaques acrescentados).

<sup>620</sup> A respeito do tema, com amplo enfrentamento do sistema probatório brasileiro, confira-se “A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro: Anteprojeto”, de lavra do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, da Faculdade de Direito da UERJ, capitaneado pelo prof. Dr. *Leonardo Greco*, e cujo inteiro teor será publicado em edições da *Revista de Processo*, da Editora Revista dos Tribunais, no ano de 2015. Uma versão preliminar do texto e de suas justificativas respectivas pode ser consultada em: [http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_13a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf), p. 301-551.

<sup>621</sup> Sobre o princípio da cooperação, remete-se o leitor interessado: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013; BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 455-ss, 2011; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 190, p. 210-ss, 2010; FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição*

Para tal objetivo, o estudo da doutrina portuguesa<sup>622</sup> se mostra imprescindível, notadamente por força das já consagradas lições de *Miguel Teixeira de Sousa*<sup>623</sup>, *Paula Costa e Silva*<sup>624</sup> e *José Lebre de Freitas*<sup>625</sup>, vez que o legislador lusitano, há quase duas décadas, mais precisamente na reforma de 1995/1996, positivou o retromencionado princípio.

Vale mencionar, inclusive, que o Novo Código de Processo Civil brasileiro, cuja sanção presidencial se aproxima<sup>626</sup>, foi diretamente influenciado, quanto à cooperação, pelos professores lusitanos, conforme se verifica do relatório apresentado pelo então Relator Deputado Federal Sérgio Barradas (PT/BA)<sup>627</sup>, ainda em setembro de 2012, na Câmara dos Deputados, quando o PL 8.046/10 por lá tramitava.

---

*física da pessoa humana*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2005; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sócias, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009; QUEIROZ, Pedro Gomes de. O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no processo civil (primeira parte). *Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, ano 3, v. 10, p. 8247-8430, 2014. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014\\_10\\_08247\\_08429.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_10_08247_08429.pdf)>. Acesso em: 12 dez. 2014; SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 192, p. 47-80, 2011.

<sup>622</sup> Sobre o tema, recomenda-se a leitura do relatório de pós-doutoramento desenvolvido por *Fredie Didier Júnior* junto à FDUL, sob orientação da Profa. Paula Costa e Silva: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Wolters Kluwers, 2010.

<sup>623</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2.ed. Lisboa: LEX, 1997.

<sup>624</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

<sup>625</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

<sup>626</sup> O texto final foi aprovado em 17 de dezembro de 2014, restando pendentes, até o encerramento da presente Tese, a revisão e atualização dos destaques.

<sup>627</sup> Relatório “Barradas”, apresentado na Câmara dos Deputados em 19 set. 2012, cujo inteiro teor pode ser consultado aqui: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>>. Vide, especialmente, p. 131-132, de onde se lê: “(...) Os arts. 5.º e 8.º têm, rigorosamente, o mesmo propósito: consagrar o princípio da cooperação, na linha do que vêm fazendo as legislações estrangeiras mais avançadas. O princípio da cooperação é um subprincípio do princípio da boa-fé processual, que não ganhou, do projeto, a atenção merecida. O enunciado do princípio da cooperação deve, ainda, ser mais simples, estruturado como cláusula geral, de modo a permitir o seu desenvolvimento jurisdicional. A parte final do art. 8º é desnecessária, pois já regulado no art. 83 do projeto, mais preciso e em local mais adequado. Sugere-se, enfim, a fusão dos dois artigos, com uma redação mais aberta, nos termos da legislação portuguesa (mais avançada sobre o assunto). Não há razão para a exclusão do “entre si”: não há processo cooperativo se não houver reciprocidade entre todos os sujeitos processuais. Há uma má compreensão do princípio da cooperação: não se trata de uma parte ajudar a outra; trata-se, sobretudo, de uma parte colaborar com a outra e com o órgão jurisdicional para que o processo seja conduzido da melhor forma

Para *Miguel Teixeira de Sousa*, Professor Catedrático da FDUL, um dos pilares do *novo processo civil* português é, fora de dúvida, o princípio da cooperação, que veio para coadunar a “estrutura e os fins do processo civil com os princípios do Estado social de direito e de garantir uma legitimação externa às decisões do tribunal”<sup>628</sup>.

Coligado a uma visão de processo não-liberal de cunho social, a cooperação tem por escopo transformar o processo em uma “comunidade de trabalho”, na qual todos seus sujeitos devem colaborar para a construção dos resultados pretendidos pela jurisdição.

*José Lebre de Freitas*<sup>629</sup>, por sua vez, considera a cooperação como uma “trave mestra do processo civil moderno”, que pode ser vista sobre dois sentidos: (i) *material*, prevista nos artigos 519, CPC/POR/1961 (correspondente ao art. 417º, CPC/POR/2013) e no art. 266º, n.s 2 e 3, CPC/POR/1961 (correspondente ao art. 7º, ns. 2 e 3, CPC/POR/2013), e (ii) *formal* (arts. 266º, n. 4; 155º; e 266º-B, n. 3, todos do CPC/POR/1961, que correspondem, respectivamente, aos arts. 7º, n. 4; 151º; e 9º, n. 6, do CPC/POR/2013).

Em seu sentido material, a cooperação está ligada, primeiramente, à descoberta da verdade, recaindo, nesse viés, mais sobre as atividades das partes e de eventuais terceiros intervenientes; quanto ao juiz, o art. 266, n. 2, CPC/POR/1961 (atual art. 7º, n. 2, CPC/POR/2013) consagra o seu poder de ouvir as partes, seus representantes ou mandatários, a fim de lhes solicitar esclarecimentos sobre a matéria de fato ou sobre o direito em causa. Embora também seja possível, para as partes, que tais esclarecimentos sobre as matérias de fato venham a ser vertidos em confissão, a principal função dos esclarecimentos é trazer ao juízo a “perfeita compreensão do conteúdo”. Para as matérias de direito, ainda consoante *Lebre de Freitas*, “às

---

possível. Os deveres de cooperação surgiram no direito obrigacional, exatamente para regular as relações entre credor e devedor, que têm, obviamente, interesses contrapostos. A sua extensão ao direito processual era inevitável – como, aliás, acabou ocorrendo em diversos países (Alemanha, França, Portugal e Itália). Além disso, acrescenta-se o enunciado do princípio da boa-fé processual. Simplifica-se a redação do art. 7.º de modo a reforçar a natureza de cláusula geral do dispositivo. Acolhe-se, assim, a sugestão de Carlos Alberto Carmona, Paulo Lucon, Cassio Scarpinella Bueno e Ada Grinover (...)”. Após essas observações e sugestões, o texto restou assim aprovado na Câmara dos Deputados:, em dezembro de 2014: Art. 6º, PL 8046/10: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>628</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo...*, ob. cit., p. 62.

<sup>629</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil...*, ob. cit., p. 168.

partes pode ser pedido que esclareçam a sua posição quanto aos fundamentos de direito do pedido e das exceções”<sup>630</sup>.

Embora o poder de ouvir as partes possa ser exercido a qualquer altura do processo, o Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa considera que o momento mais propício para tanto seria o da audiência preliminar [de acordo com o CPC/POR/2013, atualmente chamada de “audiência prévia”], na qual é possível, antes ou depois dos esclarecimentos, que o juiz se valha de “convite ao suprimento de deficiências ou imprecisões dos articulados (art. 508º-A-1-c)” [atual art. 591º, n.1, “c”, CPC/POR/2013], convite esse que nada mais é que a implementação concreta do dever de prevenção ou advertência que adiante restará minudenciado.

Ainda em seu sentido material, a cooperação portuguesa está relacionada ao “direito de perguntar” que, segundo *Lebre de Freitas*, embora inspirado no sistema tedesco (§ 139 ZPO), dele se diverge<sup>631</sup>, já que em terras alemãs há aí um sensível incremento, a gerar um “dever de perguntar” que, se descumprido, pode dar azo a recursos de revisão<sup>632</sup>.

Por fim, a cooperação, em seu sentido formal, relaciona-se com a imposição, ao juiz, de um “dever de providenciar pelo suprimento de obstáculos com que as partes se defrontem na obtenção de uma informação ou documento necessário para o exercício de uma faculdade, à observância dum ônus ou ao cumprimento dum dever processual”<sup>633</sup>.

São exemplos da cooperação formal, todos trazidos por *Lebre de Freitas*: a determinação do juiz, por força de dificuldade séria invocada pelo autor de identificar herdeiros ou provar a qualidade destes, a fazer com que um co-réu ou um terceiro familiar do falecido preste as informações necessárias (arts. 277º e 371º-1, ambos do CPC/POR/1961, que correspondem, respectivamente, aos arts. 270º e 351º, n.1, CPC/POR/2013); a marcação de diligências por acordo com os mandatários judiciais (art. 155º-1, CPC/POR/1961, que corresponde ao art. 151º,

---

<sup>630</sup> *Idem, ibidem*, p. 165.

<sup>631</sup> Contra, entendendo que há um *poder-dever* de o magistrado português se valer das perguntas: SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo...*, ob. cit., 605-606.

<sup>632</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil...*, ob. cit., p. 166.

<sup>633</sup> *Idem, ibidem*, p. 167.



n.1, CPC/POR/2013); a comunicação imediata de impedimento de mandatário ou juiz para a diligência (art. 155º, n.s 2, 4 e 5, CPC/POR/1961, que correspondem, respectivamente, com pequenas alterações, ao art. 151º, n.s 2, 4 e 5, CPC/POR/2013) e a comunicação pelo juiz de atraso no início da audiência (art. 266º-B-3, CPC/POR/1961, correspondente ao art. 151º, n. 6, CPC/POR/2013)<sup>634</sup>.

*Especificamente quanto à posição dos juízes*, que aqui mais interessa, asseverou *M. Teixeira de Sousa* que há um autêntico *dever recíproco de colaboração*, ou seja, “das partes para com o tribunal” e também “deste órgão para com aquelas”<sup>635</sup>.

Essa é, também, a posição da também Professora Catedrática da FDUL, *Paula Costa e Silva*, para quem a “(...) *cooperação é subjectivamente complexa: as partes (e seus mandatários) e o tribunal devem cooperar entre si*. A cooperação está ordenada, como se disse, à justa composição do litígio”<sup>636</sup>.

*Jorge Augusto Pais de Amaral*<sup>637</sup>, em obra recentemente lançada e que já aborda o Novo CPC Português de 2013, segue pela mesma senda:

O *princípio da cooperação* encontra-se definido no art. 7º, nomeadamente no seu n.º 1, que determina que 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. Este princípio deve ser entendido como recíproco nas relações que se estabelecem entre as partes e estas e o tribunal, impondo-se ainda a terceiros. A cooperação leva “frequentemente a falar duma *comunidade de trabalho* entre as partes e o tribunal para a realização da função processual”.

<sup>634</sup> *Idem, ibidem*, p. 167.

<sup>635</sup> SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo...*, ob. cit., p. 65. Também vislumbrando a necessidade de colaboração recíproca, Daniel Mitidiero assevera: “A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (*entre as partes*, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se ajunta à subjetiva para a realização de um processo leal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, ob. cit., p. 102). Pelo mesmo caminho, embora não claramente, parece caminhar Lúcio Grassi de Gouveia, ao fazer menção a uma “colaboração intersubjetiva”. (GOUVEIA, Lucio Grassi de. O Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro (NCPC) e o Princípio da Cooperação Intersubjetiva, in *O Projeto do Novo Código de Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*. Fredie Didier Júnior e Antonio Adonias Aguiar Bastos (coord). 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 471-488).

<sup>636</sup> SILVA, Paula Costa e. *A Litigância de Má Fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 409-410; destaques acrescentados.

<sup>637</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais do. *Direito Processual Civil*. 11.ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 18.

Dessa obrigatoriedade do juízo de intervir no diálogo, “expondo e abrindo o debate sobre as suas posições”, *Paula Costa e Silva* conclui, a partir do estudo do processo germânico, que “o processo deve ser essencialmente entendido como uma comunidade de comunicação”<sup>638</sup>.

Assim, a partir do momento em que o tribunal [=jugador] se permite ao diálogo, daí “resulta a possibilidade de as partes reagirem, no imediato, a posições assumidas pelo órgão judicial (...) de múltiplas formas, dependendo daquilo que o tribunal tiver feito”, como por exemplo, continua *Paula Costa e Silva*, “podem as partes tentar persuadir o órgão judicial, demonstrando-lhe que as posições por ele adoptadas não são concretamente pertinentes, podem suprir as deficiências dos actos postulativos praticados”, ou até mesmo, as partes podem por “termo ao processo se convencidas [as partes] de que não obterão ganho de causa”<sup>639</sup>.

O *modelo cooperativo* impõe, portanto, um duplo papel ao juiz: *isonômico* na condução do processo, para favorecer o diálogo com os demais sujeitos processuais e, com isso, permitir-se influenciar e formar seu convencimento; e *assimétrico* na decisão, a fim de que o litígio possa ser resolvido e os direitos fundamentais daquele que tem razão, enfim, sejam tutelados<sup>640</sup>.

O *juiz colaborador*, assim, é aquele que se assemelha às figuras do *conselheiro*, que previne e orienta as partes acerca das melhores atitudes a serem tomadas; do *amigo*, que se condói do problema das partes, auxiliando-as na busca as melhores soluções; do *educador*, que dialoga com os interessados, tecendo e recebendo esclarecimentos, e lhes mostra os motivos pelos quais determinado rumo foi seguido; e, principalmente, do *cidadão*, que cômico de seus

<sup>638</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 578-579.

<sup>639</sup> *Idem, ibidem*, p. 579.

<sup>640</sup> “(...) O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um ‘ponto de equilíbrio’ na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira ‘comunidade de trabalho’ entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo. A isonomia está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, agindo ativamente, fá-lo de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões (de modo que o *iudicium* acabe sendo efetivamente um ato *trium personarum*, como se entendeu ao longo de toda a praxe do direito comum)”. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, ob. cit., p. 72-73).

deveres sociais, políticos e jurídicos, busca, com isonomia material, a pacificação com justiça, a proteção dos direitos fundamentais e o bem comum<sup>641</sup>.

#### 4.2.2 Os deveres essenciais do juiz cooperador

Para que seja possível se falar em um *juiz colaborador*, o magistrado deve se valer do *poder-dever de diálogo*, o qual, segundo *Miguel Teixeira de Souza*, desdobra-se em *quatro deveres essenciais* – que, como visto (item 2.5.3), decorrem da lealdade processual. São eles<sup>642</sup>:

- um é o *dever de esclarecimento*, isto é, o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (cfr. art.º 266º, nº 2) [= art. 7º, n.2, CPC/PT/2013], de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada;
- um outro é o *dever de prevenção*, ou seja, o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos (cfr. arts. 508º, nº 1, al. b); 508º-A, nº 1, al. c); 690º, nº 4; e 701º, nº 1) [que correspondem, respectivamente, aos arts. 590, n.º 2, al. a); 591º, n. 1, al. c); tendo sido os dois últimos artigos revogados pelo CPC/PT/2013];
- o tribunal tem também o *dever de consultar as partes*, sempre que pretenda conhecer de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de pronunciarem (cfr. art. 3º, nº 3) [=art. 3º, n.3, CPC/PT/2013], porque, por exemplo, o tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque esse órgão pretende conhecer officiosamente certo facto relevante para a decisão da causa;
- finalmente, o tribunal tem o *dever de auxiliar as partes* na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ónus ou deveres processuais (cfr. artº 266º, nº 4) [=art. 7º, n.4, CPC/PT/2013].

Vejam-se, separadamente, com o vagar necessário, os quatro deveres anexos ou laterais:

##### 4.2.2.1 Dever de esclarecimento

A partir da concepção de um processo leal, mostra-se impossível aceitar que alguém tome decisões de afogadilho, sem procurar apurar eventuais arestas ou formar opiniões sem que o devido convencimento esteja formado. Num ambiente pautado pela lealdade, as tomadas de decisões devem ser precedidas de um diálogo franco e aberto, no qual os sujeitos ali envolvidos

---

<sup>641</sup> Sobre os escopos sociais do processo: DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 188-197.

<sup>642</sup> SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo...*, ob. cit., p. 65.

se despem de preconceitos, expõem potenciais tópicos obscuros ou dificuldades de interpretação e, somente depois de “amarradas as pontas soltas”, buscam enfrentar o cerne das questões postas a apreciação.

O mesmo deve ocorrer, *mutatis mutandis*, num ambiente processual, sob pena de a decisão judicial firmada sem a solicitação de esclarecimentos – e, conseqüentemente, sem a necessária maturação cognitiva – redundar em desconforto para ambas as partes. Afinal, gigantescas são as chances de haver recursos de parte a parte contra uma decisão que tenha se fixado em premissas equivocadas e, numa relação de causa-efeito, venha a chegar a conclusões igualmente imprecisas.

O *dever de esclarecimento* tem de ser entendido, portanto, como recíproco e inter-relacional, numa inescapável via de mão-dupla: por um sentido, o juiz, ao verificar que certo ponto, sobre determinada matéria de fato ou de direito, mostre-se obscuro, incongruente ou até mesmo ininteligível, deve ouvir a parte interessada, seu representante ou mandatário, “convidando-os a fornecer os esclarecimentos [...] que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência”<sup>643</sup>. Por outro sentido, as partes são obrigadas, ressalvadas algumas causas legítimas excepcionais (v. g., segredo profissional), a prestar os esclarecimentos que lhes forem requisitados, sob pena, no sistema português, de reconhecimento da pecha de litigância de má-fé (art. 456º, n.º 2, al. c), CPC/POR/1961, que corresponde ao atual art. 542º, n.º 2, al. c), CPC/POR/2013) e/ou de sanções pecuniárias (v. g., a imposição de multas para o terceiro que não cumpre determinação judicial de entrega de documento, prevista no arts. 532º, CPC/POR/1961, correspondente ao atual art. 433º, e para a

---

<sup>643</sup> “O dever de esclarecimento implica um dever recíproco do tribunal perante as partes e destas perante aquele órgão: o tribunal tem o dever de se esclarecer junto das partes e estas têm o dever de o esclarecer (cfr. artº 266º-A). Encontra-se consagrado, quanto ao primeiro aspecto, no art. 266º, nº 2: o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir qualquer das 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. O segundo dos referidos aspectos (dever de esclarecimento do tribunal pelas partes) está previsto no artº 266º, nº 3: as pessoas às quais o juiz solicita o esclarecimento são obrigadas a comparecer e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, salvo se tiverem uma causa legítima para recusar a colaboração requerida. Deve-se considerar legítima a recusa baseada em qualquer das circunstâncias referidas no artº 519, nº 3”. (SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo...*, ob. cit., p. 65-66). Cumpre frisar que os artigos citados por M. Teixeira de Sousa fazem parte do CPC/1961, após as reformas de 1995/1996, e que foram substituídos, respectivamente, no CPC/2013 em vigor atualmente, pelos artigos 7º, 8º e 417º, respectivamente.

testemunha que falta injustificadamente a inquirição, prevista no art. 629º, n.º 4, CPC/POR/1961, correspondente ao atual 508º, n.º 4, CPC/POR/2013).

*Paula Costa e Silva*<sup>644</sup> remata bem a razão de ser do dever de esclarecimento a ser prestado pelo julgador:

A finalidade essencial que preside ao diálogo judiciário é a de permitir uma discussão de todos os aspectos de facto e de direito considerados relevantes para a causa. Na formulação proposta por Arndt, o tribunal deve, por si, contribuir para que as partes compreendam e pensem sobre as considerações jurídicas que podem ser relevantes para a posição assumida pelo tribunal.

Veja-se: o dever de esclarecimento “não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes”<sup>645</sup>. E que não se pense que, para tanto, bastaria a exigência constitucional de motivação: o juiz deve “abandonar a postura burocrática e meramente receptícia para ativamente envolver as partes em um diálogo humano construtivo”<sup>646</sup>, algo que, por óbvio, só pode ocorrer se ele, julgador, também se abrir durante o *iter* processual<sup>647</sup>.

Vale o alerta de *Paula Costa e Silva*<sup>648</sup>, antes de prosseguir: “entre ter o poder de pedir a prestação de esclarecimentos e o dever de indicar um caminho adequado à parte vai uma enorme diferença”, o que significa que o magistrado, especialmente no modelo cooperativo, não pode se descuidar da imparcialidade. Embora o sistema lhe conceda um poder-dever, seu exercício deve se dar para a boa administração da justiça, e não ao favorecimento de “a” ou “b”.

No direito alemão, o berço do princípio da colaboração, o dever de esclarecimento (*richterliche Aufklärungspflicht*) está expressamente previsto na ZPO § 139 (1)<sup>649</sup>, que determina a

<sup>644</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo...*, ob. cit., p. 579; destaques acrescentados.

<sup>645</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação...*, ob. cit., p. 15-16.

<sup>646</sup> GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório..., ob. cit., p. 73.

<sup>647</sup> “(...) Hoje, o contraditório participativo e o diálogo humano que dele deve resultar exigem, ao contrário, que o juiz antecipe as suas opiniões, e que o faça de público, e não às escondidas, para que as partes possam acompanhar o desenvolvimento de seu raciocínio e assim influir eficazmente na formação da decisão final”. (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo...*, ob. cit., p. 234.)

<sup>648</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo...*, ob. cit., p. 605-606.

<sup>649</sup> ZPO, §139 (1): “El tribunal tiene que esclarecer la relación de hecho y la litis y, en tanto ello sea necesario, con las partes en las cuestiones de hecho y de derecho aclarándolas y realizando preguntas. Él tiene que lograr que las

obrigação do tribunal de esclarecer com os sujeitos parciais do processo, o quanto for necessário, as questões de fato e de direito que tenham relação com o caso a ser decidido. Para tanto, deve o julgador realizar perguntas às partes, a fim de lograr que as partes possam, de forma oportuna e completa, declarar os fatos relevantes, a fim de, especialmente, descrever os meios de provas e requerimentos que se mostrem necessários para a causa.

Como asseveram *Peter L. Murray e Rolf Stürner*<sup>650</sup>, não basta que o juiz faça menção à necessidade de esclarecimentos; ele deve indicar às partes onde estariam os fatos relevantes pouco claros, embora não precise particularizá-los. Deve, ainda, apontar eventuais contradições ou obscuridades em afirmações de fato, salvo se as mesmas já tiveram sido levantadas pela contraparte devidamente representada por seu advogado. Em síntese: cabe ao juiz iniciar os debates acerca de determinados pontos obscuros, mas não é seu dever relevar eventuais vícios não sanados.

No direito brasileiro, são considerados exemplos de aplicação do dever de esclarecimento, dentre outros<sup>651</sup>, o combate à *jurisprudência defensiva*<sup>652</sup> através da solicitação prévia de

---

partes en forma oportuna y completa declaren sobre los hechos relevantes, en especial aclaraciones insuficientes que hacen a los hechos invocados a los efectos de completarlos para describir los medios de prueba y para interponer las peticiones que se adecuen a la causa”. (Disponível em: <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_9523-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2014).

<sup>650</sup> “(...) *Discussions of the Issues in the Case*. ZPO §139 (1) affirmatively requires the judge to initiate a discussion of the factual and legal issues of the case with the parties (and their lawyers) and to place questions to them designed to clarify unclear or missing fact assertions and simplify the issues. The judge is required to so indicate where he parties have suggested the existence of relevant facts, but have not particularized them. Apparent contradictions in factual assertions must be called to the attention of the parties. The judge is expected to point out those factual assertions which are ambiguous or unclear before finding them insufficient on account of ambiguity or lack of clarity. On the other hand, the judge is not required repeatedly to mention the same omission or lack of clarity. Nor need the judge mention defects in pleadings or oral assertions which have been already raised by the opposing party, at least in cases where the parties are represented by counsel. Ultimately it is not the job of the judge to relieve the parties of the consequences of gross and persistent negligence or lack of competence of their counsel. This requirement that the judge initiate discussion with the parties on unclear fact assertions continues throughout the proceedings, and even on second-instance appeal (...)”. (MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 169-170).

<sup>651</sup> No Brasil, *Lúcio Grassi de Gouvea* elenca que se faz possível a oitiva das partes pelo juiz para que forneçam esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito com arrimo nos arts. 340, inc. I, e 342, do CPC/73: “(...) Não podem ter outro desiderato tais dispositivos senão propiciar ao juiz obter esclarecimentos junto às partes para julgar adequadamente o processo, até porque o juiz não pode recusar-se a esclarecer e decidir, propositalmente, como base na dúvida e incerteza”. (GOUVEA, Lucio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real, in Leituras Complementares de Processo Civil*. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 183-198, especialmente, p. 188-189).

informações acerca do cumprimento ou não de determinado requisito processual, a fim de evitar que eventual incorreção sanável possa ensejar a extinção do feito ou do procedimento desnecessariamente<sup>653</sup>.

De certo modo, também os arts. 130 e 339, ambos do CPC/73, poderiam servir de suporte para a concretização do dever de esclarecimento, na medida em que, no primeiro caso, verificando o juiz que determinado fato necessita de maior clareza, deve se valer de sua iniciativa probatória; no segundo, sob o viés das partes, o dispositivo consagra a imperiosidade de todos colaborarem, com a prestação de esclarecimentos, para a construção da verdade, elemento indispensável, conforme *Michele Taruffo*<sup>654</sup>, para o processo justo.

Indiscutível é, também, a obrigação de o magistrado “se esclarecer” quando da interposição de embargos de declaração (art. 535, I, CPC/73), até mesmo porque um dos requisitos essenciais da decisão judicial é, como se sabe, a clareza<sup>655</sup>.

Há, como se vê, amplo espaço para a concretização do dever de esclarecimento.

<sup>652</sup> Sobre a “jurisprudência defensiva”, com variados pontos de abordagem e exemplos a respeito, remete-se o leitor interessado para outros escritos, todos de nossa lavra: A Jurisprudência Defensiva dos Tribunais Superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 167, p. 250-ss, 2009; Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 211, p. 143-190, 2012; Mais do Mesmo: os vícios de representação recursais, a impossibilidade de saneamento posterior nas instâncias excepcionais e a Jurisprudência Defensiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 526-544, jul./dez. 2013. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_12a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_12a_edicao.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2014; O formalismo exacerbado quanto ao preenchimento de guias de preparo: ainda a Jurisprudência Defensiva dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 193, p. 231-ss, 2011; O Novo Código de Processo Civil vs. a Jurisprudência Defensiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 210, p. 263-ss, 2012.

<sup>653</sup> “(...) se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar o esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (absolvição da instância, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou a causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fundamentos..., ob. cit., p. 15-16).

<sup>654</sup> TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta, *in Sui Confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 219-234, especialmente p. 225.

<sup>655</sup> “(...) A sentença deve ser *clara*, pois que terá que ser inteligível e insuscetível de interpretações ambíguas ou equívocas. A clareza recomenda linguagem simples, em bom vernáculo, com aproveitamento, quando for o caso, da palavra técnica, do vocabulário jurídico. De bom conselho é evitarem-se períodos longos. Se *ininteligível*, por absoluta falta de clareza, a sentença será ineficaz. Quando obscura, ou mesmo contraditória, poderá ser esclarecida, por meio de *embargos de declaração* (...)”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21).

#### 4.2.2.2 Dever de prevenção (ou de advertência)

Um dos mais importantes deveres decorrentes da cooperação, o dever de prevenção ou de advertência, tem vastíssima aplicação<sup>656</sup>, valendo “genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”<sup>657</sup>.

Ao contrário do dever de esclarecimento, o dever de prevenção se manifesta em *mão única*, porquanto se dirige do juiz para as partes, não agindo reciprocamente. Na espécie, incumbe ao magistrado emitir “alertas” (*Hinweispflicht*) ou “convites” às partes, a fim de que essas possam, se assim o entender, corrigir ou adequar suas manifestações, ainda que em grau recursal.

Segundo *Miguel Teixeira de Sousa*, são quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: “a explicitação de pedidos pouco claros, o carácter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa actuação”<sup>658</sup>. Para o Professor Catedrático da FDUL, seriam exemplos do referido dever, a obrigação de o tribunal “sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado”, assim como “de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do

---

<sup>656</sup> Contra, entendendo que no direito português, o dever de prevenção não pode ser visto como uma cláusula geral, estando limitado à hipótese prevista no art. 508º, n.º 1, al. b), CPC/PT/1961 [atual art. 2º, n.º 1, al. b), CPC/PT/2013], Paula Costa e Silva: “O dever de prevenção não foi consagrado como cláusula geral, tendo sido previsto para uma situação específica: a complementação ou clarificação na exposição da matéria de facto. O legislador não previu sequer este dever para a complementação ou clarificação da matéria de direito. Talvez por ter entendido, numa perspectiva que já vimos responder insuficientemente às eventuais necessidades do caso concreto, que a matéria de direito é da competência do tribunal. Da mera previsão do dever de prevenção no art. 508/1/b) do CPC não podemos inferir um dever geral de prevenção, que rasgue os limites para ele traçados pelo legislador. Muito gostaríamos que esta inferência tivesse suporte legal. Pois, como afirmamos, este tipo de dever aproxima a decisão da justiça do caso concreto. Mas também neste ponto o legislador se limitou a dar um pequeno passo na desformalização da decisão que pode decorrer do processo. Não previu o dever de prevenção como cláusula geral de segurança contra a falência da acção por má aplicação do direito pela parte (...)”. (SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo...*, ob. cit., p. 593-594).

<sup>657</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre...*, ob. cit., p. 66.

<sup>658</sup> *Idem, ibidem*, p. 66.



depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro”<sup>659</sup>.

Previsto atualmente no art. 6º, n.º 2, CPC/POR/2013, o dever de advertência se relaciona com a própria noção de boa gestão processual (vide item 4.3.1.2) e, de certo modo, denota a abertura a sentimento de enfraquecimento nas preclusões e, conseqüentemente, à desformalização do processo, vez que, ao permitir às partes adequarem suas alegações, o sistema favorece o andamento do processo em direção a uma decisão meritória<sup>660</sup>.

Trata-se, conforme relato de *Peter Murray e Rolf Stürner*<sup>661</sup> a respeito do direito alemão, de uma obrigação de lealdade do juiz para com as partes, a qual determina que ele as advirta acerca de seu processo decisório, evitando surpreendê-las e prevenindo injustiças. Nesse sentido, o juiz deve, por exemplo, chamar a atenção das partes para determinadas questões de fato ou de direito que, eventualmente, não tenham sido por elas devidamente debatidas, fato que, a um só tempo, (i) assegura o direito de a parte ser efetivamente ouvida, consagrando o contraditório participativo; (ii) favorece o diálogo inteligente entre os sujeitos do processo, em uma postura colaborativa; o que, conseqüentemente, (iii) auxilia na obtenção de um “produto judicial” de melhor qualidade e, por fim, (iv) diminui o número de recursos, já que eventual percepção equivocada do magistrado acerca de determinado ponto de fato ou de direito poderá ser corrigida *antes* do seu pronunciamento, e não apenas de modo repressivo e por outro julgador, à custa de muito tempo e dinheiro.

É bem verdade, contudo, que o dever aqui comentado não tem, nem no Brasil<sup>662</sup>, nem em Portugal, a elasticidade que apresenta, por exemplo, no direito alemão, onde o juiz pode,

<sup>659</sup> *Idem, ibidem*, p. 66.

<sup>660</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo...*, ob. cit., p. 589.

<sup>661</sup> “(...) While the court's obligation to give hints and feedback seems largely to be founded in considerations of fairness to the parties and preservation of their right to be heard, it can be argued that intelligent dialogue between the court and counsel leads to a better quality of judicial product overall. Sometimes the courts can get the wrong slant on a case because it has mis-perceived or ignored some important fact or inference. Alerting the parties and their lawyers to the court's direction of reasoning gives them a chance to disabuse the court of misconceptions before they erroneous judicial decisions. (...)”. (MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 170-171).

<sup>662</sup> Vide arts. 2º, 128 e 460, CPC/73.

inclusive, sugerir a alteração dos limites do pedido<sup>663</sup>. Aqui, assim como em terras lusitanas, tal atitude, a par de ilegal, violaria o princípio da inércia e a própria autonomia da vontade das partes.

Feita tal observação, sobreleva considerar que o *Hinweispflicht* germânico – mesmo antes da entrada em vigor do Novo CPC<sup>664</sup>, encontra repouso no direito pátrio.

Ele está concretizado, por exemplo, no art. 284 do CPC/73, que garante ao autor o direito de ser advertido pelo juiz a emendar a petição inicial, caso ausente algum requisito<sup>665</sup>. Cumpre frisar que tamanha é a importância do dispositivo que doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmar a existência de um verdadeiro *direito do autor à emenda*, salvo nas hipóteses de improcedência liminar ou de manifesta inépcia, somente se podendo decretar o fim do processo se, *após a intimação do autor*, este se quedar inerte (art. 295, VI, CPC/73)<sup>666</sup>.

Também reforçam a importância desse dever de advertência previsto no art. 284, CPC/73, entendimentos do STJ que (i) consideram que o prazo de 10 (dez) dias previsto no dispositivo tem natureza judicial, ou seja, pode ser, se as circunstâncias concretas assim o exigirem,

<sup>663</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo...*, ob. cit., p. 593-599.

<sup>664</sup> Vide, nesse sentido, o art. 77, §1º, PLS 166/2010 (redação em 17/dez/2014), que determina que o juiz deve advertir todos os sujeitos e demais intervenientes do processo que (i) o não cumprimento, com exatidão, das decisões jurisdicionais, de natureza antecipada ou final, (ii) a criação de embaraços à sua efetivação e/ou (iii) a prática de inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso, poderão ser vislumbradas como atos atentatórios à dignidade da jurisdição.

<sup>665</sup> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. RÉU REVEL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA COM FULCRO NO ART. 269, I, DO CPC. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. 1. Apelante que não instrui a inicial com documento essencial à propositura da demanda. 2. *Princípio da Cooperação. A cooperação processual traduz-se na atuação do juízo visando evitar a decretação de nulidades e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade.* 3. Princípios do devido processo legal e da economia processual. 4. Sentença anulada para permitir ao autor a juntada do documento que comprove a propriedade do imóvel em questão. Recurso Provido. (TJRJ, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 0480349-97.2012.8.19.0001, Des. Rel. Fernando Cerqueira Chagas, j. 03/09/14, DJ 08/09/14, fls. 225/229.

<sup>666</sup> PROCESSO CIVIL. (...) EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. FALTA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO. INÉPCIA DA INICIAL. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DOS ELEMENTOS MÍNIMOS PARA A IDENTIFICAÇÃO, INSTRUÇÃO E JULGAMENTO DA CAUSA. (...) 1. O descumprimento, pela parte autora, de determinação judicial para a emenda da inicial impõe o indeferimento da petição, com a extinção do processo sem a resolução do mérito. Inteligência da regra do art. 284, parágrafo único, do CPC. (...)” (STJ, 4T., AgRg no REsp 1181273/PB, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 08/05/2014, DJe 29/05/2014)

dilargado<sup>667</sup>; e (ii) que a emenda pode ser feita, inclusive, após a citação do réu e a apresentação de contestação, desde que, obviamente, assegure-se o posterior direito de defesa<sup>668</sup>.

Há ainda, na legislação atual, outras hipóteses em que se pode vislumbrar o dever de prevenção às partes. Veja-se, nesse sentido, o art. 599, II, CPC/73, que prevê, expressamente, a possibilidade de o juiz, em qualquer momento do processo, “*advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça*”, até mesmo para precaver – e, posteriormente, *legitimar*<sup>669</sup> – a futura fixação das sanções previstas nos artigos 600 e 601, CPC/73.

Importante frisar que esse dever de advertência tem lugar não apenas nas hipóteses acima descritas<sup>670</sup>, e muito menos nos momentos processuais previstos. Aliás, uma das melhores

<sup>667</sup> STJ, 2ª Seção, REsp 1.133.689/PE, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 28.03.2012, DJe de 18/05/2012.

<sup>668</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EMENDA À PETIÇÃO INICIAL APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE. OFERECIMENTO DE NOVO PRAZO AO RÉU. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E DA ECONOMIA PROCESSUAL. 1. O fato de a emenda à inicial ter se dado após a contestação do feito não inviabiliza, por si só, a adoção da diligência corretiva prevista no art. 284 do CPC. 2. *Em observância aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, esta Corte vem admitindo a emenda da petição inicial, ainda que já contestada a ação. Precedentes.* 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 4T., AgRg no AREsp 196.345/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17/12/2013, DJe 04/02/2014; destaques acrescentados). Vale mencionar, todavia, a existência de decisões que vedam tal emenda após a contestação se ela envolver alteração de causa de pedir, sob pena de malferir o princípio da estabilização da demanda. Nesse particular, veja-se recente julgado do STJ, de lavra da 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05/11/13, DJe 11/11/13. Sobre o tema, que extrapola os contornos da presente Tese, recomenda-se a leitura: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

<sup>669</sup> Para boa parte da doutrina brasileira, não há obrigatoriedade, para a fixação das sanções previstas no art. 601, CPC/73, da prévia advertência do juiz, sendo, todavia, como asseveram *Marinoni* e *Mitidiero*, atitude deveras “aconselhável, à luz da regra da cooperação”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 631).

<sup>670</sup> Há recente decisão do STJ que reconhece, expressamente, a necessidade do dever de advertência no sistema brasileiro, embora o faça como decorrência da segurança jurídica. É o que se lê do voto da Min. Relatora *Nancy Andrighi*: “(...) Em execuções de sentença iniciadas antes da vigência da Lei 11.232/2005, que instituiu a fase de cumprimento de sentença e estabeleceu a ‘impugnação’ como meio de defesa do executado, os embargos do devedor opostos após o início da vigência da referida lei devem ser recebidos como impugnação ao cumprimento de sentença *na hipótese em que o juiz, com o advento do novo diploma, não tenha convertido expressamente o procedimento, alertando as partes de que a execução de sentença passou a ser cumprimento de sentença*. De fato, no direito brasileiro, não se reconhece a existência de direito adquirido à aplicação das regras de determinado procedimento. Por isso, a lei se aplica imediatamente ao processo em curso. Vale a regra do *tempus regit actum* e, nesse sentido, seria impreciso afirmar que a execução da sentença, uma vez iniciada, é imune a

ocasiões para a sua prática é a audiência preliminar<sup>671</sup>, quando o magistrado (e as partes) já conhece(m) os articulados apresentados e detém uma noção razoável do que se pretende no feito para realizar um bom saneamento do processo. Não é por outro motivo, vale frisar, que o legislador processual definiu que o usualmente designado “despacho saneador” deveria, como regra, dar-se em audiência (art. 331, § 2º, CPC/73, com redação pela lei 8.952/94), a fim de aproveitar as vantagens da oralidade para a boa definição dos pontos controvertidos, a correta decisão acerca das questões processuais ainda pendentes e a precisa determinação das provas a serem produzidas.

Como se sabe, infelizmente, a disposição não encontrou boa acolhida entre os juízes brasileiros que, valendo-se da previsão contida no art. 331, § 3º, CPC/73, “optam” por ignorar a existência da audiência preliminar, baseando-se numa falsa presunção de que, se o réu optou por contestar a demanda e, portanto, por resistir à pretensão autoral, ele não teria interesse em conciliar.

Em verdade – e disso têm inequívoca ciência os juízes -, muitas vezes o réu apresentou sua contestação rebatendo ponto a ponto a pretensão autoral única e exclusivamente por força da regra da eventualidade (art. 300, CPC/73), ou até mesmo com o intuito de evitar a decretação da revelia (art. 319, CPC/73), e não, como “supõem” os magistrados, porque não têm o intuito de conciliar.

---

*mutações procedimentais. Ocorre que a aplicação cega da regra geral de direito intertemporal poderia ter consequências verdadeiramente desastrosas e, diante disso, temperamentos são necessários. Observe-se que o processo civil muito comumente vem sendo distorcido de forma a prestar enorme desserviço ao estado democrático de direito, deixando de ser instrumento da justiça para se tornar terreno incerto, repleto de arapucas e percalços, em que só se aventuram aqueles que não têm mais nada a perder. Todavia, o direito processual não pode ser utilizado como elemento surpresa, a cercar injusta e despropositadamente uma solução de mérito. A razoabilidade deve ser aliada do Poder Judiciário nessa tarefa, de forma que se alcance efetiva distribuição de justiça. Não se deve, portanto, impor surpresas processuais, pois essas só prejudicam a parte em tem razão no mérito da disputa. O processo civil dos óbices e das armadilhas é o processo civil dos rúbulas. Mesmo os advogados mais competentes e estudiosos estão sujeitos ao esquecimento, ao lapso, e não se pode exigir que todos tenham conhecimento das mais recônditas nuances criadas pela jurisprudência. O direito das partes não pode depender de tão pouco. Nas questões controvertidas, convém que se adote, sempre que possível, a opção que aumente a viabilidade do processo e as chances de julgamento do mérito da lide. Nesse contexto, transpondo o quanto exposto até aqui para a hipótese em discussão – na qual é patente a existência de dúvida em relação ao procedimento cabível –, conclui-se, em respeito ao princípio da segurança jurídica, serem os embargos do devedor cabíveis caso inexista a expressa conversão do procedimento. (STJ, 3T., REsp 1.185.390/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27/08/2013, DJe 05/09/2013; destaques acrescentados).*

<sup>671</sup> Nesse sentido, embora se referindo ao direito português: FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil...*, ob. cit., p. 166-167.

Outros, um pouco mais tolerantes, adotam a cômoda posição de, após a fase da fria troca de articulados, intimar as partes para que se manifestem acerca da necessidade de designação de audiência preliminar, sob pena de o silêncio importar na sua denegação; há, ainda, aqueles que até a designam, mas deixam o *espaço de diálogo* da audiência em segundo plano, seja valendo-se de estagiários e/ou assessores para presidir a conciliação, seja demonstrando desconhecimento da causa a ponto de não gerar, nos litigantes, o ânimo necessário à realização do acordo.

Tal se deve, em verdade, porque os magistrados, premidos pelas metas externas (do Conselho Nacional de Justiça) e internas (do respectivo tribunal do qual faz parte), têm em mente que as audiências (e todas as formalidades dela decorrentes) somente atrasam o processo, quando, em verdade, como adiante se demonstrará (item 6.1.2.2, parte III), ocorre exatamente o oposto.

Tanto o é que o art. 357, § 3º, do Novo CPC (PLS 166/10), diploma que claramente busca acelerar o julgamento dos processos no Brasil, expressamente adotou o *saneamento compartilhado*, a ser realizado, obviamente, em audiência, nas hipóteses em que a causa “apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito”. Nessas situações<sup>672</sup>, “*deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes*”, quando “o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

Trata-se, destarte, de dispositivo que merece alvíssaras e que reforça o princípio da cooperação como “norma fundamental do processo civil” reformado (art. 6º, PLS 166/10).

#### 4.2.2.3 Dever de consulta

De caráter assistencial e previsto no art. 3º, n.º 3, CPC/POR/2013 (correspondente também ao art. 3º, n.º 3, CPC/POR/1961)<sup>673</sup>, o dever de consulta está intrinsecamente coligado ao

---

<sup>672</sup> Para as demais (que seriam aquelas “não complexas” – imprecisão terminológica que pode, aliada à inércia cultural dos juízes, retirar a força do saneamento compartilhado), o saneamento poderá ser feito solitariamente pelo juiz, sendo apenas concedido às partes o direito de solicitar esclarecimentos ou ajustes, em 5 (cinco) dias, sob pena de, findo o prazo, a decisão saneadora se tornar estável. (art. 357, §1º, PLS 166/10, em sua versão de 17/dez/2014).

<sup>673</sup> Art. 3.º, n. 3, CPC/PT/2013: “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”. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/DestBanner/novo-codigo-de->

contraditório, notadamente acerca das matérias de ordem pública, já referido no item 4.1. Isso porque, conforme se verifica de sua definição, ele se relaciona à impossibilidade de julgamento oficioso de qualquer questão, de fato e/ou de direito, sem a prévia *consulta* respectiva às partes. Veja-se como o define *Miguel Teixeira de Sousa*<sup>674</sup>:

O dever de consulta é um dever de carácter assistencial do tribunal perante as partes. Este dever encontra-se estabelecido no artº 3º, nº 3: salvo no caso de manifesta desnecessidade, o tribunal não pode decidir uma questão de direito ou de facto, mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem sobre ela. O escopo deste preceito é evitar as chamadas “decisões surpresa”, isto é, as decisões proferidas sobre matéria de conhecimento oficioso sem a sua prévia discussão pelas partes.

Em síntese, trata-se da impossibilidade de o tribunal se valer de argumentos ou teses que não foram anteriormente alvo de debate (ou, pelo menos, de ciência) pelas partes ou, nas palavras de *José Carlos Barbosa Moreira*<sup>675</sup>, ao comentar a ZPO § 139 (2)<sup>676</sup>, veda-se “ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que pareça correta ao órgão judicial, a menos que este lhe faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se”.

Não basta, assim, que dada questão tenha sido debatida pelas partes; impõe-se que o ponto específico de análise sobre aquela questão tenha sido enfrentado ou, ao menos, submetido ao debate. Imagine-se, por exemplo, que em uma hipotética ação de repetição de indébito tributário, o autor sustenta seu direito com base em um argumento “A”, o qual serviria para demonstrar a inconstitucionalidade da norma instituidora do tributo “N”; ouvido regularmente o réu, este defendeu a correção da norma “N” e rechaçou o argumento autoral “A”; cumpridas fielmente todas as etapas do procedimento, o juiz julga procedente o pedido autoral, reconhecendo a

---

processo7411/downloadFile/attachedFile\_1\_f0/CPC\_tabela\_completa\_09092013.pdf?nocache=1380816311.12>. Acesso em: 10 dez. 2014.

<sup>674</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo...*, ob. cit., p. 66-67.

<sup>675</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 103-ss, 2003, especialmente p. 202.

<sup>676</sup> ZPO, § 139, n. 2. “En tanto un punto de vista que no haya sido reconocido por una parte o que haya sido considerado como irrelevante, el tribunal puede fundar su resolución sobre él siempre que advierta de ello a las partes y les otorgue la posibilidad para que se expresen al respecto y no se trate de un crédito accesorio”. Disponível em: <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_9523-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2014.

inconstitucionalidade da norma “N”, porém sob um fundamento “B”, que não havia sido suscitado e debatido pelas partes.

Repare que, nesse, a questão central – inconstitucionalidade da norma “N” – foi debatida pelas partes, mas sob uma ótica diversa daquela acolhida pelo juiz. Nesse caso, a postura do magistrado, violadora do contraditório – e, no caso lusitano, do dever de cooperação -, afigura-se imprecisa e desleal, já que surpreende indevidamente as partes. Deveria, *antes de decidir*, convidar as partes a se manifestarem acerca do ponto “B”, consultando-as<sup>677</sup>.

Vale realçar que tal atitude legitimadora deve ser adotada em todos os graus de jurisdição e em todos os tipos de procedimento, ainda que nos Tribunais Superiores<sup>678</sup>, ressalvadas, obviamente, hipóteses de tutelas de urgência (em que a consulta deve ser postergada, mas não eliminada) e de manifesta desnecessidade.

#### 4.2.2.4 Dever de auxílio (ou de assistência)

Por fim, integra a cooperação, de acordo com *Miguel Teixeira de Sousa*<sup>679</sup>, o dever de o tribunal “(...) auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”.

Há, nesse diapasão, expressa ligação com a busca da isonomia e da paridade de armas no processo, porquanto eventuais dificuldades econômicas, fáticas ou sociais, se não expurgadas, poderiam vir a prejudicar o próprio acesso à ordem jurídica justa.

Ademais, trata-se, a cooperação, como salienta *Miguel Teixeira de Sousa*<sup>680</sup>, de uma manifestação inequívoca da *igualdade substancial* no processo, a qual se concretiza como “algo

<sup>677</sup> ZPO, §139, n. 3. “El tribunal tiene que llamar la atención sobre consideraciones que por su contenido deben ser consideradas de oficio”. Disponível em: <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_9523-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf)>. Acesso em: 10. dez. 2014.

<sup>678</sup> “Esse dever de consulta mantém-se durante toda a tramitação da causa. Assim, se, por exemplo, o Supremo entender que a decisão de facto proferida pelas instâncias é insuficiente para permitir a aplicação do regime jurídico que considera aplicável ao caso (artºs 729º, nº 3, e 730º, nº 1), esse tribunal deve ouvir as partes antes de definir o novo enquadramento jurídico da questão *sub iudice*”. (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo...*, ob. cit., p. 66-67).

<sup>679</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre...*, ob. cit., p. 67.

que não pode ser alcançado através da supressão dos factores de igualdade formal, mas através de um auxílio suplementar a favor da parte carenciada do auxílio”, ou, em feliz arremate, não “através de um *minus* imposto a uma das partes, mas de um *maius* concedido à parte necessitada”, já que, conforme *Vollkommer*, lembrado por *Teixeira de Sousa*, “a igualdade formal perante o juiz necessita de ser completada por uma igualdade substancial através do juiz”.

E nem se diga que, ao assim proceder, o magistrado perderia a sua imparcialidade: como já repetido, a imparcialidade não significa neutralidade nem passividade, notadamente perante situações de desigualdade substancial das partes. Como bem adverte mais uma vez o Professor Catedrático da FDUL, “o juiz não tem de ser neutro perante as situações de desigualdade que existam ou que se possam criar entre as partes, mas deve ser imparcial perante elas, dado que, quando tal se justifique, deve auxiliar qualquer delas”<sup>681</sup>.

*Fábio Peixinho Gomes Corrêa*<sup>682</sup>, ao relatar a experiência alemã, assevera que a melhor forma de se evitar acusações de auxílio indevido do juiz é aquela na qual esse dever seja aplicado de modo proporcional às alegações da parte: caso esta tenha feito alegações gerais, “o juiz deve reagir com questões gerais e dicas para melhorar a apresentação das alegações”; se, todavia, a parte trazer “alegações detalhadas e substanciais, o juiz deve prestar auxílio detalhado e concerto sobre eventuais deficiências”.

Proporcional ou não, certo é que o dever de assistência, como reforça *Paula Costa e Silva*<sup>683</sup>, relaciona-se à própria imparcialidade do juízo, vez que, ao suprir eventuais dificuldades do jurisdicionado, favorece a plena oportunidade de alegação e defesa de parte a parte.

<sup>680</sup> *Idem, ibidem*, p. 44-45.

<sup>681</sup> *Idem, ibidem*, p. 45.

<sup>682</sup> “(...) Em 2002, o §193 foi reformado para reforçar o dever de o juiz obter esclarecimentos, por meio da proibição de o ‘tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambas valorado de maneira diferente da que parece correta e lhes dê ensejo de manifestar-se (2ª alínea). Esse esforço do legislador, entretanto, não encerrou os questionamentos a respeito do equilíbrio entre o princípio dispositivo e a obrigação de o juiz auxiliar a parte quando necessário. Tendo em vista que a responsabilidade pela apresentação do caso continua sendo da parte, o auxílio judicial deve ser proporcional ao nível das alegações submetidas pela parte. Caso a parte faça alegações gerais, o juiz deve reagir com questões gerais e dicas para melhorar a apresentação das alegações. Em se tratando de alegações detalhadas e substanciais, o juiz deve prestar auxílio detalhado e concerto sobre eventuais deficiências”. (CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Direito processual civil alemão, in Direito processual civil europeu contemporâneo*. José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 11-54, especialmente p. 21-22).



De mesmo modo aduz *Stefan Leible*<sup>684</sup>, para quem o dever de auxílio serve para rechaçar a “teoria do processo como jogo” (*sporting theory of justice*), vez que a tutela jurisdicional deve ser entregue àquele que tem razão, e não ao litigante mais hábil ou mais inteligente.

Assim sendo, “sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade ou o cumprimento de um ónus ou dever processual, o juiz deve, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”<sup>685</sup>.

É possível, além do aspecto probatório acima mencionado, que o dever de auxílio seja implementado, por exemplo, para a obtenção de assistência judiciária gratuita<sup>686</sup> ou de condições para a realização da prática de um ato.

Nesse prisma, o adiamento de uma audiência ou a prorrogação de um prazo processual por força de um fato alheio à vontade das partes (v. g., uma catástrofe natural ou uma greve bancária, ambas a impedir, por exemplo, o regular cumprimento do requisito recursal do preparo<sup>687</sup>) podem ser exemplos concretos do dever de auxílio.

<sup>683</sup> “(...) A reforma do princípio da igualdade das partes operada em 95/96 sofreu enormes resistências. Infelizmente, fez-se corresponder imparcialidade a passividade e parcialidade à figura do juiz-assistencial. No entanto, só é parcial o julgador que assista apenas quem bem entender e não quem deva ser assistido. *O correcto exercício do dever assistencial por parte do tribunal permitirá assegurar uma imparcialidade substancial no momento do proferimento da decisão*”. (SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo...*, ob. cit., p. 111, nota n.º 231; destaques acrescentados).

<sup>684</sup> “(...) Este auxilio judicial es especialmente necesario em el proceso de partes, ya que aquí con frecuencia se enfrentan partes no versadas jurídicamente. El proceso no es un partido de fútbol, el tribunal no es el árbitro, que sólo cuida de la observancia de las reglas de juego y entrega el premio del triunfo tras la lucha, la sentencia; ya que en el proceso no debe triunfar la parte que es más hábil o inteligente, sino aquélla que está en su derecho. Si en cierta medida necesita apoyo judicial, debe otorgársela (...)”. (LEIBLÉ, Stefan. *Proceso civil alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké [Konrad Adenauer-Stiftung], 1998, p. 138).

<sup>685</sup> Art. 7º, n. 4, CPC/PT/2013, que detém a mesma redação do seu correspondente no CPC anterior, o art. 266º, n.º 4.

<sup>686</sup> Veja-se, por exemplo, julgado do STJ em que o réu, reconhecidamente pobre, comparece à audiência em rito sumário desacompanhado de advogado e o juiz originário, em vez de encaminhá-lo a um órgão que pudesse realizar sua defesa, ou até mesmo nomear um advogado dativo, decreta a revelia. Na hipótese, o STJ disse que seria apenas “prudente” o adiamento da audiência, não reconhecendo incorreção na atitude do magistrado singular. O dever de assistência, na hipótese, deveria ter sido aplicado. Essa é a ementa do julgado: “PROCESSO CIVIL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. Se, em ação sumaríssima, o réu pobre comparece na audiência de instrução e julgamento sem advogado, a prudência recomenda que o juiz adie a realização do ato, encaminhando-o ao serviço estatal de assistência judiciária; a decretação da revelia, desde logo, não contraria, porém, o artigo 319 do Código de Processo Civil. Recurso especial não conhecido”. (STJ, 3T., REsp 183.489/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 08/04/2002, DJ 10/06/2002, p. 201)

De igual modo, já entendeu o STJ que a intimação do executado para indicar bens à penhora, com fulcro no art. 652, §3º, CPC/73 também pode ser visto como decorrente do dever de assistência que o juiz deve prestar àquele (no caso, o exequente) que não consegue, sozinho, remover obstáculos à concretização do seu direito<sup>688</sup>.

De idêntico espírito é a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) que, em nome da cooperação, permitiu a citação por edital de um réu que não havia sido localizado pelo autor via oficial de justiça<sup>689</sup>.

Igualmente, agiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDF), ao reformar decisão interlocutória na qual o juízo agravado havia se negado a auxiliar o credor que buscava a expedição de ofício à junta comercial de São Paulo com vistas à obtenção de contrato social da devedora<sup>690</sup>.

Os exemplos, como se percebem, são cada vez mais frequentes, a reforçar a existência de um verdadeiro modelo de processo cooperativo (item 1.2.3).

#### 4.2.3 Descumprimento dos deveres da cooperação

---

<sup>687</sup> Conforme interpretação reiterada dos arts. 511 c/c 519, ambos do CPC/73. Veja-se, por exemplo: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. PREPARO. NÃO RECOLHIMENTO. ART. 511 DO CPC. GREVE DOS BANCÁRIOS. JUSTA CAUSA. (...)” (STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 1135689/CE, Rel. Min. João Octávio de Noronha, j. 31/08/2011, DJe 26/09/2011).

<sup>688</sup> TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 652, § 3º, 600, IV, E 601 DO CPC À EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. (...) 5. Justifica-se a previsão de intimação específica para o executado indicar os bens penhoráveis, sob pena de, omitindo-se injustificadamente, ser punido por ato atentatório à dignidade da Justiça, com base nos arts. 600, IV e 601 do CPC. 6. *A intimação para indicar bens à penhora advém do princípio da cooperação coadjuvado pelo princípio da boa-fé processual. Dessa forma o magistrado tem o dever de provocar as partes a notificarem complementos indispensáveis à solução da lide, na busca da efetiva prestação da tutela jurisdicional.* (STJ, 2T., AgRg no REsp 1191653/MG, Rel. Min. Humberto Martins, j. 04/11/2010, DJe 12/11/2010; destaques acrescentados)

<sup>689</sup> TJGO, 2ª Câmara Cível, Apelação n.º 103117-3/188, Rel. Des. Alfredo Abinagem, j. 15/05/07, citado por BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual...*, ob. cit., p. 215-216.

<sup>690</sup> “Direito Processual Civil. Agravo de Instrumento. Cumprimento de Sentença. Sociedade empresária executada não localizada. Suspeita de encerramento irregular de atividades. Bloqueio *on line* de ativos financeiros infrutífero. *Pedido de expedição de ofício à Junta Comercial do Estado de São Paulo com vista à obtenção do contrato social da devedora. Possibilidade. Princípio da Cooperação.* Recurso conhecido e provido. Unânime”. (TJDF, 2ª Turma Cível, Acórdão n.º 788334, 20130020310310AGI, Des. Rel. Waldir Leônicio Lopes Júnior, j. 07/05/2014, DJE 15/05/2014, p. 139; destaques acrescentados).

Como se observou, há quatro grandes deveres aos juízes decorrentes da cooperação que, por sua vez, são fruto do princípio da lealdade processual.

O que ocorre, contudo, se esses forem descumpridos? Em outros termos: quais as sanções para a violação dos poderes-deveres originados da cooperação?

No sistema português, *Miguel Teixeira de Sousa*<sup>691</sup>, após constatar a complexidade do problema, busca separar as previsões decorrentes da cooperação em dois blocos: um primeiro, que se assentam em uma previsão “fechada”, que não deixa ao juízo margem de apreciação quanto à sua verificação, e um segundo, de previsão “aberta”, cujos descumprimentos devem ser analisados concretamente, de acordo com a ponderação.

Para o primeiro grupo, eventual não-observância geraria, invariavelmente, uma nulidade processual (v. g., o descumprimento do dever de consulta para as decisões de terceira via); no segundo grupo, ao contrário (v. g., o descumprimento de um convite ao aperfeiçoamento de um articulado), seu desrespeito não pode acarretar a mesma consequência, muito embora haja, neste caso, na ponderação, espaço para arbítrio ou silogismos, já que se trata de um *poder-dever*. Escreve *Miguel Teixeira de Sousa*<sup>692</sup>:

Diferentemente, se o dever resultar de uma previsão “aberta”, deve entender-se que a determinação da situação que o impõe cai no âmbito da discricionariedade do tribunal, pelo que a sua omissão não produz qualquer nulidade processual. Se, por exemplo, o tribunal considerar que o articulado da parte não necessita de qualquer correcção ou concretização e se, por isso, se abster de convidar a parte a aperfeiçoá-lo, essa omissão não é susceptível de originar uma nulidade processual. Note-se, no entanto, que esta ponderação não é sinónimo de arbítrio: o tribunal, se entender que necessita de ser esclarecido ou que deve prevenir ou consultar as partes, não tem qualquer opção entre exercer ou não o dever.

E como se daria, no sistema brasileiro, o regramento sobre tais violações? Como se verá, trata-se de um verdadeiro *abuso de direito processual*, por manifesto desvio de finalidade, a ser tutelado na Parte III da presente Tese.

#### 4.3 A gestão profissional, a gestão processual, a morosidade e a lealdade

---

<sup>691</sup> SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre...*, ob. cit., p. 67-68.

<sup>692</sup> *Idem, ibidem*, p. 68.

#### 4.3.1 Considerações iniciais

Até aqui, privilegiou-se – e se evidenciou – a necessidade de um processo participativo, no qual o juiz se engaja, em conjunto com as partes, na resolução do conflito, envidando esforços para que a tutela jurisdicional seja prestada e efetivada àquele que tem razão.

Sucedo, entretanto – e disso a presente Tese não pode se olvidar -, que a realidade processual brasileira, de quase cem milhões de processos em trâmite<sup>693</sup>, não pode ser desconsiderada, sob pena de este estudo se mostrar mera utopia.

Muitos magistrados, bem preparados e igualmente bem intencionados, até chegam a concordar que um processo justo somente pode ser atingido se eles se mostrarem fiéis ao contraditório participativo e aos deveres de colaboração ou, em síntese, *se mostrarem-se leais*. Ocorre, todavia, que essa boa vontade costuma se esvaír em velocidade inversamente proporcional à lenta tramitação dos feitos, os quais encontram barreiras estruturais, financeiras e pessoais que, no mais das vezes, escapam do controle dos julgadores.

Como se isso não fosse o suficiente, as por vezes desumanas metas estatísticas do Conselho Nacional de Justiça e dos próprios tribunais a que estão vinculados comprimem os julgadores contra a parede, fazendo com que, ainda que indiretamente, chamem-lhes mais a atenção a quantidade que a qualidade<sup>694</sup>.

Dados estatísticos do CNJ, aliás, mostram que a “produtividade” geral dos magistrados brasileiros cresceu 9,3% em cinco anos, o que representam 2,4 milhões de processos baixados por ano a mais em 2013 (27,7 milhões) que em 2009 (25,3 milhões). De 2012 para 2013, ano-base

---

<sup>693</sup> Dados do Conselho Nacional de Justiça constantes do Relatório “Justiça em Números” mostram que, em 2012, existiam 92,2 milhões de processos pendentes, enquanto que, em 2013, esse número subiu para 95,14 milhões, o que representa um aumento de 3,88%, índice que, se mantido por dois anos, fará com que antes mesmo do fim de 2015 essa marca de 100 milhões seja ultrapassada. Vejam-se, respectivamente, *links* para os Relatórios do CNJ de 2013 (ano-base 2012) e de 2014 (ano-base 2013): <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26625-numero-de-processos-em-tramite-no-judiciario-cresce-10-em-quatro-anos> e <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29705-numero-de-processos-baixados-cresce-93-em-cinco-anos-mas-nao-alcanca-demanda>, acesso em 7 jan. 2015.

<sup>694</sup> Veja-se, nesse sentido, recente opinião do Des. *José Renato Nalini*, Presidente do TJSP, em que ele afirma textualmente ser necessário que os juízes profiram votos singelos, “que não precisam ser peças exaurientes da matéria”, a fim de privilegiar o cumprimento de metas. (NALINI, José Renato. A justiça deve investir em produtividade, *in Revista Consultor Jurídico*, 6 de janeiro de 2015, 20h31. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-06/renato-nalini-justica-investir-produtividade>>. Acesso em: 07 jan. 2015).

do último relatório apresentado pelo CNJ até a presente data (fev/2015), o número de juízes cresceu 1,8% (16.429) e o de servidores e auxiliares, por sua vez, aumentou 3,7% (412,5 mil), assim como também foi maior o gasto total do Judiciário, que foi de R\$ 61,6 bilhões em 2013, representando uma majoração de 1,5% em relação ao ano anterior.

Apesar disso, a “taxa de congestionamento” (que representa a diferença anual entre processos ajuizados e processos baixados) experimenta sucessivos aumentos, tendo atingido 70,9% em 2013, o que significa um aumento de 1,28% em relação a 2012.

Vale dizer: por mais que os juízes sentenciem e baixem os feitos (em 2013, o número de decisões foi de incríveis 25,7 milhões, o que representa um aumento de 3,5% em relação a 2013), as demandas se multiplicam ano a ano, vez que o número de ajuizamentos sempre supera a quantidade de processos encerrados.

Nesse cenário desanimador, mesmo os mais persistentes magistrados, homens e mulheres reais, com problemas pessoais e familiares concretos, acabam cedendo à tentação da burocracia, transformando-se em meros repetidores de decisões dos tribunais superiores, sem qualquer avaliação crítica. Os processos, antes fontes inesgotáveis de esperança, passam a ser vistos como amontoados de frias folhas de papel (ou de arquivos digitais), em um processo de *desumanização* que, ainda que indiretamente, conforta e diminui o peso dos ombros de um julgador que, consciente e volitivamente, ignora o mérito da causa para buscar alguma filigrana processual que sirva a resolver o *seu problema* (de reduzir o número de demandas).

Como mudar esse panorama? E, ainda, no que importa a presente Tese: como esperar lealdade desse magistrado que mais se preocupa com a duração razoável dos processos?

Embora muitos outros fatores pudessem ser levantados (como, por exemplo, o aumento do número de servidores no Judiciário, o incremento das varas especializadas ou a melhor estruturação dos tribunais), esse estudo tem como escopo, como reiteradamente afirmado, *a atuação do magistrado*; nesse estrito aspecto, as respostas às indagações do parágrafo anterior passam, inevitavelmente, pela adoção de uma eficaz gestão profissional, seja sob a ótica do bom funcionamento dos tribunais, seja sob o viés dos processos estritamente considerados<sup>695</sup>.

---

<sup>695</sup> “(...) Para atingir os objectivos de redução de atrasos nos julgamentos e melhora na qualidade de atendimento aos cidadãos, tem sido destacada a urgência de fixação de objetivos precisos, com elaboração de índices de performance e de indicadores de qualidade que permitam à instituições judiciárias, enquanto corpo organizado,

Veja-se, separadamente.

#### 4.3.1.1 A indispensável gestão profissional do Poder Judiciário (*court management*)

Notadamente em tempos atuais de rapidez desenfreada (vide cap. 1), exige-se que qualquer prestador de serviços, desde os menores empresários às grandes corporações, desenvolva, ainda que minimamente, uma visão estratégica, com definições de planos de trabalho, prioridades, divisão de tarefas e responsabilidades, enfim, uma estrutura razoavelmente organizada.

Nela, por exemplo, afigura-se inimaginável que algumas atividades sejam interrompidas por força da ausência, ainda que temporária, de um importante gerente ou até mesmo de seu principal diretor. Se isso ocorresse, boa parte das demais funções a serem exercidas pelos funcionários hierarquicamente inferiores restaria prejudicada, como num efeito-cascata, já que, sem o acompanhamento de perto dos superiores, a tendência natural é de relaxamento, de postergação, sobretudo em um mundo atual que exige de cada cidadão tantas tarefas em tão pouco tempo.

Os níveis de produtividade, nesse caso, certamente despencariam e/ou a qualidade dos serviços restaria reduzida, o que implicaria perda de mercado ou, no mínimo, insatisfação dos clientes.

Com o Judiciário, guardadas as devidas proporções, não pode ser diferente<sup>696</sup>. Um processo não pode ficar parado à espera do retorno de um magistrado que saiu por problemas médicos, assim como não pode aguardar o término de uma licença maternidade de uma magistrada que venha a dar a luz. De mesmo modo, não é possível que atos processuais sejam adiados porque o julgador está em férias (que, no Brasil, são de 60 dias anuais) ou em licença por capacitação; na mesma toada, é inaceitável que alguns magistrados, por comodismo ou por força de outras prioridades, abandonem a sua comarca na maior parte da semana, comparecendo ao foro apenas quando lhes convier<sup>697</sup>.

---

uma fundamentada afectação de meios e depois a indispensável prestação de contas. É que a gestão processual não pode ser entendida de forma desgarrada, importando contextualizá-la como parte integrante da gestão dos tribunais (*court management*), sendo até discutível a sua autonomia estratégica face a esta. E naturalmente que uma resposta judicial efectiva não se compagina com um modo de funcionamento dos tribunais portugueses que é ainda tributário das concepções de orgânica judiciária próprias do modelo burocrático” (MATOS, José Igreja de. *Um modelo de juiz...*, ob. cit., p. 105.

<sup>696</sup> MATOS, José Igreja de. *Um modelo de juiz...*, ob. cit., p. 116-123.

Uma estrutura organizacional séria, coordenada por um gestor realmente capacitado nesse mister, conseguiria diagnosticar tais problemas em pouco tempo e, principalmente, buscar soluções como, por exemplo, a imediata redistribuição dos processos nos casos de vacância regulares (férias, licenças *etc.*) ou de inatividade processual injustificada superior a determinado intervalo de tempo, sem prejuízo, obviamente, da apuração e fixação de punições, quando cabíveis.

E nem se diga que o princípio do juiz natural vedaria eventual redistribuição – desde que objetivamente organizada<sup>698</sup> – desses processos<sup>699</sup>: como já ressaltado (cap. 3), as garantias coligadas a esse princípio, fundamentais para a independência e a imparcialidade do julgador, não podem ser arrimos para o mau funcionamento da justiça<sup>700</sup>. Nem mesmo o mais metuculoso e responsável

<sup>697</sup> No dia-a-dia forense, notadamente nas comarcas do interior dos estados, é conhecida a praxe de magistrados que somente comparecem ao local de trabalho entre terças e quintas, viajando de volta à sua residência fixa nos demais dias da semana. Já há, inclusive, uma curiosa nomenclatura a respeito: é o “juiz TQQ”, ou seja, aquele que somente se apresenta fisicamente no foro as terças, quartas e quintas. A prática, a par de representar um enorme desrespeito para com as partes, seus advogados e os demais profissionais forenses, configura-se inconstitucional, vez que o art. 93, VII, CF/88, determina que, salvo autorização especial, o juiz deve residir na comarca onde oficia. De se ver, inclusive, que o Conselho Federal da OAB já se movimentou para impedir essa imoral atitude. Veja-se: <http://www.oab.org.br/noticia/25466/conselho-federal-da-oab-defende-ministros-que-exigem-juiz-na-comarca>, acesso em 8 jan. 2015. Sobre o tema, consulte: DAMOUS, Wadih. *Enfim, fiscalização para os juízes TQQ*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/artigo/3459-enfim-fiscalizacao-para-os-juizes-tqq--wadih-damous>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

<sup>698</sup> “(...) Para dizer a verdade, o ideal seria que *todo* o processo se desenvolvesse em primeiro grau sob direção única, do primeiro ao último ato. Não se pode esperar que um juiz controle a necessária firmeza a marcha do pleito, se sabe que, mais cedo ou mais tarde, será substituído no comando. O ideal, por definição, é sem dúvida intangível: quando nada em caso de morte, sem falar de outros menos dramáticos, inexistente alternativa para a substituição. Seria de desejar, porém, que as normas de organização judiciária cuidasse de impedir que se converta em regra geral um permanente rodízio, consoante vem acontecendo em não poucos casos. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas processuais e poderes do juiz, in Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53-68, especialmente p. 64-65).

<sup>699</sup> “(...) Os tribunais, como qualquer entidade que presta serviços, têm que ter uma gestão e a atribuição dos processos deve ser feita em função do volume de trabalho. Se a juíza está grávida ou doente por largo período de tempo devemos redistribuí-lo pelos outros juízes; o processo não pode ficar à espera. Isto viola o princípio do juiz natural, mas esse princípio já foi violado há muito tempo, sempre que se faz uma alteração das leis processuais se viola esse princípio. O problema reside em considerar se os Conselhos são ou não órgãos independentes, e têm de ser e por isso é deles que se deve apostar para a efectiva distribuição dos processos em função das necessidades do serviço. Enfim, estou já a ver muitos gritarem sobre a independência dos tribunais. Mas a independência só tem que ver com o acto de julgar; aí é que o juiz tem que ser independente. A independência nada tem a ver com a disciplina e o controlo da actividade do juiz, não como julga, mas quando julga...”. (SILVA, Germano Marques da, *in RIBEIRO, Manuel de Almeida (coord). Um debate sobre a morosidade da justiça*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 34).

<sup>700</sup> O ideal seria que não existissem exceções ao juiz natural ou, quando muito, que essas fossem, com o perdão da redundância, *realmente excepcionais*. Sucede, todavia, que como bem salientam José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio, “(...) impõe-se mesmo a relativização do princípio [do juiz natural], sob pena de se

magistrado poderia cogitar de violação de suas prerrogativas se um colega, igualmente legitimado por lei e com competências objetiva e previamente estabelecidas, viesse a auxiliá-lo no cumprimento de suas tarefas em um período de ausência.

As práticas atuais, aliás, (i) de se atribuir juízes substitutos itinerantes (que em regra somente intervêm nos processos dos titulares para a resolução de questões inadiáveis ou para proferir despachos burocráticos), (ii) de distribuir juízes plantonistas com competências pouco claras (que favorecem a ilegal escolha de juízes por advogados inescrupulosos), ou até mesmo (iii) de se criar “grupos de sentença”<sup>701</sup> (cujas identidades só são conhecidas *depois* dos julgamentos já realizados), são muito mais violadoras das garantias processuais, já que em todas essas hipóteses inexistente sequer uma mínima possibilidade de controle do julgador pelas partes e seus representantes.

Afinal, como um advogado poderia, por exemplo, arguir uma exceção de suspeição (ou até de impedimento) de um magistrado que eventualmente venha a apreciar sua causa sem que sequer ele tenha ciência desse fato? Ainda: como o advogado poderia exercer seu direito legalmente previsto (art. 7º, inciso VIII, da lei 8.906/94) de despachar com o juiz do caso?

Por outro lado, um sistema controlado por um gestor profissional, que trabalhe com isonomia, transparência e responsabilidade, seria muito mais eficaz que o atual, no qual, no mais das vezes, tais funções administrativo-organizacionais ficam a cargo de um magistrado com vários anos de judicatura que, por questões políticas, de antiguidade ou laços de amizade, vem a ser “premiado” com a presidência da corte ou de um órgão fracionário inferior.

Como relata a *Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ)*<sup>702</sup>, uma das “melhores práticas para uma justiça efetiva”<sup>703</sup>, gize-se, é exatamente a divisão de tarefas entre o

inviabilizar o exercício da jurisdição, pois o jurista deve pensar o direito com os pés no chão, isto é, atento à realidade que se apresenta, e não voltado para o ‘mundo dos princípios’ (...). (TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 61).

<sup>701</sup> Prática usual no TJRJ, criada em 2009 como projeto experimental e efetivada, em 2013, pela Resolução n.º 41/2013, na qual um grupo de juízes se reúne unicamente para sentenciar feitos de outros colegas, devolvendo os processos à origem tão logo a decisão seja tomada. Sobre o tema, consulte: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/162105> e <http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/grupo-juizes-tj-rj-proferiu-29-mil-sentencas>, ambos com acesso em 8 jan. 2015.

<sup>702</sup> O Comitê de Ministros do Conselho da Europa, por meio da Resolução Res. (2002)12, instituiu, em 18 de setembro de 2002, uma comissão (Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça, a *CEPEJ*), que tem como objetivo aumentar a eficiência e o bom funcionamento da justiça em seus Estados-Membros, além de desenvolver e implementar instrumentos a serem adotados pelo Conselho da Europa para tal fim. Seus membros, especialistas



presidente do tribunal, que deve se preocupar com a “gestão judicial”, implementando estratégias para garantir a qualidade das decisões da corte, e uma espécie de gestor da corte, um profissional devidamente treinado e qualificado para isso, que deve se envolver em questões administrativas como o planejamento, gerenciamento de projetos e organização de pessoal, sendo certo que ambos devem se unir para, mediante responsabilidades partilhadas, construir uma boa administração da justiça. Na Holanda, por exemplo, vige o sistema de “gestão integral” (*integral management*), no qual a responsabilidade pelo funcionamento do tribunal é compartilhada por todos os membros do conselho de administração, do qual fazem parte os presidentes do tribunal e de cada subdivisão, além de um diretor da corte (*um não juiz*), que controla e revisa o desempenho dos juízes e do corpo administrativo.

Afinal, como exigir uma boa gestão de alguém que passou a vida lidando com teses, despachos, audiências e sentenças, se ele não tem, para essa função, nem experiência nem treinamento? Grandes escritórios de advocacia já perceberam a necessidade de um “administrador legal”<sup>704</sup>, e exatamente por isso conseguem lidar simultaneamente com milhares de processos, das mais diversas naturezas, em diversos cantos do país. O Judiciário, principal *destinatário* do trabalho dos causídicos, a pretexto da observância de velhas tradições<sup>705</sup>, não pode mais ficar para trás<sup>706</sup>.

---

provenientes de todos os 47 Estados-Membros do Conselho da Europa, reúnem-se periodicamente para analisar, estudar, entender e tentar resolver os problemas de baixa efetividade dos processos europeus. Para tanto, a CEPEJ realiza pesquisas e avaliações, coleta dados, define instrumentos de medições, adota documentos e relatórios, desenvolve contatos com especialistas, organizações não-governamentais, institutos de pesquisa e centros de informação, além de organizar audiências e promover encontros de profissionais da área jurídica. Para mais informações a respeito, consulte: [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/presentation/cepej\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/presentation/cepej_en.asp), acesso em 3 jan. 2014.

<sup>703</sup> CEPEJ, Compendium of “best practices” on time management of judicial proceedings. Disponível em: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ\(2006\)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2006)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6). Acesso em: 8 jan. 2015.

<sup>704</sup> Nesse sentido, veja-se: <http://www.epd.edu.br/index.php?q=noticias/2006/06/administrador-legal-fique-de-olho-nessa-profissao>. Acesso em: 8 jan. 2015.

<sup>705</sup> Veja-se, a propósito, interessante relato de *Carlos Henrique Borlido Haddad*, que, a despeito de também ter diagnosticado a necessidade de um *gestor profissional no Judiciário*, mostrou que, no Brasil, pelo menos na justiça federal, é vedada a nomeação de servidores que tenham formação distinta da jurídica, mesmo para cargos com funções eminentemente administrativas: “(...) Outro fator que interfere diretamente na gestão do fluxo de processos diz respeito à inexistência de administradores profissionais no sistema judicial brasileiro. Nos Estados Unidos, o desenvolvimento dos princípios do gerenciamento de processos voltado para combater a morosidade, na década de 1970, coincidiu com a emersão dos administradores dos Tribunais, que abraçaram larga responsabilidade pela administração das Cortes em relação às quais os assessores do magistrado eram

Perceba-se: a surrada e cômoda tese escusatória de que existem poucos juízes no Brasil<sup>707</sup> não pode servir de escudo para evitar mudanças de mentalidade. Com ela, mantêm-se as mesmas estruturas burocráticas de décadas, à espera que os governos invistam (ainda) mais no Judiciário.

Aliás, uma visão um pouco mais detida dos números brasileiros, em comparação com os de outros países, embora não sirva para conclusões definitivas, pode prestar a desobnubilar o problema: segundo dados de 2013 (ano-base 2012) do Ministério da Justiça, há, em média, no Brasil, 10 juízes para cada 100 mil habitantes<sup>708</sup>.

---

tradicionalmente encarregados. Atualmente, está em atividade a Associação Nacional dos Administradores de Tribunais (NACM – *National Association of Court Management*), com aproximadamente 2.500 membros, que prima por fixar diretrizes para um currículo com competências centrais tanto para programas de educação continuada, quanto para autoavaliação pelos administradores judiciais de seus próprios conhecimentos, habilidades e aptidões. No Brasil, é incipiente qualquer iniciativa voltada à formação de administradores judiciais profissionais. Os servidores que trabalham no Poder Judiciário ingressam por concurso público e os requisitos exigidos para habilitação ao cargo resumem-se à conclusão do 2.º grau ou de curso superior em Direito. *É interessante notar que no âmbito das varas federais o Diretor de Secretaria, cargo de confiança do magistrado, deve ser bacharel em Direito, por exigência normativa, e não se permite nomear pessoa vocacionada e preparada para a atividade administrativa que não seja versada nas leis. É vedada a nomeação de graduados em Administração, Engenharia ou Economia, que poderiam contribuir mais eficazmente para a gestão de processos e pessoas. A falta de permissão é pouco razoável diante do fato de o magistrado deter conhecimentos jurídicos e ter assessoria composta por bacharéis em Direito. A natural falta de educação ou experiência gerencial de todos que prestam serviço nas varas federais, associada à inexistência de escolas especializadas em administração judicial e ao ensino jurídico insuficiente e formalista, somente conduz, na maioria dos casos, à inapropriada condução dos processos, que redundam em morosidade e baixa eficiência (...)*. (HADDAD, Carlos Henrique Borlido. As causas da morosidade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 229, p. 455-ss, 2014. Destaques acrescentados).

<sup>706</sup> Sobre a gestão processual no Judiciário, veja-se, com a profundidade que a presente Tese não permite, a dissertação de *Andréa Rezende Russo*, apresentada junto ao curso de Mestrado Profissional em Poder Judiciário da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro: RUSSO, Andréa Rezende. *Uma moderna gestão de pessoas no Poder Judiciário*: Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009. O inteiro teor também pode ser consultado em: [http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/corregedoria\\_geral\\_da\\_justica/colecao\\_administracao\\_judiciaria/doc/CAJ08.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ08.pdf), acesso em 9 jan. 2015. Sugere-se, também, a obra coletiva publicada em Portugal que faz menção, em vários pontos, à organização do Judiciário: BARBAS HOMEM, António Pedro *et al* (coord). *O perfil do juiz na tradição ocidental: seminário internacional*. Almedina: Lisboa/Coimbra, 2007. No Brasil, veja-se: CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

<sup>707</sup> “(...) Outra solução [para debelar a crise do Judiciário], igualmente falaciosa a meu ver, mas que tem muitos adeptos entre políticos e autoridades, inclusive judiciárias, é aumentar sempre mais a quantidade de juízes e tribunais. Já manifestei opinião contrária a essa fórmula, que tenho na conta de paliativa, quiçá negativa. <sup>2</sup>Se raciocinarmos com problemas de saúde, quem defenderia o simples aumento do número de médicos e de leitos em hospitais em vez de estimular campanhas de vacinação? Ou administrar antitérmicos, em vez de procurar a causa da febre (...)” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Estatística Judiciária. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 110, p. 9-ss, 2003.).

A despeito de diversas desigualdades regionais que obviamente precisam urgentemente ser sanadas (v. g., no estado do Maranhão, o índice é de 5,41, três vezes menor que o do Amapá, que é de 17,81), certo é que o número médio é praticamente igual ao de países desenvolvidos como a Itália (10,6), Noruega (11,0), Espanha (11,2) e Suécia (11,8), segundo dados do Relatório CEPEJ divulgado em 2014 (ano-base 2012)<sup>709</sup>.

De ressaltar, inclusive, segundo o mesmo relatório europeu, que o número brasileiro é bem maior que os de países como a Dinamarca (6,6), Reino Unido<sup>710</sup> (3,6) e Irlanda (3,1), localidades onde a justiça é mundialmente vista como de melhor qualidade que a tupiniquim.

É chegada a hora, portanto, de mudança efetiva de mentalidade<sup>711</sup> e, conseqüentemente, de atitudes<sup>712</sup>.

Afinal, se, como visto, ano a ano aumentam os investimentos públicos, crescem os números de servidores e juízes (e, conseqüentemente, os gastos com pessoal), o Judiciário abocanha maiores

<sup>708</sup> Relatório do Ministério da Justiça do portal “Atlas de Acesso à Justiça”, divulgado em 16 de dezembro de 2013, cujas conclusões podem ser vistas em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI192433,51045-Brasil+tem+10+juizes+para+cada+100+mil+habitantes>, acesso em 5 jan. 2015.

<sup>709</sup> CEPEJ, *Report on “European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice”*, Chapter 9 (Court efficiency), especialmente p. 231-264. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport\\_2014\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf)>. Acesso em: 7 jan. 2015.

<sup>710</sup> Aqui considerados apenas Inglaterra e País de Gales.

<sup>711</sup> A afirmação aqui, restritiva ao Poder Judiciário, não significa que *outras* alternativas não deveriam ser buscadas. Paula Costa e Silva, por exemplo, expõe que “a nova face da justiça” deve ser vista nos meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, como a arbitragem e a mediação, por exemplo. Com amplas referências sobre o tema, que escapa das fronteiras deste estudo, veja-se: SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra/Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

<sup>712</sup> Mais que investir em quantidade, deve-se priorizar a *qualidade* dos magistrados. O tema, que por si só daria ensejo a outras tantos estudos, passa necessariamente pelos procedimentos de formação, seleção e preparação (inicial e continuada) dos magistrados. A realidade brasileira atual daria margens a anedotas, se não fosse terrivelmente séria: o pretendente à carreira da magistratura, assim que sai da faculdade (e, ultimamente, até antes da formatura), *passa a maior parte de seu tempo recluso, com o mínimo de contato com outras pessoas*, a estudar horas a fio durante os três anos que a CF/88 (art. 93, I, CF/88 c/c Res. 75/2009 e 118/10, ambas do CNJ) exige de “atividade jurídica”. Nesse período, a fim de formalmente comprovar sua “atuação” profissional, ele assina algumas petições em processos de colegas e, quando definitivamente é aprovado, depois de um longo concurso de provas e títulos em que foram exigidos “conhecimentos” pouco ou nada importantes para os casos concretos que terão vez na vida do futuro magistrado, toma posse em uma comarca longínqua do interior, a qual não conhece (nem faz a menor questão de conhecer) a realidade, e passa a enfrentar problemas que nunca vivenciou, a ter que lidar com advogados com os quais não está acostumado, a comandar profissionais de sua secretaria sem um treinamento condizente, a, enfim, *julgar e gerenciar pessoas*. É possível, nesse cenário, exigir uma atuação escorreita do magistrado? Sobre o tema da formação dos magistrados, veja-se: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *El papel del Juez en el Proceso Civil...*, ob. cit., p. 69-74.

fatias dos orçamentos públicos e, ainda assim, avultam os índices de insatisfação dos jurisdicionados<sup>713</sup> e o acúmulo de processos não julgados, algo de diferente deve ser feito<sup>714</sup>, até mesmo porque, como popularmente se diz, somente como insanidade pode ser entendida a atitude daquele que espera encontrar resultados diferentes realizando repetidamente os mesmos atos<sup>715</sup>.

#### 4.3.1.2 O dever de gestão processual

Ao lado da *gestão profissional do funcionamento dos tribunais*, de cujo encargo deve se ocupar aqueles efetivamente treinados e preparados para tanto, é possível ainda se falar em uma *gestão processual propriamente dita* ou, na expressão em inglês mundialmente reconhecida, no *case management*.

---

<sup>713</sup> Araken de Assis, após demonstrar, através de números, o tamanho do impacto que o Judiciário tem nas contas públicas, questiona: se a população disso soubesse, será que ela não preferiria, por exemplo, um incremento na saúde ou na educação? (ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas na lei processual, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Processo e constituição*. São Paulo: RT, 2006, p. 195-203, especialmente p. 201).

<sup>714</sup> Nesse sentido, mostra-se alvissareira a recente notícia de que o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Justiça começam a perceber a importância de gestores profissionais na estrutura do Poder Judiciário: “(...) Três problemas básicos afetam o Poder Judiciário brasileiro: excesso de processos, morosidade e falta de acesso à Justiça. O diagnóstico foi apresentado nesta segunda-feira (17/02) pelo secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Flávio Caetano, durante audiência pública para debater a eficiência do primeiro grau de jurisdição, organizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O Atlas de Acesso à Justiça, organizado pelo Ministério da Justiça, mostra, segundo ele, que no Brasil há 17 mil magistrados, 12,5 mil integrantes do Ministério Público, 774 mil advogados, 725 mil estudantes de direito, 700 mil servidores do Judiciário e apenas seis mil defensores públicos. ‘Estamos falando de dois milhões de pessoas ligadas ao sistema de Justiça’, destacou. Segundo ele, esse contingente não dá vazão à demanda por falta de gestão. *O Ministério da Justiça defende a criação de duas novas carreiras no Judiciário: a de gestor de política judiciária, a exemplo da carreira de gestor implantada no Executivo Federal, e a de administrador judicial. O gestor de política judiciária, com formação específica, seria encarregado de definir metas.* ‘Essa carreira é fundamental para o tribunal’, afirmou. Já o administrador judicial, também com formação técnica específica, administraria os cartórios. (“Ministério da Justiça aponta três principais problemas do Judiciário”, publicado em 17/02/2014, às 19h01. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27696-ministerio-da-justica-aponta-tres-principais-problemas-do-judiciario>>. Acesso em: 15 out. 2014; destaques acrescentados).

<sup>715</sup> Recente Editorial do jornal *Folha de S. Paulo*, intitulado “Gestão Processual”, e publicado na edição impressa de 05 de janeiro de 2015, reforça o alegado, dando mostras de que, aparentemente, a sociedade está começando a perceber a necessidade de mudanças nas práticas do Judiciário. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/202757-gestao-processual.shtml>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

Embora uma situação tão complexa como essa não possa ser aqui analisada com a profundidade que se reputa necessária<sup>716</sup>, vale a pena, no entanto, acenar sumariamente sobre seus contornos, porquanto o *dever de engajamento*, tão próprio da cooperação e da lealdade acima referidas (item 2.5.2.2), não pode ser considerado completo sem uma efetiva gestão processual.

Sob esse prisma, são significativas as experiências inglesa, norte-americana e portuguesa.

O “novo juiz inglês”, como acentua Neil Andrews<sup>717</sup> a partir da análise das *Civil Procedure Rules* (cf. *Rule* 1.4., 3.1. e 29.2, CPR’s), tem a obrigação de gerir ativamente os processos, o que significa, dentre outras atribuições, (i) encorajar e auxiliar as partes a chegar a um acordo, além de buscar soluções alternativas para a controvérsia; (ii) determinar o que é relevante e o que é prioritário e, a partir daí, definir a ordem de resolução das questões; (iii) tomar decisões sumárias, seja para fulminar demandas inviáveis, seja para decidir se uma audiência deve ser designada logo nos primeiros momentos do processo; (iv) controlar as custas, que apresentam fundamental importância no dispendioso judiciário inglês e; (v) promover o fluxo ágil do processo, fixando prazos e controlando o feito para que ele tenha a menor duração possível.

---

<sup>716</sup> Sobre o *case management*, remete-se o leitor interessado: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Das Convenções Processuais no Processo Civil. 2014. 239 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. (a versão comercial da Tese será publicada no primeiro semestre de 2015, pela editora LTr, de São Paulo. Do mesmo autor: O *case management* inglês: um sistema maduro? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VII, p. 287-335, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7994/5779>>. Acesso em: 30 dez. 2014; ANDREWS, Neil. Relações entre a Corte e as partes na era do *case management*. Trad. Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Meneses. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 181-ss, 2013; LOURENÇO, Paula Meira. Justiça cível: eficiência e novas formas de gestão processual, in BRITO, Rita (coord). *Novos Rumos da Justiça Cível*. Lisboa: CEJUR, 2009, p. 81-98. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, especialmente p. 83-141; FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011; SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil, in *Cadernos de Direito Privado*, n.. 43. Lisboa: Cejur: 2013 (artigo gentilmente enviado pelo próprio autor).

<sup>717</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2010, p. 74-75.

Nos EUA, tamanha é a importância do tema que o *Federal Judicial Center* (FJC), ainda em 2006, publicou um *livro de bolso*<sup>718</sup> para que os juízes se inteirassem e, sobretudo, pusessem em prática os fundamentos de uma boa gestão processual.

Em Portugal, o NCPC, de 2013 (lei 41, de 26 de junho de 2013), consagrou também o “dever de gestão processual”, o qual procura, conforme acentua *Miguel Teixeira de Sousa*<sup>719</sup>, “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”. Para tanto, prossegue o professor lusitano, faz-se necessário “um juiz empenhado na resolução célere e justa da causa”.

Naquele país, ainda conforme *Teixeira de Sousa*<sup>720</sup>, a gestão processual pode ser vista sob dois aspectos: um *substancial*, que se refere à própria condução do processo, e outro *instrumental*, coligado à adequação formal, prevista no art. 547º, CPC/POR/2013, sendo certo que, no Brasil, este último aspecto, embora deveras importante, demandaria uma mudança legislativa<sup>721</sup>.

Vale frisar: como bem delinea *Diogo Assumpção Rezende de Almeida*<sup>722</sup>, o juiz brasileiro, diferentemente do inglês e do português, não tem – pela legislação em vigor atualmente<sup>723</sup> – poder

<sup>718</sup> SCHWARZER, William W.; HIRSCH, Alan. *The Elements of Case Management: A Pocket Guide for Judges*. Second Edition. Washington, DC: Federal Judicial Center, 2006. Disponível em: <[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/element02.pdf/\\$file/element02.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/element02.pdf/$file/element02.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2015.

<sup>719</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamento sobre o princípio..., ob. cit.

<sup>720</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>721</sup> O aspecto instrumental, que diz respeito à adaptabilidade ou flexibilização do procedimento pelo juiz é alvo de debates acirrados e apaixonados pelos processualistas brasileiros, além de estar no cerne das discussões do Novo CPC que, ao que tudo indica, restará positivado com a entrada em vigor do novo diploma em 2016 (v.g., o art. 139, VI, PLS 166/10, na redação aprovada em 17/dez/14, que permite ao juiz “[...] 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 [...]”). Sobre o tema, que foge aos lindes deste estudo, consulte: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>722</sup> “(...) Já estamos acostumados [no Brasil] com um juiz ativo, responsável por impulsionar o feito após as partes terem provocado a atividade jurisdicional, como prevê o art. 262 do CPC. O art. 125 do mesmo diploma, ademais, apresenta rol de atividades do juiz semelhantes, mas em menor extensão, às previstas nas CPR inglesas. A sensível diferença do ativismo judicial desenvolvido nesses dois sistemas está em uma palavra: discricionariedade. Os juízes ingleses e galeses não têm somente poderes de gestão, mas poderes adjetivados com flexibilidade, capazes de adequar o desenrolar do procedimento às particularidades do caso concreto, sem que se exija disposição expressa na lei nesse sentido. Não que o juiz brasileiro e seu colega europeu continental não possuam poderes discricionários. No entanto, não os possuem na mesma dimensão abrangida na atividade do juiz inglês. Em que pese não apresentar um dispositivo

discricionário de flexibilizar o procedimento, adequando-o às particularidades do caso concreto. As dimensões dos poderes dos juízes desses países, portanto, são muito maiores que as dos seus colegas brasileiros.

Por essa razão, importa, para a presente Tese, o *aspecto substancial*, que se relaciona com a própria noção de condução presidencialista do processo pelo juiz. Nesse sentido, embora vigore o princípio dispositivo – porquanto compete aos sujeitos parciais romper a inércia jurisdicional (art. 262, CPC/73) –, a partir do momento em que o Estado é provocado, nasce para o magistrado o dever de dirigir ativamente o feito (art. 125, CPC/73), eliminando obstáculos ilegítimos, assegurando a celeridade na tramitação, protegendo direitos e garantias das partes, a fim de decidir corretamente a causa e, posteriormente, se necessário, auxiliar àquele que teve razão reconhecida na efetivação do seu direito.

A *gestão substancial*, segundo José Igreja Matos<sup>724</sup>, deve ser exercida pelo juiz mediante quatro “ferramentas operativas”, quais sejam: (i) imediação; (ii) calendarização; (iii) conciliação; e (iv) expeditividade.

A (i) *imediação* se mostra importante, pois quanto mais rápido o magistrado se mostrar próximo ao litígio, maiores são as chances de se obter uma solução consensual, além de permitir um melhor desenvolvimento do processo.

Conforme relatório da CEPEJ<sup>725</sup>, essa é, inclusive, uma das “melhores práticas” para a diminuição da duração dos processos. Na Noruega (Tribunal Distrital Midhordland Tingrett), por

genérico, que confira uma espécie de poder geral de flexibilização ou de adaptação, como prevêm o CPC luso e a primeira versão do projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro, as CPR contêm normas que demonstram que o magistrado não está limitado pelo que dispõe a lei. Exemplo disso é a menção nas regras 1.4(2) e 3.1(m) de que a lista de poderes lá elencadas é apenas exemplificativa. A própria *Court of Appeal*, no caso *Godwin v. Swindom* reconheceu que pelo novo código o tribunal “*has a wide discretion to manage cases to achieve substantial justice in accordance with the overriding objective (...)*”. (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A case management inglês: um sistema maduro?* *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VII, p. 287-335, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7994/5779>>. Acesso em: 30 dez. 2014.).

<sup>723</sup> Por “atual” entenda-se 22 de fevereiro de 2015.

<sup>724</sup> MATOS, José Igreja de. *Um modelo de juiz...*, ob. cit., p. 130-141.

<sup>725</sup> CEPEJ, Compendium of “best practices” on time management of judicial proceedings. Disponível em: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ\(2006\)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2006)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6)>. Acesso em: 8 jan. 2015.

exemplo, reuniões preparatórias em casos civis tem resultado em acordos em mais de 80% dos casos.

A (ii) *calendarização*, prevista no CPC/POR/2013 no art. 591º, diz respeito à exigência de uma programação mínima processual, a ser elaborada pelo juiz em cooperação com as partes, a fim de que haja uma expectativa temporal de duração do feito, algo que, a um só tempo, traz credibilidade ao Judiciário, maior confiança e segurança aos jurisdicionados e, sobretudo, uma medida de respeito recíproco do Estado para com a sociedade.

Vale ressaltar que tal alvissareira novidade está em vistas de fazer parte do cotidiano brasileiro, tendo em vista a sua previsão no Projeto de NCPC recentemente aprovado (art. 189)<sup>726</sup>.

A (iii) *conciliação*, terceira ferramenta do bom gestor processual, mostra-se fundamental não só para o bom funcionamento do Judiciário como, e principalmente, para a obtenção da melhor resolução possível da demanda, uma vez que, notadamente em litígios de trato sucessivo, como os de relações familiares ou de vizinhança, uma solução negociada tem um efeito pacificador muito maior que uma decisão imposta pelo juiz. Não é por outra razão, inclusive, que a imensa maioria das legislações modernas entende imprescindível que o juiz assuma uma posição pró-ativa na busca de soluções alternativas dos litígios (v. g., art. 125, IV, CPC/73 e art. 594º, nº. 1, CPC/POR/2013).

---

<sup>726</sup> Art. 189, PLS 166/10 (versão aprovada em 17/dez/14): “Versando a causa 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. § 1º De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 2º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, d§ 3º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário., devidamente justificados. § 4º De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

Sobre o tema da calendarização, também se atentou o *Projeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro*, da Faculdade de Direito da UERJ, notadamente em seu art. 53, inciso IV, §§ 3º, 6º e 10, com consequências espalhadas por diversos outros dispositivos (arts. 20; 56; 84; 96, parágrafo único; 108, §§ 2º e 3º; 114, §§ 2º e 4º; 122, § 3º; 124, *caput* e § 2º; 129, *caput* e § 1º; 132; 136; 137; e 140). A primeira parte do Relatório Final, sob coordenação do Prof. Dr. *Leonardo Greco*, foi publicada no volume 240 da *Revista de Processo*, da Editora Revista dos Tribunais, na qual podem ser lidos todos os dispositivos acima mencionados (GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro – 1ª parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 61-136, 2015). As demais constarão, muito provavelmente, dos volumes 241, 242 e 243, relativos aos meses de fevereiro, março e abril de 2015, respectivamente. Para outras referências, consulte: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. 2014. 239 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.



Tamanha é a importância de práticas dessa natureza que o Conselho Consultivo dos Juízes Europeus (CCJE) recentemente reconheceu a necessidade de se enfatizar um papel pró-ativo e inovador dos juízes nesse sentido, a auxiliar a resolução rápida das causas. Na avaliação europeia dos sistemas judiciais (edição de 2006), 21 estados-membros do Conselho da Europa adotaram algum tipo de procedimento dessa natureza. Na Noruega (Tribunal Distrital Midhordland), por exemplo, um programa de mediação judicial tem conseguido êxito entre 70 a 80% dos casos, evitando que a causa seja decidida por um juiz. Naquele país, no mais das vezes o mediador judicial é um juiz que, se não consegue êxito no auxílio das partes na obtenção de um acordo, deixa a causa para outro magistrado decidi-la, troca essa que não só auxilia o primeiro magistrado (que, por saber que não terá que decidir a demanda, sente-se mais confortável na busca do acordo) como o segundo juiz (que decide com tranquilidade, vez que a cláusula de confidencialidade da mediação impede que os detalhes da negociação cheguem a seu conhecimento)<sup>727</sup>.

Quarta e última ferramenta da boa gestão, a (iv) *expeditividade*, que em boa medida se relaciona com a cooperação processual (item 4.2), determina que o juiz monitore permanentemente as situações de delonga injustificada ou de inércia processual, a fim de extirpá-las o quanto antes. Entram aqui, ainda, os poderes de direção e correção do juiz<sup>728</sup>, a lhes impor que promova as diligências necessárias ao correto andamento do feito, desapegando-se de formalismos-excessivos, prestigiando a economia processual e a simplicidade, em busca da tão propalada *efetividade*, tanto nas atividades cognitivas, como nas executivas.

Vale frisar: embora seja uníssono o entendimento de que a execução também integra o princípio da efetividade processual<sup>729</sup>, o ordenamento brasileiro, contraditoriamente, privilegia,

---

<sup>727</sup> CEPEJ, Compendium of “best practices” on time management of judicial proceedings. Disponível em: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ\(2006\)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2006)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6)>. Acesso em: 8 jan. 2015.

<sup>728</sup> Nesse sentido: SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamento sobre o princípio..., ob. cit.

<sup>729</sup> Nesse sentido: “(...) PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE. Pertence a Proto Pisani a acepção exata de que a efetividade do processo consiste na sua aptidão de alcançar os fins para os quais foi instituído. Desígnio maior do processo, além de dar razão a quem efetivamente a tem, é fazer com que o lesado tenha recomposto o seu patrimônio pelo descumprimento da ordem jurídica, sem que sinta os efeitos do inadimplemento, por isso compete ao Estado repor as coisas ao *status quo ante* utilizando-se de meios de sub-rogação capazes de conferir à

conforme feliz definição de *Kazuo Watanabe*<sup>730</sup>, uma “*cultura da sentença*”, a qual influencia não só os jurisdicionados (que preferem submeter seus interesses à resolução heterônoma estatal que buscar soluções autônomas), como, e principalmente, os próprios julgadores, que mais se preocupam com o “ato magno” de sentenciar que, propriamente, com a efetivação do direito por ele reconhecido.

Essa influência é tão impactante que chega a criar situações curiosas e, porque não dizer, até mesmo esdrúxulas: em todos os exames de admissão à magistratura, o candidato é obrigado a demonstrar que sabe *redigir sentenças*, havendo nos certames inclusive uma fase específica para tanto; em nenhum momento, contudo, exigem-se do futuro juiz conhecimentos práticos de como presidir um leilão ou controlar o sistema do *BACEN-JUD*, ambos atos processuais típicos das execuções que, por vezes, são muito mais importantes – do ponto de vista das partes – que a própria sentença.

Afinal, de que adianta, concretamente falando, que o autor tenha em mãos uma bela sentença que julga procedente o seu pedido se, posteriormente, ela não puder ser efetivada?

Não há dúvidas, outrossim, que a expeditividade da boa gestão processual deve levar em conta não apenas a fase cognitiva, como também a de execução.

#### 4.3.1.3 A má gestão e a duração desmedida dos processos

Tanto a gestão profissional dos tribunais, como a gestão dos processos propriamente dita, configuram-se passo indispensável para que se avance no combate à morosidade da justiça, um dos principais fatores de insatisfação dos utentes do Judiciário.

Há, inclusive, conforme conclusão da CEPEJ<sup>731</sup>, relação direta entre a má gestão do processo pelos juízes e a demora processual desmedida. Nesse sentido, por exemplo, a postura

---

parte a mesma utilidade que obteria pelo cumprimento espontâneo (...). (FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 137-139).

<sup>730</sup> WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, in YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

<sup>731</sup> “(...) **4.4. Active case management role by judges.** Judges are the “third impartial player” in a conflict resolution process. They are the only ones able to set the pace of litigation independent of the parties’ interests. Therefore, they should have a pro-active role in case management in order to guarantee fair and timeliness case processing, accordingly to timeframes. It must also be noted that the jurisprudence of the ECHR says that “court

pró-ativa do juiz, em situações como a busca da verdade ou o controle deontológico estrito como demonstração de autoridade da corte, mostra-se indispensável, sem que, obviamente, tal prejudique a imparcialidade<sup>732</sup>.

Vale ressaltar, igualmente, que a 30ª Reunião do Conselho de Ministros da Justiça da Europa, ocorrida de 20 a 26 de novembro de 2010, em Istambul, na Turquia, deu origem à edição de uma resolução com diretrizes para uma “moderna, transparente e eficiente justiça”, a qual, dentre outras qualidades, deve ser aquela em que “os tribunais têm o dever e a capacidade de lidar com a gestão dos processos judiciais como uma de suas prioridades”<sup>733</sup>.

Para tanto, é preciso buscar *definir*, mesmo que sem a pretensão da exatidão, o que se considera como “duração razoável dos processos”, vez que impossível se alcinhar de bom gestor aquele que cumpre suas tarefas de modo intempestivo.

Importa, nesse particular, estabelecer algumas considerações a respeito do *tempo* no processo.

#### 4.3.2 A crise do tempo no processo: considerações iniciais, históricas e de direito comparado

Parece senso comum a ideia de que o processo judicial (e porque não dizer administrativo, o parlamentar<sup>734</sup>, o legislativo...) é moroso, intrincado e, por vezes, paquidérmico.

inactivity”, “judicial inertia in producing evidence” and the “complete inaction by the judicial authorities” have been causes of violation of the reasonable time clause (CEPEJ(2006)15: para 29, 30, 36). **Example.** § Ireland (Dublin Commercial Court) – a system of intensive case management with a view to reducing timeframes is in place. It is possible to strike out cases or impose cost penalties for non-compliance with the Court’s directions. The drafting of Court rules ensures a speedy appeals procedure (...). Disponível: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ\(2006\)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2006)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6), acesso em 03 jan. 2015.

<sup>732</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, ob. cit., p. 146.

<sup>733</sup> 30TH COUNCIL OF EUROPE CONFERENCE OF MINISTERS OF JUSTICE (Istanbul, Turkey, 24 - 26 November 2010); [MJU-30 (2010) RESOL. 1 E.] RESOLUTION No. 1, on a modern, transparent and efficient justice (...): 7. Emphasising that a modern, transparent and efficient justice should be a justice in which courts have the duty and ability to address the management of judicial timeframes as one of their priorities; Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju30/MJU-30%20\\_2010\\_%20RESOL%201%20E%20final.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju30/MJU-30%20_2010_%20RESOL%201%20E%20final.pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2015.

<sup>734</sup> Nesse sentido: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. O poder de investigação das comissões parlamentares de inquérito e as garantias processuais do indiciado, in GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. (org.) *Direito processual e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29-58.

Em todo o mundo, com mais ou menos intensidade, os juristas e, sobretudo, os processualistas, enfrentam um dilema hercúleo, qual seja: valorizar a dimensão temporal do processo, imprimindo-lhe celeridade, sem que isso implique em desprestígio aos direitos e garantias fundamentais que o passar da História trouxe aos jurisdicionados<sup>735</sup>.

Aliás, conforme relato de *Antonio Carlos Marcato*<sup>736</sup>, a preocupação com a celeridade remonta o século XIII, na medida em que a “Lei das Sete Partidas” determinava que os juízes julgassem “todos los pleitos con la brevedad posible”, a fim de “dar justamente a los pleitos el fin más breve que pueda”. No século XIV, ainda conforme *Marcato*, “o papa Clemente V editou a Clementina ‘saepe’, Constituição que tornou o processo mais simplificado, sumário”.

De acordo com *Nelson Nery Júnior*<sup>737</sup> e *José Rogério Cruz e Tucci*<sup>738</sup>, que se debruçaram no estudo do direito comparado, há relevantes e recentes tentativas de se debelar essa crise, como se verifica, por exemplo, na Espanha, onde a Constituição de 1978 resguarda, no art. 24, n. 2, o direito a um processo sem dilações indevidas<sup>739</sup>, assim como em Portugal, onde a Constituição de 1976 se refere ao direito a uma decisão em prazo razoável (art. 20º, n. 4)<sup>740</sup>.

<sup>735</sup> “No processo, o tempo é algo mais do que ouro: é justiça” (COUTURE, Eduardo J. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil (con exposición de motivos)*. Montevideo: Imprenta Uruguaya, 1945, Exposição de Motivos, Capítulo II, § 1.º, n. 10, p. 37 *apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios processuais na Constituição Brasileira...*, ob. cit., p. 315).

<sup>736</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça, in ZULEFATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 21-42, especialmente p. 22-23.

<sup>737</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo...*, ob. cit, p. 311-321.

<sup>738</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. Também disponível em: <<http://www.tucci.adv.br/publicacoes/JRCTucci%20-%20livro%20-%20Tempo%20e%20processo.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2014. Do mesmo autor: Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), in JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 433-452.

<sup>739</sup> La Constitución española de 1978, Artículo 24. (...) “2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. (...)”. Disponível em:

Na Itália, inclusive, o problema da morosidade é tamanho que, já no final da década de 1980, o Estado foi condenado pela CEDH a pagar indenizações decorrentes da prolongada ansiedade causada a um jurisdicionado que esperava o resultado de sua demanda<sup>741</sup>. Vale dizer, ademais, que o problema italiano é tão grande que uma lei, de em 24 de março de 2001 (*Legge Pinto*, n. 89<sup>742</sup>), foi publicada com previsão expressa de condenação estatal pela demora na prestação jurisdicional<sup>743</sup>.

O Estado Italiano, aliás, é recordista em condenações pela CEDH por violação ao direito a um processo sem dilações indevidas, sendo acompanhado de perto por Portugal que, conforme relato de *Rui Gonçalves Pinto*<sup>744</sup>, já teve contra si mais de uma centena de sentenças desfavoráveis<sup>745</sup>.

Cumprе frisar, inclusive, que no *Velho Continente* tal preocupação é compartilhada por todos os 47 Estados-Membros do Conselho da Europa, como se retira da análise dos objetivos da

<<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>>. Acesso em: 7 jan. 2015; destaques acrescentados.

<sup>740</sup> “Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva. (...) 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de *decisão em prazo razoável* e mediante processo equitativo”. (Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 30 dez. 2013; destaques acrescentados)

<sup>741</sup> Nesse sentido: RODRIGUES, Valter dos Santos. *A duração razoável do processo na emenda constitucional n.º 45*. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-duracao-razoavel-do-processo-na-emenda-constitucional-no-45>>. Acesso em: 21 ago. 2013. Cruz e Tucci também não deixou passar despercebido tal histórico julgado, contendo umas de suas obras transcrição traduzida do acórdão datado de 25 de junho de 1987 (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Duração razoável...*, ob. cit., p. 438-442).

<sup>742</sup> Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2001-03-24;89!vig=>>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

<sup>743</sup> Sobre a *Legge Pinto*, consulte interessante trabalho publicado no Brasil: JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, especialmente p. 173-198.

<sup>744</sup> PINTO, Rui Gonçalves, in RIBEIRO, Manuel de Almeida (coord). *Um debate sobre a morosidade da justiça*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 14.

<sup>745</sup> *Ad exemplum*, veja-se a recente condenação do Estado Português a pagar aos requerentes a quantia de € 16.400,00 por danos morais e € 2.000,00 pelas custas e despesas processuais, além dos impostos respectivos, por força da demora desmedida no julgamento de um processo que durou mais de 15 anos, tendo 8 deles passado suspenso à espera de outro julgamento. (CEDH, 2ª Seção, Casos “Sociedade de Construções Martins & Vieira, Lda. e Outros contra c. Portugal, n.º 4”, Queixas n.ºs 58103/08 e 58158/08, julgadas em conjunto na data de 31 de maio de 2012, cujo acórdão pode ser consultado em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-119297>, acesso em 8 jan. 2015).

CEPEJ (Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça), uma comissão instituída em 18 de setembro de 2002<sup>746</sup>, que envida esforços para reduzir o tempo de tramitação dos processos e, conseqüentemente, aumentar a eficiência e contribuir para o bom funcionamento da justiça.

No Canadá, já em 1982, através de sua Carta de Liberdades (art. 11, “b”), a legislação mostrou-se vascolejada com a duração desmedida do processo, o mesmo ocorrendo nos EUA, onde a 6ª. Emenda à Constituição Norte-Americana expressamente consagra a chamada *speedy trial clause*.

No Brasil, a *crise da morosidade* do Judiciário é antiga. Ainda em 1963, grandes estudiosos se reuniram para tentar resolver o enorme problema de excesso de demandas enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal que, obviamente, impactava no tempo de tramitação dos processos. Sugeriu-se, à época, a criação de um tribunal novo, também de direito estrito, à semelhança da Corte Suprema, para com ela dividir tarefas<sup>747</sup>. Como se sabe, tal “solução” só veio a ser implementada 25 anos depois, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, e o resultado, infelizmente, não foi o esperado. Outras tentativas foram utilizadas, algumas longe de serem dignas de elogio sob a ótica dos direitos fundamentais processuais, como a adoção da antidemocrática arguição de relevância, que permitia aos Ministros do STF a escolha, secreta e sem motivação, dos recursos que iriam ser julgados<sup>748</sup>.

<sup>746</sup> Res. (2002)12, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Mais informações podem ser consultadas em: [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/presentation/cepej\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/presentation/cepej_en.asp), acesso em 6 jan. 2014.

<sup>747</sup> “... falta um Tribunal Superior correspondente ao TSE e ao TST para compor as estruturas judiciárias do Direito comum, do Direito fiscal federal e questões de interesse da União e do Direito penal militar. (...) Esse é o defeito que precisa ser eliminado com a criação de, pelo menos, um Tribunal Superior, cuja função será a de exercer as atribuições de órgão de cúpula e de composição das estruturas judiciárias defeituosas, há pouco mencionadas. (...) Tal órgão, que denominaríamos de Tribunal Superior de Justiça por uma questão de uniformidade terminológica relativamente aos já existentes, teria como competência fundamental, entre outras, julgar, em grau de recurso, as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da fazenda nacional e militares” (SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1963, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 110).

<sup>748</sup> A “arguição de relevância”, criada no período da ditadura brasileira via emenda regimental no STF, permitia que seus Ministros pudessem escolher, a portas fechadas e sem motivação, as causas que iriam ser julgadas, rejeitando-se todas as demais por “irrelevância”. Sobre o tema, que foge dos limites deste estudo, consulte: MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5.ed. São Paulo: RT, 2009, p. 199-201; LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A relevância da questão federal e a crise do STF. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 611, p. 25-ss, 1986; PASSOS,

Já sob a égide de um regime democrático, o Brasil, influenciado em boa parte pelo brilhante “Projeto de Florença”, capitaneado por *Mauro Cappelletti e Bryant Garth*<sup>749</sup>, permitiu, expandiu e difundiu o acesso à justiça como uma garantia fundamental.

Esse novo espírito, aliado ao incremento populacional gigantesco<sup>750</sup>, fez com que milhões de cidadãos que, décadas atrás, sequer existiam e/ou tinham ciência de seus direitos, tornassem jurisdicionados. A explosão da “litigiosidade contida”, como ressalta *Kazuo Watanabe*<sup>751</sup>, aliada à abertura das comportas do Judiciário trazida pela CF/88 e várias leis ordinárias respectivas<sup>752</sup>, fizeram com que o Poder Judiciário brasileiro, simplesmente, entrasse em colapso.

O sistema processual, nessa nova realidade, pecava não mais pelas dificuldades quase intransponíveis de acesso de outrora, mas pelo desafio de como e, principalmente, *quando* o resultado seria implementado. Assim, embora a CF/88 assegurasse, como assegura, incontáveis e indispensáveis direitos, a forma pela qual muitos deles deveria ser efetivada não era (como ainda não é), eficaz o suficiente.

Tantos eram os reclamos que, após longos treze anos de tramitação, o Constituinte Reformador, por força da EC 45/2004, empreendeu a chamada “Reforma do Judiciário” que,

J. J. Calmon de. O Recurso Extraordinário e a Emenda n. 3 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, p. 43-ss, 1977.

<sup>749</sup> CAPPELLETTI, Mauro *et al.* *The Florence access-to-justice project*. Milão: Giuffrè, 1978. Há um relatório resumido, traduzido ao português pela ex-Ministra do STF Ellen Gracie Northfleet, publicado no Brasil e de fácil acesso: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Vale ressaltar, acerca da duração razoável do processo, que os autores acima referidos constaram ser o fator tempo um dos grandes obstáculos do acesso pleno à justiça, vez que a delonga processual “(...) aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça...*, ob. cit., p. 20-21).

<sup>750</sup> Só nos últimos quarenta anos (1970-2010), a população brasileira mais que dobrou de tamanho. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 1970, foram contados 94,50 milhões de brasileiros; em 1980, 121,15 milhões; em 1991, 146,91 milhões; em 2000, 169,59 milhões e, por fim, em 2010, data do último Censo Demográfico realizado, o número chegou a 190,75 milhões. Todos os dados podem ser consultados em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/04/29/brasileiro-ficou-mais-velho-e-menos-branco-populacao-teve-menor-crescimento-da-serie-historica.htm>, acesso em 7 jan. 2015.

<sup>751</sup> WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas, *in* WATANABE, Kazuo (coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: RT, 1985, p. 2.

<sup>752</sup> *Ad exemplum*, citam-se, notadamente, as leis n.º 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09, que implementaram e regulamentaram os juizados especiais cíveis e criminais estaduais, federais e fazendários, respectivamente, previstos no art. 98, I, CF/88, e a lei 8.078/90, que trouxe à tona o código de defesa do consumidor, “criando” um dos ramos do direito que mais povoam os processos que superlotam os escaninhos do Judiciário.

dentre tantas outras inovações, acresceu ao rol de direitos fundamentais do art. 5º o inciso LXXVIII, “criando” o princípio da *duração razoável do processo*.

Em verdade, a despeito de tal mudança ter sido elogiável (e de ter servido para que os três poderes da República<sup>753</sup> buscassem envidar reforços no sentido de atendê-la), não se tratava, propriamente, de uma novidade, já que desde a entrada na ordem brasileira da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o *Pacto de São José da Costa Rica*, ocorrida em 9 de novembro de 1992, por meio do Decreto n.º 678, já se pode reconhecer existente, em terras nacionais, o citado princípio.

Isso porque, de acordo com os parágrafos 2º e 3º, art. 5º, CF/88, o tratado aqui recepcionado deve ser observado como se lei interina fosse e, ademais, o art. 8º, I, da CADH, expressamente assevera a necessária observância da duração razoável, pelo que se retira que mesmo antes da EC 45/04 já se podia alcinhá-lo, o princípio, de constitucional.

Um mirar ainda mais atento demonstra, inclusive, que a “duração razoável” já existia muito antes, em razão da cláusula aberta do devido processo legal<sup>754</sup>. Afinal, um processo, para ser devido, deve ser, *cumulativamente*, público, paritário, adequado, leal, efetivo e *tempestivo*<sup>755</sup>. De nada ou pouco vale “dar a cada um o que é seu” com anos e anos de atraso, pelo que, como é cediço, justiça atrasada é manifesta injustiça<sup>756</sup>.

<sup>753</sup> Com esse espírito, foi firmado, em 15 de dezembro de 2004, um “pacto” entre os três poderes da República, denominado “*Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano*”, com diversas metas e pretensões, quase todas com um único objetivo: propiciar o pleno acesso à justiça. Posteriormente, e também com o mesmo intento, em 13 de abril de 2009, foi firmado o “II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”. Veja-se, respectivamente: [www.mj.gov.br/data/Pages/MJ8E452D90ITEMIDA08DD25C48A6490B9989ECC844FA5FF1PTBRIE.htm](http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ8E452D90ITEMIDA08DD25C48A6490B9989ECC844FA5FF1PTBRIE.htm), acesso em 25 dez 2013; e [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Outros/IIpacto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm), acesso em 25 dez. 2013. O “II Pacto”, de 2009, já apresenta seus primeiros resultados, como se vê: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-27/ii-pacto-republicano-origem-11-regras-agilizar-judiciario>, acesso em 28 dez. 2013.

<sup>754</sup> É o que assevera *José Rogério Cruz e Tucci*, para quem “(...) a excessiva duração do litígio vulnera a garantia do devido processo legal”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo...*, ob. cit, p. 7). Sobre o tema, remete-se o leitor ao item 1.3, parte I, onde o devido processo legal foi enfrentado.

<sup>755</sup> Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed..., ob. cit, p. 45, v. I.

<sup>756</sup> No mesmo sentido, *José Lebre de Freitas*: “O entendimento do direito de acesso à justiça como direito *efectivo* à jurisdição implica ainda que a resposta judicial à pretensão deduzida tenha lugar em *prazo razoável*, pois uma decisão ou uma providência executiva tardia pode equivaler à denegação de justiça”. (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil...*, ob. cit, p. 125).



Tal noção pode ser retirada, também, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 1948<sup>757</sup>, que em seu artigo 8º estabelece que “todo homem tem direito de receber dos tribunais nacionais competentes *remédio efetivo* para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei” e, mais especificamente, da Convenção para a Proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, firmada em Roma em 4 de novembro de 1950, e que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953, que expressamente reconheceu, em seu art. 6º, n. 1, o direito a um *processo equitativo*, dentro do qual se insere, obviamente, a razoabilidade da prestação jurisdicional como direito fundamental<sup>758</sup>.

#### 4.3.3 A busca (ou a tentativa) de definição de critérios para se aferir a razoabilidade da duração dos processos

Diante de tudo que já se viu, parece não haver dúvidas da imperiosidade de se atrelar, à efetividade da tutela jurisdicional, a duração razoável dos processos.

Sucedee, todavia, que definir o que é (e o que não é) razoável pode ser uma tarefa deveras complicada, até mesmo para que se possa justificar a responsabilidade do Estado (e quiçá, do julgador) pela demora na prestação jurisdicional.

Nem mesmo uma análise comparativa de sistemas poderia prestar ao desiderato de responder, com exatidão, como aduz *Christoph Kern*<sup>759</sup>, se há ou não dilações indevidas, já que os dados apresentados pela maioria dos países não levam em conta, por exemplo, a maior ou menor influência da resolução dos conflitos por métodos alternativos (notadamente pelas vias da mediação e da arbitragem) ou, ainda, deixam de atribuir, de modo uniforme, o *dies a quo* de cada demanda. Sem comparações baseadas em mesmos critérios, continua *Kern*, fica praticamente impossível afirmar se determinado país sofre mais ou menos com a duração desmedida de seus

---

<sup>757</sup> [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm), acesso em 6 jan. 2014.

<sup>758</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, especialmente p. 118-130.

<sup>759</sup> KERN, Christoph A. Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 321-385, 2011, especialmente p. 336-338.

processos, restando apenas os casos extremos, dos quais ninguém em sã consciência ousaria discordar.

Mesmo a *CEPEJ*, comissão criada e estruturada exatamente para, dentre outros escopos, medir e pesquisar a eficiência da justiça, encontra dificuldades quando se depara com a necessidade de investigar a lentidão processual. Seu último relatório, apresentado em 2014 (ano-base 2012)<sup>760</sup>, embora se restrinja a perscrutar apenas cinco tipos de demandas (divórcios litigiosos, processos de insolvência, demissões trabalhistas, roubos e homicídios dolosos), mostra vários gráficos e quadros incompletos ou defasados.

Apesar dessas dificuldades, e embora (e felizmente) não haja uma fórmula pronta, critérios mais ou menos objetivos têm sido buscados pelos especialistas ao redor do globo para se definir a “razoabilidade da duração processual”.

A *American Bar Association*, como assevera *José Rogério Cruz e Tucci*<sup>761</sup>, publicou estudo no qual se tentou estabelecer parâmetros objetivos de tempo máximo de duração de cada processo na justiça norte-americana, a saber: nas causas cíveis, pelo menos 90% delas devem estar concluídas em até um ano e as 10% restantes, mais complexas, em até dois anos.

Na Europa, estudos da *CEPEJ* apresentados por ocasião do 8º Encontro Plenário, realizado em Estrasburgo entre 6 a 8 de dezembro de 2006, deram ensejo a um compêndio das “melhores práticas” de como lidar com a tutela do tempo dos processos judiciais<sup>762</sup>. Basicamente, tratam-se de cinco grandes “grupos” de recomendações que, se cumpridos, poderão fazer com que o julgamento em tempo razoável, previsto no art. 6º da CEDH, seja verdadeiramente concretizado.

O primeiro grupo de recomendações diz respeito ao estabelecimento de prazos e metas realistas, os quais devem levar em conta às contingências da “cultura jurídica local”, e até mesmo

---

<sup>760</sup> *CEPEJ, Report on “European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice”, Chapter 9 (Court efficiency)*, especialmente p. 231-264. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport\\_2014\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf)>. Acesso em: 7 jan. 2015.

<sup>761</sup> *TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável...*, *ob. cit.*, p. 443-444.

<sup>762</sup> Os outros “grupos de recomendações”, alguns até já referidos neste capítulo, podem ser consultados em: *CEPEJ, Compendium of “best practices” on time management of judicial proceedings*. Disponível em: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ\(2006\)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2006)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6)>. Acesso em: 8 jan. 2015.

os tipos de jurisdicionados com que cada juízo tem que lidar. Assim, por exemplo, há tribunais da Finlândia, como a Corte de Apelações de Rovaniemi, em que metas são definidas por negociações entre a própria corte e o Ministério da Justiça; em outros, como o Tribunal Distrital de Turku, as metas são obtidas por acordos negociados anualmente entre o presidente do tribunal e o juiz responsável por cada unidade.

De mesmo modo, os prazos têm de ser estabelecidos tomando em conta os variados tipos de procedimentos (civil, criminal, administrativo, execuções *etc.*), além de considerar a organização judiciária e os aspectos processuais de cada país. Na Dinamarca (Corte Distrital de Esbjerg), 58% dos casos civis devem ser resolvidos dentro de um ano, enquanto que 63% dos criminais têm de ser resolvidos em até dois meses, número que deve chegar a 95% em até seis meses. Já na Noruega, onde os prazos são definidos pelo Ministério da Justiça, com o consentimento do Parlamento Norueguês, 100% dos casos civis devem ser julgados em até seis meses, e 100% dos criminais, em até três meses.

De igual sentido, devem ser fixados prazos para as diversas fases dos processos, assim como para a complexidade de cada demanda, para que se possa ter uma noção exata de onde possam estar os gargalos.

Por fim, os prazos devem ser definidos em colaboração com os operadores da justiça, como advogados, promotores e eventuais associações interessadas. Na Alemanha (Tribunal de Apelações Regional de Stuttgart), por exemplo, reuniões regulares com advogados são organizadas para discutir os problemas e o índice de satisfação dos jurisdicionados em relação aos serviços prestados pela corte. Já na Suécia (Corte Distrital de Huddinge), há definição, em cada caso civil, dos prazos em cooperação com os usuários, algo que, obviamente, aumenta a credibilidade do Judiciário.

Para a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), conforme relata *José Igreja de Matos*<sup>763</sup>, um processo com duração razoável é aquele resolvido no prazo máximo de dois anos, salvo situações excepcionais que possam reclamar urgência maior ou até mesmo, diante de sua complexidade, uma dilação mais estendida. Para estes, a CEDH considera que o prazo deverá ser de até cinco anos, podendo raramente atingir no máximo oito anos.

---

<sup>763</sup> MATOS, José Igreja de. *Um modelo de juiz...*, ob. cit., p. 91.

Especificamente na Espanha, o Tribunal Constitucional, por reconhecer na expressão “dilações indevidas” um conceito jurídico indeterminado, entende que ele deve ser fixado casuisticamente. A despeito disso, da sua jurisprudência<sup>764</sup> é possível colher alguns critérios, quais sejam: (1) as circunstâncias do processo; (2) a complexidade do mesmo; (3) a duração de outros processos similares; (4) a atitude processual do recorrente; (5) o impacto do litígio para os interessados no caso; (6) a atitude dos órgãos judiciais; e (7) os meios de que esses dispõem.

*Serge Guinchard, Cécile Chainais e Frédérique Ferrand*<sup>765</sup>, a partir da análise de julgados da CEDH envolvendo o estado francês, fazem referência aos critérios traçados pela Corte para chegar à caracterização de *un procès dans un délai raisonnable*, quais sejam: a complexidade do caso, os comportamentos dos requerentes e das autoridades competentes, assim como o impacto do litígio para os interessados<sup>766</sup>.

Ainda de acordo com os autores franceses acima referidos, a CEDH considera como *dies a quo* para o cálculo do tempo processual a data da submissão, pelo requerente, da demanda frente ao *Tribunal de Grande Instance* (TGI), e como *dies ad quem* a data do acórdão da Corte de Cassação. *Guinchard et al* lembram, ainda, que o prazo de execução faz parte do cômputo para tal consideração<sup>767</sup>, e que atrasos menores que três anos normalmente não são considerados não-razoáveis, mas que podem o ser se forem considerados em conjunto dentro de um mesmo caso.

<sup>764</sup> “(...) Pero según el artículo 24.2 el proceso debe ser público y sin dilaciones indebidas. La expresión dilaciones indebidas configura lo que en Derecho se denomina un concepto jurídico indeterminado, que de forma casuística deben ir precisando los tribunales. En una variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los criterios específicos que en cada caso concreto han de aplicarse para determinar si ha habido o no dilación indebida son los siguientes: 1. Las circunstancias del proceso; 2. La complejidad objetiva del mismo; 3. La duración de otros procesos similares; 4. La actitud procesal del recurrente; 5. El interés que en el litigio arriesga éste; 6. La actitud de los órganos judiciales; y 7. Los medios de que disponen éstos. Estos siete criterios se han extraído del contraste entre las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1984, 5/1985, 152/1987, 223/1988, 28/1989, 50/1989, 81/1989, 224/1991, 215/1992, 69/1993, 179/1993, 197/1993, 313/1993, 8/1994, 35/1994, 324/1994, 144/1995, 10/1997. Jurisprudencia más reciente en el mismo sentido la conforman, entre otras, las SSTC 220/2004, 63/2005 y 5/2010 (...)”. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

<sup>765</sup> GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 31.ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 521-523.

<sup>766</sup> Entre outros, veja: CEDH, caso Frydlender c. France [GC], no 30979/96, § 43, CEDH 2000-VII.

<sup>767</sup> Nesse sentido, vejam os julgados da CEDH a seguir citados: Estima Jorge c. Portugal, 21 de Abril de 1998, nº 37, Recueil des arrêts et décisions 1998-II; Zappia c. Italie, 26 de Setembro de 1996, nº 23, Recueil 1996-IV.

No Brasil, *Nelson Nery Júnior*<sup>768</sup> assevera que devem ser levados em conta, para a constatação da demora desmedida processual, (1) a natureza do processo e a sua complexidade; (2) a atuação das partes e de seus procuradores; (3) o trabalho desenvolvido pelo juiz e por todo o aparelho estatal e; (4) a existência de fixação de prazos para a prática dos mais diversos atos processuais.

É bem verdade que os critérios acima delineados não podem ser analisados friamente, vez que situações em concreto podem denotar verificações especiais<sup>769</sup>. A despeito disso, como já ressaltado, vê-se nas hipóteses acima relatadas diretrizes seguras para a constatação da duração razoável dos processos.

Independente do método adotado, *certo é que a atuação jurisdicional ocupa posição de destaque*, notadamente em um modelo de processo cooperativo como o aqui adotado. Ainda que se negue essa noção (como o fazem os “garantistas puros”, cf. item 1.2), dúvidas não restam de *o papel do magistrado tem curial relevância para o bom andamento do feito e, ao fim e ao cabo, à sua efetividade*.

Afinal, como brilhantemente expõe *José Carlos Barbosa Moreira*<sup>770</sup>, “(...) nenhum sistema processual, por mais bem inspirado que seja em seus textos, se revelará socialmente efetivo se não contar com juízes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção”.

Aqui, certamente, insere-se a necessidade de um juiz participativo, diligente, estudante, com responsabilidade social<sup>771</sup>, técnico<sup>772</sup>, dedicado e direcionado à satisfação da prestação

---

<sup>768</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios...*, ob. cit, p. 315.

<sup>769</sup> Imagine, por exemplo, um corriqueiro acidente de trânsito envolvendo dois veículos populares, em uma pequena cidade do interior, cuja prova principal é o depoimento de uma testemunha que a tudo assistiu. Em tese, esse processo deverá ter uma duração bastante abreviada, isso se não for realizado um acordo prévio. Pense, agora, nesse mesmo acidente, porém protagonizado por dois luxuosos veículos importados, cujos proprietários são dois grandes empresários. Muito provavelmente, até mesmo pelos altos valores envolvidos, essa causa, se ajuizada, terá uma duração bem maior que a primeira, a despeito de a natureza do processo e a complexidade serem, em ambos os casos, bastante parecidas. Vale mencionar que o exemplo foi buscado a partir de ideia de *Alexandre Freitas Câmara*, quando tratou da competência dos juizados especiais estaduais: *CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31-32.

<sup>770</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo, in *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-27, especialmente p. 26.

jurisdicional, munido, enfim, de uma visão que o atual sistema de ensino jurídico<sup>773</sup>, vocacionado a uma educação generalista, pragmática e individualista, não permite enxergar<sup>774</sup>.

---

<sup>771</sup> “(...) **Juízes com responsabilidade social.** Talvez os mais perniciosos riscos a que se sujeitam os juízes em razão do excesso de trabalho, da rotinização das suas atividades e da falta de estímulo ao desempenho das suas atividades e da falta de estímulo ao desempenho qualitativo, são o conformismo e a indiferença burocrática. Os juízes precisam com frequência renovar a sua têmpera, avaliar o desempenho do Judiciário e de si próprios e aferir se estão com eficiência atendendo à demanda social por Justiça, inserindo nesse processo necessariamente mecanismos de consulta pública e de participação democrática que contribuam para o constante aprimoramento de sua atividade. Os cidadãos precisam confiar no Judiciário como garantia da eficácia dos seus direitos e de uma convivência social pacífica e justa. Essa confiança resulta menos do valor intelectual dos juízes e da erudição das suas decisões, e mais da consciência dos cidadãos de que o Judiciário de fato assume a responsabilidade de buscar com todo o empenho a realização daqueles objetivos, enfrentando e superando todos os obstáculos que se antepõem e colocando-se efetivamente à disposição de todos que dele necessitam”. (GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça, *in Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197-223, especialmente p. 214).

<sup>772</sup> “(...) O domínio da técnica jurídica é predicado de que jamais se poderá prescindir num juiz; está longe, contudo, de ser bastante. Preparação adequada teria de incluir certa familiaridade com outros ramos do conhecimento humano, como a sociologia e a ciência política. As escolas de magistratura podem e devem tentar suprir lacunas e abrir novas perspectivas. Precisamos de juízes compenetrados da relevância social de sua tarefa e das repercussões que o respectivo desempenho produz no tecido da sociedade (...)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo..., *ob. cit.*, p. 27).

<sup>773</sup> “(...) O ensino jurídico e o treinamento são fundamentais para a reforma do judiciário, incluindo treinamento para estudantes, educação continuada para advogados, treinamento jurídico para magistrados e informações legais para a população em geral. A qualidade dos cursos de direito tem se deteriorado e, conseqüentemente, existe a necessidade de aperfeiçoar o nível educacional universitário, bem como promover treinamento continuado para profissionais. *Na maioria dos países da América Latina as universidades públicas não exigem requisitos para admissão onde cada estabelecimento educacional fixa seus próprios critérios. Devido a baixos salários, os professores de direito não trabalham em dedicação integral, e conseqüentemente, tem pouco tempo para se dedicar a pesquisa. Como resultado, freqüentemente os juízes não estão preparados para a magistratura (...)*”. (DAKOLIAS, Maria. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – elementos para reforma. Documento técnico número 319. Washington: Banco Mundial, 1996, p. 13, *apud* NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 223-249, especialmente p. 234, 2009).

<sup>774</sup> *Carlos Henrique Borlido Haddad* também considera ser o ensino jurídico um dos responsáveis pela morosidade processual: “(...) O juiz brasileiro, antes de considerar a utilidade de adotar medidas de redução da lentidão de processos, tende a fazer aproximação mais formal, altamente consistente com outros preceitos e princípios de direito, certamente menos pragmático e extremamente cuidadoso na introdução de mudanças que podem não encontrar amparo em específicas provisões legais. A explicação para isso reside nas características inerentes ao sistema franco-romano vigente no país e amplamente incorporado no ensino jurídico nacional. (...) Os alunos são condicionados a serem agentes passivos do processo de formação e levam esse tipo de comportamento para o momento da atividade profissional, inclusive quando se tornam juízes. A par do apego excessivo a metodologia única, o ensino do Direito no Brasil caracteriza-se por abordagem formalista e monodisciplinar. Os assuntos tendem a ser introduzidos de forma enciclopédica, por meio de aulas expositivo-descritivas que introduzem normas contidas na Constituição, em códigos ou em leis esparsas. Isso reforça a concepção de que as normas devem ser vistas como disposições abstratas, sem conexão clara e direta com o mundo real, com prevalente enfoque jurídico-dogmático. O ordenamento jurídico torna-se sistema autônomo e exógeno à sociedade, que deve ser analisado com método e linguagem própria, o que contribui para a perpetuação do caráter formalista do

#### 4.3.4 Especificamente: a duração razoável dos processos como resultado da observância da lealdade processual

Dos critérios acima mencionados, verificou-se que a atuação dos atores processuais encontra lugar de destaque na definição da velocidade da tramitação das demandas.

Parece evidente: a prática de atos dilatórios, de chicanas, de manobras procrastinatórias atrasa a entrega da prestação jurisdicional.

Em outras palavras, com apoio de *Michele Taruffo*<sup>775</sup> e *Joan Picó i Junoy*<sup>776</sup>: *a não-observância da lealdade processual é fator diretamente responsável pela lentidão processual.*

ensino. O Direito é considerado ciência autossuficiente e isso dificulta a comunicação com as demais ciências, sobretudo para preparar o aluno para as constantes e globalizantes mudanças sociais. Esse tipo de abordagem proporciona ao aluno falsa experiência de determinação e sistematicidade do Direito e faz esse escolaticismo doutrinário e exegético ter pouco valor prático para a vida forense e menor valor ainda para o entendimento e o manejo dos pactos nacionais de Poder. Em suma, domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideias: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de todo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos. O excessivo idealismo de nossos meios jurídicos costuma cegar-se diante de uma obviedade: impede de ver como as diferentes mudanças ocorridas ao longo das últimas décadas minaram os postulados e as categorias das construções jurídicas herdadas do século XIX. O ensino jurídico a que estão sujeitos condiciona os membros do Judiciário brasileiro a ficar menos propensos a permitir algum grau de experimentação e de aprendizado oriundo da experiência. Não costumam ver os advogados como parceiros necessários no desenvolvimento e implementação de mecanismos de redução da morosidade processual, talvez fruto do reduzido enfoque universitário na habilidade de trabalhar em equipe, o que é imprescindível para preparar pessoas para o convívio social e interpessoal na vida em geral e nas organizações. Os próprios advogados, originários do mesmo sistema de ensino, também não se enxergam como agentes capazes de contribuir para fomentar a celeridade processual. E não adianta a Constituição Federal estabelecer, com clareza mediterrânea, que “o advogado é indispensável à administração da Justiça”, porque a imposição normativa esbarra na resistência cultural. Por seu turno, os juízes americanos veem necessidade de alocar os advogados nos esforços para gerenciar o ritmo dos litígios e os consideram naturais parceiros no desenvolvimento de programas de redução do atraso na condução dos processos (...). (HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *As causas da morosidade processual...*, ob. cit., p. 455-ss).

<sup>775</sup> TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici...*, ob. cit., p. 150-169.

<sup>776</sup>“(…) El libre ejercicio de un derecho de contenido procesal no puede denegarse bajo la excusa del retraso que ello provocará para la resolución del litigio. Cuando un justiciable ejercita un derecho legalmente previsto, el juez debe limitarse a analizar la concurrencia de los requisitos previstos para su ejercicio y, en consecuencia, permitir su realización, al margen de que ello dilate la duración del proceso, ya que el juez no puede irrogarse atribuciones legislativas. Sin embargo, el uso de ciertas instituciones procesales puede no tener por objeto el legalmente previsto, sino tan solo retrasar el curso normal de las actuaciones. *En estos casos, más o menos excepcionales, de intervención maliciosa de alguna de las partes, el juez debe rechazar la petición que se le formule si no quiere infringir a la parte contraria su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.* (...) *En este sentido, nuestro TS utiliza el criterio de la ‘buena fe procesal’ en numerosas ocasiones para proteger el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (...).* Finalmente, debemos destacar la doctrina del TC y del TEDH que

No mesmo sentido, *Walter Zeiss*<sup>777</sup>, reconhecendo – embora apenas sob o ponto de vista da atuação das partes e de seus procuradores – que “(...) se puede abusar de facultades procesales ejerciéndolas con el fin de retardar el proceso (...) o la ejecución (...), alienándolas de su finalidad”.

Há, desse modo, indissociável relação entre a lealdade e a duração razoável dos processos, podendo considerá-la como um dos fatores endoprocessuais mais relevantes na tutela daquele direito fundamental.

Nesse diapasão – e aí se insere o cerne da questão em debate -, sobreleva considerar que o descaso com a lealdade, *por qualquer dos sujeitos do processo*, compromete, em fins últimos, a própria efetividade da prestação jurisdicional.

Senão, confirme-se, por meio de exemplos diversos, partindo-se sempre da mesma indagação, qual seja, se há, ou não, respeito à lealdade processual nos casos adiante: (i) poderia ser considerada leal a atitude do advogado público que, diante de uma execução proposta contra a Fazenda Pública, vale-se de peças padronizadas, recheadas de alegações que pouco ou nada dizem respeito ao caso concreto?; (ii) pode se ter por leal a atitude do promotor que retém os autos em seu gabinete por longos meses, atrasando a prestação jurisdicional?; (iii) pode ser leal a atuação do servidor que dificulta a concessão de vistas dos autos ao advogado alegando que, se isso ocorrer, aquele processo iria para o “fim da fila”?; (iv) pode ser enquadrada como leal a atuação do perito que, para demonstrar erudição ou mesmo justificar seus honorários, vale-se de fórmulas, métodos e termos sabidamente inacessíveis à população medianamente culta, inchando seu laudo pericial com informações manifestamente prescindíveis?

Ainda no mesmo mote, mas agora em específico para o juiz: i) pode se entender leal a atitude do juiz que, diante de um caso rumoroso ou de difícil solução, determina a realização de atos cartorários desnecessários unicamente para evitar estudar os autos?; ii) é leal a prolação de sentenças e acórdãos que, de tão genéricas, podem servir para uma imensa generalidade de casos,

---

consideran la actuación negligente o maliciosa de las partes como uno de los elementos fundamentales para estimar la falta de vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (...). *En consecuencia, si desea protegerse este derecho fundamental, es exigible que las partes actúen de acuerdo con el principio de la buena fe procesal*”. (PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal...*, ob. cit., p. 89-91; destaques acrescentados).

<sup>777</sup> ZEISS, Walter. El dolo procesal: aporte a la precisacion teorica de una prohibición del dolo en el proceso de cognicion civilistico. Traducción y presentación de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1979, p. 184-195.



como líquido que se amolda a qualquer recipiente?; iii) é leal o magistrado que “por presunção, por preguiça ou por pressa, sacrifique o amplo exercício do contraditório”<sup>778</sup>?; (iv) observa a lealdade o juiz que cede às tentações da burocracia<sup>779</sup> e, sem se atentar às particularidades do feito, preocupa-se prioritariamente com o cumprimento de suas metas, e não com a tutela dos direitos fundamentais daqueles para os quais ele deveria trabalhar<sup>780</sup>?

Todas essas atitudes, em maior ou menor escala, claramente ofensoras da lealdade processual, contribuem para a duração desmedida dos processos, quer incentivando os recursos, quer fomentando os *tempos mortos do processo*<sup>781</sup>, quer perpetrando causas que já poderiam ter sido solucionadas, quer impedindo que o processo tenha seu curso regular.

<sup>778</sup> A hipótese é de Bruno Piazzola, mas não a referência para com a lealdade. No original: “(...) Ma devono anche evitare, e qui il riferimento è al giudice, che, per presunzione, o per pigrizia, o per fretta, venga sacrificato l’ampio esercizio del contraddittorio, che è strumento insostituibile di verità, perché il giudicare non è cosa che possa compiersi solitariamente. Il sapere giuridico non è un sapere solitario, ma un sapere dialettico e l’uso costante della contestazione è il propulsore essenziale del contraddittorio: di ciò il giudice deve essere consapevole e rispettoso (...)” (PIAZZOLA, Bruno. Presentazioni, in MASSARA, Tommaso dalla; VACCARI, Massimo. *Economia processuale e comportamento delle parti nel processo civile: prime applicazioni del Protocollo ‘Valore Prassi’ sugli artt. 91, 96 e 614-bis c.p.c.* Napoli: Jovene Editore, 2012, p. XIV).

<sup>779</sup> “(...) The history of the twentieth century life has come to be dominated by large-scale, complex organizations – the corporation, the labor union, the university, the public hospital, and even our national political agencies. (...) We have come to accept this and often refer to the executive branch as “The Bureaucracy”, but a similar development has occurred within the legislature. (...) Today the judiciary must be seen as a large-scale, complex organization, responding to the growing size and complexity of American society”. (...) “Bureaucratization tends to corrode the individualistic processes that are the source of judicial legitimacy. The foundation of judicial power is process. (...) I am referring to the obligation of judges to engage in a special dialogue – to listen to all grievances, hear from all interests affected, and give reasons for their decisions. Signing his or her name to a judgment or opinion assures the parties that the judge has thoroughly participated in that process and assumes individual responsibility for the decision” (...)” (FISS, Owen. *The Bureaucratization of the Judiciary, in The law as it could be.* New York: New York University Press, 2003, p. 66-67).

<sup>780</sup> Essa é uma das principais hipóteses de abuso processual pelo juiz, conforme se verá adiante (item 6.1.2).

<sup>781</sup> Os tempos (ou etapas) morto(a)s do processo correspondem, conforme lição de Humberto Theodoro Júnior, ao “tempo consumido pelos agentes do Judiciário para resolver a praticar os atos que lhes competem. O processo demora é pela inércia e não pela exigência legal de longas diligências”. Continua o professor mineiro: “(...) Que adianta fixar a lei processual um prazo de três ou cinco dias para determinado ato da parte, se, na prática a secretaria do juízo gastará um mês ou dois (e até mais) para promover a respectiva publicação no diário oficial? Que adianta a lei prever o prazo de noventa dias para encerramento do feito de rito sumário se a audiência só vem a ser designada para seis meses após o aforamento da causa, e se interposto o recurso de apelação, só nos atos burocráticos que antecedem a distribuição ao relator serão consumidos vários meses ou até anos? O retardamento dos processos, impede reconhecer, quase nunca decorre das diligências e prazos determinados pela lei, mas, em regra, é o resultado justamente do desrespeito ao sistema legal pelos agentes da Justiça. Quem contemplar os prazos previstos em lei ou nos regimentos dos tribunais verá que se forem respeitados o tempo necessário à tramitação do processo deixará de ser o fantasma que tanto assusta (...)”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto.

Veja-se, aliás, que nenhuma dessas situações acima mencionadas tem a participação direta das partes, as quais, na imensa maioria dos estudos sobre o tema, são tidas por as responsáveis pelas chicanas processuais.

Que fique claro: não se está, aqui, a dizer que a atitude das partes deva ser desconsiderada para efeitos de (des)respeito à lealdade processual; muito ao contrário, a propósito. O que se afirma, todavia, é que não *somente as partes, mas todos os sujeitos do processo, são responsáveis pelo seu – mau – andamento.*

*Talvez, aliás, seja exatamente a falta dessa percepção plural da doutrina<sup>782</sup>, do legislador e da jurisprudência que faça com que até hoje o combate à deslealdade processual – e à morosidade que ela acarreta – tenha sido, no mais das vezes, infrutífero.*

Impõe-se, destarte, como se viu (item 2.5.1), reconhecer a lealdade processual um verdadeiro princípio processual, a conduzir a atuação íntegra e proba de todos aqueles que, frequentemente ou de modo eventual, direta ou indiretamente, ativa ou passivamente, colaboram com a prestação jurisdicional, em permanente *comunidade de trabalho*, como já se afirmou (item 1.2.3).

A partir dessa premissa, cabe investigar, na derradeira Parte desta Tese, especificamente quanto à atuação processual do juiz, se as hipóteses desleais podem, ou não, configurar *abuso de direito processual*.

### III O ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL E A ATIVIDADE JURISDICIONAL

#### 5 GENERALIDADES E DEFINIÇÕES: FIXAÇÃO DE CONTORNOS PARA UMA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL

##### 5.1 É possível se falar em abuso de<sup>783</sup> direito processual?

---

*Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais.* Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2013).

<sup>782</sup> De se ver que as mais importantes obras sobre o assunto, quando abordam o tema em debate, focam-se apenas na atuação das partes. Nesse sentido, por exemplo: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*, ob. cit, p. 166-168.

Muito já se escreveu a respeito da teoria do abuso de direito, nas mais diversas searas<sup>784</sup>. Desde as suas origens<sup>785</sup> – com os pioneiros<sup>786</sup> casos advindos da jurisprudência francesa (cite-se, notadamente, em 1808, a condenação do proprietário de uma oficina que, ao fabricar chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança, e, principalmente, o famoso caso da falsa chaminé, em 1853, que, embora erguida pelo proprietário em seu próprio terreno, visava unicamente a dificultar o acesso do vizinho ao sol)<sup>787</sup>, passando pela consagração doutrinária<sup>788</sup> e

<sup>783</sup> Pontes de Miranda criticava, ainda em 1947, a expressão “abuso de direito”, preferindo se falar em “abuso do direito”: “(...) A expressão ‘abuso de direito’ é incorreta. Existe ‘estado de fato’ e ‘estado de direito’; porém, não ‘abuso de fato’ ou ‘abuso de direito’. Abusa-se de algum direito, do direito que se tem. O Código de Processo Civil fala de ‘abuso de direito’, expressão que aparece em certos juristas desatentos à terminologia científica e indiferentes à sua exatidão. ‘Abuso do direito’ é que é (...)”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, arts. 1-152. Rio de Janeiro: Forense, 1947, Nota final I, p. 521, v. I). Apesar da magnitude das lições expostas, a prática consagrou a expressão “abuso de direito”, sendo certo que esta será aqui adotada.

<sup>784</sup> Veja-se, apenas a título de exemplo: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito: Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*. 1ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. Trad. Janaína Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014; CARVALHO, Américo Taipa de. *O crime de abuso de confiança fiscal: as consequências jurídico-penais da alteração introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007; CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. 5. ed. 2. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012; CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 661-902; FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade: notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4898, de 9.12.65*. 5. ed. São Paulo: RT, 1993; JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito*. Salvador: Juspodvim, 2006; MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1941; ROSAS, Roberto. *Do abuso de direito ao abuso de poder*. São Paulo: Malheiros, 2011; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso de direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. *Revista Trimestral Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, p. 35-91, 2012.

<sup>785</sup> “(...) A expressão ‘abuso de direito’ deve-se ao autor belga LAURENT. Foi criada para nominar uma série de situações jurídicas, ocorridas em França, nos quais o tribunal, reconhecendo embora, na questão de fundo, a excelência do direito do réu, veio a condenar, perante irregularidades no exercício desse direito”. (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, ob. cit., p. 670-671).

<sup>786</sup> Há quem conteste a jurisprudência francesa como origem da teoria do abuso de direito: “(...) No que concerne à teorização do instituto [do abuso de direito], também, e com maior razão, seu mérito não toca à jurisprudência francesa. É que as decisões dos tribunais franceses, esparsas e assistemáticas – não seriam bastantes à elaboração de uma teoria científica, não serviriam a fazer surgir um estudo aprofundado sobre a matéria, podendo, no máximo, despertar na doutrina a percepção da necessidade da elaboração de uma teoria relativa àquele instituto que vinha se apresentando de fundamental importância na solução de casos concretos. Teria, portanto, um papel de propulsor das preocupações e estudos dos juristas da virada do século. Ainda assim, trata-se de relevância discutível, ou ao menos, dividida. É que a doutrina francesa mais moderna atribui a uma lei trabalhista de 27 de dezembro de 1890, que regulamentava a rescisão unilateral do contrato de trabalho, igual importância impulsionadora à elaboração doutrinária da teoria em relação às decisões judiciais daquele mesmo período (...)” (JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito...*, ob. cit., p. 61).

sua progressiva positivação em diversos ordenamentos do mundo ocidental<sup>789</sup>, até chegar ao sistema brasileiro (art. 187, CC/02)<sup>790</sup>, – é praticamente uníssono<sup>791</sup> o reconhecimento da teoria do abuso de direito como autêntico fator limitador de posições jurídicas de vantagem<sup>792</sup>.

Por essa razão, não é objetivo desta Tese percorrer os caminhos já brilhantemente traçados nos dois últimos séculos sobre a teoria do abuso de direito, seja porque qualquer reconstrução seria certamente incompleta, seja porque, ainda que não o fosse, não passaria de cansativa e desnecessária repetição, com muito menor habilidade.

No *campo processual*, que aqui importa, por outro lado, não é possível dizer que a teoria do abuso de direito navegue em águas tranquilas, a ponto de *Michele Taruffo*<sup>793</sup>, recentemente,

<sup>787</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...*, ob. cit., p. 671.

<sup>788</sup> Foi em França o berço da teorização do abuso do direito. Os marcos referenciais são as teses de *Josserand*, de 1905, intitulada *De l'abus des droits*, e, sobretudo, *De l'esprit des droits et le leur relativité*, de 1927. Nesse sentido: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito...*, ob. cit., p. 16.

<sup>789</sup> Vide, por exemplo, art. 334º, Código Civil Português; art. 1438, Código Civil Italiano; art. 2º, Código Civil Suíço, art. 1258, Código Civil Espanhol; art. 1071, Código Civil Argentino, § 226, BGB Alemão; art. 833, Código Civil Italiano. Com diversas referências ao tema do abuso do direito no direito europeu, especialmente na Itália, Alemanha, Espanha e Inglaterra, consulte: BONANZINGA, Rosa Thea. Abuso del diritto e rimedi esperibili, in *Comparazione e diritto civile*, nov/2010, v. 35. Disponível em: <[http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/bonanzinga\\_abuso.pdf](http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/bonanzinga_abuso.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2015.

<sup>790</sup> Embora não seja esta a posição aqui adotada, cumpre observar que há diversas referências ao art. 160, CC/1916, como fonte possível de se retirar, ainda que indiretamente, a noção do abuso de direito. Nesse sentido, veja-se a compilação contida em: JOBIM, Marco Félix. Da noção à Teoria do Abuso de Direito, in *Juris Plenum*, p. 189.081-491.739, 2008, v. 2. Também disponível em: <<http://www.jobimesalzano.com.br/artigosbw/art7.doc>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>791</sup> Apenas a título informativo, cumpre dizer que nem sempre foi assim, tendo havido bastante resistência no início do século XX à tese do abuso do direito, notadamente na França e na Itália. Nesse sentido, veja-se relato de *Assad Amadeo Yassim*: “(...) Há, porém, doutrinadores do porte de Planiol, na França, Rotondi e Barassi, na Itália, que esgrimam contra a doutrina que aceita o abuso de direito. Para Planiol, ninguém pode usar de um direito conferido pela lei e, ao mesmo tempo, dele abusar, porque onde começa o abuso termina o direito, e, assim, a expressão ‘abuso de direito’ é contraditória [‘Traité Élémentaire de Droit Civil’, refundido e completado por Ripert e Boulanger, 5.ª ed.. Paris, 1950, t. 1/160]. Aliás, com respeito à denominação de ‘abuso de direito’, Saleilles concorda com Planiol [‘Théorie Générale de l’Obligation’, 3.ª ed., Paris, 1925, p. 372]. Por outro lado, Barassi critica severamente e entende ser ‘conceito absurdo o abuso do direito’ [‘Istituzioni di Diritto Civile’, 4.ª ed., Milão, 1948, p. 155]. Adotando o mesmo raciocínio de Planiol, que impressiona, à primeira vista, Rotondi investe contra a teoria, não a admitindo do ponto-de-vista jurídico, tolerando-a e até aplaudindo-a do ponto-de-vista moral e social. Escreve ser o conceito de abuso de direito inadmissível e sem espaço no Direito Positivo, mas constitui-se em importante fenômeno social, apresentado-se como uma vanguarda para as transformações do Direito constituído, numa categoria metajurídica, assegurando o desenvolvimento progressivo do Direito [ob. cit., p. 97] (...)”. (YASSIM, Assad Amadeo. Considerações sobre abuso de direito, in *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2010, p. 598-604, v. 4).

<sup>792</sup> Trata-se, aliás, como já se viu (item 2.5.3), de uma das consequências da consagração do princípio da boa-fé.

por ocasião do *XVIII Convegno Nazionale da “Associazione italiana fra studiosi del processo civile”*<sup>794</sup>, que ocorreu em Urbino (ITA), em 23 e 24 de setembro de 2011, ter confessado padecer de uma “tentação”, qual seja, a de demonstrar que o abuso do processo não existiria<sup>795</sup>.

Seu intento baseava-se em duas razões: a primeira é que há uma perspectiva difusa nas doutrinas italiana e estrangeira segundo a qual o processo é visto como um jogo ou uma competição (*sporting* ou *fight theory of justice*), o qual é regulado por regras, sendo portanto muito difícil compreender a noção de *abuso*, na medida em que ou as regras foram observadas (e aí não há qualquer ilegalidade e, obviamente, nenhum abuso), ou as regras não foram respeitadas (e aí não se falar em abuso, mas em ilegalidade).

Nesse sentido, *Taruffo* menciona o conhecido exemplo do jogo de xadrez de *Calamandrei*<sup>796</sup>, citado em seu famoso ensaio intitulado “*Il processo come giuoco*”, de 1950: se um jogador move o cavalo lateralmente – algo que os enxadristas sabem ser proibido –, poder-se-á dizer que sua jogada não é permitida e, portanto, inválida, cominando-se as respectivas consequências, mas não se poderá dizer que se verificou um *abuso* no jogo de xadrez.

<sup>793</sup> TARUFFO, Michele. L’abuso del processo: profili generali, in *L’abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 19-47, especialmente p. 19-20.

<sup>794</sup> Para mais informações a respeito da *Associazione italiana fra studiosi del processo civile*, consulte seu site oficial: <http://www.aispc.it>, acesso em 5 jan. 2015.

<sup>795</sup> Em trabalho intitulado “*Sul c.d. abuso del processo*”, apresentado no mesmo congresso, *Giuliano Scarselli*, Ordinário da Universidade de Siena, também se fez a mesma pergunta acerca da existência, ou não, do abuso do processo. Para tentar responder a essa indagação, investigou a doutrina dos principais autores italianos sobre o tema (*Giuseppe De Stefano, Francesco Cordopatri, Michele Taruffo e Maria Francesca Ghirga*), além da jurisprudência daquele país, e encontrou referência a quatro hipóteses que, em abstrato, poderiam ser enquadradas como abusivas: a) o fracionamento pelo credor, em várias demandas, de suas pretensões, a prejudicar indevidamente o devedor; b) a utilização de um instrumento processual não para obter seu efeito natural, próprio e pretendido pela lei, mas para conseguir objetivos deturpados e incomuns àquele instrumento, como a propositura de uma demanda contra um magistrado ou uma testemunha apenas para, em outro processo, alegar a sua parcialidade; c) o comportamento malicioso, enganoso, reticente, dilatatório, supérfluo ou em contraste com o “standard de diligência próprio” de um profissional do direito, e, por fim, d) uma quarta hipótese, aberta ou “elástica”, na qual o juiz, no caso concreto, discricionariamente, pode entender que o comportamento da parte é abusivo e “ofende o funcionamento geral da justiça” ou que “não tem sensibilidade com a coisa pública”, conforme prevê o art. 96, *comma 3º*, CPC Italiano. Após substancial análise – *voltada preponderantemente à atuação das partes e seus procuradores* -, *Scarselli* chega à firme conclusão de que, pelo menos sob o viés do atual legislação italiana, “*o abuso do processo não existe*”. (SCARSELLI, Giuliano. *Sul c.d. abuso del processo, in L’abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 157-188, especialmente p. 184).

<sup>796</sup> CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, parte I, p. 23-51, 1950.

Assim, segundo *Taruffo*, ainda se valendo da “analogia esportiva”, se um jogador comete uma falta, a consequência é que seu comportamento será sancionado pelo árbitro, segundo as regras do jogo, não se podendo falar em abuso, mas em ilegalidade ou irregularidade. Se, todavia, o jogador viola sistematicamente todas as regras do jogo, poderá se dizer que ele não está “jogando o jogo”, e portanto a partida não poderá prosseguir.

A segunda razão que incita *Taruffo* a negar os abusos processuais diz respeito à necessidade de se realizar distinções entre os comportamentos vedados (ou ilícitos) dos abusivos. Se determinado ato violar as regras “do jogo”, há diversas consequências previstas em lei (nulidade, inadmissibilidade, anulabilidade, preclusão, imposição de multas *etc.*), mas daí também não é possível falar em *abuso*. Desse modo, verifica-se que somente os atos lícitos poderiam ser considerados abusivos, vez que os ilícitos, obviamente, já têm suas respectivas consequências previstas em lei.

Para os atos lícitos, normalmente a lei dá àquele que pode os praticar certa margem de discricionariedade (*v. g.*, iniciar ou não um processo, deduzir ou não uma prova, impugnar ou não uma sentença *etc.*), pelo que não pareceria razoável, assim como já asseverava *James Goldschmidt* ainda em 1925<sup>797</sup>, que sobre essas escolhas igualmente válidas pudesse ser realizada uma valoração ética.

Ambas as razões, embora de relevo, não são suficientes para que *Taruffo* “ceda à tentação” acima descrita: o processo, um verdadeiro *luogo morale*, envolvido em uma “onda moralizadora”, exige atuações não só legais (=lícitas), mas também corretas (=leais e probas), pelo que não se admitem condutas processuais abusivas.

Para comprovar sua tese, *Taruffo* perpassa por diversos ordenamentos estrangeiros<sup>798</sup>, a fim de demonstrar que as mais modernas legislações (mesmo que de formas muito diversas) consideram que a figura do processo como jogo, em que a completa liberdade de atuação das

<sup>797</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens*. Berlim, 1925, p. 292, *apud* TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili generali...*, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>798</sup> A saber: França (art. 32.1, CPC/1976 modificado pelo *Décret* n.º 2005-1678, de 28/dez/2005, em vigor a partir de 1º/mar/2006), Inglaterra (*rule* 3.4.2.b *CPR's*/1999), Espanha (art. 247, LEC/2000, com as alterações efetuadas pela *Ley* n.º 13, de 03/nov/2009, em vigor a partir de 04/mai/2010), Portugal (art. 456º, CPC/1961, substituído pelo atual art. 542º, CPC/2013), Brasil (art. 14, CPC/73) e Itália (art. 96, CPC/1940, com a redação da *Legge* n.º 69, de 18 de junho de 2009).

partes determina sua tramitação e julgamento, perdeu espaço para um processo visto como instrumento de realização efetiva de justiça, no qual os valores essenciais do sistema devem ser ressaltados.

A partir dessa perspectiva, prossegue o professor italiano, poder-se-ia considerar como abusiva toda e qualquer atitude que se distanciasse dos vetores do sistema, como a eficiência da tutela jurisdicional e a duração razoável dos processos, ressaltando-se, obviamente, a indispensável observância das garantias fundamentais das partes (já que, certamente, embora deveras relevantes, a eficiência do processo e, em particular, a sua duração razoável, não são valores absolutos e não podem violar prerrogativas como o direito de defesa e o de produção de provas, por exemplo).

Em verdade, apesar de uma aparente tensão entre as garantias fundamentais e a eficiência do processo, fato é que a própria análise acerca da existência, ou não, de abuso processual está indissociavelmente coligada à duração razoável dos feitos, já que, por exemplo, não se mostra possível dizer que uma prova é ou não meramente dilatória se o intervalo entre o seu requerimento e a sua análise, pelo juiz, for de dois ou três anos...

Nesse sentido, após trabalhar diversos critérios aptos a definir os contornos do abuso de direito processual (adiante minudenciados, item 5.2), *Michele Taruffo*, a despeito de admitir a dificuldade da fixação de conceitos estanques, afasta-se da “tentação” acima exposta e reconhece ser possível que se adote, também no processo, a teoria do abuso de direito<sup>799</sup>.

Em Portugal, *Menezes Cordeiro*<sup>800</sup> também se debruçou sobre a controvérsia, ao perscrutá-la especificamente sob a ótica do direito de ação. Após uma análise geral da teoria do abuso de direito, em que demonstrou as influências romana, francesa e alemã na construção do dispositivo lusitano sobre o tema (art. 334º, do CC/POR), o Professor Catedrático da FDUL enfrenta o assunto sob a ótica processual, e conclui, incisivamente:

*A aplicação geral do instituto do abuso do direito no campo do Direito processual civil surge, hoje, indiscutível. Nenhuma posição jurídico-subjetiva está imune a uma sindicância, no momento do seu exercício, feita à luz dos valores fundamentais do ordenamento em causa. Não há alternativa: o direito subjetivo imune ao sistema – e, como tal, suscetível de um exercício ilimitado – acabaria por se colocar fora do próprio*

---

<sup>799</sup> TARUFFO, Michele. L'abuso del processo: profili generali..., ob. cit., p. 45-47.

<sup>800</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso de direito...*, ob. cit., p. 127; destaques acrescentados.

ordenamento, tornando-se irreconhecível. Estas considerações não podem deixar de se aplicar ao direito de ação judicial. Como quaisquer outras posições ativas, também o direito de ação é suscetível ao abuso, com todas e as devidas consequências.

Pelo mesmo caminho enveredam as doutrinas espanhola<sup>801</sup>, norte-americana<sup>802</sup>, inglesa<sup>803</sup>, francesa<sup>804</sup>, argentina<sup>805</sup>, portuguesa<sup>806</sup>, italiana<sup>807</sup>, e brasileira<sup>808</sup>, bem como seus respectivos

<sup>801</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. 2. ed...., ob. cit., p. 98-129.

<sup>802</sup> HAZARD, Geoffrey C. Abuse of procedural rights: regional report for the United States, in TARUFFO, Michele (ed). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 43-52, especialmente p. 43-44.

<sup>803</sup> ANDREWS, Neil. Abuse of process in English Civil Litigation, in TARUFFO, Michele (ed). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 65-100.

<sup>804</sup> GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 31. ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 123-124.

<sup>805</sup> SOSA, Gualberto Lucas. Abuso de Derechos Procesales, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 33-68, especialmente p. 41.

<sup>806</sup> “(...) O abuso de direito é claramente aplicável ao direito de acção judicial, ou mais latamente, ao exercício de quaisquer posições no processo (...)”. E mais adiante, continua o Professor da FDUL: “(...) O exercício do direito de acção, ou de qualquer outro direito processual, encontra-se, como não podia deixar de ser, sujeito aos limites impostos pela proibição de abuso de direito. Tal como o civil, o direito processual está sujeito e subordinado ao princípio da boa fé (...)”. (ALBUQUERQUE, Pedro de. Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos practicados no processo. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 66, v. II, p. 875-913, set. 2006, especialmente p. 892 e 903, respectivamente).

<sup>807</sup> “(...) In conclusione, dalle regole espresse nel nostro ordinamento, emerge un principio generale sull'abuso del processo. Questo principio si trae anche dalla visione funzionalistica dei poteri, prospettata dal Pugliatti, che consente di percepire il limite delle rechiede permesse. Ne in campo processuale può insorgere il problema della indeterminatezza del principio, perché nel processo i modelli comportamentali sono fissati. Dunque, l'abuso del processo appare oggettivizzato e si riscontra quando l'azione appare temerária o infondata, oppure si riscontra un uso scorretto degli strumenti processuali. (NICÓTINA, Giuseppe. *L'abuso nel processo civile*. Roma: Aracne, 2005, p. 102-103).

<sup>808</sup> “(...) Abuso de direito é a realização de atos aparentemente inerentes ao exercício de um direito subjetivo mas na realidade excedente aos poderes ou faculdades que esse direito legitimamente autoriza exercer. A pretexto de exercer um direito, poder ou faculdade, o sujeito vai além e realiza atos estranhos a estes. Na linguagem comum, abuso é ‘exorbitância de atribuições ou poderes’ (*Dicionário Aurélio*). Também se afirma que abuso do direito é a manipulação do direito *objetivo*, sob a falsa aparência de adotar condutas aprovadas por este. Superadas essas filigranas conceituais ou terminológicas, é correta a afirmação de que ‘abusar de um direito equivale a extrapolar os limites do poder ou da faculdade (*facultas agendi*) que o direito objetivo (*normas agendi*) confere ao indivíduo como sujeito de direitos’. O *abuso do processo* é, a partir desse conceito mais amplo, o emprego excessivo das faculdades ou poderes ordinariamente autorizados por lei processual, ingressando o sujeito na ilicitude a partir de quando for além dos limites permitidos. Em dois dispositivos o Código de Processo Civil emprega esse vocábulo e uma vez emprega o advérbio *abusivamente*, mas não são poucas as normas que, embora com outra linguagem,



ordenamentos, sendo correto afirmar que, resguardadas, obviamente, as particularidades de cada país, dúvidas não restam acerca do reconhecimento da teoria do abuso de direito em âmbito processual<sup>809</sup>.

## 5.2 Segue. As teorias do abuso de direito

Ainda que, como já ressaltado, não caiba à presente Tese se embrenhar por caminhos conceituais já muito bem traçados pela doutrina especializada<sup>810</sup>, cumpre estabelecer, por medida de segurança, as premissas com as quais irá aqui se trabalhar.

Nesse sentido, como bem salienta *Joan Picó i Junoy*<sup>811</sup>, impende observar que o abuso de direito pode ser considerado sob duas perspectivas<sup>812</sup>, a saber: *subjctiva e objetiva*.

---

reprimem o abuso do direito no processo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46-49).

<sup>809</sup> No mesmo sentido: CASADO, Márcio Melo. A cláusula geral da vedação do abuso de direito e sua aplicação no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 209, p. 293-ss, 2012.

<sup>810</sup> Sobre as teorias relativas ao abuso de direito, consulte: ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 35-46; CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do Direito...*, ob. cit., p. 51-86; LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Responsabilidade civil por abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 661, p. 37-ss, 1990; ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, p. 28-ss, 1983.

<sup>811</sup> “(...) En la doctrina y jurisprudencia encontramos actualmente dos conceptos de abuso del derecho: el subjetivo, en función del cual, para que exista abuso es imprescindible el *animus nocendi* o intención de dañar de quien ejerce el derecho; y el objetivo, que se centra tan sólo en la existencia del daño o perjuicio como elemento indispensable del abuso (...)”. (PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. 2.ed...., ob. cit, p. 101).

<sup>812</sup> Há, ainda, uma chamada “teoria mista ou eclética”, que combina os fatores psicológico ou intencional da teoria subjetiva com o resultado característico da teoria objetiva, defendida por Louis Josserand, Colin, Capitant e Jorge Americano. Por ela, devem estar presentes, para a configuração do abuso, o *motivo legítimo* (subjetivo) e a *função social* (objetivo), cabendo à vítima do ato abusivo provar que tal ato foi praticado por um motivo ilegítimo. Sobre o tema, veja-se: ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 40-42; CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do Direito...*, ob. cit., p. 72-73. A despeito de nomear as teorias como “interna” e “externa”, *Menezes Cordeiro*, ao que parece, filia-se a essa corrente intermediária: “(...) Pergunta-se se esta orientação é interna ou externa. Quando refletimos nas regras sobre a tutela da confiança – exigência do sistema que se projeta no exercício das posições jurídicas – ocorre a ideia de uma limitação externa: afinal os direitos subjetivos seriam condicionados, exteriormente, por essas regras. Já a ideia da primazia da materialidade subjacente apontaria para limitações internas. A nossa proposta é diversa. Os direitos subjetivos *são* o sistema. Fazem parte dele, contribuindo estruturalmente para a sua composição. As exigências do sistema nos direitos subjetivos *equivalem* ao modo de ser dos próprios direitos em jogo. Temos, no fundo, uma síntese entre as orientações externas e internas, síntese essa que, ontologicamente, dá corpo aos próprios direitos. O sistema, por definição, tem no seu seio a ideia básica da permissividade dos direitos subjetivos e do nível significativo-ideológico que ela

A primeira, como o nome denota, base das chamadas *teorias subjetivistas ou psicológicas*, pressupõe, para a configuração do abuso, a participação anímica intencional de seu agente, mediante dolo ou, no mínimo, culpa grave. Trata-se da mais antiga concepção acerca do tema, tendo sido adotada por muitos estudiosos franceses do século XIX e início do século XX e, apesar de algumas divergências<sup>813</sup>, caracterizava-se pela *intenção de prejudicar outrem (animus nocendi)*.

Daí decorriam, por consequência, as principais críticas a seu respeito, vez que, conforme ressalta *Helena Najjar Abdo*<sup>814</sup>, “qualquer condenação a título de abuso do direito dependeria da *difícil prova do intento maléfico do agente*”, algo que, obviamente, reduzia sobremaneira o âmbito de aplicação da teoria do abuso do direito<sup>815</sup>.

O CPC/1939, vigente no Brasil até 31 de dezembro de 1973, por exemplo, trabalhava com essa noção, ao exigir, em seu artigo 3º, para a configuração do abuso de direito processual, que a parte autora obrasse “por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro”, ou que o réu opusesse “maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”<sup>816</sup>.

representa. Pois bem: no abuso haverá, sempre, uma consideração estrutural da liberdade básica do subjetivismo jurídico. Mas trata-se de uma liberdade conferida pelo sistema e, portanto: sempre impregnada dos seus valores básicos”. (CORDEIRO, António Menezes. *Litigância...*, ob. cit., p. 114-115).

<sup>813</sup> *Helena Najjar Abdo* menciona três teorias subjetivistas, a saber: *a primeira*, defendida por franceses como Bonnacasse, Demogue e Lalou, fundamenta-se a existência do abuso apenas se o ato tiver sido praticado com a exclusiva intenção de prejudicar outrem; *a segunda*, agasalhada por Georges Ripert, traz, além do elemento subjetivo, um requisito negativo, qual seja, o eventual proveito ou utilidade do ato abusivo para seu agente que, se estiver presente, afastaria a abusividade da conduta; *a terceira*, por fim, que teve como expoente Mazeaud, considera haver identidade de pressupostos entre o ato abusivo e o ato ilícito, sendo certo considerar que o agente deveria responder pelo exercício doloso ou culposo de seu direito. (ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 38).

<sup>814</sup> ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 38-39.

<sup>815</sup> No mesmo sentido: “(...) Voltando aos exemplos mencionados, parece forçoso reconhecer que deles decorre necessariamente conclusão no sentido de que a utilização de critério subjetivo para identificação do comportamento abusivo impede que surta efeitos práticos uma teorização a respeito do tema. E isto decorre exatamente pela dificuldade, já apontada, de se apurar a intenção do titular do direito ao exercitá-lo. Por este viés, parece necessário reconhecer que a superação da corrente subjetivista constitui fator indispensável ao desenvolvimento da noção de abuso, em qualquer âmbito do direito (...)”. (LIMA, Patrícia Carla de Deus. O abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, p. 93-ss, 2005).

<sup>816</sup> Sobre o tema, consulte: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao CPC*, v. I (Arts. 1-152). Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 126-145.

De se ver que, conforme *Alcides de Mendonça Lima*<sup>817</sup> asseverava, ainda no início da década de 1980, a adoção de um critério “essencialmente subjetivo”, a exigir de “qualquer aferição [a necessidade] de penetrar no subtractum do litigante”, fazia com que as sanções fossem de “difícil aplicabilidade”, a ponto de o professor gaúcho confidenciar sua experiência profissional de nunca ter conseguido a aplicação das respectivas penas, em quase trinta e cinco anos de vigência do CPC/1939.

A segunda, por outro lado, que engloba as chamadas *teorias objetivistas, finalistas ou funcionalistas*, dispensa a consciência de quem comete o ato abusivo, bastando o comportamento em si mesmo, desde que, obviamente, respeitadas alguns critérios (adiante considerados).

Trata-se da corrente majoritariamente<sup>818</sup> adotada no Brasil<sup>819</sup> e que, como bem destaca *Roberto Rosas*<sup>820</sup>, teve a redação de sua base legal (art. 187, CC/02) claramente influenciada pelo art. 334º do CC/POR que, por sua vez, deriva do art. 281 do Código Civil Grego, tendo todos os três diplomas adotado a teoria objetiva.

Quanto ao art. 187, CC/02, aliás, parece não haver dúvidas de que se mostra desnecessária a demonstração de culpa para a caracterização do abuso de direito<sup>821</sup>. Esse, ademais, é o texto do Enunciado n.º 37, fixado na “I Jornada de Direito Civil” organizada pelo Conselho da Justiça Federal e coordenada por *Ruy Rosado de Aguiar Júnior*, que expressamente dispõe: “A

<sup>817</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, p. 59-60, 1980.

<sup>818</sup> Há quem discorde, entendendo que a teoria subjetiva é a adotada: STOCO, Rui. *Abuso de direito e má-fé processual*. 1.ed. São Paulo: RT, 2002, p. 56-75, especialmente p. 70.

<sup>819</sup> “(...) Como se observa, o art. 187 do CC/2002 não exige como requisito, que tenha o sujeito intenção de prejudicar terceiro ou causar dano. Dessa sorte, resta insofismável que o direito brasileiro adotou a Teoria Objetiva, que prescinde do elemento subjetivo culpa ou da finalidade de causar prejuízo para que ocorra o abuso do direito e as conseqüências que dele advêm. Assim, para caracterização do abuso do direito, são necessários os seguintes requisitos: exercício de um direito, violação da sua finalidade econômica ou social, da boa-fé ou dos bons costumes e dano (...)”. (LUNARDI, Fabrício Castagna. A teoria do abuso de direito no direito civil constitucional: novos paradigmas para os contratos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 34, p. 105-ss, 2008).

<sup>820</sup> ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual..., ob. cit., p. 28-ss.

<sup>821</sup> *Helena Najjar Abdo* realizou extensa pesquisa a esse respeito, encontrando posições nesse sentido de doutrinadores como Nelson Nery Júnior, Silvio de Salvo Venosa, Judith Martins-Costa, Daniel Martins Boulos. (ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 118, nota de rodapé n.º 46).

*responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico*”<sup>822</sup>.

Especificamente no âmbito processual, a orientação não é diferente<sup>823</sup>, sendo razoavelmente pacífica a adoção das teorias objetivistas, conforme demonstram as lições de *Geoffrey C. Hazard*<sup>824</sup>, *Michele Taruffo*<sup>825</sup>, *Francesco Cordopatri*<sup>826</sup>, *Giuseppe De Stefano*<sup>827</sup>, *Helena Najjar Abdo*<sup>828</sup> e *Pedro de Albuquerque*<sup>829</sup>, dentre outros.

<sup>822</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coordenador científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 25 jan. 2015; destaques acrescentados.

<sup>823</sup> *Humberto Theodoro Júnior* se mostra adepto da teoria subjevista, como se vê: “(...) Em suma: o abuso de direito processual configurado pelo Código brasileiro, pressupõe má-fé, normalmente dolo, e às vezes culpa grave equiparável ao dolo. De qualquer maneira o ato de má-fé tem de destinar-se a procrastinar o processo, dificultar a atuação da parte contrária, falsear a realidade e comprometer a justa e profícua composição da lide. Deve apresentar-se, pois, como quebra do princípio da *probidade processual*”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Relatório Brasileiro: abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, in MOREIRA, José Carlos Barbosa [coord]. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129, especialmente p. 113-115).

<sup>824</sup> “(...) My definition of APR [abuse of procedural rights] is as follows: The right not to suffer a gross and prejudicial departure from generally recognized procedural standards”. (HAZARD, Geoffrey C. Abuse of procedural rights: regional report for the United States, in TARUFFO, Michele (ed). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 43-52, especialmente p. 45).

<sup>825</sup> “(...) Ne risulta che un modo più corretto e controllabile per individuare le fattispecie di abuso consiste nel riferirsi all’abuso *in senso oggettivo*, ossia nel prendere in considerazione *gli effetti* prodotti dal comportamento che si ritiene abusive, per verificare se essi entrano in contrasto con i valori generali relative all’amministrazione della giustizia. Sarebbero allora abusivi gli atti che – indipendentemente dalla buona o cattiva volontà del soggetto che li ha compiuti – hanno prodotto effetti negativi sul funzionamento del processo, mentre se effetti di questo genere non si sono verificati rimane irrilevanti la buona o cattiva volontà – o la buona o la mala fede – del soggetto che li ha posti in essere”. (TARUFFO, Michele. *L’abuso del processo: profili generali...*, ob. cit., p. 41).

<sup>826</sup> “(...) Anzi, si suole ripetere che essa consiste addirittura nell’impiego distorto di un atto processuale valido. L’attività abusiva consiste piuttosto nel compimento di atti, meglio nell’uso di atti contro la finalità stessa cui quegli atti sono preordinati (...)”. (CORDOPATRI, Francesco. *L’abuso del processo*, v. II – Diritto Positivo. Padova: CEDAM, 2000, p. 753).

<sup>827</sup> “(...) Il concepto di processo abusivo se fonda dunque sulla considerazione del processo non rispetto ai suoi normali scopi ed effetti interni, ma rispetto ad altri scopi ed effetti che un soggetto, esercitando il potere di azione, si propone di conseguire. Questa tesi si può rafforzare considerando che il momento essenziale del fenomeno dell’abuso così del processo come di ogni altro mezzo giuridico sta nel fare divergere il mezzo dal suo fine intrínseco, per dirigerlo verso un fine non proprio, e normalmente illecito, almeno in largo senso. Finché il mezzo è rivolto al proprio fine, non vi può essere abuso. *L’abuso sorge solo in quanto il fine che si tende a raggiungere sta su una linea diversa da quella che la legge ha predisposto: una linea incompatibile con gli*

Embora, como bem sintetiza *Helena Najjar Abdo*, as teorias objetivas possam variar conforme a diversidade de critérios<sup>830</sup>, certo é que, em geral, *todas elas têm em comum a proibição do desvio de finalidade*.

É bem verdade que tal expressão apresenta, de acordo com diversos estudiosos<sup>831</sup>, conteúdo muito variado, em que pese, ao fim e ao cabo, a ideia central permanecer a mesma.

Assim, por exemplo, *José Olimpio de Castro Filho*<sup>832</sup> fala em desvio do processo de sua “*destinação normal*”, ao passo que *Pedro Baptista Martins*<sup>833</sup> menciona consistir, o ato abusivo, “*no exercício anormal de um direito*”, e *Eduardo Oteiza*<sup>834</sup>, por seu turno, refere-se ao exercício

*interessi che la legge vuole tutelare (...)*. (DE STEFANO, Giuseppe. Note sull’abuso del processo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. II, p. 582-600, 1964; destaques acrescentados).

<sup>828</sup> ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 102.

<sup>829</sup> “(...) Consagrou-se naquele normativo [art. 334º do CC/PT] uma concepção objetiva do abuso do direito. Não é necessária a consciência de se excederem com o abuso do direito, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico; basta que se excedam esses limites. *A pedra-de-toque da figura do abuso do direito reside no uso ou utilização dos poderes que o direito concede para a prossecução de um interesse que exorbita do fim próprio do direito ou do contexto em que ele deverá ser exercido (...)*. Ocorrerá abuso de direito quando um determinado direito, em si mesmo válido, seja exercido de modo que ofenda o sentimento de justiça dominante da comunidade social (...)”. (ALBUQUERQUE, Pedro de. Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo..., ob. cit., p. 891; destaques acrescentados).

<sup>830</sup> “(...) Segue-se o grupo das teorias denominadas *objetivistas* ou *finalistas*, que procuram *abstrair o elemento subjetivo* da caracterização do ato abusivo. Os finalistas propõem uma diversidade de critérios para a apreciação do ato abusivo, todos eles independentes do *animus* do agente, a saber: (a) desatendimento à destinação econômica ou social do direito; (b) ausência de motivos sérios ou legítimos para a prática do ato; (c) falta de utilidade ou interesse para o agente com a prática do ato; (d) exercício anormal ou irregular do direito etc. (ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 39).

<sup>831</sup> *Walter Zeiss*, por exemplo, embora se referindo ao dolo processual e, ainda, fazendo menção à atuação das partes, enceta a possibilidade de abuso processual causado pelo “exercício inútil de faculdades processuais”, as quais, segundo o professor alemão da Universidade de Bochum, são aquelas que servem “sempre para promover interesses próprios ou alheios, ou um amálgama deles”, noções essas, portanto, próximas do “desvio de finalidade” aqui tido por premissa (ZEISS, Walter. *El dolo procesal: Aporte a la Precisión teorica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1979, p. 170).

<sup>832</sup> “(...) É que o processo tem requisitos específicos, prescritos para cada um dos agentes que nêle intervêm ou para cada uma das medidas necessárias para a composição da lide, e, via de regra, é transgredindo ou postergando tais requisitos que se torna efetivo o abuso, pois fôssem êles satisfeitos e observados cumpriria o processo sua destinação normal (...)”. (CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 116).

<sup>833</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 180-181.

dos direitos de “*modo disfuncional*”, expressões que mantêm incólume a noção principal acima mencionada.

No mesmo sentido, *Michele Taruffo*<sup>835</sup>, que, ao definir o abuso do processo, faz menção à utilização de um “*remédio processual para a consecução de um fim que lhe não pertence*”, em evidente, portanto, “*distorção de emprego de um instrumento processual*”.

De se ver que, mesmo tratando da má-fé (que, embora accidental para a configuração do abuso, obviamente também pode entrar em cena nesse aspecto), *Piero Calamandrei*<sup>836</sup>, em seu célebre artigo *Il processo come giuoco*, evidencia situações em que a parte se vale do processo para conseguir “*efeitos que não lhe são próprios*”.

Não há como se escapar, portanto, de tão valiosas lições, pelo que também aqui se adotará o mesmo parâmetro objetivo.

De se ressaltar, todavia, que este não é o *único* critério para a configuração do abuso de direito processual, não obstante seja o aqui mais interessa, notadamente para o que se pretende construir (vide item 5.3.2).

Apesar disso, merece breve consideração que, segundo a doutrina civilista<sup>837</sup>, de acordo com a cláusula geral do abuso de direito, são requisitos de sua caracterização: 1º) *o exercício de um direito* (já que, logicamente, só se pode *abusar* de algo que se tem); 2º) *que tal exercício ofenda a finalidade econômica e social, a boa-fé ou os bons costumes* (ou, em síntese, o “desvio de finalidade” acima mencionado); 3º) *que haja um dano a outrem*; e 4º) *que haja nexo causal entre o dano e o exercício anormal do direito*.

Essa posição, porém, mostra-se atualmente superada, vez que, ao contrário da responsabilidade civil clássica, em que se há exigência do requisito de dano para a configuração

<sup>834</sup> OTEIZA, Edoardo. Abuso de los Derechos Procesales em América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 95, p. 152-170, 1999.

<sup>835</sup> TARUFFO, Michele. Elementos para una definición de “abuso del proceso”, in *Páginas sobre Justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburro Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 295-309, especialmente p. 303; tradução livre.

<sup>836</sup> CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco...*, ob. cit., p. 32-33.

<sup>837</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. A teoria do abuso de direito no direito civil constitucional..., ob. cit.

do ilícito (arts. 186 e 927, CC/02), *o exercício abusivo de posições jurídicas desafia o controle independentemente de seu dano*<sup>838</sup>.

É o que se retira das conclusões decorrentes da “VI Jornada de Direito Civil”, organizada pelo Conselho da Justiça Federal e realizada em 11 e 12 de março de 2013, em Brasília/DF. Na oportunidade, os estudiosos do direito privado ali reunidos consagraram, dentre outros, o Enunciado de n.º 539, que dispõe: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, *o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano*”<sup>839</sup>.

No processo, a constatação também se aplica, e as lições de *Paula Costa e Silva*<sup>840</sup>, nada obstante voltadas para o direito lusitano, cumprem perfeitamente a função de explicar o afirmado.

Após exaustivo estudo sobre a litigância de má-fé, a Professora Catedrática da FDUL considera legítimo incluí-la ao abrigo da *cláusula geral do abuso do direito*, como uma autêntica *fattispecie*, notadamente por força do art. 334º, CC/POR.

<sup>838</sup> Contra, entendendo ser o elemento danoso indispensável à configuração do abuso de direito: RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *El abuso del derecho (teoría de los actos antinormativos) – Conclusión*, p. 11-35, especialmente p. 34-35. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/17/dtr/dtr1.pdf>>, p. 11-35>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>839</sup> Essa é a justificativa do enunciado n.º 539: “A indesejável vinculação do abuso de direito a responsabilidade civil, consequência de uma opção legislativa equívoca, que o define no capítulo relativo ao ato ilícito (art. 187) e o refere especificamente na obrigação de indenizar (art. 927 do CC), lamentavelmente tem subtraído bastante as potencialidades dessa categoria jurídica e comprometido a sua principal função (de controle), modificando-lhe indevidamente a estrutura. Não resta dúvida sobre a possibilidade de a responsabilidade civil surgir por danos decorrentes do exercício abusivo de uma posição jurídica. *Por outro lado, não é menos possível o exercício abusivo dispensar qualquer espécie de dano, embora, ainda assim, mereça ser duramente coibido com respostas jurisdicionais eficazes. Pode haver abuso sem dano e, portanto, sem responsabilidade civil.* Será rara, inclusive, a aplicação do abuso como fundamento para o dever de indenizar, sendo mais útil admiti-lo como base para frear o exercício. E isso torna a aplicação da categoria bastante cerimoniosa pela jurisprudência, mesmo após uma década de vigência do código. O abuso de direito também deve ser utilizado para o controle preventivo e repressivo. No primeiro caso, em demandas inibitórias, buscando a abstenção de condutas antes mesmo de elas ocorrerem irregularmente, não para reparar, mas para prevenir a ocorrência do dano. No segundo caso, para fazer cessar (exercício inadmissível) um ato ou para impor um agir (não exercício inadmissível). Pouco importa se haverá ou não cumulação com a pretensão de reparação civil”. (*VI Jornada de Direito Civil*, [11-12 de março de 2013, Brasília]. -- Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013, 180 p., especialmente p. 93-94; disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VIJornadadireitocivil2013%20web.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2015; destaques acrescentados).

<sup>840</sup> SILVA, Paula Costa e. *A litigância...*, ob. cit., p. 617-628.

Apesar disso, e por respeito à expressa previsão legal (art. 456º, CPC/POR/1961, substituído *ipsis litteris* pelo atual art. 542º, CPC/POR/2013), o reconhecimento da pecha de litigante de má-fé pode gerar danos indenizáveis, algo que, por outro lado, não ocorre necessariamente com *outros* comportamentos processuais igualmente tidos por abusivos por força da cláusula geral do abuso de direito (art. 334º, CC/POR).

Vale dizer: o fato de a legislação lusitana considerar cabível o pedido de ressarcimento de danos causados pela litigância de má-fé não é suficiente para se concluir que *todas* as hipóteses de abusos processuais o mesmo ocorreria.

*Assim, é possível afirmar que ainda que não existam danos indenizáveis<sup>841</sup> – ou até mesmo que não existam interessados em suas respectivas cobranças –, pode ser constatada, a partir da teoria geral do abuso do direito, a ocorrência de abuso de direito processual, o qual não pode ser menosprezado ou esconderado pelo ordenamento<sup>842</sup>.*

Esse ponto será, ao futuro, de crucial importância para se refutar eventuais críticas que venham a ser tecidas acerca da atuação jurisdicional abusiva (item 6.2.2.4).

### 5.3 O juiz como sujeito ativo do abuso processual

#### 5.3.1 As lacunas doutrinárias e a fixação de conceitos

---

<sup>841</sup> *Maria Francesca Ghirga*, por exemplo, opõe-se à teoria de *Helena Najjar Abdo* de que “independentemente da verificação de outros prejuízos, o abuso do processo provoca invariavelmente danos à eficiência da administração da justiça” (ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 126). Para a autora italiana, o custo social provocado pela existência de abusos seria compensado pela consequente evolução do sistema e, ademais, a própria rejeição da demanda abusiva já seria, *per si*, uma forma de sanção, em alguns casos, sendo desnecessário, portanto, falar-se em danos. (GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo i sanzioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 38).

<sup>842</sup> Ao contrário do que entende *Helena Najjar Abdo* (ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 229), filia-se aqui à posição que considera a ocorrência do dano não um elemento condicionante à configuração do abuso, mas, em verdade, um *elemento accidental*, que pode ou não estar presente, portanto, no ato abusivo. Cumpre frisar: a existência do dano, e a tentativa, ou não, de busca de sua reparação pelo eventual prejudicado, são *consequências* do ato abusivo, e não, *data venia*, seus pressupostos.



Evidenciada a admissão da teoria do abuso de direito no processo e, especialmente, a adoção de seu viés objetivo, resta a indagação que ao presente estudo se afigura da maior relevância: *pode o magistrado ser sujeito ativo da prática de abuso processual?*

A pergunta se afigura pertinente, pois a imensa maioria dos estudiosos que se debruçou sobre o tema realiza suas pesquisas e considerações sob a ótica das partes ou, quando muito, de seus procuradores.

Em Portugal, por exemplo, lapidar obra de *Paula Costa e Silva*<sup>843</sup>, voltada ao estudo da lealdade processual e, mais especificamente, da litigância de má-fé, expressamente menciona que “somente os comportamentos das partes em processo contencioso, regulado pelo sistema de direito processual civil, serão objeto da presente investigação”.

De mesmo modo, na Espanha, *Joan Picó i Junoy*<sup>844</sup>, embora se refira ao *principio de la buena fe procesal* nas searas civil, trabalhista e criminal, restringe seu foco, notadamente quando versa sobre *el abuso del derecho en el ámbito procesal*, sempre às partes.

Na Itália, onde há décadas renomados processualistas se preocupam com a probidade e a lealdade<sup>845</sup>, boa parte das análises são feitas unicamente sob a ótica das partes e de seus procuradores<sup>846</sup>, notadamente por força dos capítulos III (arts. 88 e 89) e IV (arts. 90 a 98) do Título III, Livro Primeiro, do *Codice di Procedura Civile*, que, ao regularem os citados deveres e as respectivas responsabilizações, expressamente fazem essa restrição.

Vale frisar, inclusive, que esse parece realmente ser o principal ponto de vista do legislador italiano sobre o tema da lealdade processual, vez que, mesmo tendo recentemente

<sup>843</sup> SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé...*, ob. cit., p. 25.

<sup>844</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. 2. ed..., ob. cit., p. 103-116.

<sup>845</sup> CALOGERO, Guido. Probità, lealtà, veridicità nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. I, p. 129-153, 1939; GIOVANUCCI-ORLANDI, Chiara. Sul dovere di lealtà e probità dei difensori nel processo civile e nella legge professionale forense. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano, p. 257-266, 1974.

<sup>846</sup> “(...) Occorre allora precisare che restringeremo il campo de indagine alle sole attività abusive delle parti, fermo restando che anche il giudice può abusare delle sue prerogative processuale, tema questo che sconfinerebbe nell’esame Dell ordinamento giudiziario e delle norme sulla responsabilità del magistrato, oggetto di attuali proposte di riforma (...)” (GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo e sanzioni...*, ob. cit., p. 29).

alterado<sup>847</sup> um dispositivo que tem ligação direta com a disciplina do abuso do processo (art. 96, CPC/ITA), mais uma vez se preocupou apenas com a atuação das partes e seus defensores.

A reboque desse novel dispositivo – que regula a chamada “responsabilidade processual agravada”, a qual tem lugar quando a parte sucumbente age com dolo ou culpa grave –, a doutrina italiana<sup>848</sup> chega a ponto de dizer que “*abusar do processo significa, de fato, abusar do tempo do juiz*”, olvidando de que o próprio julgador pode vir a ser o praticante do ato abusivo.

Nos países regidos pela *common law*<sup>849</sup> – em que há nítida prevalência do princípio dispositivo, e os poderes dos juízes, a despeito de recentes modificações<sup>850</sup>, são historicamente subsidiários aos das partes –, o estudo da preservação ética do processo também é feito pelo prisma dos sujeitos parciais (e de seus procuradores), havendo pouca relevância do tema sob a ótica do julgador<sup>851</sup>.

<sup>847</sup> Tal alteração se deu pela Lei n.º 69, de 18 de junho de 2009, que incluiu o *comma 3º* (destacado em itálico) ao art. 96, CPC/ITA: “*Art. 96. (Responsabilità aggravata). Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell’altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d’ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l’inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l’esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l’attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell’articolo 91, il giudice, anche d’ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata*”.

<sup>848</sup> TOPPETTI, Francesca. La responsabilità processuale aggravata, in TOPPETTI, Francesca (coord). *Il risarcimento del danno da “lite temeraria”*. Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 1-61, especialmente p. 21; tradução livre.

<sup>849</sup> Veja-se, por exemplo, o caso norte-americano, em que os juízes aparentam ter uma “imunidade”, como relata *João Aveiro Pereira*: “(...) nos Estados Unidos da América, os juízes, sejam federais ou estaduais, beneficiam de imunidade em relação ao ressarcimento de danos que inflijam a terceiros no exercício de suas funções, tanto por actos dolosos como por actos culposos. E mesmo quanto aos actos que o juiz americano comete fora da sua jurisdição, que em princípio não estão abrangidos pela imunidade, a jurisprudência tem-se encarregado de os incluir num excesso de jurisdição, em vez de os ter por excluídos dessa jurisdição, de modo a assegurar sempre uma imunidade praticamente absoluta” (PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 67-68).

<sup>850</sup> JOLOWICZ, John Anthony. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversarial system*? Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, v. 75, p. 75-ss, 1994; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês, in *Temas de direito processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179-190.

<sup>851</sup> ANDREWS, Neil. Influência Europeia sobre o Processo Civil Inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, p. 161-181, 2011.

Mesmo no Brasil, onde o art. 14, *caput*, c/c inciso II, CPC/73 faz expressa referência à obrigatoriedade de observância do princípio da lealdade a “*todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*” – o que, logicamente, inclui o julgador -, a gigantesca maioria dos enfrentamentos se dá com respeito às partes e seus procuradores<sup>852</sup> e, quando muito, aos terceiros intervenientes<sup>853</sup>.

Indubitavelmente, portanto, há um hiato doutrinário importante que justifica a indagação exposta no início do tópico, e que merece ser repisada: *poderia o juiz ser sujeito ativo de abusos processuais?*

Antes de buscar a resposta para essa inquietante indagação, alguns esclarecimentos se mostram necessários.

A legislação pátria, notadamente os arts. 133, inciso I, CPC/73, e 49, inciso I, LC 35/79, refere-se à responsabilidade subjetiva do magistrado quando atuar com dolo ou fraude, cabendo ao Estado a responsabilidade objetiva com arrimo no art. 37, § 6º, CF/88<sup>854</sup>.

<sup>852</sup> Nesse sentido, com diversas referências: MILMAN, Fabio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>853</sup> “(...) Ao dispor sobre o dever de lealdade, litigância de má-fé, atentado à jurisdição *etc.*, o Código de Processo Civil preocupa-se com a conduta das partes, muito pouco se referindo à do juiz. Mas, como é natural, também este está adstrito ao dever de lealdade no processo e eventuais desvios ou abusos são ultrajantes à garantia constitucional do *due process of law* – entendida esta como um sistema de limitações aos poderes do juiz no processo (*infra*, n. 60). Ir além dessas limitações é *abusar*. Ainda que de modo muito tímido, o art. 14 estende ao juiz os deveres inerentes à boa-fé processual enumerados em seus incisos, ao estabelecer que ‘são deveres das partes e *de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo...*’. (...)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil...*, ob. cit., p. 48-49).

<sup>854</sup> A discussão acerca da restrição da responsabilidade objetiva do Estado aos atos judiciais é muito grande, e escapa dos contornos da presente Tese. Cabe dizer, entretanto, que ela se funda na interpretação divergente entre os arts. 5º, inciso LXXV, e 37, § 6º, ambos da CF/88, e os conseqüências daí decorrentes. No STF, parece prevalecer a tese de que “(...) a teoria da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos judiciais, salvo nos casos de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença (*inc. LXXV do art. 5º da Constituição da República e nas hipóteses expressamente previstas em lei (...)*” (STF, 2T., AI 599.501 AgR, Min. Rel. Carmen Lúcia, j. 19/11/2013, acórdão eletrônico DJe-232 divulg. 25/11/2013, public. 26/11/2013; no mesmo sentido: 2ªT., Min. Relatora Ellen Gracie, EDcl no RE 553.637, j. 04/08/09, DJ 25/09/09; 2T., RE 429.518, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 05/10/04, DJ 28/10/04; 2T., RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 05/03/02, DJ 12/04/02; 1T., RE 219.117, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 03/08/99, DJ 29/10/99). Apesar disso, há histórico julgamento da 1ª Turma do mesmo STF, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, em que restou assentado que as hipóteses previstas no inciso LXXV, art. 5º, CF/88 configuram uma “garantia mínima”, “(...) que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça”. (STF, 1T., RE 505.393, j. 26/06/2007, DJe divulg. 04/10/2007; public. DJ 05/10/2007). Sobre o tema, com amplas discussões, consulte: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros,

Não é, obviamente, da responsabilidade do Estado a que se refere o questionamento acima exposto, até mesmo porque não há – ou não deveria haver<sup>855</sup> –, maiores dificuldades em se reconhecê-la nos casos em que, por exemplo, um servidor público (ainda que magistrado) age no exercício da sua função com a deliberada intenção de prejudicar ou auxiliar indevidamente uma das partes.

Cabe um adendo: como bem salienta *Mauro Cappelletti*<sup>856</sup>, não se pode mais emprestar valor – senão para fins históricos<sup>857</sup> – às chamadas “teorias da irresponsabilidade”<sup>858</sup>, as quais

1995; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; FAQUIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2001; LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000, especialmente p. 90-134; PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>855</sup> Conforme expõe *Yussef Said Cahali*, mesmo depois da CF/88, que teve como uma de suas bandeiras a necessidade de retirada dos privilégios da irresponsabilidade aos juízes, ainda existem posições favoráveis à “imunidade judicial”, justificadas, basicamente, na garantia da preservação da independência dos magistrados. Tal opinião restritiva, porém, não merece a adoção de *Cahali*, especialmente se considerado o binômio “autoridade-responsabilidade”. Em suas palavras, com apoio em Bielsa: “(...) a responsabilidade pelo erro dos juízes tem caráter político e jurídico-político; no Estado de Direito, as garantias jurisdicionais do indivíduo têm uma extensão considerável, proporcional ao grau do progresso jurídico do Estado; em um sistema integral de justiça, o Estado não deve deixar sem reparação os sacrifícios individuais injustamente suportados; se, em princípio, o Estado não responde por seus atos jurisdicionais (no sentido jurídico próprio do conceito de responsabilidade), deve ele *garantir* a integridade da Justiça que administra (...)”. (CAHALI, Youssef Said. *Responsabilidade civil do estado...*, ob. cit., p. 593-650, especialmente p. 628).

<sup>856</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 25-27.

<sup>857</sup> Nesse sentido: PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais...*, ob. cit., p. 18-30.

<sup>858</sup> Veja-se, por exemplo, magistério de *Zulmar Fachin*, invocando – e rebatendo, um a um – os principais argumentos das “teorias da irresponsabilidade” judicial: “(...) Vários fundamentos foram invocados com a finalidade de demonstrar que o Estado não pode responder pelos danos causados ao particular em decorrência da atividade de seus juízes: soberania do Poder Judiciário, incontrastabilidade da coisa julgada, falibilidade contingencial dos juízes, risco assumido pelo jurisdicionado, independência do juiz e ausência de texto expresso de lei. Invocar a soberania do Poder Judiciário para isentar o Estado do dever de reparar o dano causado pelo juiz é uma falácia. Se o Poder Judiciário fosse soberano, o Legislativo e o Executivo também o seriam, pois não se reconhece superioridade entre estes poderes. Ademais, soberania é atributo exclusivo do Estado e não de qualquer de seus poderes. A incontrastabilidade da coisa julgada não pode servir para isentar o Estado do dever de reparar o dano causado pelo juiz. A coisa julgada é instituto de direito constitucional (art. 5º, XXXVI) e processual cuja finalidade é pacificar as relações jurídicas e não pode ser invocada como obstáculo ao ressarcimento da vítima. O juiz, como toda pessoa, é falível. Este atributo, porém, não pode levar à irresponsabilidade do Estado. Ao contrário, é porque o juiz é falível e pode causar dano com sua atuação que o Estado deve indenizar a vítima. O risco da atividade judiciária não é assumido pelo jurisdicionado. O risco pelos danos daí resultantes deve ser assumido pelo Estado, que tem o dever de indenizar a vítima, tudo em nome do princípio da igualdade. O juiz deve ser independente. Mas, se em consequência de sua atividade o particular for lesado, o Estado deve reparar o dano. Isto, em hipótese alguma, representa comprometimento da independência do juiz. Não se pode falar em

prega(va)m uma espécie de salvo-conduto absoluto para os magistrados no exercício de suas funções jurisdicionais<sup>859</sup>.

Isso porque, com a transformação da função de julgar, aliada ao aumento dos poderes e atribuições dos magistrados (vide cap. 1), as teses que se embasavam na premissa “*the King can do no wrong*” perderam a razão de ser<sup>860</sup>.

Assim sendo, a despeito de algumas teses restritivas dignas de nota<sup>861</sup>, considera-se que o art. 37, § 6º, CF/88, que impõe a responsabilidade objetiva ao Estado, não faz distinção para as atividades judicantes, notadamente porque posição contrária poderia gerar, na sociedade, indesejada sensação de impunidade<sup>862</sup>.

ausência de texto legal que possa servir de fundamento para o Estado ser compelido a reparar o dano sofrido pela vítima em decorrência da atividade de seus juízes. Tanto o CPC quanto a LICC prevêm o preenchimento das lacunas porventura existentes na lei. Mas a boa hermenêutica leva à conclusão de que a norma inserta no art. 37, §6º da Constituição Federal abrange também a atividade do juiz, pois este também é um *agente* do Estado (...). (FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional...*, ob. cit., p. 186-187).

<sup>859</sup> “(...) O juiz responde pessoalmente por dolo ou culpa. Mas o Estado, diante do prejuízo decorrente da falha do juiz, responde objetivamente, nos termos do art. 37, §6º, da CF. Diante do regime adotado pela Constituição de 1988, não mais subsiste a tese antiga de que, não sendo o juiz funcionário público, seus atos não poderiam gerar responsabilidade para o Estado. Ele é um agente do Estado, e, pelos danos que seus agentes acarretam, as pessoas jurídicas de direito público são responsáveis de forma objetiva, por preceito constitucional” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 171).

<sup>860</sup> Veja-se, a propósito, trecho do voto do Min. *Ilmar Galvão*, no RE 219.117: “(...) Nesse diapasão, não há que se cogitar de total irresponsabilidade dos órgãos judiciários, esses poderão no exercício de suas funções serem responsabilizados por erros que vierem a realizar, entretanto, essas hipóteses autolimitadoras da soberania desse Poder deverão ser expressas em lei (...)”. (STF, 1T., RE 219.117, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 03/08/99, DJ 29/10/99). De igual sentido: “(...) De mesma sorte: “(...) Não se pode sustentar a irresponsabilidade estatal no fato de ser o exercício da função judiciária uma ‘manifestação de soberania’ (seria justificá-la na máxima realenga *the king can do no wrong*). A idéia de soberania não se contrapõe à da responsabilidade do Estado, que também se submete ao Direito. Por outro lado, se se admitisse o argumento, o Estado também seria irresponsável por atos do Executivo, o que, hoje, não mais se admite (seja na doutrina, seja na jurisprudência) (...)”. (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado...*, ob. cit., p. 637).

<sup>861</sup> A doutrina é praticamente uníssona no sentido de que a tese restritiva adotada pelo STF, citada notas acima, não se compagina com o devido processo constitucional e com as próprias noções do Estado Democrático de Direito. *Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias*, por exemplo, já denunciava, no início dos anos 2000, a impropriedade da jurisprudência do STF a esse respeito, demonstrando a sua origem anterior à CF/88 e, portanto, dissociada dos espíritos democráticos da *Carta Cidadã*. Ademais, o professor mineiro, após minuciosa investigação em ordenamentos estrangeiros (em especial, Itália, Espanha e França), reafirmou a necessidade de o STF empreender uma revisão de sua jurisprudência sobre o tema. (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *A jurisprudência do STF sobre a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, p. 260-ss, 2001.).

<sup>862</sup> Nesse sentido: LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz...*, ob. cit., p. 100-134.

É bem verdade, todavia, que os magistrados, diferentemente do Estado, somente devem ser civilmente responsabilizados por seus atos no exercício da função jurisdicional praticados mediante dolo ou fraude, até mesmo para que se contrabalancem as garantias atinentes à judicatura com a indispensável tutela do cidadão que, eventualmente, possa vir a se sentir prejudicado pelo Judiciário<sup>863</sup>.

Nesse diapasão – e retomando-se a linha de raciocínio – impende esclarecer que o questionamento anteriormente exposto não se refere aos excepcionais casos de abusos processuais praticados por magistrados inescrupulosos, antiéticos ou criminosos<sup>864</sup>. Não é, nem de longe, esse o viés aqui pretendido, até mesmo porque não se demonstraria razoável realizar um estudo dessa natureza tomando-se como base os lamentáveis *casos fora da curva* que volta e meia, infelizmente, atraem a atenção da grande mídia.

Aqui, ao contrário, como visto (item 5.2), a investigação se volta ao *abuso objetivo*, ou seja, aquele em que não se perquire o elemento anímico do agente.

*Prestados tais esclarecimentos, afirma-se, com apoio em Michele Taruffo<sup>865</sup>, que também sob esse aspecto objetivo pode o magistrado cometer abusos processuais.*

<sup>863</sup> “(...) O descumprimento desses deveres [dos juízes] também determina a responsabilidade civil do Estado e do próprio juiz como funcionário público. A responsabilidade do Estado é objetiva, de acordo com o artigo 37, § 6º, da Constituição. A do juiz é subjetiva, mas se submete ao regime próprio previsto no artigo 49 da Lei Complementar n. 35/79, reproduzido integralmente nos artigos 133 do Código de 1973 e 143 do Código de 2015. Esses dispositivos estatuem a responsabilidade do juiz que, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, mas restringem a responsabilidade por simples culpa aos casos de recusa, omissão, retardamento, sem justo motivo, de providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento das partes. *O único acréscimo do Código de 2015 é a explicitação de que a responsabilidade pessoal do juiz é sempre regressiva, o que significa que as vítimas das suas infrações não têm legitimidade de promovê-la diretamente contra ele, mas apenas contra a pessoa jurídica de direito público ao qual está ele vinculado, União Federal ou Estado-membro, à qual caberá, se entender caracterizada a responsabilidade subjetiva do magistrado, voltar-se em ação de regresso, no curso ou após o desfecho favorável à vítima da ação de indenização contra ela proposta (...)*” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, no prelo; destaques acrescentados).

<sup>864</sup> Não é por outra razão, aliás, que a própria legislação processual preceitua, para tais hipóteses, ser cabível ação rescisória se restar comprovada a prática de delitos de concussão, corrupção ou prevaricação pelo magistrado (art. 485, inciso I, CPC/73 c/c arts. 316, 317 e 319, CPB/40, respectivamente). Como funcionários públicos, seus atos no exercício da função podem se enquadrar nas hipóteses criminais definidas entre os arts. 312 e 326, CPB/40, sendo certo, ainda, que os juízes integrantes de tribunais superiores e aqueles dirigentes de foros de primeiro grau podem incorrer, também, nas penas dos crimes de responsabilidade (lei 1079/50).

<sup>865</sup> “(...) *Um primeiro ponto que merece realce é que os direitos processuais podem ser objeto de abusos também pelos juízes.* Fentiman tem uma boa definição disso quando ele trata de “abuso administrativo”. *O abuso cometido pelos juízes é tipicamente um abuso de discricionariedade que é praticado principalmente pelo mau*

É incontestável, entretanto – e nesse momento se mostra importante deixar inequívoca essa noção – que, verdadeiramente, o magistrado, no processo, *não abusa de seu direito*. Em absoluto, como servidor público que é, tem-se aí uma dimensão diversa, em que, como dito (item 2.5.2), há lugar para *poder* ou, mais especificamente, *poder-dever*.

Sob tal prisma, talvez o mais adequado fosse falar, como o fazem os administrativistas, no tradicional<sup>866</sup> *desvio de poder* em vez de *abuso de direito*<sup>867</sup>.

Explica-se.

*uso dos poderes gerenciais do juiz referentes ao desenvolvimento dos procedimentos judiciais (atrasos indevidos, violação dos direitos das partes a um processo correto e rápido etc.), mas também tomando decisões evidentemente erradas* (com referência aos abusos cometidos por juízes, ver, e.g., Taniguchi). Algumas vezes se diz, todavia, que um abuso cometido por juízes não pode ser concebido porque juízes são obrigados a agir de acordo com as disposições constitucionais referentes ao justo desenvolvimento dos procedimentos (ver, e.g., Hess). *Ao contrário, deve-se considerar que os juízes podem facilmente abusar de seus poderes apesar de estarem tais poderes funcionalmente orientados para uma leal e correta direção dos procedimentos judiciais* (Taelman faz uma interessante observação quando diz que tais abusos são provavelmente cometidos, mas a reserva e o medo de retaliação podem induzir as pessoas a não apurar o problema). (...)" (TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual [relatório geral]*, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 177, p. 153-ss, 2009; destaques acrescentados).

<sup>866</sup> Celso Ribeiro Bastos mostra que a origem da teoria do desvio de poder é o Conselho de Estado francês, a partir de 1870. Além disso, o autor correlaciona a teoria com a moralidade administrativa (*caput*, art. 37, CF/88) e a lei de ação popular (art. 2º, Lei 4.717/65). (BASTOS, Celso Ribeiro. *O princípio da moralidade no direito público*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 22, p. 44-ss, 1998.).

<sup>867</sup> É dessa forma que se manifesta Gualberto Lucas Sosa, a despeito de, em essência, tratar-se mais ou menos do que aqui se afirma: "(...) **La situación de los jueces. Podría suceder que el juez incurriera en exceso o desviación de poder, utilizándolo más allá de lo que le corresponde lo cual muestra otra posibilidad del abuso del proceso. En tal supuesto entendemos que surge la responsabilidad de los jueces por mal desempeño en el ejercicio de la función judicial, como también puede ocurrir frente a las situaciones de retardo de justicia.** Sin perjuicio que esta última situación aparece regulada de modo específico en los propios ordenamientos procesales (arts. 167 y 168, C. Procesal federal y normas similares locales), esos casos pueden conducir al juzgamiento a través del Jurado de Enjuiciamiento o juicio político, y con ello a la remoción del magistrado. Recordamos en esta parcela que en la jurisdicción federal incumbe al Consejo de la Magistratura, como órgano permanente del Poder Judicial de la Nación, entre otras funciones, aplicar sanciones a los magistrados a propuesta de la Comisión de Disciplina, por faltas disciplinarias a raíz de la indebida prestación del servicio de Justicia (Constitución Nacional, art. 114, inc. 4; arts. 7, inc. 12, 14, Ley n° 24.397). A su vez, incumbe al Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados el juzgamiento de los jueces de los tribunales ordinarios de la Nación ‘... por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes.’ (arts. 53, 115, Constitución Nacional; 21, 25, 26, Ley n.º 24.397). Todo ello sin perjuicio del juzgamiento en sede penal, si hubieren incurrido en un delito en el supuesto de abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos (arts. 248, 249, C. Penal), o cohecho (arts. 256 y 257, C. Penal), o prevaricato (arts. 269, 270, C. Penal), o denegación y retardo de justicia (art. 273, C. Penal), o en otros ajenos a sus funciones. En las jurisdicciones locales, rigen normas análogas, citando a manera de ejemplo que en la provincia de Buenos Aires en cumplimiento de las prescripciones de los arts. 182 y 172 de la Constitución de esa provincia, el enjuiciamiento de magistrados se encuentra reglado por la Ley n. 8.085 (t. o. 1987), modificada por la Ley n° 11.967". (SOSA, Gualberto Lucas. *Abuso de Derechos Procesales*, in MOREIRA, Jos *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 33-68, especialmente p. 64-65; destaques acrescentados).

Nessa seara, a doutrina especializada<sup>868</sup> estabelece duas hipóteses em que a *finalidade*, um dos requisitos do ato administrativo<sup>869</sup>, é desatendida: *excesso de poder* (quando o agente extrapola os limites de sua competência) ou *desvio de poder* (quando o ato é praticado com finalidade diversa daquele para o qual se destina). O primeiro, que eventualmente pode ser alvo de convalidação pela autoridade superior (como, por exemplo, o aproveitamento de uma citação ordenada por juiz relativamente incompetente), não se relaciona com o objeto desta análise; importa, portanto, a segunda hipótese acima mencionada, na qual o agente administrativo exerce seu ofício em *desvio de finalidade*, ou seja, *deixa de atender aos ditames legal ou constitucionalmente pré-determinados para favorecer outros interesses*.

Sobre o tema, disserta *Celso Antônio Bandeira de Mello*<sup>870</sup>:

Sucintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida. De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder:

- a) quando o agente busca uma finalidade *alheia ao interesse público*. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou beneficiar a si próprio ou amigo;
- b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à ‘categoria’ do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fabundes: “Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal”.

Tais noções, por óbvio, continua *Bandeira de Mello*, também se aplicam aos atos jurisdicionais<sup>871</sup>:

O desvio de poder não é mácula privativa dos atos administrativos. Pode se apresentar, igualmente, por ocasião do exercício de atividade legislativa ou jurisdicional. Ou seja: *leis e decisões judiciais* são igualmente suscetíveis de incorrer no aludido vício, porquanto umas e outras são, também, emanações das competências públicas, as quais impõem fidelidade às finalidades que as presidem. Assim, se o legislador ou o juiz delas fizerem uso impróprio, a dizer, divorciado do sentido e direcionamento que lhes

---

<sup>868</sup> SOARES, Mário Nunes. O ato administrativo e a Constituição de 1998. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 640, p. 52-ss, 1989.

<sup>869</sup> Como se sabe, são requisitos do ato administrativo: (i) a competência de seu agente, (ii) a forma do ato, (iii) a sua finalidade, (iv) a motivação e (v) seu objeto. Sobre o assunto, consulte: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 1977, p. 118.

<sup>870</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 414-415.

<sup>871</sup> *Idem, ibidem*, p. 415-416.



concernem, haverão traído as competências que os habilitavam e os atos que produzirem resultarão enodados pela indelével jaça do desvio de poder (...).

Veja-se, por fim, ainda com arrimo nas lições do Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), que também nesse campo se adota a teoria objetivista e, sobretudo, faz-se menção ao “*desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência*”<sup>872</sup>:

No desvio de poder, (...) nem sempre há um ‘móvel’, isto é, uma intenção inadequada. Com efeito, o agente pode, equivocadamente, supor que uma dada competência era presente, de direito, para a busca de um dado resultado e por isto haver praticado o ato almejando alcançá-lo pela via utilizada. Neste caso não haverá intenção viciada. É certo, entretanto, que o frequente, o comum, é que exista vício de intenção, o qual poderá ou não corresponder ao desejo de satisfazer um apetite pessoal. Contudo, o ato será sempre viciado por não manter relação adequada com a finalidade em vista da qual poderia ser praticado. O que vicia, portanto, não é o defeito de intenção, quando existente – ainda que através disso se possa, muitas vezes, perceber o vício -, mas o desacordo *objetivo* entre a finalidade do ato e a finalidade da competência.

Como se vê, seja sob a ótica do direito privado, seja sob o prisma do direito administrativo, as teorias objetivas se equivalem e, principalmente, aplicam-se à atuação jurisdicional<sup>873</sup>, sendo certo que, até mesmo para mais facilmente se fixar os conceitos aqui desenvolvidos, adotar-se-á, neste estudo, a noção lata do “abuso de direito jurisdicional”.

Cabe ainda deixar claro que, a par das eventuais regulamentações criminais, civis ou administrativas, o intento é tratar da *responsabilidade processual do magistrado* que, no exercício de seu mister, abusa de suas prerrogativas, afastando-se da *correttezza processuale*.

Dessa forma, não têm interesse para este estudo as eventuais sanções administrativas que possam vir a ser impostas ao juiz por conta de sua atuação como funcionário público estritamente

<sup>872</sup> *Idem, ibidem*, p. 415-416.

<sup>873</sup> Essa é, também, a posição de *Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero* que, após analisar a objeção de Chinchilla (para quem não se poderia reconhecer aplicabilidade da teoria do desvio de poder aos atos jurisdicionais, já que nestes, ao contrário dos atos típicos da Administração, o juiz não teria discricionariedade, atuando apenas de modo a aplicar a lei ao caso concreto para resolver a controvérsia), refutam-na, entendendo que, mesmo havendo “(...) diretrizes e regras de fim que regulam a atividade jurisdicional (ainda que não de forma central), *não se pode descartar a possibilidade de que os juízes possam, em relação a elas, cometer desvio de poder* (e, também, naturalmente, se são reunidos certos requisitos, prevaricação). Por exemplo, quando (sem que sua conduta reúna os requisitos de prevaricação) impõem uma medida como a da prisão preventiva não para satisfazer os fins cautelares, mas outros – proibidos por um Direito penal garantista como deve ser em um Estado constitucional – como o de forçar o acusado a assumir uma determinada conduta processual (...)”. (ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. Trad. Janaína Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 84-86; destaques acrescentados).

considerado, ou como explica *Fernando Luso Soares*<sup>874</sup>, a partir das lições de *Ramos Méndez* e *Alberto dos Reis*, aquelas situações integrantes da relação “*homem-funcionário*”, na qual o magistrado tem, para com seu empregador, “relações de serviço”<sup>875</sup>.

Assim, por exemplo, se um juiz comete assédio moral contra um dos funcionários de seu cartório, esse fato deverá ser resolvido pelo direito administrativo-disciplinar, o que, obviamente, não interessa para o presente estudo.

Nessa medida – e ainda adotando o relato de *Luso Soares*<sup>876</sup> – aqui importa o “*homem-juiz*”, aquele que tem “relações processuais” para com os jurisdicionados.

### 5.3.2 Especificamente: o juiz como agente causador de abuso de direito processual e a finalidade da atuação jurisdicional

---

<sup>874</sup> “(...) O professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS distinguiu estas duas categorias, analisando a diferença funcional entre ‘relações de serviço’ e ‘relações processuais’. E, pela importância esclarecedora de suas palavras, permito-me seguir de muito perto o nosso processualista. Com efeito, o juiz está investido no exercício de uma função pública: a *função jurisdicional*. Assim, ele está obrigado, para com o Estado, a exercê-la segundo as regras traçadas pelas leis orgânicas do respectivo serviço. Mas segue-se daí que o processo não dê origem à criação de direitos e deveres processuais entre cada uma das partes e o tribunal? – interroga-se o professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS. E responde: ‘De modo nenhum. Uma coisa é a ‘relação de serviço’ que se estabelece entre o magistrado e o Estado, em consequência da investidura no cargo (relação regida pelas leis de organização judicial, na sua essência leis constitucionais porque respeitam à constituição e funcionamento dos poderes do Estado), outra a ‘relação processual’ que, em consequência da proposição da acção e da defesa do réu, se forma entre cada parte e o juiz, e que tem como conteúdo a prestação da actividade jurisdicional num determinado caso concreto’. Prossegue aliás o mestre português, nesta passagem onde aflora a matemática da responsabilidade processual subjectiva do magistrado: ‘Que o juiz está obrigado para com o Estado a exercer correctamente a sua função, é fora de dúvida; mas é igualmente incontestável que ele está obrigado, para com as partes, a pôr a sua actividade jurisdicional ao serviço de determinada acção e de determinada contradição (...)’ (SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 174-176; destaques acrescentados).

<sup>875</sup> “(...) Fora do processo, as faltas dos magistrados estão sujeitas à apuração e à imposição de sanções, reguladas nos artigos 27 a 29 e 40 a 48 da Lei Complementar n. 35/79, por parte dos tribunais de cúpula e conselhos de magistratura do respectivo sistema judiciário, assim como pelo Conselho Nacional de Justiça, conforme o disposto no artigo 103-B, § 4º, inciso III, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Este Conselho regulou na Resolução n. 135/2011 o procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados. A Emenda Constitucional n. 45 também veio a impor a publicidade no julgamento desses procedimentos, conforme regra por ela introduzida no inciso X do artigo 93 da Constituição. (...)”. (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v. I. 5. ed., ob. cit., no prelo).

<sup>876</sup> SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual...*, ob. cit., p. 174-176.

Estabelecidas tais premissas e esclarecidos eventuais pontos obscuros, cumpre agora perscrutar, em efetivo, se o juiz realmente poderia vir a ser sujeito ativo de abuso de direito jurisdicional.

*Em tese*, a indagação não deveria trazer maiores dificuldades. Isso porque, desde o Código de Hamurabi<sup>877</sup>, escrito por volta de 1.700 a. C., já se fala, ainda que indiretamente, em punições por juízes que *abusavam* de seu ofício de julgar.

Da doutrina – obviamente muito mais recente – também se colhe a mesma resposta positiva. Nesse sentido, por exemplo, fazem menção ao abuso praticado pelo juiz, na Itália, *Francesco Cordopatri*<sup>878</sup>, *Angelo Dondi e Andrea Giussani*<sup>879</sup>; no Brasil, *Helena Najjar Abdo*<sup>880</sup>, *Humberto Theodoro Júnior*<sup>881</sup> e *Márcio Melo Casado*<sup>882</sup>; na Argentina, *Gualberto Lucas Sosa*<sup>883</sup>; dentre outros.

Na Alemanha, conforme relata *Burkhard Hess*<sup>884</sup>, embora não se fale, expressamente, em uma cláusula geral de proibição de abusos processuais, considera-se decorrente do art. 6º da CEDH a obrigatoriedade de que o juízo, no curso dos procedimentos, garanta às partes a oportunidade de se manifestar sobre os principais pontos relativos à matéria em discussão, sendo

<sup>877</sup> Código de Hamurabi, cláusula 5ª: “Se um juiz fez um julgamento, tomou uma decisão, fez exarar um documento selado e depois alterou o seu julgamento: comprovarão contra esse juiz a alteração do julgamento que fez; ele pagará então, doze vezes a quantia reclamada nesse processo e, na assembléia, fá-lo-ão levantar do seu trono de juiz. Ele não voltará a sentar-se com os juízes em um processo”. Nesse sentido: JOBIM, Marco Félix. Da noção à Teoria do Abuso de Direito..., ob. cit., nota de rodapé n.º 19).

<sup>878</sup> CORDOPATRI, Francesco. *L'abuso del processo*, v. II..., ob. cit., p. 141-142.

<sup>879</sup> DONDI, Angelo; GIUSSANI, Andrea. Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano, n.º 1, v. 61, p. 193-198, 2007.

<sup>880</sup> ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 183-188.

<sup>881</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Relatório Brasileiro: abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129, especialmente p. 127.

<sup>882</sup> CASADO, Márcio Melo. A cláusula geral da vedação do abuso de direito..., ob. cit., p. 319-320.

<sup>883</sup> SOSA, Gualberto Lucas. Abuso de Derechos Procesales..., ob. cit., p. 64.

<sup>884</sup> HESS, Burkhard. Abuse of Procedure in Germany and Austria, in TARUFFO, Michele [ed]. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 151-180, especialmente p. 167-168; tradução livre.

certo que também é obrigatório que os julgadores tomem em conta as peças processuais produzidas pelas partes. Além disso, os julgadores não podem deixar as partes em dúvida acerca de suas próprias posições e, acima de tudo, não podem se comportar de forma contraditória, a fim de evitar desvantagens processuais para as partes por força de suas falhas. O direito ao *fair trial*, continua *Hess*, diz respeito à proibição de atos processuais vexatórios pelos tribunais, e o art. 3º da Constituição alemã garante que qualquer comportamento arbitrário judicial seja considerado uma violação ao direito de acesso à justiça, sendo possível, inclusive, recurso ao TEDH por violação ao art. 6º, CEDH.

Apesar disso, o sentimento geral, especialmente nos países de raízes latinas, é de que as previsões legislativas (e até mesmo os raríssimos casos jurisprudenciais) de abuso de direito na prestação jurisdicional não passam, conforme enfaticamente sintetiza *Humberto Theodoro Júnior*<sup>885</sup>, de “letra morta”<sup>886</sup>.

Para tentar mudar esse triste cenário, o primeiro passo consiste em investigar, com estreitos contornos, o que se viu como *critério para a constatação do abuso de direito processual* (item 5.2) e, posteriormente, buscar perquirir se as atuais posturas dos julgadores podem, ou não, aqui se enquadrar.

Nesse desiderato, e seguindo-se o que determina a teoria objetiva do abuso acima delineada, deve-se procurar definir qual seria a finalidade da atuação jurisdicional, a fim de que, *contrario sensu*, possam ser encontradas as hipóteses de abuso por *desvio de finalidade*.

É exatamente nesse ponto que se ligam as proposições já expostas no capítulo 1, mais especificamente no item 1.1. Lá, como se viu, restou delineada que a *função da jurisdição*, em

<sup>885</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Relatório brasileiro: abuso de direito..., ob. cit., p. 99.

<sup>886</sup> *Márcio Melo Casado, mutatis mutandis*, também tem o mesmo ponto de vista, ao afirmar não só a raridade do abuso do direito pelo juiz, como a dificuldade prática concreta de sua configuração: “(...) Haverá abuso de direito também quando houver denegação da Justiça. José Guilherme de Souza aponta que a denegação da Justiça estará configurada nas seguintes hipóteses: ‘1.º) quando o juiz nega a aplicação do direito; 2.º) quando o juiz nega a execução da sentença; 3.º) quando o juiz negligencia propositalmente o andamento de um processo’. *Todavia, a investigação de abuso de direito cometido por magistrado é rara. Há um receio das partes e advogados em seguir nesse caminho. Não é comum, no dia-a-dia forense, que a parte chegue ao ponto de pedir ao escrivão, nos termos do art. 133, parágrafo único, do CPC, que intime o juiz a determinar a providência pendente nos autos. Trata-se de pleito não só raro, mas pouco conhecido dos próprios serventuários da Justiça que o recebem com perplexidade e, muitas vezes, temor de realizar a diligência (...)*”. (CASADO, Márcio Melo. A cláusula geral da vedação do abuso de direito..., ob. cit., p. 319-320; destaques acrescentados).

tempos de devido processo constitucional, é a *proteção dos interesses juridicamente relevantes*, conforme bem salienta *Leonardo Greco*<sup>887</sup>, até mesmo porque, segundo *Luigi Ferrajoli*<sup>888</sup>, “o direito existe para tutelar os direitos fundamentais”.

Assim sendo, *qualquer atuação jurisdicional que se distancie da proteção dos direitos fundamentais é, de acordo com as teorias objetivistas acima expostas, abusiva por desvio de finalidade*.

É o que se tentará comprovar, a partir da análise de algumas *atitudes jurisdicionais desleais* tidas por paradigmáticas<sup>889</sup>.

## 6 ABUSOS JURISDICIONAIS E SANÇÕES PROCESSUAIS

### 6.1 O fetiche da celeridade, a efetividade perniciosa, a ofensa à cooperação e o abuso judicial: a prestação jurisdicional desleal

Como se viu (itens 1.1 e 4.3.2), uma das principais – senão *a principal* – agonia do mundo moderno é o tempo, ou melhor, a *falta de tempo*. Nunca se valorizou tanto a agilidade, a prontidão e o imediatismo<sup>890</sup>. O processo, produto do homem e da sociedade em que insere, não

<sup>887</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73, v. 1.

<sup>888</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*. 2.ed. São Paulo. RT, 2006, *apud* CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683, especialmente p. 680).

<sup>889</sup> É importante deixar claro que muitos outros casos poderiam ser alvo de análise para efeito de se comprovar o abuso jurisdicional: *Jorge Peyrano*, por exemplo, cita a postura do juiz de forçar uma das partes a aceitar um acordo que não lhe convém como uma das hipóteses de abuso judicial (PEYRANO, Jorge. Abuso de los derechos procesales, in MOREIRA, José Carlos Barbosa [coord.]. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69-78, especialmente p. 74-75); *Helena Najjar Abdo*, por seu turno, traz à baila a exasperação do juiz com as partes e seus advogados quando da realização de audiências, em abuso de seu poder de polícia (art. 445, CPC/73, cuja regra deverá estar prevista, com algumas particularidades, no art. 367, CPC/2015), que se manifesta na requisição desnecessária de força policial com o intento de intimidar os litigantes (ABDO, Helena Najjar. *O abuso...*, ob. cit., p. 184; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 15. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 61). Apesar disso, limitações temporais, de espaço, físicas e - porque não dizer - cognitivas, porém, fizeram com que este estudo se voltasse apenas a três hipóteses em específico (itens 6.1.1, 6.1.2 e 6.1.3), como se verá.

poderia ter realidade diversa, notadamente porque, como é cediço, um de seus problemas mundialmente reconhecidos é, ainda hoje, sua duração desmedida.

Como sói ocorrer em diversos fenômenos históricos, essa preocupação, da qual muito já se falou no item 4.3, gerou um movimento pendular em que os olhos, antes fatigados pela espera irracional de uma resposta jurisdicional, passaram a brilhar intensamente com o *mero* encerramento das demandas<sup>891</sup>.

Paulatinamente, foi crescendo um sentimento nos jurisdicionados – a se tornar um “mito”<sup>892</sup> – de que “processo bom é processo rápido”, como se a celeridade fosse o vetor por excelência. Pesquisas de opinião das mais variadas<sup>893</sup>, sazonalmente publicadas, escancaravam a necessidade de uma justiça célere, sem que fosse levada em conta, na apuração dessas opiniões, exatamente o que se entendia por “decisão rápida” e, principalmente, *qual a consequência que essa busca desenfreada por essa celeridade poderia acarretar*.

---

<sup>890</sup> Sobre o tema, com interessante análise histórica, consulte: ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. As dimensões do tempo no processo civil: tempo quantitativo, qualitativo e a duração razoável do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, p. 329-ss, 2013.

<sup>891</sup> Há um número tão colossal de demandas a tramitar no Poder Judiciário que *Pedro de Albuquerque* chega a antever que o século XXI será “aquele da limitação do excesso do acesso à justiça”. Veja-se: “(...) Não por acaso se tem entendido que, se o século XX foi o da generalização do acesso à justiça, o século XXI será aquele da limitação do excesso do acesso à justiça, como o parece de resto deixar antever, por exemplo, a experiência jurídica inglesa (...)”. (ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos practicados no processo. O abuso do direito de acção e o abuso no processo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 14, nota de rodapé n.º 14).

<sup>892</sup> “(...) O submito [da justiça] n.º 4 é talvez o mais perigoso. Consiste em hiperdimensionar a malignidade da lentidão e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes, a todos os problemas da Justiça. Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento destes próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma Justiça lenta é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço (...)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos, *in Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-14, especialmente p. 5).

<sup>893</sup> Vide, por exemplo, o Relatório do *Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil)*, relativo ao segundo trimestre de 2013 ao primeiro trimestre de 2014 (ano 5) dá conta de que para “(...) 89% dos entrevistados o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente”, sendo esse o principal motivo da má prestação dos serviços públicos deste Poder. (Relatório *ICJBrasil*, 2º Trimestre/2013 – 1º Trimestre/2014, p. 13. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12024/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%205.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 jan. 2015).

Avultava, desse modo, como bem ressalta *José Igreja de Matos*<sup>894</sup>, a noção da celeridade como uma “uma ideia recorrente”, a ponto de se transformar em “prioridade absoluta” até mesmo pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Ato contínuo, salvo raras e indispensáveis exceções<sup>895</sup>, os estudiosos voltaram seus esforços à obtenção da tão propalada celeridade, os quais, tempos mais tarde, acabaram por reverberar nas atuações do legislador<sup>896</sup> e, no que aqui interessa, do julgador.

Assim, já que os anseios da sociedade eram – pelo menos aparentemente – em sua maioria relacionados a uma justiça célere, passou-se a dirigir todo o aparato judiciário para que essa necessidade fosse suprida: metas quantitativas foram criadas, grupos de trabalho desenvolvidos com o foco primordial na produtividade numérica, normas legais e regimentais editadas com o intuito de favorecer o recrudescimento estatístico dos resultados.

Todo esse esforço – embora elogiável e indispensável, notadamente diante dos paquidérmicos processos que por décadas atulha(va)m os escaninhos do Judiciário – serviu, lamentavelmente, para fazer renascer males quiçá maiores que a própria morosidade.

Nesse diapasão, o “processo fulminante”, característico dos sombrios tempos da Idade Média<sup>897</sup> e que parecia sepultado definitivamente com a queda dos Estados totalitários, ressurge

<sup>894</sup> MATOS, José Igreja de. *Um modelo de juiz...*, ob. cit., p. 86-87.

<sup>895</sup> “A longa duração dos processos vem-se convertendo em algo de grande atenção, e não só nos círculos especializados. Dela costumam ocupar-se os meios de comunicação social, não raro em termos lamentavelmente superficiais e inexatos. Tem-se com frequência a impressão de que, para muitos, está aí *o problema por excelência* da Justiça: em avaliação bastante discutível, tende-se em geral a sobrepor a necessidade de acelerar a prestação jurisdicional à de aprimorar-lhe a qualidade (...)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*, in *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 367-380, especialmente p. 367).

<sup>896</sup> O problema não é recente, como bem ressaltava *Pontes de Miranda* ainda em 1947, muito embora atualmente tenha atingido patamares que nem mesmo o vanguardismo do professor alagoano poderia prever. Veja-se: “O art. 112 [do CPC/1939] tem de ser interpretado como se dissesse: ‘O juiz dirigirá, formal e materialmente, o processo. Uma das suas finalidades há de ser a de celeridade dos feitos, sem prejuízo da defesa dos interessados’. *A política da rapidez obcecou o legislador, diante das reclamações públicas, e não raro o inconsciente exposta nos textos dos próprios preceitos legais. A presteza dos processos não é de somenos importância (longe disso!); porém, seria demasia crê-la o requisito principal da justiça*”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, arts. 1-152. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 407, v. I; destaques acrescentados).

<sup>897</sup> Como se sabe, os processos da Inquisição, totalmente distintos do padrão democrático atual, eram breves, alguns brevíssimos, e ninguém ousaria dizer que eram *devidos*.

com força suficiente para amesquinhar aquilo que *Fredie Didier Júnior*<sup>898</sup> nomeou *direito à demora*, uma conquista de mais de dois mil anos.

Perceba-se: como já se viu (item 4.3), nem no Brasil, nem em nenhum dos ordenamentos pesquisados, há menção a palavras como “rapidez” ou “celeridade” quando se busca tutelar o tema; as normas, guardadas as devidas proporções, valem-se de expressões como “*duração razoável*” ou “*processo sem dilações indevidas*”, exatamente porque um processo justo precisa de tempo para o seu regular desenvolvimento<sup>899</sup>.

Apesar disso, lições tão caras ao garantismo<sup>900</sup>, como as de que o processo deve ter o tempo suficiente para permitir às partes e à própria sociedade a efetivação do direito de defesa, dos recursos, de produção de provas, de colaboração e alegações em juízo, passam a ser colocadas de lado, enfraquecidas pelo *fetichismo da celeridade*<sup>901</sup>.

No “reino da urgência”<sup>902</sup>, as sensíveis distinções entre o “tempo fisiológico”<sup>903</sup>, aquele característico do tramitar processual e que se afigura indispensável para a correta observância de

<sup>898</sup> Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed, ob. cit, p. 59-60, v. I.

<sup>899</sup> “(...) Penso que não se pode admitir que a tutela jurisdicional seja prestada de qualquer maneira, com desapego total à forma, deixando de lado a garantia de um processo justo apenas para obtê-la de forma célere. Muitas vezes ‘a pressa é inimiga da perfeição’. Justiça efetiva não significa apenas justiça rápida. (...)”. (AURELLI, Arlete Inês. *Função social da jurisdição e do processo*, in ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.124-146, especialmente p. 132).

<sup>900</sup> Nesse sentido: GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo...*, ob. cit.

<sup>901</sup> *Glauco Gumerato Ramos*, embora se valendo de posições mais próximas daquilo que neste estudo já se alcunhou de “garantismo puro” (item 1.2), também faz menção a essa expressão: “(...) Além de *slogan*, a *celeridade processual* ganhou entre nós ares de *fetichismo*, cuja plasticidade do *senso comum* do jurista que sobre ela discorre acabou por torná-la *ferramenta perfurocortante* em favor do exercente da *jurisdição*. A partir dela, ou justificada nela, opera-se amputações no arco procedimental que deslegitimam, em perspectiva republicana, a *arte do proceder* que conduz o órgão jurisdicional – singular ou colegiado – ao momento mais relevante de sua atuação, que é representado pela *arte de julgar* (...)”. (RAMOS, Glauco Gumerato. *Crítica macroscópica ao fetichismo da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e no de amanhã*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 421-430, 2015. Destaques do original).

<sup>902</sup> A expressão é de *Leonardo Faria Schenk* (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136).

<sup>903</sup> “(...) Não convém esquecer, por outro lado, que há uma demora fisiológica, conseqüente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir. Insiste-se na escrupulosa observância de tais ou quais garantias das partes – ao menos, diga-se de passagem, quando se trata de pessoas simpáticas à opinião pública (ou melhor, à opinião publicada, que com



todas as garantias, e o chamado “tempo patológico”, o qual se perde, por exemplo, com a realização de atos burocráticos cartorários (como ou com a prática de atos processuais procrastinatórios)<sup>904</sup> são completamente esquecidas.

A não-percepção dessa vital diferença impulsiona a busca desmedida pela ligeireza, em uma demonstração clara da adoção daquilo que *Dierle Nunes*<sup>905</sup>, a partir das lições de *Michele Taruffo*, nomeou de “*eficiência quantitativa*”.

Vale explicar: segundo *Leonardo Carneiro da Cunha*<sup>906</sup>, a eficiência “(...) mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados”, pelo que “ser eficiente é, enfim, *adotar medidas satisfatórias* para alcançar finalidades preestabelecidas”.

De acordo com a “*eficiência quantitativa*”, portanto, haveria uma espécie de relação diretamente proporcional entre a velocidade dos procedimentos, a redução de custos e a eficiência do ordenamento, de modo que quanto mais rápidas e baratas as resoluções dos conflitos, mais eficiente seria o sistema.

A “*eficiência qualitativa*”<sup>907</sup>, por outro lado, tem como escopo a busca de decisões técnicas, bem fundamentadas, adequadas, corretas, justas, equânimes e democráticas, exigindo-se

aquela ingenuamente somos levados a confundir). Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, reza a sabedoria popular. É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor dos dois mundos. Nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu; mas tolerar semelhante prática hoje em dia parece inconcebível, por maior frequência que se observe ainda em tentativas, às vezes bem sucedidas, de empregá-la – senão no sentido físico, seguramente no moral – para com certos réus que incorrem, por isto ou por aquilo, nas iras especiais da imprensa e de outros meios de comunicação social”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça..., ob. cit, p. 5).

<sup>904</sup> Sobre o tema, consulte: COVIC, Carolina Ceccere Covic; KIM, Richard Pae. O direito fundamental a um processo sem dilações indevidas: julgamento antecipado da lide, parcial e *prima facie* como institutos processuais de garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 229, p. 13-48, 2014; LEONEL, Ricardo de Barros. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo, in NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006, p. 466-526, v. 9. Também disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/b9yc1y.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>905</sup> NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 184, p. 109-ss, 2010.

<sup>906</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 233, p. 65-84, 2014. Destaques no original.

<sup>907</sup> NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 223-249, jul./dez. 2009.

uma atividade participativa do juiz; sob tal viés, quanto mais democráticas e co-participativas as decisões, mais eficiente seria o sistema, ainda que para tanto se exigisse maior dispêndio de tempo, dinheiro e energias.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>908</sup>, embora aparentemente não diferencando os conceitos de efetividade e eficiência<sup>909</sup>, denomina de “*efetividade perniciosa*” aquela que se preocupa “mais com a performance, com a estatística”, e que se contrapõe à “*efetividade virtuosa*”, que se ocupa dos “valores fundamentais do processo”<sup>910</sup>.

<sup>908</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, ob. cit., p. 115.

<sup>909</sup> Como o faz Leonardo Carneiro da Cunha: “(...) Também há grande confusão quanto à precisão terminológica do termo ou ao conteúdo da eficiência. Muitos doutrinadores – nacionais ou estrangeiros – ora chamam a eficiência de eficácia, ora a chamam de efetividade, ora confundem um termo com o outro, ora os tratam como expressões sinônimas. A eficiência não se confunde com a eficácia, nem com a efetividade. Numa noção mais elementar, *eficácia* consiste na aptidão para produzir efeitos, enquanto a *eficiência* mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Já a *efetividade*, para Natalino Irti, é suscetível do desenvolvimento histórico, constituindo o atributo empírico das normas jurídicas. A *eficácia*, cumpre repetir, consiste na aptidão ou na capacidade da norma ou do fato jurídico para produzir efeitos, independentemente de sua efetiva produção. É a qualidade para ser eficaz. A *eficácia* constitui um dos planos do fenômeno jurídico (são três os planos, como se sabe: os da existência, da validade e da eficácia). Assim, o termo *eficácia* expressa situação jurídica, consistindo em toda e qualquer consequência de um fato jurídico, como a formação de uma relação jurídica ou a atribuição de direitos, poderes, faculdades, ônus, deveres, pretensões, ou a outorga de capacidades. Nesse sentido, *eficácia* é uma qualidade do ato ou do negócio jurídico, tornando-o *eficaz*, ou seja, fazendo com que, a partir da incidência, possam ser produzidos efeitos jurídicos. Já a *efetividade* relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é *efetiva* quando seja cumprida por seus destinatários. Enquanto a *eficácia* é a aptidão para produzir efeitos, a *efetividade* constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma. A *efetividade* é, então, ‘uma medida de realização concreta (= *posterius* fático) dos efeitos calculados in abstracto na norma jurídica (= *prius* lógico)’. Para alcançar-se a efetividade, existem as sanções e os instrumentos coercitivos. A efetividade não se cinge apenas a isso, estando igualmente relacionada com a assimilação psíquico-social dos problemas jurídicos em geral. Por sua vez, a *eficiência*, como já registrado, mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Quanto maior o rendimento de produção mais eficiente será a atividade desenvolvida. A *eficiência* relaciona-se com o alcance de finalidades pré-estabelecidas, dizendo respeito aos *meios* empregados para tanto. Haverá *eficiência* se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o melhor resultado possível”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro..., ob. cit., destaques no original).

<sup>910</sup> “(...) A nosso entender, a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova). Por isso, a racionalidade do direito processual não há de ser a racionalidade tecnológica-estratégica, mas a orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material quanto a concordância dogmática da decisão”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro Efetividade e processo de conhecimento, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p. 59-69, 1999).

Sob o enfoque “quantitativo ou pernicioso”, por conseguinte, a atividade jurisdicional é pautada por números, metas, gráficos e estatísticas de produtividade e até mesmo pelos “processômetros”<sup>911</sup>. O juiz, preocupado com as pressões externas (notadamente, do CNJ) e internas (do tribunal a que se encontra vinculado), passa a ver o processo não como um palco de angústias das partes, no qual ele deve exercer seu poder jurisdicional para solucionar, da melhor forma possível, o conflito ali exposto, mas sim como um *obstáculo* que ele deve superar para conseguir cumprir sua tarefa.

Cabe frisar: com os olhos focados nos números, os processos se *desumanizam*, tornando-se meros amontoados de papéis (ou arquivos, em sua versão eletrônica), estratégia que, a um só tempo, favorece a adoção de medidas avessas às garantias processuais e, ainda, acalma a alma do julgador que, por não enxergar nos autos um drama humano, sente-se mais à vontade para se valer de estratagemas pouco ou nada legítimos.

Perceba-se: os índices de avaliação da qualidade da justiça levam em conta, prioritariamente, o *número* de decisões proferidas ou o de processos baixados<sup>912</sup>. Pouco ou nada se fala, por exemplo, se naquelas causas o conflito que deu ensejo à instauração da demanda foi *efetivamente* solucionado. Dados simples, porém importantes, como os relativos aos índices de satisfação integral de créditos ou o número de reclamações anuais realizadas e atendidas dos jurisdicionados<sup>913</sup>, por exemplo, são negligenciados – ou até mesmo camuflados – para se lançar luz nas taxas de congestionamento e/ou de sentenças proferidas.

---

<sup>911</sup> “(...) Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais, mesmo que isso ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos ‘resolvidos’. Chega-se ao requinte do Conselho Nacional de Justiça criar metas de produtividade (a Meta 2 de 2009 e 2010, por exemplo) e colocar em seu *site* um ‘processômetro’ com o índice de produtividade dos Tribunais brasileiros. E os juízes de primeiro grau e dos Tribunais são relegados a um papel de autômatos do sistema em face da fixação de pautas decisórias e decisões padrão pelos Tribunais Superiores, de modo que são compelidos a tão somente repeti-las sem possuir a menor infraestrutura para proferir decisões maturadas e forjadas no debate processual”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* . Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização* decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 189, p. 9-ss, 2010.).

<sup>912</sup> Veja-se, por exemplo, o portal “Justiça Aberta”, do CNJ, em que é possível pesquisar individualmente os juízes, as varas e as serventias extrajudiciais, mas apenas a partir do critério “produtividade”. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica\\_aberta/](http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/)>. Acesso em: 5 fev. 2015.

Com base nessas premissas, consagra-se uma “ideologia tecnocrática”<sup>914</sup>, na qual juiz bom é aquele que profere muitas decisões, pouco importando se seus pronunciamentos carregam, de fato, a tutela jurisdicional a ser entregue àquele que tem razão. Com isso, a “qualidade” e a “virtuosidade” são relegadas a último plano, quando não solenemente ignoradas ou, em outros termos, como bem arremata *Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*<sup>915</sup>, “[o] *paroxismo chegou a tal ponto que para alguns espíritos mais práticos tudo se resume na solução rápida, expedita, fulminante às vezes do próprio valor Justiça*”.

Assim, sob os ditames quantitativos, tempo, dinheiro e energias devem ser gastos para fazer recrudescer os dados numéricos dos juízes e tribunais, e apenas acidentalmente, se for o caso, para tutelar os direitos fundamentais.

Diante do estabelecimento destes postulados e, conseqüentemente, da definição destes contornos de efetividade<sup>916</sup>, praticamente impossível se esperar uma atuação *virtuosa* do juiz.

<sup>913</sup> A edição impressa de n.º 52.989, de 14 de maio de 2014, p. 18, do “*Diário de Notícias*”, um dos maiores jornais de Portugal, trouxe o sumário dos resultados de um levantamento realizado pelo Conselho Superior da Magistratura (CSM) daquele país, no qual o foco era analisar a atuação dos julgadores a partir de denúncias e reclamos realizados pelos advogados e cidadãos, e não simplesmente através de índices de produtividade.

<sup>914</sup>“(…) Nessa linha de entendimento, segundo Max Weber, o ‘desencantamento do mundo’, o racionalismo, define o desenvolvimento histórico do Ocidente, por meio da substituição dos meios mágicos e extra-rationais pelo método e pelo cálculo racional em todos os setores da vida social. Desse modo, a perspectiva ‘teleológica’, entrosada com uma ordem valorativa, vai sendo substituída por uma visão ‘mecanicista’, ligada a um ‘esquema causal’. Os fins deixam de ser a expressão teleológica de uma ordem onto-axiológica - na qual o valor reina soberano - para se converterem em simples manifestações de pretensões subjetivas, acabando a ação por ser avaliada apenas pela sua eficiência quanto aos objetivos e sua eficácia nos efeitos. Na condição pós-moderna, o resultado pode ser assustador: os padrões de avaliação, as categorias da ação e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de se pautar por valores como o bem, o justo, a validade (axiológica material), para serem as do útil, da oportunidade, da eficiência, da eficácia. *Na base de tudo entroniza-se a ‘ideologia tecnocrática’; a legitimação dá-se pela performance, sendo o lugar da ética usurpado pelo conhecimento das relações entre os elementos do sistema e a técnica da sua manipulação eficiente: uma coisa é boa se ela se mostra adequada ao fim perseguido e este fim é ele próprio desejável por produzir resultados que satisfaçam a uma finalidade mais geral. A questão que se coloca em semelhante contexto é se realmente se mostra desejável esse tipo de efetividade, indiferente à justiça, que conduz a uma negativa contraposição entre utilitarismo e justiça na medida em que a relativiza em função da performance, a transformar o juiz em burocrata, assimilando as funções executiva e judicial (…)*”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Efetividade e processo de conhecimento...*, ob. cit.; destaques acrescentados).

<sup>915</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Efetividade e processo...*, ob. cit.; destaques acrescentados.

<sup>916</sup>“(…) *Efetividade* é um conceito aberto e relativo, cuja fixação depende da concepção que se adote a respeito dos fins do processo”. (LOPES, João Batista. *Natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional*, in ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz [org.]. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 505-513, especialmente p. 512).

Nem mesmo os mais cômicos magistrados, perante a pressão desumana por resultados, conseguem escapar das tentações de *fazer números em vez de justiça*.

Impende explicitar: quanto mais decidem, mais bem avaliados são os julgadores; quanto mais processos despacham, mais distantes de punições se quedam; quanto mais eliminam as pilhas de causas, mais se avizinham as progressões funcionais.

Nessa toada, por exemplo, não parece ser difícil de entender o porquê de grandes causas (como ações coletivas de alta complexidade, que exigem enorme tempo de dedicação e estudo) acabarem sendo preteridas em detrimento de demandas mais simples, repetitivas ou de baixa dificuldade, já que ambos os feitos, para fins estatísticos, têm o mesmo valor<sup>917</sup>.

---

<sup>917</sup> A prática é tão corriqueira que o Novo CPC, recentemente aprovado (17/dez/2014), trouxe uma regra específica (art. 12) que obriga os juízes e tribunais a decidirem, salvo exceções como causas urgentes ou homologações de acordos, as causas na ordem cronológica de conclusão, sendo obrigatória a disponibilização, de forma pública, da lista de processos (art. 153, § 1º), pelo escrivão ou chefe de secretaria. O tema, que extrapola os contornos desta Tese, já vem sendo muito debatido – e criticado –, notadamente pelos magistrados. Veja-se, a respeito, magistério de *Fernando Gajardoni*: “(...) O art. 12 do projeto do Novo CPC estabelece que todos os órgãos jurisdicionais deverão obedecer a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. O dispositivo, em primeira análise, se mostra louvável e é plasmado de ótimas intenções, já que, de fato: (a) o julgamento em ordem cronológica dos processos é imperativo de igualdade (art. 5.º, *caput*, da CF/1988); (b) a regra impedirá que o julgamento siga ordem distinta considerando as partes envolvidas (e sua eventual capacidade econômica ou política), ou mesmo a *influência* ou o *prestígio* do advogado atuante; (c) a previsão, igualmente, obstará que os órgãos jurisdicionais venham a preterir os processos mais complexos em favor dos processos mais simples, de fácil resolução; e (d) por conseguinte, a disposição contribuirá para debelar a morosidade do processo, já que as causas mais complexas receberão tratamento em tempo semelhante ao das mais simples. *O que, entretanto, aparenta ser um avanço (e é prometido e aplaudido como tal), causará infundáveis problemas práticos, principalmente em 1.º grau de jurisdição, havendo real risco de a novidade prejudicar a prestação do serviço público jurisdicional.* Conforme dados do TJSP – que serve de base diante da magnitude do seu acervo no universo Judiciário brasileiro –, mais de 50% das unidades de 1.º grau no Estado de São Paulo têm competência cível cumulativa (cível em geral, empresarial, falência, consumidor, além dos processos relativos à Corregedoria dos cartórios extrajudiciais), grande parte delas, inclusive, também com competência para os feitos de Família, Criminal, Infância e Juventude, Execução Fiscal, Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública etc. Em outros termos, sendo notório que São Paulo é o Estado brasileiro com a maior interiorização da Justiça, possível afirmar que no Brasil bem mais do que metade das unidades jurisdicionais em 1.º grau de Jurisdição são cumulativas, competentes para julgar desde os conflitos mais simples aos mais complexos. Então, o primeiro problema com a ordem cronológica surgirá em se saber – à míngua de regra clara, se ela vale apenas para os processos estritamente cíveis, ou se ela se estenderá nessas varas cumulativas, também, para os processos de natureza infracional, administrativa (dúvidas, pedidos de providência, retificações de registro) e seguintes do rito dos Juizados (Cíveis, Federais e da Fazenda Pública). Há como se definir uma ordem cronológica sem considerar esse componente na equação, mesmo considerando as exceções já contempladas no dispositivo? O segundo problema é o da regra aumentar o mal que exatamente visa combater: a morosidade. Pois não há como se negar que, com a novel disposição, o aporte para julgamento de causas mais complexas (*v.g.* uma ação societária, uma ação civil pública ou de improbidade administrativa) impedirá o julgamento de questões mais simples, cuja rápida solução é de manifesto interesse social (causas previdenciárias, que envolvam alimentos, execuções, despejos e procedimentos de jurisdição voluntária em geral, tais como interdições, alvarás para levantamento de valores etc.). Ainda que o § 2.º do art. 12 estabeleça exceções ao julgamento por ordem cronológica; e que no estertor dos

Se, por outro lado, adotasse-se a eficiência qualitativa, poder-se-ia observar, por exemplo, que o julgamento da complicada demanda coletiva acima mencionada resultaria na satisfação do direito de milhares de pessoas, algo que nem uma centena de sentenças individuais conseguiria atingir.

A “tirania da urgência”, expressão bem cunhada por *François Ost* e mencionada por *Leonardo Faria Schenk*<sup>918</sup>, acaba por resultar na cômoda utilização de incontáveis expedientes que, longe de servirem para tutelar os direitos fundamentais dos jurisdicionados, prestam prioritariamente para que os julgadores resolvam *seus* próprios problemas.

*É aqui, precisamente, que reside a principal hipótese de abuso jurisdicional perscrutada neste estudo: o juiz desleal, em manifesto abuso jurisdicional, busca números, metas estatísticas, produtividade, e se desvia da verdadeira finalidade que o devido processo constitucional consagra para a jurisdição dos tempos modernos, qual seja, a proteção dos direitos juridicamente relevantes.*

A partir dessa – reconhece-se – ousada afirmação, há que se investigar as *principais ferramentas* pelas quais o juiz desleal se vale para atingir a finalidade que *lhe* convém, até mesmo para que, se for o caso, ainda que a *contrario sensu*, possa se encontrar o modo não-abusivo do exercício da prestação jurisdicional.

Vejam-se, uma a uma, com o vagar necessário.

#### 6.1.1 A síndrome dos modelos pré-concebidos (ou o “princípio do recorta e cola”<sup>919</sup>)

---

debates na Câmara tenha sido inserida uma louvável exceção genérica (IX – a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada); elas podem não ser suficientes para contornar o eventual mal provocado pela disposição. Só quem efetivamente milita no foro sabe o que representa para o jurisdicionado a rápida solução de certos conflitos de menor complexidade não contemplados pelas exceções legais. E tudo sem contar que no estabelecer o julgamento por cronologia, o legislador projetista desconsidera – por completo –, que há causas a merecer reflexão mais demorada do magistrado, bem como outras que a própria postergação da intervenção judicial é necessária para que as partes reflitam melhor sobre o conflito e, muitas vezes, alcancem a autocomposição”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Pontos e contrapontos sobre o projeto do Novo CPC. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 950, p. 17-36, 2014. Destaques acrescentados).

<sup>918</sup> SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos...*, ob. cit., p. 135.

<sup>919</sup> Fazem menção a tal “princípio”: ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. As dimensões do tempo no processo civil: tempo quantitativo, qualitativo e a duração razoável do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, p. 329-ss, 2013.

A primeira e talvez mais conhecida das *ferramentas desleais* se origina do *mau uso* das benesses tecnológicas que a modernidade trouxe à sociedade e, claramente, também ao Poder Judiciário. Teria ares de obviedade dissertar sobre a verdadeira revolução que a informática impingiu à tramitação dos processos e, mais que isso, à própria forma de se praticar os mais diversos atos processuais; tamanhas foram as vantagens que quaisquer relatos certamente pecariam pela incompletude.

A par disso, a constante troca de textos e arquivos, apesar de agilizar a redação de determinado documento, fez com que todo esse processo se automatizasse de tal forma que, sem exagero, uma peça processual pudesse ser “confeccionada” em poucos minutos. Com isso, os profissionais atrelados ao Judiciário, aos poucos, foram se contaminando pelas chagas da mecanização bur(r)ocrática e, por consequência, perderam seu senso crítico, sua capacidade de discernimento e, sobretudo, deixaram mesmo de se ater às especificidades do caso concreto.

Nessa triste e sombria realidade, inúmeros processos acabam por passar por toda sua tramitação sem que, de fato, um único profissional tenha efetivamente lido, com o mínimo de atenção, aquilo que ali foi lançado.

Quando essas *pragas tecnológicas* contaminam a atuação das partes – algo que, vale frisar, é o que se verifica com mais frequência no cotidiano forense, já que os procuradores dos maiores e mais habituais litigantes<sup>920</sup> são os principais *transmissores* dessa chaga -, mal ou bem o contraditório cumpre a função de mitigá-las; quando, entretanto, elas aparecem a *infestar* as decisões judiciais, os remédios disponíveis (recursos e meios autônomos de impugnação) nem sempre surtem o efeito desejado, mesmo porque as instâncias superiores, que deveriam extirpá-las, trabalham exatamente em sentido inverso, fomentando incessantemente o seu crescimento<sup>921</sup>.

---

<sup>920</sup> Impende citar: INSS, União Federal, Fazenda Nacional, Procuradorias Estaduais, Distritais e Municipais, instituições financeiras, operadoras de telefonia e internet, concessionárias de energia etc. Sobre o tema, consulte interessante levantamento estatístico desenvolvido pelo CNJ que enumera os “100 maiores litigantes” do Brasil: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf), acesso em 25 jan. 2015.

<sup>921</sup> Nesse sentido, veja-se relato de *Leonardo Faria Schenk* a respeito do “dia a dia dos Tribunais Superiores”, em que são citados exemplos de julgamentos, em uma única sessão, de quase cinco mil recursos pelo Plenário do STF, o que por faz com que se chegue à conclusão de que nem mesmo um décimo desse montante foi efetivamente lido pelos Ministros julgadores (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária...*, ob. cit., p. 128-135).

Como numa “verdadeira linha de montagem judiciária”, os magistrados prolatam “decisões padronizadas”, dando azo àquilo que *Eduardo Cambi*<sup>922</sup> nominou de “jurisdição pasteurizada”. Nesse cenário, menosprezam-se os casos concretos, avultam-se as arbitrariedades e se escancaram as *prioridades*: pouco ou nada importam os problemas dos jurisdicionados<sup>923</sup>; valem os números de decisões prolatadas que, ao término de cada mês, são apresentadas às instâncias de controle.

Decisões repletas de fundamentações superficiais, abordagens imprecisas e argumentações elásticas surgem, assim, como sintomas da “síndrome dos modelos pré-concebidos”, a qual acomete, lamentavelmente, considerável parte dos julgadores. Como líquido, que se amolda a qualquer recipiente, frases genéricas – no mais das vezes manuseadas por um assessor ou até mesmo um estagiário terceiranista – preenchem decisões judiciais que, *verdadeiramente*, mostram-se vazias de conteúdo.

Assim, por exemplo, pronunciamentos genéricos<sup>924</sup> como (i) “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo porque julgo procedente o pedido”<sup>925</sup>; ou (ii) “assim o decidem, por entender que a d. decisão está correta”<sup>926</sup>; (iii) presentes

<sup>922</sup> “(...) Houve, após a Constituição Federal de 1988, uma explosão de litigiosidade. O amplo acesso à justiça, a princípio identificado com o acesso ao Poder Judiciário, trouxe uma excessiva judicialização de demandas que revelam a ineficiência do sistema judiciário para tutelar os direitos dos cidadãos. Fato que, paradoxalmente, acarretou uma grave ofensa ao próprio acesso à justiça. *A demasiada quantidade de processos em trâmite obriga os magistrados a prolatarem decisões padronizadas, em uma verdadeira linha de montagem judiciária. O compromisso com o caso concreto fica prejudicado diante dessa jurisdição pasteurizada; além de se estimular o arbítrio judicial, perante a deficiência ou a falta de fundamentação das decisões (...)*” (CAMBI, Eduardo. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 237, p. 435-ss, 2014. Destaques acrescentados).

<sup>923</sup> E nem se diga que também assim, em julgamentos acelerados e massificados, faz-se justiça; é óbvio que, decidindo tanto, como se atirando a esmo, vez por outra decisões corretas serão emitidas e os *alvos*, atingidos. No abuso jurisdicional, contudo, esses eventuais acertos soam mais como aleatórias consequências que, propriamente, objetivos almejados.

<sup>924</sup> “(...) *A motivação genérica equivale à falta de motivação* pois, na realidade, o juiz não expressou os fundamentos fáticos pelos quais considerava real a existência de ‘similitude de tempo, de lugar e de modo de execução’, em relação aos crimes pelos quais o peticionário foi condenado e para os quais o peticionário foi condenado e para os quais pedia uma pena unificada”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 257; destaques acrescentados).

<sup>925</sup> O exemplo é de *Nelson Nery Júnior*, que defende haver, nesse caso, nulidade por se tratar de “fundamentação meramente formal”, a qual não se coaduna com os comandos constitucionais, que exigem motivação



(ou ausentes) os pressupostos legais, defiro (ou indefiro) a liminar”<sup>927</sup> ou, ainda, (iv) “por infringentes, rejeito”<sup>928</sup>, de tão corriqueiros, nem chegam mais a causar espanto na doutrina<sup>929</sup> ou na própria jurisprudência<sup>930</sup>.

A ânsia de se livrar do processo – e por agregar mais números em sua conta de produtividade – é tamanha que nem mesmo a desmedida utilização dos modelos padronizados

“substancial”. (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 286).

<sup>926</sup> TJRJ, 10ª Câmara Cível, Des. Rel. José Carlos Varanda, Decisão Unânime, Agravo Regimental no Reexame Necessário n.º 2009.009.01329, j. 30/09/2009, DJ 06/10/09.

<sup>927</sup> A referência é de *Daniel Adensohn de Souza*, que também chama a atenção para as decisões genéricas: “(...) Há, lamentável e crescente, mau vezo pelos juízes de jargões vazios e lacônicos como ‘indefiro por falta de amparo legal’, ou ainda, ‘presentes (ou ausentes) os pressupostos legais defiro (ou indefiro) a liminar’. Mesmo em segundo grau, os tribunais deixam frequentemente a desejar quanto à motivação e à explicitação do raciocínio (...)”. (SOUZA, Daniel Adensohn. Reflexões sobre o princípio da motivação das decisões judiciais no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 167, p. 132-168, 2009, especialmente p. 134).

<sup>928</sup> “Despacho/Decisão. Por infringentes, rejeito. Intime-se. Florianópolis, 04 de novembro de 2009. CLÁUDIO ROBERTO DA SILVA - Juiz Federal Substituto” (AÇÃO ORDINÁRIA Nº 2009.72.00.010279-7/SC, 3ª Vara Federal de Florianópolis/SC, j. 04/11/09; DJe 12/11/09; disponível em: <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=jfsc&documento=2858937&DocComposto=&Sequencia=&hash=4fb19fe22a6c148e2f8e2addeb392062](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=2858937&DocComposto=&Sequencia=&hash=4fb19fe22a6c148e2f8e2addeb392062)>. Acesso em: 25 jan. 2015).

<sup>929</sup> “(...) Poderíamos acrescentar, máxime em tempos de informatização do Judiciário, o caso das sentenças ou decisões ‘padronizadas’, com (aparente) fundamentação tão genérica e imprecisa que se aplica a um grande número de lides semelhantes (...)” (CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 81, p. 220-ss, 1996; destaques acrescentados). No mesmo sentido: “(...) Fazemos, porém, abstração dos motivos: o fato é que essa mal dissimulada aversão costumava levar (e ainda hoje leva) certos magistrados a rejeitar embargos de declaração, mediante decisões padronizadas e de fundamentação manca: não raramente, o juiz ou o tribunal se limitava (ou se limita) a desprover os embargos ‘porque inexistente qualquer omissão, contradição ou obscuridade’. (...)” (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Eles, os recursos, vistos por um advogado (reflexões em matéria de recursos cíveis), *Revista de Processo*, São Paulo, v. 107, p. 258-ss, 2002); “(...) Livre convencimento motivado. O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno jure* (art. 93, IX, CF/1988). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto. (...)” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 340; destaques acrescentados).

<sup>930</sup> “(...) Na verdade, o voto condutor do acórdão atacado pelo especial bem poderia ser aplicado a qualquer caso em que fosse requerida tutela antecipada contra o Poder Público (esta é a única verdadeira discussão travada na origem, o cabimento de tutela antecipada em face do Poder Público), o que bem demonstra que padece a decisão colegiada de grave vício de nulidade – afinal, fundamentação que se presta a tudo justificar nada embasa”. (STJ, 2T., REsp 965.084/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 20/04/10, DJe 07/05/10; destaques acrescentados).

tem sido suficiente. Já há magistrados que<sup>931</sup>, talvez com algum dom mediúnico, além de “decidirem” a contenda, fazem constar na própria decisão que mesmo com a futura e eventual interposição de recursos, seu pronunciamento será “mantido pelos seus próprios fundamentos”<sup>932</sup>. Vale chamar a atenção: além de pouco modestos, os magistrados/videntes assumem ter poderes de prever o futuro...

Como se todo o exposto não bastasse, cabe considerar que, ainda que se admita a utilização de instrumentos decisórios padronizados, impende observar ser indispensável um mínimo de atenção, sob pena de se verificar, conforme bem expõe *Cândido Rangel*

<sup>931</sup> “Decisão liminar/antecipação de tutela (...): 3. Por todo o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela para o fim de determinar que o Estado do Paraná, às expensas da União, forneça ao autor, em 15 (quinze) dias, o medicamento (...). Eventual descumprimento ensejará pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), sem prejuízo das sanções criminais e por improbidade administrativa eventualmente cabíveis. (...) Intimem-se com urgência. *Em sendo interposto agravo de instrumento contra esta decisão, desde já manifesto que a mantenho por seus próprios fundamentos.* No caso de ser interposto agravo retido - ou convertido em agravo retido o agravo de instrumento eventualmente interposto - caberá à Secretaria intimar a parte contrária para contrarrazões, salvo em caso de intempestividade, hipótese que deverá ser certificada. Cumpra-se integralmente esta decisão, exceto se houver ordem contrária da instância superior. 4. Citem-se os requeridos para, querendo, apresentar resposta no prazo legal, oportunidade em que deverão, ainda, especificar as provas que pretendam produzir, justificando sua necessidade. *Cientifique-os de que eventual pedido genérico de produção de prova restará desde logo indeferido.* 5. Após, intime-se a parte autora para que, no prazo de 10 (dez) dias, se manifeste sobre as contestações e para que especifique suas provas, nos moldes supramencionados. 6. Na sequência, voltem conclusos. Curitiba, 24 de junho de 2013. Sílvia Regina Salau Brollo - Juíza Federal na Titularidade Plena” (Ação Ordinária n.º 5023826-16.2013.404.7000/PR, 11ª Vara Federal de Curitiba/PR, j. 24/06/13, DJe 25/06/13; destaques acrescentados; inteiro teor disponível em: <[https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=701372110453748481020000000012&evento=701372110453748481020000000006&key=f4a7f38a7b9fff140346836515881f7373076ce9d0ce2faccacc0e7f262eff82](https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701372110453748481020000000012&evento=701372110453748481020000000006&key=f4a7f38a7b9fff140346836515881f7373076ce9d0ce2faccacc0e7f262eff82)>. Acesso em: 25 jan. 2015).

<sup>932</sup> *Despacho/Decisão*: 1. Trata-se de embargos de declaração opostos no evento 46 por Ruy Rebka Prado face decisão proferida no evento 40, mediante a qual foi rejeitada a impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pelo ora embargante. (...) É o relatório. Decido. 2. Os embargos devem ser conhecidos, porque tempestivos e, no mérito, não estão a merecer acolhida, concluindo-se pela manutenção integral dos termos da decisão guerreada, afigurando-se a inexistência de vícios a ensejar a declaração por meio do presente remédio processual. (...) 3. Ante o exposto, nego provimento aos embargos declaratórios. 4. *Em homenagem aos princípios da instrumentalidade, celeridade e economia processual, caso seja(m) interposto(s) agravos pela(s) parte(s), a decisão restará mantida por seus próprios fundamentos.* 5. Interposto agravo retido ou sendo o agravo de instrumento convertido em retido, caberá à Secretaria abrir vista à parte contrária para contrarrazões e, na sequência, cumprir a decisão agravada. 6. Eventual intempestividade do recurso será oportunamente certificada pela Secretaria. 7. Intimem-se. 8. Decorrido o prazo recursal, voltem conclusos para apreciação do pedido formulado no evento 28. Curitiba, 25 de setembro de 2013. Flavio Antonio da Cruz - Juiz Federal Substituto (Embargos de Declaração em Cumprimento de Sentença n.º 5035359-06.2012.404.7000/PR, 11ª Vara Federal de Curitiba, j. 25/09/13, DJe 07/10/13; destaques acrescentados; inteiro teor disponível em: <[https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=701381159504490941020000000036&evento=701381159504490941020000000020&key=233946acd4f31a17894a2f8c7934d35b73ff152fcb2e506bfbe47fa4148923d8](https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701381159504490941020000000036&evento=701381159504490941020000000020&key=233946acd4f31a17894a2f8c7934d35b73ff152fcb2e506bfbe47fa4148923d8)>. Acesso em: 25 jan. 2015).

*Dinamarco*<sup>933</sup>, “(...) algumas sentenças ou acórdãos, que vez por outra se vêem, julgando uma causa em vez de outra, rejeitando preliminares não suscitadas etc.”, num autêntico reflexo daquilo que o professor paulista chamou de “*coisas do computador*”...

Veja-se, por exemplo, recente acórdão de lavra da 16ª Câmara Cível do TJMG<sup>934</sup>, na qual os desembargadores, mesmo tendo constatado que o magistrado *a quo* se valeu de “elementos de fundamentação estranhos aos elementos da causa”, consideraram que esse fato não merece censura, tendo em vista ser, a “utilização de modelos de sentença”, própria de um “julgamento massificado”, uma “realidade reconhecida inclusive pelo sistema processual”.

Pouco importa se o jurisdicionado tem, de fato, direito material: “recomenda-se”<sup>935</sup>, “para melhor produtividade do Juiz”, dispensar perícias e proferir sentenças com condenações

<sup>933</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Os embargos de declaração como recurso, *in Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 187-203 especialmente p. 192; destaques acrescentados.

<sup>934</sup> “(...) Por fim, quanto à nulidade da sentença por ausência de fundamentação, convém ler a sentença com boa-fé, o que permite a inferência de que a presença de elementos de fundamentação estranhos aos elementos da causa se explica pela utilização de modelos de sentença. Embora a prática receba fundadas críticas, não se pode perder de vista que o julgamento massificado é uma realidade reconhecida inclusive pelo sistema processual vigente (art. 285-A do CPC). Afora um parágrafo, no qual apontada a inconsistência argumentativa, verifica-se que a sentença se mostra adequadamente fundamentada e orientada por firme coerência lógica. Assim, irrazoável nulificá-la por tal argumento, destacando-se, novamente, que prejuízo algum sofrerão as Rés, diante da já anunciada aplicação do art. 249, §2º do CPC. (TJMG, 16ª Câmara Cível, Processo n.º 1.0024.10.180672-7/001, Rel. Des. José Marcos Vieira, j. 11/12/2014, DJ 23/01/2015; destaques acrescentados).

<sup>935</sup> “(...) Parece recomendável, em se tratando de sentença previdenciária, que o Juiz elabore modelos padronizados (ações de concessão e ações de revisão), onde fiquem elencados todos os requisitos e itens que a sentença deve conter: procedência/improcedência, preliminares, pedidos que são atendidos, comandos sentenciários, atualização monetária, juros moratórios, distribuição dos encargos sucumbenciais, fixação dos honorários advocatícios etc. É que como existem muitas ações semelhantes, é conveniente para melhor produtividade do Juiz, que se elabore previamente esta sentença padronizada, contendo todos os possíveis pedidos veiculados pelos autores e questões preliminares que normalmente são suscitadas (prescrição, falta de interesse de agir etc.). Após, o Juiz poderá adaptar o modelo a cada ação, excluindo as partes que não digam respeito àquele autor e fazendo os acréscimos que faltem. É muito comum, embora tecnicamente não seja recomendável, a condenação ser genérica, alcançando todos os autores e relegando para a liquidação de sentença o cálculo dos valores efetivamente devidos aos autores. Nessas hipóteses, embora fosse necessária na fase de conhecimento a realização de uma perícia para averiguar-se se determinado segurado tem direito às diferenças que postula, o Juiz apenas se preocupa com a legalidade ou constitucionalidade genérica da atuação administrativa da Previdência Social. Na liquidação de sentença, posteriormente, é que se verificará se o segurado efetivamente teve prejuízo e será este quantificado, correndo-se o risco de, para alguns autores, encontrar-se valor ‘zero’. Por exemplo, a Súmula 260 do TFR determina que o primeiro reajuste do benefício seja feito de forma integral. Ora, ‘se o segurado se aposentou nos meses de maio ou de novembro, quando vigente o regime de revisões semestrais de salários, não sofreu qualquer prejuízo por ocasião do primeiro reajuste da renda mensal do seu benefício’ (TRF 4.ª R., AC 91.04.19164-1 - RS, Rel. Juiz Ari Pargendler, DJU-II 14.7.93, p. 27.737), nada havendo a ser reparado em relação a esse particular, embora eventualmente a sentença tenha julgado procedente a ação. É que nessas hipóteses, é mais prático evitar-se

genéricas – que vão, obviamente, gerar recursos e contrarrazões também padronizados. Posteriormente, se for o caso, em sede de liquidação, verifica-se a real condição das partes e, se não existirem valores a serem recuperados, extingue-se (?) “o processo por falta de interesse de agir para a liquidação”.

Ironias – e perplexidades – à parte, certo é que, como bem destaca *Leonardo Greco*<sup>936</sup>, “a produção em massa de decisões padronizadas, pouco refletidas e com reduzida probabilidade de serem acertadas” *ameaça profundamente a perspectiva garantística do processo civil contemporâneo*.

Em nome da produtividade, enfraquece-se a produção probatória, banaliza-se a sentença, ofende-se o dever de diálogo<sup>937</sup>, menospreza-se o recurso, malfere-se a coisa julgada, vilipendia-se o processo, *abusa-se da função jurisdicional*.

Mesmo na Espanha, onde o problema, até mesmo pelas diminutas dimensões geográficas e densidade populacional, é infinitamente menor que no Brasil, o legislador já se atentou para o fato, ao prever como “falta grave” a abusiva atitude de se decidir com o fim de gerar fictícios

a perícia na ação de conhecimento, eis que a matéria pode ser enfrentada a partir da questão da legalidade e/ou constitucionalidade dos reajustes que eram procedidos administrativamente pela Previdência Social. Depois, na demanda de liquidação, é que se quantificam os valores devidos. E, em algumas hipóteses, poderá se constatar que efetivamente não existem diferenças, devendo então ser extinto o processo por falta de interesse de agir para a liquidação. (LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. Vara previdenciária. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 75, p. 101-ss, 1994. Destaques acrescentados).

<sup>936</sup> “(...) Esta perspectiva garantística do processo civil contemporâneo vem sendo profundamente ameaçada ultimamente pelos movimentos de reformas processuais desencadeados em vários países, entre os quais o Brasil, ditados preponderantemente pela necessidade justificável de debelar a crise do Judiciário resultante do excesso de processos e de recursos, mas que relegam a segundo plano a função tutelar dos interesses dos jurisdicionados e dos direitos subjetivos agasalhados pelo ordenamento jurídico, de que decorrem a inafastabilidade do contraditório participativo e da mais ampla defesa, e sufocam essas garantias e a preocupação com a qualidade das decisões, em *benefício da produção em massa de decisões padronizadas, pouco refletidas, pouco debatidas e com reduzida probabilidade de serem acertadas, tanto do ponto de vista da justiça processual, quanto da justiça substantiva, ou seja, tanto do ponto de vista do respeito às garantias fundamentais do processo, entre as quais avultam o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, quanto do ponto de vista do resultado, a correta reconstituição dos fatos e a adequada tutela dos direitos subjetivos das partes, através da aplicação da lei ao caso concreto*. (...)”. (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, p. 29-56, 2007; destaques acrescentados).

<sup>937</sup> Como se viu (item 4.2.2.), umas das principais consequências do reconhecimento do princípio de cooperação é a consagração do dever de diálogo. Ao decidir a partir de “fórmulas prontas”, sem se atentar para os argumentos e teses das partes, o juiz se distancia do processo civil cooperativo. Nesse sentido: “(...) se o contraditório significa dever de diálogo e tem por objetivo influir no convencimento judicial, então é evidente que a sua última expressão está na apreciação séria e detida, na motivação da decisão, dos fundamentos arguidos pelas partes em suas razões processuais”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p.128).

incrementos do volume de trabalho em relação com os sistemas de medição fixados pelo Conselho Geral do Poder Judicial (art. 418, n. 16, LOPJ<sup>938</sup>).

Em que pese a introdução de regras mais rígidas pelo Novo CPC (em especial, o inciso III, §1º, do art. 486, PLS 166/2010)<sup>939</sup> para se considerar cumprido o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88), fato é que talvez se fizesse necessário, como ocorreu na Espanha, que o nefasto e atécnico uso do “princípio do recorta e cola” fosse analisado sob o viés do abuso de direito, como aqui se propõe.

Afinal, garantias processuais conquistadas a tão duras penas ao longo dos séculos não podem ser suplantadas pela busca incessante da celeridade e da elevação dos índices de produtividade a qualquer preço. Tais atitudes, ainda que eventualmente compreensíveis diante das enormes cargas de processos a que são submetidos os magistrados, não se coadunam com o devido processo constitucional.

#### 6.1.2 A falta de real interesse na demanda: o descumprimento do dever de engajamento e a ofensa ao processo cooperativo

Outra *ferramenta desleal* da qual têm infelizmente se valido os magistrados está coligada ao descumprimento daquilo que, conforme já se viu (item 2.5.2.2), *Antonio do Passo Cabral*<sup>940</sup> nomeou *dever de engajamento*.

Trata-se, em apertada síntese, de um *manifesto distanciamento* do julgador para com a demanda sob sua apreciação, de modo que atos sejam praticados desnecessariamente ou, quando não tanto, sem que sejam aptos a alcançar todos os resultados possíveis.

Explica-se.

<sup>938</sup> Artículo 418. Son faltas graves: (...)16. Adoptar decisiones que, con manifiesto abuso procesal, generen ficticios incrementos del volumen de trabajo en relación con los sistemas de medición fijados por el Consejo General del Poder Judicial - Ley Orgánica n. 6/1985, de 1 de julho (LOPJ). Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

<sup>939</sup> Art. 486, §1º, inciso III, PLS 166/2010 (versão disponibilizada em 17/dez/2014): (...). § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) *III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (...)*”.

<sup>940</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno...*, ob. cit., p. 234-236.

Como reiteradamente já se afirmou (capítulo 1), a figura de um juiz passivo não se coaduna com a lealdade processual, com o modelo de processo cooperativo e, em fins últimos, com o próprio devido processo constitucional.

*J. J. Calmon de Passos*<sup>941</sup>, antes ainda da promulgação da CF/88, já apregoava a necessidade de um “processo novo, insurgente”, que se assentasse, dentre outros princípios, na “superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apoliticismo, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada”, a qual deveria ser mostrar uma “mediadora confiável tanto para solução dos conflitos individuais como dos conflitos sociais que reclamem e comportem solução mediante um procedimento contraditório, em que a confrontação dos interesses gere as soluções normativas de compromisso e conciliação dos contrários”.

Também *Ada Pellegrini Grinover*<sup>942</sup>, ainda no final do século XX, chamava a atenção para a necessidade de um novo juiz que se compactuasse com a então recente ordem constitucional, a lhe exigir uma “postura de árbitro de controvérsias de dimensões sociais e políticas”, imbuído de uma nova mentalidade, já que a anterior, “conservadora e bastante difusa”, “resulta em tendência ao imobilismo”, numa autêntica “preguiça mental”.

Este novo juiz se afigura, como bem salienta *José Carlos Barbosa Moreira*<sup>943</sup>, em uma exigência do “Estado social de direito”, no qual a sua participação, assim como a de todos os demais sujeitos processuais, mostra-se indispensável.

<sup>941</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. Processo e Democracia, in GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 83-97, especialmente p. 95

<sup>942</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário, in *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 20-28, especialmente p. 25.

<sup>943</sup> “(...) A transição do liberalismo individualista para o ‘Estado social de direito’ assinala-se, como é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das ‘regras do jogo’ e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do ‘social’ também no processo derrui o império do *laissez faire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da ‘divisão de tarefas’ entre as partes e o órgão de jurisdição. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 140-ss, 1985.).

De igual conteúdo é a lição de *Sálvio de Figueiredo Teixeira*<sup>944</sup>, para quem “o Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva”, a demandar que o Judiciário se mostre distante do tempo em que se mostrava “dependente, encastelado e inerte”.

Por tudo isso, e pelo que já se afirmou (capítulo 1, especialmente itens 1.2 e 1.3), deve ser combatida qualquer forma de atuação desinteressada (= não engajada) do juiz para com o processo, de modo que a sua participação efetiva – sem que se prejudique a sua indispensável imparcialidade, por óbvio – seja a regra, e não o contrário.

Nesse diapasão, sem a pretensão de exaurir as hipóteses abusivas<sup>945</sup>, cumpre aqui detalhar algumas situações em que o descumprimento do dever de engajamento pelos magistrados pode ensejar ofensa ao modelo de processo cooperativo (itens 1.2.3 e 4.2) e, conseqüentemente, abuso na prestação jurisdicional.

#### 6.1.2.1 O desperdício abusivo de atividade jurisdicional

---

<sup>944</sup> “(...) O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não é mais visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Foi-se o tempo do Judiciário dependente, encastelado e inerte. O povo, espoliado e desencantado, está a nele confiar e a reclamar sua efetiva atuação através dessa garantia democrática que é o processo, instrumento de jurisdição. É de convir-se, todavia, que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver. O Direito, como disse o grande Benjamin Cardozo, recordando Roscoe Pound, deve ser estável mas não pode permanecer imóvel; como o viajante, deve estar pronto para o amanhã. Esta a missão que nos cabe: criar um novo processo e com ele uma nova ‘Justiça’, para responder aos desafios de um novo tempo. Para isso, além de esforços, talento e uma nova mentalidade, precisamos acreditar e ter esperança (...)”. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania, *in* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [coord.]. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.79-92, especialmente p. 91-92).

<sup>945</sup> *Orestes Nestor de Souza Laspro* (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000, p. 236) e *Helena Najjar Abdo* (ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 186) elencam outras hipóteses de abusos cometidos pelos juízes, como o desrespeito aos prazos estabelecidos por lei e a formação da convicção voltada unicamente a favorecer a comprovação de tese que venha a ser favorável à parte que lhe apraz.

Primeiramente, cabe levantar a inequívoca hipótese de abuso trazida por *Francesco Cordopatri*<sup>946</sup>, conhecida na Itália por *rinvii*, e que se equipara, em certa medida, à “conversão do julgamento em diligência” existente no Brasil<sup>947</sup>.

Nela, o magistrado, em manifesto *spreco di giurisdizione*<sup>948</sup> (=desperdício de atividade jurisdicional), visando unicamente a se afastar da obrigação de enfrentar, verdadeiramente, os autos postos à sua frente, profere despachos evasivos que, aliados à conhecida burocracia judiciária, têm o condão de fazer com que aquela causa complicada saia da conclusão<sup>949</sup> e talvez nem mesmo volte à sua apreciação (já que, nesse ínterim, o juiz pode vir a ser promovido, deslocado para outra comarca ou mesmo se aposentado)<sup>950</sup>.

Ao assim proceder, o julgador resolve, de uma só vez, dois de *seus* problemas: nem deixa o processo imóvel – o que poderia lhe render sanções funcionais -, nem *perde* seu tempo com a análise de uma demanda complexa – o que certamente faria com que seus índices de produtividade numérica experimentassem uma sensível queda (como se viu em 6.1).

Impende esclarecer: os órgãos de controle adotam, como um dos critérios de fiscalização, a inércia da demanda a partir de um determinado número de dias (cem dias em diante, no caso do CNJ<sup>951</sup>, por exemplo). Com o manejo desses despachos burocráticos, o feito raramente fica

<sup>946</sup> “(...) Quanto all’abuso cosiddetto commissivo del giudice, esso è fatto consistere, in buona sostanza, in una forma di spreco o di cattiva funzionamento del processo. Così, sono abusivi i rinvii di udienza a ripetizione, non motivati da richiesta di parte, la compensazione delle spese giuziali in caso di soccombenza del lavoratore, nonostante l’art. 152 disp. att. c.p.c.; l’ammissione di prove inutili o la non ammissione di quelle utili; la sovrabbondanza di motivazione delle decisioni. (CORDOPATRI, Francesco. *L’abuso del processo...*, ob. cit., p. 141-142)

<sup>947</sup> No mesmo sentido: ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 186.

<sup>948</sup> A expressão é de *Vincenzo Panuccio*, citado por *Helena Najjar Abdo*: PANUCCIO, Vincenzo. *L’abuso del processo del lavoro. Il ruolo dei protagonisti. I magistrati*, in *Atti del convegno di studi*. Milão: Giuffrè, 1997, p. 67-68; 71-73; 78-81, *apud* ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 185-186.

<sup>949</sup> Cumpre frisar: essa “saída” deverá ser alvo de criterioso controle sob a égide do *Novo CPC*, sob pena de a obrigação de julgamento cronológico, prevista no (provável) art. 12, restar esvaziada.

<sup>950</sup> “(...) O mesmo se pode dizer do juiz que adia o julgamento de uma causa complexa – escudando-se no argumento do acúmulo de serviço -, na esperança de ser transferido para outra comarca e furtar-se à referida decisão” (ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 167).

<sup>951</sup> Vide o Portal “Justiça Aberta”, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica\\_aberta](http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta)>. Acesso em: 10 fev. 2015.



parado – e portanto, dificilmente poderão ser constatados e sancionados os abusos jurisdicionais - , embora esteja, o processo, em verdade, dando voltas pelo sistema judiciário sem solução.

*Nessa esdrúxula situação, todos se movimentam, a despeito de o processo, contrariando a que sua própria origem etimológica diz<sup>952</sup>, não marchar adiante:* como numa espécie de cadeia entrelaçada, o juiz despacha abusivamente, a ensejar movimentação da secretaria; esta, por seu turno, labora para intimar o advogado (ou o perito, ou o órgão do Ministério Público, ou quem quer que o juiz aleatoriamente tenha escolhido para justificar seu ato procrastinatório), que tempos depois se manifesta, usualmente, por petição, a qual, após dar entrada no setor de protocolo, é enviada à secretaria da vara ou do tribunal, que mais uma vez trabalha para juntá-la aos autos e, feitas todas as certificações necessárias, faz com que a causa retorne ao ponto inicial do círculo burocrático, ou seja, à mesa do juiz.

Um observador interno – como um corregedor, por exemplo –, acostumado aos trâmites do Judiciário, diante desse hipotético caso relatado, não só não enxergaria qualquer tipo de abusividade, como poderia tranquilamente chegar a elogiar (ou até mesmo a premiar) todos os profissionais acima mencionados que labutaram para que os serviços fossem “bem” prestados; por outro lado, um observador externo – como, v. g., as próprias partes –, certamente veria, nessa mesma cena, um entediante e melancólico desperdício de tempo, dinheiro e energias.

De se frisar: assim como na hipótese anterior (6.1.1), também aqui o julgador se valeu, *abusivamente*, do aparato do Poder Judiciário para *solucionar seu próprio problema*, desviando-se da real finalidade da prestação jurisdicional.

#### 6.1.2.2 O desprestígio abusivo para com as audiências judiciais

Outra hipótese de abuso jurisdicional relacionada à falta de engajamento diz respeito às audiências.

---

<sup>952</sup> Do latim *procedere*, processo significa “marchar adiante”, caminhar para frente. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: “Advindo do latim *procedere*, o termo ‘processo’ significa caminhar avante, para frente, pondo-se como antônimo de retrocesso, cujo sentido aponta para caminhar para trás (...)”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a desistência da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 120, p. 42-ss, 2005.).

Como se sabe, um dos momentos altos do processo é, indubitavelmente, o da realização da audiência. É nele que, no mais das vezes, as partes podem *pessoalmente* fazer valer seus argumentos, assistir à administração da justiça, ou, em feliz síntese advinda do direito norte-americano, “*ter o seu dia na corte*”.

Como se tudo isso não bastasse, a participação direta das partes tem a capacidade de aumentar a confiança no Judiciário, na medida em que, por se sentirem verdadeiros integrantes da relação jurídica, os sujeitos parciais da causa tendem a se reconhecer como partícipes, legitimando, conseqüentemente, todo o processo jurisdicional<sup>953</sup>.

Ademais, como principal espaço de diálogo humano no processo, a audiência potencializa o contraditório participativo<sup>954</sup>, permitindo a interação intersubjetiva simultânea entre as partes, seus advogados e o juiz, seja com o objetivo de maximizar as chances de uma resolução amigável, seja para acompanhar e participar da produção probatória, seja para presenciar o julgamento e suas razões de fundamentação.

Não é por outra razão que o legislador previu, na imensa maioria dos procedimentos, a realização de audiências públicas, a fim de que as partes, através do contato imediato com o julgador, pudessem se sentir aptas a influenciá-lo. Nesse ato processual, o magistrado, por seu turno, tem a oportunidade de, como representante do Estado, mostrar aos litigantes – e, por conseqüência, à sociedade – toda a seriedade e sobriedade das regras atinentes ao modo de exercício da função jurisdicional, além de, direta ou indiretamente, incutir no (in)consciente

---

<sup>953</sup> “(...) Finalmente, esse princípio [da oralidade] mostra-se especialmente sólido na sociedade democrática da modernidade, porque se harmoniza particularmente bem com a compreensão do indivíduo como sujeito processual com acesso pessoal ao tribunal, com o princípio da imediatidade e o princípio da publicidade e transparência, bem como, com o modelo de processamento dialógico eficiente (...)” (STÜRNER, Rolf. *Oralidade e escritura no processo civil europeu*. Trad. Ronaldo Kochem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 223, p. 111-ss, 2013.).

<sup>954</sup> “(...) Como modelo, a oralidade define um processo participativo, caracterizado pelo diálogo, pela ética e pela cooperação, no qual o princípio do contraditório assume sua plenitude. Como o processo oral é caracterizado pela audiência, nela as partes podem dispor do máximo de oportunidade de participação que o processo pode lhes oferecer. Tudo realizado instantaneamente, o contraditório começa a ser exercido quando se promove a tentativa de acordo. Em audiência o juiz deve dirigir novas ou pioneiras tratativas da conciliação, buscando não somente a solução para o processo formal, mas aprofundando o diálogo para buscar a pacificação das partes (...)” (CALMON, Petrônio. *O modelo oral de processo no século XXI*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 178, p. 47-ss, 2009.).

coletivo a imagem de que a justiça é idônea, imparcial e capaz de ouvir os argumentos de parte a parte antes de tomar a melhor decisão<sup>955</sup>.

---

<sup>955</sup> “(...) *No nosso tempo, a garantia do efetivo acesso à justiça e o princípio da participação democrática exigem formas processuais que assegurem aos contendores o mais amplo poder de influir eficazmente nas decisões judiciais, o que somente pode ser alcançado através do diálogo humano entre as partes e o juiz, estabelecido presencialmente e com o emprego da palavra oral.* Por outro lado, conforme assinala Cappelletti, a *oralidade* deve ser considerada um pressuposto indispensável da livre convicção e da publicidade do processo. A interdependência entre a livre convicção e a oralidade fora várias vezes ressaltada por Chiovenda. *A oralidade cria a atmosfera necessária para a atuação da livre convicção, pela singeleza e espontaneidade dos atos de produção das provas, favorecendo a sua apreciação através de uma metodologia concreta e empírico-dedutiva.* E quanto à *publicidade*, entendida como a principal garantia de uma justiça democrática, protetora da liberdade individual contra todas as formas de autoritarismo, pressupõe indissociavelmente a oralidade, porque somente um julgamento oral pode ser realmente um julgamento aberto ao público, pois confere a qualquer cidadão o acesso imediato a todos os fatos e circunstâncias determinantes da formação da decisão, gerando no juiz, que a elabora, a consciência do controle a que está submetido e que será fator refreador de qualquer ímpeto de arbítrio ou de autoritarismo. Mas ainda que se proclame a oralidade como essencial a um processo humanizado, não é possível ignorar que na sociedade moderna a prova documental tornou-se o principal e, muitas vezes, o único meio de prova adotado na grande maioria das relações jurídicas, especialmente naquelas que possuem algum conteúdo econômico. E na sociedade massificada, os produtos e serviços postos à disposição dos consumidores são objeto de milhares de negócios jurídicos padronizados e praticados sem qualquer influência de circunstâncias de caráter pessoal dos respectivos sujeitos. Quando surge uma controvérsia sobre um desses negócios, em geral os produtores e fornecedores adotam comportamentos e reações igualmente padronizados e preestabelecidos, pouco importando a identidade das pessoas que os representem em juízo. Vivemos o paradoxo de buscar uma justiça mais humana para servir a uma sociedade desumanizada, cujos cidadãos são freqüentemente identificados por números ou por senhas, preferindo, ao diálogo espontâneo com o outro contendor e com o juiz, a couraça de proteção da prova documental preconstituída. Procedimentos puramente documentais, como o mandado de segurança e a ação monitória, necessários para enfrentar o chamado contencioso de massa, e procedimentos em que a única prova requerida e produzida pelas partes é de fato a documental, ganham importância crescente na vida moderna. A celeridade do processo, que foi na época do Código austríaco um dos fatores determinantes da adoção da *oralidade*, hoje se realiza com mais eficiência em procedimentos exclusivamente escritos. Por outro lado, o excesso de processos que os juízes devem julgar, levam os e aos advogados, com apoio na doutrina, a preferirem, nas questões mais complexas em matéria de fato ou de direito, a adoção da forma escrita, para que os argumentos possam ser considerados com mais cuidado e precisão. A forma escrita define com mais clareza os elementos individualizadores da demanda, permite a elaboração mais serena e meditada das argumentações jurídicas e documenta os atos relevantes com mais perfeição. *Entretanto, a excelência da oralidade é inigualável no plano da cognição aprofundada e completa sobre os fatos e as provas. E é justamente nesse plano, pois a atividade do juiz na execução é eminentemente prática, que a oralidade é imperiosa. Nenhum outro ato oferecerá ao juiz elementos de convicção mais seguros e completos para a seleção das providências concretas a serem determinadas no processo de execução, do que uma audiência oral. Por outro lado, a audiência oral é uma exigência humanitária decorrente do princípio da participação democrática, como instrumento ideal para que as partes possam influir eficazmente na elaboração das decisões pelo juiz, através do diálogo direto e espontâneo que instaura,* conforme já assinala ao tratar do princípio do *contraditório*. Por isso, ainda que quantitativamente, possa existir na execução um número maior de atos escritos, as decisões mais graves de intervenção na esfera de liberdade patrimonial do devedor, as providências cruciais, devem ser antecedidas de audiência oral. As partes podem dispensar essa oportunidade de contacto imediato com o juiz, mas se uma delas a requerer, não pode o juiz recusá-la (...)” (GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 94, p. 34-66, 1999. Destaques acrescentados).

A oralidade, tão bem estudada por *Mauro Cappelletti*<sup>956</sup> – notadamente a partir de sua exposição no VIII Congresso Internacional de Direito Comparado, organizado pela Academia Internacional de Direito Comparado, em Pescara (ITA), entre 29 de agosto e 5 de setembro de 1970 –, encontra na audiência seu ápice, sendo responsável, dentre outras vantagens, por aumentar exponencialmente o número de soluções consensuais ou negociadas, além de auxiliar na redução de demandas e defesas frívolas ou manifestamente inadmissíveis<sup>957</sup>.

Em síntese: acompanhando de perto o processo, o juiz, no momento da audiência, consegue, a um só tempo, não apenas se legitimar perante as partes (e à sociedade) como, e principalmente, delinear com melhores condições o processo para o qual ele foi designado, evitando, ademais, como bem salienta *Michele Taruffo*<sup>958</sup>, que abusos sejam praticados por litigantes ímprobos.

Todas essas vantagens, entretanto, não vêm conseguindo *seduzir* boa parte dos magistrados, que têm se mostrado incrédulos dos benefícios ocasionados pela realização de audiências, vislumbrando, aí, apenas uma etapa desnecessária do processo. Essa descrença, infelizmente, tem gerado nos juízes atitudes como a não-designação de audiências (como, por

<sup>956</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure orale et procédure écrite*. Milano: Giuffrè, 1971. Do mesmo autor, também a abordar a oralidade: Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 65, p. 127-ss, 1992.

<sup>957</sup> “(...) 'La oralidad - sigue De Pina - no es recomendable tan solo desde un punto de vista técnico... sino también teniendo en cuenta la influencia que ejerce en la moralización del proceso...' 'En el proceso oral... no hay lugar para las chicanas. En este sentido influye poderosamente en la moral procesal. Mediante la oralidad, los procesos maliciosos o dilatorias son inútiles y, consiguientemente no existen. 'La oralidad - continúa De Pina -, que supone el contacto directo entre cuantas personas intervienen en el proceso... constituye una serie de obstáculos al éxito de las maquinaciones fraudulentas o dolosas que en él puedan intentarse. Por muy escasa que sea la experiencia del juez y su conocimiento de los hombres, en un sistema como el oral, en el que el principio de la intermediación se manifiesta en forma rigurosa, le será siempre bien fácil, no solo darse cuenta de la disposición de ánimo de los personajes que desempeñen algún papel en el drama del proceso y de sus cualidades éticas, sino también influir en ellos, dándoles, con una conducta diligente y ejemplar, la sensación de que una falta de *probidad* no solo habría de ser ineficaz, sino advertida a tiempo y sancionada oportunamente con todo el rigor da la Ley. (FAIRÉN GUILLÉN, Victor. La humanización del proceso: lenguaje, formas, contacto entre los jueces y las partes desde Finlandia hasta Grecia. *Revista de Processo*, São Paulo, , v. 14, p. 127-ss, 1979.).

<sup>958</sup> “(...) Un altro esempio potrebbe essere quello della deduzione di prove repetitive, irrilevanti o su fatti non contestati, effettuata con la finalità di moltiplicare le udienze istruttorie, ma anche qui l'abuso può essere più apparente che reale: se il giudice esercita correttamente e tempestivamente il suo potere di escludere prove irrilevanti o dedotte su fatti pacifici, e di ridurre le liste testimoniali sovrabbondanti, nonché il potere di evitare l'assunzione di prove divenute superflue, il fine dilatorio che potrebbe aver motivato quella deduzione istruttoria viene completamente frustrato (...).” (TARUFFO, Michele. L'abuso del processo: profili generali..., ob. cit., p. 34).

exemplo, permite o art. 331, CPC/73), ou, em outras hipóteses em que a lei não faculta tal dispensa, o manifesto desdém do julgador para esse ato de tamanha importância.

É bem verdade que muito desse desprestígio das audiências se deve, como exposto no tópico anterior, à pressão advinda das metas de produtividade impostas aos magistrados, que se acabam dela se valendo para adotar a cômoda posição de (re)produzir decisões em vez de se envolverem, verdadeiramente, na condução de uma audiência que possa se estender por horas a fio.

Nesse cenário, a cooperação intersubjetiva se enfraquece, vez que poderes-deveres como os de advertência e de auxílio, que têm na audiência um dos palcos primordiais de atuação, acabam tendo seu potencial reduzido drasticamente.

Afinal, sem a audiência e, conseqüentemente, sem o contato real e imediato com as partes e seus procuradores, o juiz, ciente da burocracia que todo o procedimento por escrito demanda<sup>959</sup> (v. g., elaboração de decisão, publicação, intimação das partes, aguardo do prazo regulamentar, protocolo e juntada da petição de esclarecimento, retorno dos autos às suas mãos para conclusão) e, ainda, premido pela imperiosidade de obter resultados estatísticos para sua “conta”, acaba, por exemplo, cedendo à tentação de julgar com base nos elementos já existentes nos autos, frequentemente sem que seu convencimento esteja definitivamente formado.

Mesmo quando a realização das audiências se mostra “inevitável”, os abusos jurisdicionais permanecem. No mais das vezes escudando-se nas reiteradas escusas de falta de estrutura e/ou de tempo em virtude da imensidão do número de processos, diversos magistrados adotam a *desleal* postura de comparecer às audiências sem que uma mínima leitura dos autos tenha sido por eles realizada.

Nessa perspectiva, ou o magistrado busca atrasar o início da audiência para que possa pelo menos folhear os autos (o que, logicamente, prejudica a vida das partes, de seus advogados e de todos os que virão a participar daquele ato, como testemunhas, prepostos e peritos), ou ele sequer tem essa preocupação, deixando para se inteirar do feito, sem nenhum pudor, diante de todos os presentes, em meio à realização do ato.

---

<sup>959</sup> No processo eletrônico, a realidade não é muito diferente, em que pesem alguns atos burocráticos (como o protocolo, por exemplo) serem, obviamente, mais céleres que nos processos “físicos”.

Tanto na primeira como na segunda hipóteses, por mais experiência e capacidade técnica de que disponha o juiz, dificilmente ele irá conseguir depreender por completo a celeuma ali estabelecida, sendo corriqueiro, inclusive, que o magistrado não se valha de seus poderes-deveres característicos da cooperação exatamente porque *não sabe do que se tratam os autos*.

Sem o controle do julgador – que, vale recordar, pelo art. 125, CPC/73, é (ou deveria ser) o condutor do processo –, as desigualdades tendem a aflorar, já que muito provavelmente a parte mais favorecida economicamente, acompanhada de melhores e mais habilidosos advogados, irá conseguir atrair a atenção para seus pontos de interesse<sup>960</sup>.

Observe-se, por exemplo, o dever de esclarecimento, já exposto no item 4.2.2.a. Quando o julgador vai à audiência e pouco sabe dos autos, o mais corriqueiro é que ele se omita diante das suas iniciativas probatórias, permitindo, passivamente, o transcorrer da audiência, até mesmo para que não venha a expor, aos presentes naquela sessão, seu desconhecimento da causa. Afinal, como é cediço, quanto menos se fala, menos se compromete...

Posteriormente, quando do momento decisório – oportunidade em que, usualmente, o magistrado vai realmente tomar pé do processo, ele percebe que determinado fato não teria restado provado, ou que dada resposta de certa testemunha se mostrou incompleta, “descobertas” essas que o colocam em uma encruzilhada: se admite que somente agora se apercebeu da necessidade da realização de novas provas, praticamente *confessa* que, no momento da audiência, detinha pouco ou nenhum conhecimento da causa, o que, obviamente, não lhe apetece facilmente; se, entretanto, nega a reconhecer sua própria ignorância dos autos, a saída é ainda mais tentadora: julga-se a demanda com arrimo nas presunções relacionadas aos ônus probatórios previstas no art. 333, CPC/73, utilizando-se, como pretexto a encobrir seu equívoco, um suposto prestígio à celeridade.

Veja-se: em quaisquer das duas hipóteses, o *processo justo* restou abandonado: no primeiro caso, a falta de lealdade do juiz para com as partes e seus procuradores foi diretamente

---

<sup>960</sup> “(...) Observe-se que este tipo de atuação assistencial do juiz favorece o que a doutrina moderna chama de igualdade de armas no processo civil. A parte financeiramente mais débil, que não possui recursos para contratar bons escritórios de advocacia, vê-se assistida pelo juiz de forma a propiciar a diminuição do abismo que a separa de uma atuação eficaz. A ampliação dos poderes do juiz propicia a justiça social, desde que, evidentemente, não se choque com os direitos fundamentais do cidadão (...)”. (GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*, in *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 183-198, especialmente p. 187).

responsável por atrasos na escorreita entrega da prestação jurisdicional; no segundo, por sua vez, o problema é ainda mais grave, na medida em que o juiz prefere se valer de meras presunções legais para resolver uma demanda que, se bem gerida fosse pelo seu julgador, poderia ensejar uma verdadeira e bem fundamentada decisão meritória<sup>961</sup>, na qual as alegações e provas de parte a parte seriam analisadas para que, posteriormente, fosse tomada a melhor e mais justa decisão possível.

### 6.1.2.3 A tolerância abusiva com as atuações desleais dos sujeitos processuais parciais

A última hipótese abusiva aqui destacada, que se relaciona com o descumprimento do dever de engajamento, diz respeito ao próprio princípio da lealdade, porém em relação aos demais sujeitos do processo, mais especificamente quanto à litigância de má-fé<sup>962</sup>.

Explica-se.

---

<sup>961</sup> “(...) Todo provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentando justificação suficiente do seu conteúdo e evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes. *A motivação atende a dupla exigência. De um lado, as partes e o público têm o direito de conhecer as razões que sustentam a decisão e de verificar se essa fundamentação é logicamente consistente e se é capaz de convencê-los de que o juiz empenhou-se para que a decisão fosse a mais acertada e a mais justa possível. De outro lado, o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes, porque somente assim terão estas a certeza de que o contraditório participativo foi respeitado, ou seja, de que o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para influir na sua decisão.* Não é certo dizer que uma fundamentação racionalmente consistente atende à exigência de motivação. Isso não basta. É preciso demonstrar que todas as alegações, fatos e provas potencialmente relevantes foram examinados. O Tribunal Constitucional da Espanha, em duas ocasiões, invocando violação do princípio da congruência como componente da garantia da tutela jurisdicional efetiva, teve oportunidade de firmar que tal violação ocorre se houve efetiva argüição de questão que constitui fundamento do pedido e o tribunal não lhe deu uma resposta motivada (...)”. (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo...*, ob. cit.; destaques acrescentados).

<sup>962</sup> Não é o escopo da presente Tese discorrer sobre o instituto da litigância de má-fé em si. Sobre o tema, remete-se o leitor interessado: ANDRADE, Valentino Aparecido de. *Litigância de Má-Fé*. São Paulo: Dialética, 2004; CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011; DANTAS, Rodrigo D’Orio. *A litigância de má-fé e a responsabilidade do advogado*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013; GOUVEA, Lúcio Grassi. *A litigância de má-fé no processo civil brasileiro*. 2002. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002.; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. 1. ed. 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011; OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: RT, 2000; SILVA, Paula Costa e. *A Litigância de Má Fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008; SOUSA, Rui Correia de. *Litigância de má fé: colectânea de sumários de jurisprudência*. 2.ed. Lisboa: Quid Juris, 2005; STOCO, Rui. *Abuso de direito e má-fé processual*. 1. ed. São Paulo: RT, 2002.

Como já se afirmou alhures<sup>963</sup>, não é possível falar em processo justo sem a participação proba, íntegra e leal de todos os sujeitos do processo, sob pena de a demanda se tornar um jogo de espertezas ou um “malabarismo processual”, a contribuir para aumentar a já elevada taxa de ineficiência da justiça, incrementando o descrédito do Poder Judiciário<sup>964</sup>.

No atual estágio do estudo do processo, não há (ou não deveria haver) lugar para formalismos vazios, utilização de expedientes burocráticos, prática de chicanas e artimanhas processuais, emprego de “técnicas” duvidosas voltadas à procrastinação da lide e ao atraso no reconhecimento do direito de outrem. Não se deve permitir, dessa feita, que o processo sirva como instrumento de dificuldade ou entrave à satisfação do direito material, através do manejo, por um causídico mais bem preparado<sup>965</sup>, de expedientes obscuros que não se referem à efetiva solução do conflito posto sob análise.

O processo, por conseguinte, não pode ser um palco de horrores, no qual tudo seria permitido a fim de que aquele litigante mais hábil, mais perspicaz ou até mesmo mais ardiloso saísse vitorioso.

Ademais, não pode ser mais entendido, nos dias atuais, como mera *coisa das partes*; suas funções de dirimir conflitos, de fazer atuar a tutela jurisdicional e, principalmente, de servir como mecanismo de concretização de direitos, tornam-no *res publica*, e que por isso mesmo não pode ser deixado, livremente, ao talante das partes<sup>966</sup>. Não mais se tolera que suas regras sejam

<sup>963</sup> FARIA, Márcio Carvalho. O princípio do contraditório, a boa-fé processual, as matérias cognoscíveis de ofício e as decisões judiciais de fixação de honorários de sucumbência, in FUX, Luiz (coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 729-770.

<sup>964</sup> Em Portugal, António Menezes Cordeiro relata que “o prestígio dos tribunais, muito elevado há algumas décadas, tem vindo, segundo as sondagens à opinião pública, a cair permanentemente, ficando abaixo do dos deputados (...)”. (CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé...*, ob. cit, p. 27).

<sup>965</sup> “(...) *la abogacía es un arte en el cual el conocimiento escolástico de las leyes sirve muy poco, si no va acompañado de la intuición psicológica necesaria para conocer a los hombres, y los múltiples expedientes y maniobras mediante los cuales tratan ellos de plegar las leyes a sus finalidades prácticas*. En vano se espera que los códigos de procedimiento, aun los mejores estudiados teóricamente, sirvan verdaderamente a la justicia si no son sostenidos en su aplicación práctica por la lealtad y la corrección del juego por el *fair play*, cuyas reglas no escritas están principalmente encomendadas a la conciencia y a la sensibilidad de los órdenes forenses (...)” (SOLIMINE, Omar Luis Días. *La buena fe en la estructura procesal*, in CÓRDOBA, Marcos M. [Director]. *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 862, Tomo I.).

<sup>966</sup> “(...) Per questo è opportuno aggiungerne altre, concentrando maggiormente l'attenzione sul tema più specifico da trattare, quale l'acquisita consapevolezza che il processo non è solo ‘cosa’ dei soggetti che vi fanno ricorso per



utilizadas ao bel-prazer de seus operadores, sem que se sejam respeitadas as garantias e, principalmente, para o que aqui interessa, o *fair play processual*<sup>967</sup>: só assim se pode falar em *processo justo*<sup>968</sup>.

Nesse diapasão, a maior parte dos ordenamentos mundiais<sup>969</sup> tem se preocupado, em maior ou menor escala, em tentar combater a má-fé no trato do processo, seja disciplinando

ottenere tutela delle loro situazioni giuridiche soggettive lese, ma è anche e prima di tutto una risorsa a disposizione della collettività e quindi espressione di un bene che si può utilizzare senza esaurirne le potenzialità, che devono restare ad appannaggio di tutti coloro che abbiano ugualmente bisogno di tale strumento per risolvere le liti tra loro inserite (...)" (GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo e sanzioni...*, ob. cit., p. 22-23).

<sup>967</sup> “[é] antiga a preocupação com a conduta dos sujeitos da demanda. Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado, no qual o juiz era somente o árbitro, e as partes podiam usar de toda argúcia, malícia e armas contra o adversário para confundi-lo, e se proclamou a finalidade pública do processo civil, passou-se a exigir dos litigantes uma conduta adequada a esse fim e a atribuir ao julgador maiores faculdades para impor o *fair play*. Existe toda uma gama de deveres morais que acabaram traduzidos em normas jurídicas e uma correspondente série de sanções para o seu descumprimento no campo processual. Tudo como necessária consequência de se ter o processo como um instrumento para a defesa dos direitos e não para ser usado ilegitimamente para prejudicar ou para ocultar a verdade e dificultar a reta aplicação do direito, na medida em que este deve atuar em conformidade com as regras da ética. Deveres que alcançam primeiramente às partes, também o fazendo, logo em seguida, aos procuradores dos litigantes e aos julgadores e seus auxiliares.” (MILMAN, Fabio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 32-33).

<sup>968</sup> Nesse sentido, e fazendo referência a Comoglio, Humberto Theodoro Júnior asseverou: “(...) Das garantias mínimas de um processo justo, idealizado pela ciência processual de nossos tempos, COMOGLIO extrai as seguintes consequências, tendo em consideração a valorização do papel ativo confiado ao juiz: a) la "moralización" del proceso, en sus diversos componentes éticos y deontológicos, constituye, hoy más que nunca, el eje esencial del fair trial o, si se prefiere, del 'proceso equo e giusto'; b) El control, bajo el perfil ético y deontológico, de los comportamientos de los sujetos procesales en el ejercicio de sus poderes, ingresa en el área de inderogabilidad del llamado 'orden público procesal', legitimando en tal modo la subsistencia de atribuciones y de intervenciones ex officio del juez; c) El rol activo de este último encuentra una justificación suplementaria, de carácter político y constitucional, en los sistemas judiciales en los que no vengán debilitados, sino más bien se vengán consolidando, el sentido de la confianza y las garantías de credibilidad del aparato jurisdiccional público" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Boa-fé e processo - princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2014).

<sup>969</sup> De igual modo, conforme bem ressaltou Michele Taruffo, o problema do abuso do processo é mundial e, embora seja, em maior ou menor intensidade, previsto na grande maioria dos ordenamentos, as soluções estão longe de serem encontradas. Veja-se: “(...) Se si volge uno sguardo ‘a volo d'uccello’ al panorama dei principali ordinamenti processuali, l'impressione generale che se ne ricava è che il problema dell'abuso del processo sia presente dovunque. Sarebbe tuttavia errato derivare dall'esistenza di una diffusa percezione del problema la conseguenza che esista anche una comune e profonda sensibilità verso gli abusi nell'amministrazione della giustizia, o il convincimento che tutti i sistemi condividano idee comuni e coerenti intorno al significato e all'importanza dell'abuso del processo. Ancora più infondato sarebbe il convincimento che ovunque siano disponibili rimedi efficienti per prevenire e sanzionare gli abusi. In realtà le cose sono - come spesso accade - molto più complicate. Si potrebbe probabilmente dire che nessun ordinamento è completamente indifferente

sanções para os que incorressem nas práticas vedadas, seja utilizando-se de normas-conduta, as quais, nos casos concretos, deveriam ser utilizadas pelo julgador não só como meio de repressão<sup>970</sup>, mas, e principalmente, como prevenção ao abuso<sup>971</sup>.

Ocorre, porém, conforme observou *Michele Taruffo*<sup>972</sup>, a incidência de tais regras, em vários países do globo, não tem se mostrado eficaz, na medida em que, muitas vezes, por se tratarem de normas múltiplas, confusas, dispersas e dúbias, acabam sendo aplicadas por juízes de formas variadas, díspares e com pouca (ou nenhuma) preocupação com o jurisdicionado e a tutela jurisdicional efetiva.

Em verdade, o que se experimenta, lamentavelmente, principalmente nos países da *civil law*, é um processo moroso, intrincado, rebuscado e palco de incontáveis chicanas e armadilhas processuais, as quais, nas mãos de grandes réus, representados muitas vezes pelos mais habilidosos causídicos, têm funcionado como um “salvo-conduto” para a odiosa prática da litigância de má-fé.

---

all'abuso del processo, ma questo è soltanto l'inizio del problema, non la soluzione, poichè i modi in cui la questione viene affrontata sono numerosi e diversi. (...) Di conseguenza, il panorama complessivo dell'abuso del processo è complesso e variegato: l'idea generale è probabilmente presente dappertutto, poichè in ogni ordinamento esiste la tendenza a ritenere che i processi dovrebbero essere condotti in modo onesto e corretto, secondo criteri generali di buona fede e onestà. Peraltro, questa idea emerge in forme molto diverse ed in dimensioni differenti e qualche volta frammentate. Non si tratta quindi di un panorama classico e tranquillo, con linee chiare, colori luminosi e prospettive razionali. Piuttosto, si ha un paesaggio moderno ed in alcune parti astratto o informale, con linee e piani che si intersecano, con variazioni e contrasti, forme e toni di colore diversi, tutti all'interno del medesimo contesto (...). (TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici...*, ob. cit., p. 150-151).

<sup>970</sup> *Paula Costa e Silva*, em sua magistral Tese sobre a litigância de má-fé, abordou as mais diversas formas de tutela do assunto, como, por exemplo, o sistema italiano da responsabilidade agravada, o sistema inglês embasado nas custas processuais, o português da cláusula geral de abuso de direito, dentre outros. Veja-se: SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé...*, ob. cit., especialmente p. 293-ss.

<sup>971</sup> No Brasil, a situação não é diferente, como relata *Petrônio Calmon Filho*, onde “não se percebe que haja confiança no sistema, pois não se leva a sério o tema do abuso processual” e, continua, dizendo que “as disposições legislativas aparentam ser suficientes e perfeitas, mas não são aplicadas na medida da necessidade”, já que, “para ser suficiente, o sistema normativo deveria ser melhor, mas a verdadeira solução está no desenvolvimento de uma cultura favorável”. (CALMON FILHO, Petrônio. *Abuso do processo: relatório brasileiro para as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual Civil*. Disponível em <[http://novo.direitoprocessual.org.br/fileManager/Petronio\\_Calmon\\_\\_\\_Abuso\\_no\\_processo\\_\\_\\_relatrio\\_brasileiro\\_para\\_as\\_XIX\\_Jornadas\\_Iberoamericanas.doc](http://novo.direitoprocessual.org.br/fileManager/Petronio_Calmon___Abuso_no_processo___relatrio_brasileiro_para_as_XIX_Jornadas_Iberoamericanas.doc)>, p. 14-15>. Acesso em: 7 jul. 2014).

<sup>972</sup> TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici...*, ob. cit., p. 150. Do mesmo modo, MILMAN, Fabio. *Improbidade processual...*, ob. cit., p. 2.

A ineficiência no controle da litigância ímproba é tão grande que *Antonio do Passo Cabral*<sup>973</sup> chega a comparar o processo a um “verdadeiro carnaval procedimental”, “onde os foliões, com insaciável volúpia por vitória a qualquer custo, desfilam na avenida com fantasias e alegorias, travestindo suas reais intenções em múltiplos recursos e requerimentos protelatórios, quando não fraudando ou manipulando fatos e documentos”.

Assim, se de um lado há normas brandas, lacunosas e de difícil aplicação<sup>974</sup>, há que se frisar – e aí se insere o cerne deste tópico – que de outro existem magistrados que, seja por questões culturais, seja por infeliz desconhecimento, seja por manifesta e cômoda omissão, seja por abuso jurisdicional, não fazem valer seus poderes contra os abusos processuais, malferindo, desse forma, a própria realização da justiça<sup>975</sup>.

Vale dizer: muitos julgadores, mesmo diante de situações claríssimas de litigância de má-fé (arts. 14 a 18, CPC/73), preferem ignorá-las ao argumento de que o seu respectivo reconhecimento judicial poderia gerar efeitos ainda mais negativos para o bom andamento do direito, já que tal cominação faria nascer, para o litigante ímprobo, um infindável número de recursos exatamente para rediscutir essa condenação, o que acabaria por favorecer o próprio infrator.

Apesar de louvável tal preocupação, ela não se justifica, ou pelo menos não se justificaria se a técnica processual fosse bem aplicada ou, em síntese, *se o juiz efetivamente se engajasse*.

A despeito da ausência de um bom regramento legal para a atribuição dessas sanções (o qual deveria passar pela atribuição, em autos apartados, de um espaço democrático de contraditório que, ao fim e ao cabo, pudesse vir a gerar as sanções respectivas ao litigante

<sup>973</sup> CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever..., ob. cit., p. 70.

<sup>974</sup> *Judith Martins-Costa* traça relevante panorama histórico da “crise da lei”, asseverando que “as leis se multiplicam não só em número, mas na modalidade expressiva e sintática. A sua linguagem ‘múltipla e discordante, prolixa e ambígua, declamatória e programática’ está, enfim, completamente esquecida do desejo voltairiano da lei ‘claire, uniforme et précise’. Afasta-se para longe o mito de uma linguagem unitária, matematizante, desenvolvida segundo regras de interpretação precisas que atuem, para o intérprete, como critérios constantes e unívocos de leitura (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, ob. cit., p. 282).

<sup>975</sup> “(...) Impõe-se tomada de posição a respeito, afastando-se o mal maior que é a apatia no ofício judicante; impõe-se atuação rigorosa em tais casos, acionando-se os arts. 14, 16, 17 e 18 do CPC, no que, em linha adotada pela legislação comparada, rechaçam a litigância de má-fé. (MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. O Judiciário e a litigância de má-fé. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 101, p. 206-ss, 2001.).

desleal), certo é que, mesmo no sistema atual, é possível, com uma pequena dose de boa técnica processual, conjugar o julgamento da causa com a apuração e punição das condutas atentatórias à lealdade processual a impedir, desse modo, que tais atitudes venham a atrasar o andamento do feito.

Nesse sentido, por exemplo, a imposição, em sentença, de uma condenação ao litigante de má-fé poderia ser realizada em um capítulo decisório em separado, no qual a conduta desleal restasse bem delineada, com a respectiva fundamentação devida e as consequências daí decorrentes.

Isso porque, nas pouquíssimas vezes em que há condenações por litigância de má-fé, essas se dão usualmente ao fim da decisão, acompanhadas de uma ou duas linhas de tênue fundamentação. Sem motivação minimamente suficiente, os mesmos habilidosos advogados que conseguiram protelar a demanda até aquele momento, irão se valer desse déficit garantístico (e, porque não dizer, dessa ofensa ao art. 93, IX, CF/88) para conseguir, posteriormente, fazer cair por terra as sanções cominadas pela sentença.

Posteriormente, no caso de interposição de apelação contra essa parcela do julgamento, mais uma vez, a boa técnica deveria acompanhar o julgador<sup>976</sup>: nesse caso, em vez de mecanicamente determinar o envio dos autos ao juízo *ad quem*, o juízo *a quo* deve analisar a decisão recorrida e o recurso respectivo para, se for o caso, admitir o apelo somente no que foi alvo de impugnação, consignar o trânsito em julgado das parcelas não-recorridas e adiantar, desse modo, a futura execução do julgado.

A afirmação parece um tanto óbvia, em decorrência das limitações naturais do efeito devolutivo (art. 512, CPC/73), mas a prática mostra que, após proferir a sentença (e ganhar mais um número em sua conta estatística...), o magistrado parece se esquecer daquele processo, transferindo a sua responsabilidade à instância recursal. Tanto isso é verdade que pronunciamentos de recebimento de recursos, abertura de prazo para resposta e posterior envio dos autos ao tribunal são, em verdade, meros despachos sem qualquer cunho decisório, muitas

---

<sup>976</sup> “(...) a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual, in *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29, especialmente p. 28; destaques acrescentados).

vezes formalizados por decisões padronizadas – algumas exteriorizadas por etiquetas ou carimbos (!) -, nas quais nenhum controle real sobre o âmbito de devolutividade recursal é exercido.

Nessa hipótese, aquele que eventualmente buscar a impugnação recursal apenas com o fito de, ainda mais, protelar o andamento do feito, muito provavelmente se verá desincentivado a fazê-lo, já que seu recurso não terá o condão de, no mérito da causa, causar quaisquer arranhões.

Lado outro, como infelizmente hoje acontece, se o magistrado adota a postura burocrática de admitir o recurso “em seus regulares efeitos, enviando os autos ao tribunal com as respectivas homenagens de praxe”, o *improbis litigator*, ciente desse mau hábito do julgador, vê-se premido a continuar recorrendo, já que sabe que seu apelo, embora manifestamente protelatório, terá força para suspender o cumprimento da sentença e procrastinar a entrega do bem da vida ali tutelado.

Dito de modo diverso: se os juízes exercessem, como deveria, o juízo de admissibilidade recursal – notadamente em primeiro grau de jurisdição – incontáveis recursos manifestamente protelatórios sucumbiriam logo em seus primeiros dias de vida ou, ainda, sequer seriam interpostos, já que os litigantes habituais, acostumados com o dia-a-dia forense, ver-se-iam desestimulados a recorrer.

Seria imperioso que o mesmo ocorresse, *mutatis mutandis*, com o controle do manejo de petições exordiais, incidentes e defesas. Conforme assevera José Carlos Barbosa Moreira<sup>977</sup>, um olhar inicial atento, próximo e comprometido do magistrado poderia eliminar – ou, pelo menos, reduzir – a imensa “carga podre” de processos que passa diariamente pelas mãos de julgadores, assessores e servidores da justiça em geral.

Vale dizer: se o magistrado acompanhasse de próximo o processo, velando por sua tramitação proba e regular, certamente teria muito mais chances de perceber, logo *ab initio*, a prática de atos manifestamente procrastinatórios das partes e de seus procuradores, e poderia, o quanto antes, impedir que os nefastos efeitos da litigância ímproba se manifestassem.

Essa, aliás, é a orientação do STF<sup>978</sup>, que determina que a conduta do litigante de má-fé, seja ele parte pública ou parte privada, deva ser “sumariamente repelida pela atuação

---

<sup>977</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual..., ob. cit., p. 23-24.

<sup>978</sup> EMENTA: (...) PODER PÚBLICO E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que

jurisdicional dos juízes e tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo”.

Demais disso, um juiz realmente presente, engajado e cooperativo conseguiria também, educativamente, em respeito ao dever de advertência (item 4.2.2.b), alertar as partes acerca da possibilidade de determinado ato por elas praticado vir a ser enquadrado como manifestação de litigância de má-fé.

Ao assim proceder, dois benefícios são simultaneamente alcançados: *um*, pois a advertência pode servir para cortar o mal pela raiz, fazendo com que aquele que busca de valer dos benefícios da litigância ímproba venha, desde logo, a repensar seu ato; *dois*, pois ainda que a advertência se mostre infrutífera no desiderato de impedir a litigância de má-fé, tal alerta servirá, posteriormente, para legitimar, ainda mais, a imposição de sanções àquele que litigou de forma irresponsável.

Um alerta, porém, antes de prosseguir, mostra-se imprescindível: afirmar que o juiz deva impedir, o quanto antes, o manejo de instrumentos procrastinatórios, não significa que ele deva se mostrar aprioristicamente desconfiado ou até mesmo preconceituoso a respeito do trabalho das partes e, sobretudo, dos advogados.

Afinal, como bem lembram *Leonardo Greco*<sup>979</sup> e *Piero Calamandrei*<sup>980</sup>, o juiz deve, *concomitantemente*, cumprir seu ofício de preservar a lealdade processual sem molestar os

---

se impõe à observância das partes. *O litigante de má-fé ("improbus litigator")- trate-se de parte pública ou de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo.* O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo, em sua expressão instrumental, deve ser visto como um importante meio destinado a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, achando-se impregnado, por isso mesmo, de valores básicos que lhe ressaltam os fins eminentes a que se acha vinculado. - Hipótese dos autos que não revela dolo processual, embora evidencie precipitação, por parte da União Federal, quanto à utilização do instrumento constitucional da reclamação, eis que a decisão do STF, supostamente desrespeitada, somente veio a ser pronunciada em momento posterior ao da prolação do ato judicial reclamado. (STF, Tribunal Pleno, Rcl 1723 AgR-QO, Rel, Min. Celso de Mello, j. 08/02/2001, DJ 06/04/2001 PP-00071 EMENT VOL-02026-03 PP-00471; destaques acrescentados).

<sup>979</sup> “(...) Ainda que se acredite que a parte sempre queira vencer, não pode o juiz preconceituosamente presumir que para alcançar esse objetivo ela venha a contrariar comandos éticos e jurídicos. A crença na boa fé das partes é um fator importante no respeito aos direitos subjetivos processuais das partes e na busca da justiça substantiva. Para efetivá-la é fundamental a colaboração dos advogados. Calamandrei, mais do que qualquer outro, exaltou a importância para a administração da justiça da presença de advogados competentes, independentes, honestos e dedicados, que exerçam a plenitude de defesa dos interesses dos seus clientes com absoluta lealdade e respeito ao princípio da boa fé”. (GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo...*, ob. cit.).

direitos constitucionais da ação e da ampla defesa, sob pena de, não o fazendo, o processo “se transformar em instrumento de iniquidade, de surpresa e de maldade”<sup>981</sup>.

Outra saída para combater as chicanas processuais – e que infelizmente também é solenemente ignorada pela imensa maioria dos magistrados – está prevista no art. 273, inciso II, CPC/73, com a redação da lei 8.952/94<sup>982</sup>.

Esse dispositivo, que felizmente restou mantido no *Projeto de Novo CPC* (art. 309, inciso I), como bem leciona *Luiz Guilherme Marinoni*<sup>983</sup>, dá ao magistrado a possibilidade (*rectius*, poder-dever) de, verificando abuso de direito de defesa do réu, antecipar os efeitos da tutela de mérito, evitando, com isso, que o bem da vida alvo de disputa naqueles autos permaneça com aquele que procrastina.

Trata-se de uma inteligente alternativa prevista pelo legislador que se funda, basicamente, na noção de que os ônus do tempo processual devem ser suportados por aquele que não tem razão e, sobretudo, por quem se vale de meios ilegítimos para retardar a prestação jurisdicional.

Cumpre ressaltar, ainda, que a conjugação desse dispositivo com o disposto no art. 520, inciso VII, CPC/73, permite inclusive que o recurso de apelação eventualmente interposto pelo

<sup>980</sup> CALAMANDREI, Piero. Carácter dialéctico del proceso, *in* *Proceso y Democracia*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1960, p. 147-174, especialmente p. 164-165.

<sup>981</sup> “(...) a pretexto de reprimir o abuso, o processo não deve se transformar em instrumento de iniquidade, de surpresa e de maldade”. (CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 198).

<sup>982</sup> Comentando, à época, a reforma, escreveu *Cândido Rangel Dinamarco*: “(...) A segunda situação a ser debelada mediante antecipação da cautela consiste no ‘abuso do direito de defesa’ ou no ‘manifesto propósito protelatório do réu’ (art. 273, inc. II). Trata-se sempre de neutralizar os males do tempo. Há demoras razoáveis, ditadas pelo carácter formal inerente ao processo (não formalista!) e há demoras acrescidas pelo comportamento desleal do demandado. As condutas aqui conducentes à antecipação da tutela, não quis o legislador dispensar a *probabilidade do direito* nesses casos (exigência geral no *caput*), mas confirmou a dispensa de situações de perigo *para o direito* como supostos requisitos da antecipação. A celeridade na tutela é em si mesmo um bem”. (DINARMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 148).

<sup>983</sup> “(...) a técnica antecipatória não tem apenas o objetivo de repartir o tempo do processo entre o autor e o réu, mas, antes de tudo, o escopo de inibir o exercício abusivo do direito de defesa. Ora, caso a realização do direito tivesse que ser protelada em virtude de uma defesa indireta infundada, o réu estaria com o campo aberto para abusar do seu direito de defesa (...)”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2007, p. 119).

réu ímprobo seja recebido somente em seu efeito devolutivo, medida que, se implantada, muito provavelmente irá desestimular a atuação recursal de má-fé.

Apesar disso, e mesmo com os esforços do legislador e da doutrina<sup>984</sup>, o que se percebe é um completo desdém, de boa parte dos magistrados, para práticas como as acima mencionadas, até mesmo porque, como já salientado anteriormente, muitos julgadores permitem que o processo transcorra integralmente em brancas nuvens, limitando-se, quando muito, a proferir despachos burocráticos que não lhes tome muito tempo.

Desse modo, o réu, normalmente conhecedor de todo esse cenário, e se aproveitando das lacunas deixadas pelo desinteressado juiz, não pensa duas vezes: protela o máximo que pode, abusando de seus ônus processuais e, mesmo se (e quando) condenado, não se dá por vencido, prosseguindo na senda procrastinatória, já que o – ínfimo – risco de condenações por litigância de má-fé não o esmorece.

A prática do abuso de direito processual, destarte, não pode ser encarada como um jogo em que nunca se perde: ou se “ganha” (quando o abuso vem a gerar efeitos maléficos à parte contrária e/ou à própria efetividade da prestação jurisdicional) ou se “empata” (quando não há consequências efetivas do abuso, mas o litigante desleal, por não ser punido, “deixa o campo” exatamente como entrou).

Nesse cenário, como se vê, a litigância de má-fé passa a ser interessante àqueles que, por razões diversas, almejam desrespeitar a lealdade; sem o efeito preventivo e intimidador da pena, a burla às regras se torna compensadora.

Assim, o total descontrole deontológico do processo por boa parte dos juízes acaba por funcionar como inequívoco incentivo aos abusos; onde não há autoridade, recrudesce a impunidade e fenece a efetividade da prestação jurisdicional.

Portanto, um processo verdadeiramente cooperativo compele o *juiz leal* a adotar uma postura mais ativa e rigorosa na observância fiel dos limites da litigância responsável.

---

<sup>984</sup> “(...) Trata-se de sanção que visa a impedir que os efeitos do *intuito protelatório do réu*, demonstrado no processo pela insuficiência jurídica e fática da defesa apresentada, ocorram efetivamente no processo. Dessa forma, mais do que reprimir a violação dos deveres processuais, a medida permite impedir que os efeitos danosos do ato ocorram no mundo jurídico, ao mesmo tempo em que impõe o dever de colaboração ao réu para o fim útil e rápido do processo (...)”. (VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 134-135).



Para que não restem dúvidas: o respeito à lealdade processual impõe aos órgãos jurisdicionais, quando da identificação do abuso de direito processual, a competente cominação das sanções previstas no sistema, evitando que sua omissão possa ser entendida como beneplácito à improbidade processual. Nesse sentido, embora se referindo ao direito espanhol, *António Maria Lorca Navvarrete*<sup>985</sup>:

Pero, una conclusión no se hace esperar: el respeto a las reglas de la buena fe *no le resulta indiferente al órgano jurisdiccional civil*; pues conjuntamente con la reacción frente a la parte que no respeta las reglas de la buena fe, los órganos jurisdiccionales deben rechazar fundadamente – claro está – las peticiones e incidentes que se formulan con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. En el caso de los *profesionales intervinientes* el órgano jurisdiccional puede actuar dando traslado de la actuación contraria a la buena fe a los colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria.

Há, desse modo, um *dever jurisdiccional de repressão às condutas processuais abusivas*; em uma verdadeira *comunidade de trabalho*, eventuais desvios de conduta não podem ser premiados com um “cheque em branco”, que somente serviria para incentivar o *improbis litigator* a persistir em seu intento abusivo.

Se as razões acima expostas já não fossem suficientes para se justificar a necessária atuação judicial, cumpre recordar o que já se afirmou (item 4.3.4): a posição passiva do julgador na repressão às condutas desleais malfez a efetividade da prestação jurisdiccional, funcionando, aliás, como um dos fatores que prejudicam a duração razoável do processo<sup>986</sup>. Nesse sentido, ainda no final da década de 1990, *Miguel Teixeira de Sousa*<sup>987</sup> já asseverava:

A lentidão processual encontra causas endógenas e exógenas. Como causas endógenas podem ser referidas, tomando como parâmetro o processo civil português no seu estado anterior à reforma, as seguintes: *a excessiva passividade – se não legal, pelo menos real – do juiz da acção; a orientação da actividade das partes, não pelos fins da tutela processual, mas por razões frequentemente dilatórias*; alguns obstáculos técnicos, como

---

<sup>985</sup> LORCA NAVVARRETE, Antonio María. La garantía de acceso a la demanda de tutela judicial efectiva por los particulares: las partes procesales, in *Estudios sobre Garantismo Procesal: El Derecho Procesal conceptualizado a través de la metodología del galantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009, p. 71-79, especialmente p. 78-79.

<sup>986</sup> No mesmo sentido: SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdiccional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 40, p. 9-ss, 2009.

<sup>987</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil...*, ob. cit., p. 49; destaques acrescentados.

atrasos na citação do réu e a demora no proferimento do despacho saneador devida às dificuldades inerentes à elaboração da especificação e do questionário.

É exatamente por esse motivo, aliás, que a Corte de Cassação italiana já decidiu que “o respeito do direito fundamental a uma duração razoável do processo impõe ao juiz evitar e impedir comportamentos que sejam obstáculo a uma rápida resolução do litígio”<sup>988</sup>.

A fim de assegurar, portanto, um “leal desenvolvimento do processo” – continua a Corte de Cassação italiana –, o juiz deve exercer um controle sobre as atividades das partes, em uma forma de “poder de polícia moralizante”, para prevenir ou impedir qualquer atitude desleal ou incorreta de uma parte contra a outra.

Tudo isso se justifica porque, como bem preleciona *Luigi Paolo Comoglio*<sup>989</sup>, o controle da atuação ética e deontológica dos comportamentos dos sujeitos processuais se afigura uma matéria de “ordem pública processual”<sup>990</sup>, a ser exercida, portanto, *ex officio*.

Semelhante opinião tem *Pedro de Albuquerque*<sup>991</sup>, para quem há relação direta entre a proibição da litigância de má-fé e a própria preservação da “soberania dos tribunais, o respeito às suas decisões e o prestígio da justiça”.

<sup>988</sup> Cass. civ., Sez. Un. 3 novembre 2008, n. 26373, citada por GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo e sanzioni...*, ob. cit., p. 42-43, notas de rodapé n.ºs 86 e 87; tradução livre.

<sup>989</sup> “(...) In secondo luogo, la valorizzazione del ruolo attivo del giudice - pur nell'ambito di un processo fondamentalmente basato sul principio dispositivo<sup>32</sup> - comporta questi ulteriori corollari: a) la ‘moralizzazione’ del processo, nelle sue diverse componenti etiche e deontologiche, costituisce, oggi più che mai, il fulcro essenziale del fair trial o, se si preferisce, del ‘processo equo e giusto’; b) il controllo, sotto il profilo etico e deontologico, dei comportamenti tenuti dai soggetti processuali nell'esercizio dei loro poteri, rientra nell'area di inderogabilità del c.d. ‘ordine pubblico processuale’, legittimando in tal modo la sussistenza di attribuzioni e di interventi *ex officio* del giudice; (...)” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 112, p. 159-ss, 2003. Destaques acrescentados).

<sup>990</sup> “(...) A litigância de má-fé surge, por tudo quanto foi apontado, como um instituto processual, de tipo público e que visa o imediato policiamento do processo. Não se trata de uma manifestação de responsabilidade civil, que pretenda suprimir danos, ilícita e culposamente causados a outrem, através de situações processuais. Antes responde a um sub-sistema sancionatório próprio, de âmbito limitado e com objetivos muito práticos e restritos. Trata-se de uma realidade técnica e historicamente explicável”. (CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé...*, ob. cit., p. 59).

<sup>991</sup> “(...) a litigância de má fé se configura como um instituto em que o pretendido não é, ou não é predominantemente, o acautelar das posições privadas e particulares das partes *mas sim um interesse público de respeito pelo processo*, pelo tribunal e pela própria justiça. Conforme referia a propósito Paulo Cunha, num passo recordado também por Luso Soares e Menezes Cordeiro, *todo o processo tende à obtenção de uma decisão donde resulta que em última análise o sujeito passivo da má fé será sempre o tribunal. A proibição de litigância de má fé apresenta, assim, como um instituto destinado a assegurar a moralidade e eficácia processual, porquanto com*

Apesar de toda essa relevância, como bem salienta *Humberto Theodoro Júnior*<sup>992</sup>, percebe-se uma inaceitável tolerância dos juízes para com os abusos cometidos pelas partes e/ou seus procuradores, em uma demonstração inequívoca de lamentável desinteresse do próprio Poder Judiciário para com o processo, seu principal meio de efetivação de direitos.

Mal comparando, essa situação de *desprezo deontológico* se mostra tão esdrúxula como se um motorista passasse a não se preocupar com o combustível de seu carro ou, ainda, um médico negligenciasse a higiene de seus utensílios cirúrgicos.

É verdade, todavia, que o problema não é exclusivamente tupiniquim. Como relatam *Menezes Cordeiro*<sup>993</sup> e *Michele Taruffo*<sup>994</sup>, a leniência dos juízes para com os abusos processuais

*ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça. O dolo ou má fé processual não vicia vontades privadas nem ofende meramente interesses particulares das partes envolvidas. Também não se circunscreve a uma violação sem mais do dever geral de actuar de boa fé. A virtualidade específica da má fé processual é outra diversa e mais grave: a de transformar a irregularidade processual em erro ou irregularidade judicial. (ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos practicados no processo. O abuso do direito de acção e o abuso no processo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 55-56; destaques acrescentados).*

<sup>992</sup> “(...) Infelizmente, a prática forense tem ensinado que nem as medidas preventivas nem as repressivas da má-fé processual são aplicadas com a frequência que seria de desejar-se. Há uma tolerância muito grande por parte dos juízes e tribunais, que, se não anula o propósito ético que inspirou as sérias medidas traçadas pelo legislador, pelo menos minimiza muito o seu desejado efeito moralizador sobre a conduta processual (...)”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-131, especialmente p. 117).

<sup>993</sup> “(...) Perante os abusos de toda a ordem perpetrados nos processos (excessos de linguagem; desconsiderações dirigidas a testemunhas; atos inúteis; diligências dilatórias; enxerto de questões artificiais; discussões sobre pontos que nada têm a ver com a causa; agressividade gratuita), a coberto do garantismo, cabe ao tribunal intervir. *Com demasiada frequência, isso não sucede. O juiz deixa arrastar a causa, levando as partes à progressiva exaustão, em vez de, como muitas vezes se impunha, usar o seu poder legítimo para decidir, com justiça, o que lhe seja colocado*. Insistimos: nenhum verdadeiro profissional do foro, quando consciencioso, ficará jamais ofendido por o Tribunal decidir, cortando a palavra, recusando expedientes e (re)colocando a lide nos carris que lhe compitam (...)”. (CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé...*, ob. cit., p. 25; destaques acrescentados).

<sup>994</sup> “(...) Sin embargo, en un ambiente cultural que parece tener como máxima preocupación no la obtención de grados aceptables de eficiencia en la administración de justicia civil, sino la reducción substancial de los poderes del juez, una evolución en esta dirección no es ciertamente previsible. No debe olvidarse, además, que desde la entrada en vigor del Código de los años 1940-1942, los jueces han subutilizado o no han utilizado en ningún caso los poderes con los cuales estaban – e están – investidos. *Entre los poderes olvidados, se incluyen ciertamente los de procurar un desarrollo solícito y leal del proceso, así que es muy difícil establecer si la responsabilidad de que haya procesos lentos y no siempre leales – que representan un fenómeno frecuente, por no decir normal – se adscribe más a los abogados, que se benefician de una justicia ineficiente y de una ética profesional vaga, o a los jueces, que no se preocupan por ejercer con la efectividad necesaria los poderes dirigidos a asegurar un buen funcionamiento del proceso*”. (TARUFFO, Michele. Elementos para una definición de “abuso del proceso”, in

também se verifica em terras estrangeiras, fato que chega, a um só tempo, a levar a parte vítima dessas deslealdades à exaustão e a prejudicar o bom funcionamento do processo. Essa “globalização”, todavia, não pode servir de escudo ou atenuante para os juízes brasileiros.

Afinal, como já prescrevia *José Olympio de Castro Filho*<sup>995</sup>, ainda em 1955, em matéria de abusos processuais, “(...) *o papel mais difícil, e por isso mesmo, o mais edificante e o mais belo, cabe aos juízes*”, qual seja:

Não tolerar, nem admitir o abuso do direito. Não permitir, com ânimo forte e sem tibieza, que o processo se converta em oportunidade para prejudicar a outrem, fazendo reparar, com equilíbrio e bom senso, os prejuízos causados injustamente. Mas, ao mesmo tempo, precaver-se contra o excesso de autoridade, a mania de enxergar em tudo e em todos uma intenção de prejudicar, ou de mentir, o vezo de encarar cada incidente ou o conjunto dos atos como demonstração de improbidade.

Certo é, portanto, que não se mostra *leal* – e conseqüentemente *justo* – imaginar que questões dessa importância sejam deixadas de lado pelo Judiciário: *omissões dessa natureza configuram, lamentavelmente, inequívocos abusos jurisdicionais*.

Noutro giro: *seja para evitar o aumento de seu trabalho* (como ter de diagnosticar o abuso, trazê-lo aos autos para permitir o debate, reconhecer a sua incidência e fundamentar a decisão que condena o litigante de má-fé), *seja para não se indispor com advogados, procuradores públicos e promotores* (profissionais que, a despeito da opção do sistema processual brasileiro, são verdadeiramente os reais responsáveis – e não as partes – pela imensa maioria dos atos processuais de má-fé), *o juiz, em evidente desvio de finalidade, deixa de exercer seu poder-dever de controle deontológico do processo, tolerando que a litigância ímproba alcance seus objetivos*<sup>996</sup>.

---

*Páginas sobre Justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburro Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 295-309, especialmente p. 309; destaques acrescentados).

<sup>995</sup> CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 199-200; destaques acrescentados.

<sup>996</sup> Nesse sentido, também a reconhecer abuso do juiz quando do não-exercício de seus poderes de prevenção e repressão, veja-se lição de *Michele Taruffo*: “(...) È altrettanto chiaro, peraltro, che se il giudice non provvede in proposito si verifica davvero l’abuso in senso oggettivo, in quanto il procedimento si prolungherà per il tempo necessario per sentire i 200 testimoni, ma in questo caso si potrebbe dire che a commettere l’abuso è – in realtà – anche il giudice, poiché egli non esercita adeguatamente i suoi poteri e – così facendo – permette che la parte consegua il fine dilatorio che si proponeva di raggiungere. (...)”. (TARUFFO, Michele. *L’abuso del processo: profili generali...*, ob. cit., p. 42; destaques acrescentados).

Tal indiferença, além de significar uma inequívoca demonstração de desprestígio para com o próprio Poder Judiciário<sup>997</sup>, aproxima o juiz do ato de litigância de má-fé, como uma espécie de partícipe, algo com o que o *processo justo* não pode coadunar.

Que fique claro: não se está aqui a pregar uma *caça às bruxas*. O controle ético da atuação dos sujeitos parciais deve ser ponderado o suficiente para evitar cerceamentos de defesa, abusos de autoridade ou violações das prerrogativas dos mais diversos profissionais envolvidos na demanda; como preceitua a conhecida máxima aristotélica, *a virtude está no meio-termo*.

O magistrado leal, portanto, deve a um só tempo se preocupar com o seu papel constitucional de guardião das liberdades<sup>998</sup> e, ainda, combater diligentemente a litigância de má-fé.

### 6.1.3 O abusivo trato dos formalismos processuais

A última *ferramenta desleal* digna de realce de que infelizmente tem se valido boa parte dos magistrados está coligada ao abuso das formas processuais.

Como se sabe, “processo é forma”<sup>999</sup>, o que significa dizer que a prévia existência de regras claras atinentes ao seus respectivos atos de instauração, desenvolvimento e extinção faz parte da sua própria essência<sup>1000</sup>.

<sup>997</sup> Nesse sentido, já decidiu o STF, conforme se confirma a partir de trecho do voto do Min. Relator *Cezar Peluso*: “(...) Ao presente recurso, que não traz argumentos consistentes para ditar eventual releitura da orientação assentada pela Corte, não sobra, pois, senão caráter só abusivo. Há, aqui, além de violação específica à norma proibitiva inserta no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, desatenção séria e danosa ao dever de lealdade processual (arts. 14, II e III, e 17, VII), até porque recursos como este roubam à Corte, já notoriamente sobrecarregada, tempo precioso para cuidar de assuntos graves. A litigância de má-fé não é ofensiva apenas à parte adversa, mas também à dignidade do Tribunal e à alta função pública do processo (...)”. (STF, 2T., AgRg no AI n.º 770.181/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/03/10, DJe 26/03/10; destaques acrescentados).

<sup>998</sup> “(...) De outra parte, cabe ao juiz ‘participante’ reprimir a litigância de má-fé, pois, prevalecendo no processo o interesse público na realização da justiça, é dever do juiz evitar que procedimentos escusos tentam alterar o seu destino ou protelar o seu fim. Como é sabido, a evolução da teoria do abuso do direito no processo sofreu um golpe com o advento do liberalismo. Prova disso é ter o Código de Processo Civil francês, de 24 de abril de 1806, deixando de reproduzir as disposições sobre o abuso de direito que o precederam. Atualmente, o art. 18 do CPC dá expressamente ao juiz o poder de condenar, de ofício, a litigante de má-fé. O juiz que não penaliza aquele que mal procede está, na realidade, penalizando aquele que bem procede, o que não só faz desmoronar a ideia de que o processo é um instrumento ético como, também, coloca em risco o princípio da isonomia no tratamento das partes. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo...*, ob. cit., p. 424).

Afinal, como preleciona *Francesco Carnelutti*<sup>1001</sup>, um ato só pode ser considerado jurídico se dele puderem decorrer efeitos jurídicos, algo que, por sua vez, só ocorre se houver determinação de sua forma.

Ademais, sem a forma, nenhum dos sujeitos processuais – e, porque não dizer, nem a própria sociedade – sentiria segurança em submeter seus conflitos à resolução estatal, já que a imprevisibilidade certamente daria ensejo a arbitrariedades de toda sorte. O “formalismo”, como expõe *Enrico Tullio Liebman*<sup>1002</sup>, “representa uma garantia de andamento regular e leal do processo e de respeito aos direitos das partes”.

Assim, trata-se, a forma, de uma preciosa garantia de prevenção contra arbítrios<sup>1003</sup>, assegurando, a um só tempo, imparcialidade<sup>1004</sup>, legalidade<sup>1005</sup> e previsibilidade<sup>1006</sup> ou, em síntese, a proteção ao processo justo<sup>1007</sup>.

---

<sup>999</sup> Nesse sentido, fazendo menção à doutrina de *Couture*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 159.

<sup>1000</sup> “(...) não há ato sem forma, porque é a forma que introduz o ato no processo (...)” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo civil*, v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 326).

<sup>1001</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: “El Foro”, 1997, p. 472.

<sup>1002</sup> “As formas processuais correspondem a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência. Sua escrupulosa observância representa uma garantia de andamento regular e leal do processo e de respeito aos direitos das partes. O formalismo é necessário no processo, muito mais que nas outras atividades jurídicas. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 290, v. I).

<sup>1003</sup> “(...) Así las formas procesales, al imponer un cierto orden y un cierto modo de expresión a las deducciones de las partes y al prohibir al juez que tenga en cuenta las defensas presentadas en formas diversas, aseguran el respeto del contradictorio y la igualdad de las partes; las mismas no sirven, pues, como podrían pensar los profanos, para hacer más complicado y menos comprensible el desarrollo del proceso, sino, por el contrario, para hacerlo más simple y más rápido, en cuanto fuerzan a las partes a reducir sus actividades al mínimo esencial y a servirse de modos de expresión técnicamente apropiados para hacerse entender con claridad por el juez, las mismas, en conclusión, en lugar de un obstáculo para la justicia, son, en realidad, una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales”. (CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996, p. 322, v. I; destaques acrescentados).

<sup>1004</sup> “(...) Pela rígida observância do procedimento na estrutura formal legal, o juiz construirá o mais seguro fundamento para a auréola da imparcialidade (...)”. (TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 108).

<sup>1005</sup> “(...) Os atos processuais pautam-se por regra de tipicidade quanto à respectiva *forma*. A lei processual civil tolera a liberdade das formas, mas apenas para o quê não seja por ela expressamente regulado. Há um modelo legal, e, portanto, a forma dos atos não resulta da criação do juiz, nem da vontade das partes; mas decorre da lei.

Além disso, a forma usualmente está ligada a uma razão de ser, não existindo – ou pelo menos não devendo existir – de modo autônomo, *de per se*. Noutra tom: toda forma constitucionalmente válida encontra uma fundamentação, uma razão de ser, um objetivo pelo qual ela foi criada pelo legislador.

Nesse sentido, por exemplo, a regra formal que limita a atuação do juiz àquilo que lhe foi anteriormente submetido pelas partes (arts. 2º, 128 e 460, todos do CPC/73) significa, no fundo, uma medida de preservação da autonomia da vontade individual perante a tutela do estado.

De mesma sorte, a previsão formal de determinado intervalo de tempo (=prazos) para a prática de um ato processual traduz uma salvaguarda da paz e da tranquilidade do interessado, que nesse interregno poderá se planejar como melhor entender para cumprir o que a lei impõe.

Vê-se, nesses casos, exemplos característicos daquilo que *Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*<sup>1008</sup> nomeou “formalismo-valorativo”, ou seja, aquelas regras relacionadas à forma que representam valores minimamente razoáveis para a sua existência, sob o viés dos direitos fundamentais processuais.

Por outro lado, existem exigências formais que ou nunca tiveram, ou não mais têm, quaisquer justificativas para a sua existência. Nesses casos, fala-se, também conforme *Alvaro de Oliveira*, em “formalismo-excessivo”, isto é, aquele que se consubstancia em supostas obrigatoriedades formais ilegítimas, “ocas ou vazias”, em que não há bem jurídico relevante tutelado.

Isso se justifica na medida em que o procedimento é garantia de legalidade e instrumento de exercício do poder. A forma gera segurança pela previsibilidade quanto ao modo pelo qual o processo há que se desenvolver (...)” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 313, v. I).

<sup>1006</sup> “(...) Bifronte, a norma jurídica submete ao mesmo tempo governantes e o governados, na medida em que, enquanto expressão de poder, define, ao mesmo tempo, os pressupostos que legitimam o seu exercício. Para isso diz o que é proibido, devido ou permitido, traçando pautas que orientam a solução dos conflitos de interesses que se instalarem na convivência humana e não lograrem sua composição por outras instâncias sociais. Assim agindo, empresa a essa convivência razoável segurança e razoável previsibilidade das consequências imputáveis à conduta humana, reduzindo-se, por esse modo, o espaço do arbítrio e a álea do futuro”. (PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. 1. ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 10).

<sup>1007</sup> “(...) o abandono das formas, que o legislador disciplinou para a prática de cada ato, pode lançar os cidadãos na mais completa insegurança jurídica, tornando imprevisíveis as consequências dos seus atos e pondo em risco o respeito às garantias mínimas de um processo justo”. (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v. I. 4. ed., ob. cit., p. 326).

<sup>1008</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil...*, ob. cit., p. 22-ss.

Vale dizer: se a regra formal não encontra um firme suporte jurídico, se ela se apresenta, como disserta *Antonio do Passo Cabral*<sup>1009</sup>, como “a previsão de formas desnecessárias, demasiadas ou inadequadas”, o formalismo acaba por se degradar e desfigurar para um “formulismo”<sup>1010</sup>, deveras pernicioso e que deve ser veemente combatido.

Em que pese essa inequívoca e curial diferença, a prática tem mostrado, já de algum tempo, que boa parte dos julgadores brasileiros ou a desconhece, ou finge ignorá-la, incorrendo em abusos jurisdicionais inaceitáveis, quer na desinibida burla as regras do formalismo-valorativo, quer no demasiado apego ao formalismo-excessivo.

Veja-se, separadamente.

#### 6.1.3.1 Os contornos as formalidades-valorativas: a criatividade processual

A “vocação” dos tempos atuais para a jurisdição<sup>1011</sup> é inquestionável, tratando-se, como bem define *Mauro Cappelletti*<sup>1012</sup>, de uma “uma óbvia banalidade” a afirmação de que os juízes criam o direito; resta, todavia, muito espaço para se investigar os limites dessa criatividade.

É nesse contexto que se inserem, por exemplo, as já mencionadas (item 1.1) críticas às teorias “neoconstitucionalistas”, notadamente diante de uma realidade cada vez mais impregnada de normas abertas e lacunosas, a permitir, por consequência, interpretações judiciais ainda mais “originais”.

Expressões tais como “ativismo judicial”<sup>1013</sup>, “governo dos juízes”<sup>1014</sup> e “juízes legisladores”<sup>1015</sup> permeiam incontáveis estudos, dos mais variados ramos do conhecimento<sup>1016</sup>, encontrando, como visto (capítulo 1), defensores ardorosos de parte a parte.

<sup>1009</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21.

<sup>1010</sup> O neologismo é de *Antonio do Passo Cabral*, baseando-se, ao que parece, na construção de *Roberto Omar Berizonce e Frederick Schauer* (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo...*, ob. cit., p. 21, nota de rodapé n.º. 60).

<sup>1011</sup> PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição, in *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1-32, especialmente p. 2-3.

<sup>1012</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. (Reimpressão de 1999), p. 24-25.



No campo processual, onde a observância da forma, como se viu no tópico anterior, afigura-se tão relevante, o problema se mostra ainda maior. Isso porque, conforme expõe Alois Troller<sup>1017</sup>, as formas representam a “espinha dorsal do processo”, de modo que é através delas que boa parte das garantias fundamentais do processo justo se exteriorizam; eventuais *contornos*

<sup>1013</sup> “(...) O termo ativismo judicial é utilizado sob uma perspectiva crítica de uma ‘nova atuação’ do Judiciário. A certidão de nascimento do termo foi um artigo publicado na revista norte-americana *Fortune*, intitulado ‘*The Supreme Court: 1947*’, do jornalista Arthur Schlesinger Jr., no qual este pontuou a atuação dos juízes da Suprema Corte, dividindo-os entre *ativistas judiciais* e tutores *da autodelimitação*, identificando, ainda, um grupo de *centro*. A expressão – *ativismo judicial* – passou a ser utilizada pelos constitucionalistas norte-americanos sob uma perspectiva crítica, direcionada aos juízes que julgavam em desconformidade com a corrente dominante. No Brasil, ao mencionar ativismo judicial, referimos à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, quer em detrimento do Legislativo, quer do próprio Executivo. Em circunstâncias delimitadas, é normal e admissível o exercício da função jurisdicional pelo Judiciário, mas o excesso repercute no núcleo essencial dos outros poderes (...)”. (PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. As sentenças aditivas na jurisdição constitucional, in FUX, Luiz [coord.]. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 169-222, especialmente p. 172-173).

<sup>1014</sup> “(...) Não devemos, todavia, ignorar ou fingir ignorarmos o fato de que muitos, ainda hoje, nutrem graves objeções contra este novo papel dos juízes. Instrutivo é o famoso livro de Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges* (o governo dos juízes) - 1921; e outrora, os grandes comentaristas ingleses William Blackstone escreveram no século XVIII que ‘the power of Parliament is absolute and without control’ (o poder do Parlamento é absoluto e sem controle) e que ‘to set the judicial power above that of the legislature would be subversive of all government’ (para colocar o poder judiciário acima da legislatura é necessário ser subversivo a todo governo). Se impõe aqui, portanto, aquilo que em outras ocasiões chamávamos de ‘problema formidável’ - *the mighty problem* - da *legitimação democrática* do controle judiciário das leis, e ainda daquele que é o elemento essencial, *sine quo non*, do constitucionalismo moderno, repetidamente acusado, ainda em Países que, como os EUA, o tenham adotado há séculos, de representar um desafio ao caráter democrático do regime. (...)” (CAPPELETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 60, p. 110-ss, 1990.). No mesmo sentido: CAMPILONGO, Carlos Fernandes. Governo representativo versus governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 30, p. 120-ss, 2000.

<sup>1015</sup> CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1993/reimpressão 1999.

<sup>1016</sup> Vejam-se, sem maiores pretensões, alguns exemplos: i) *no direito constitucional*: CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 42, p. 167-180, 2003; ii) *no direito penal*: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, p. 60-ss, 2004; iii) *no direito do trabalho*: JARDIM, Lícia Bonesi. Controle jurisdicional da política pública salarial: o Judiciário e o direito fundamental ao salário mínimo digno. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 143, p. 257-ss, 2011; iv) *no direito ambiental*: MOREIRA, Nelson Camatta *et al.* Política de proteção do meio ambiente, expansão da exploração de petróleo e atuação do Poder Judiciário (ou ativismo judicial?). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 65, p. 59-ss, 2012.; v) *no direito tributário*: TASSARA, Andres Ollero. A crise do positivismo jurídico – paradoxos teóricos de uma rotina prática. *Revista Tributária de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, p. 7-ss, 1992.); *etc.*

<sup>1017</sup> TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil...*, ob.cit., p. 17.

às regras previamente estabelecidas, destarte, podem ensejar lamentáveis equívocos endoprocessuais, e, em fins últimos, ofensa ao devido processo legal.

Vale dizer: não se está, aqui, a defender a cega observância da forma, algo que, como bem coloca *José Carlos Barbosa Moreira*<sup>1018</sup>, pode ser comparada ao encerramento abrupto de uma refeição, despedindo-se os convidados após os aperitivos (=decisão de admissibilidade), sem que se sequer fosse servido o prato principal (= decisão de mérito).

De igual modo, não se busca, com tais afirmações, rechaçar por completo as recentes teorias que pregam a admissibilidade e o posterior regramento da flexibilização procedimental, a fim de que o princípio da adequação possa, de fato, ser implementado<sup>1019</sup>.

*O foco, nesta seara, está na crítica à criatividade processual que ofenda o formalismo-valorativo*, ou seja, aquele que macule as regras formais que se mostrem caras à preservação das garantias processuais e, em fins últimos, à própria prestação jurisdicional justa<sup>1020</sup>.

Explica-se.

Por vezes, premidos pelas desumanas metas estatísticas já referidas, os magistrados tendem a procurar caminhos menos árduos e/ou mais curtos, verdadeiros *atalhos processuais*, sob o pretexto de acelerar a prestação jurisdicional. As razões para tanto, na maioria dos casos, até

<sup>1018</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos, in *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 267-282, especialmente p. 270.

<sup>1019</sup> “(...) Mas o procedimento legal não pode ser rigidamente inflexível, devendo facultar ao juiz uma certa margem de variação para estabelecer a necessária paridade concreta de armas, bem como para possibilitar o cumprimento de todas as atividades tecnicamente mais idôneas para permitir que cada uma das partes faça valer o seu direito ou demonstre a sua procedência. O importante, acima de tudo, é que o procedimento seja previsível, ou seja, que cada uma das partes, ao ditar a sua estratégia de atuação, esteja em condições de prever o desenvolvimento futuro do processo para que o seu desempenho seja o mais eficaz possível e para que, bruscas mudanças de rumo não venham a cercear o seu direito de defesa. A variedade de procedimentos não equivale necessariamente a tratamento desigual, daí o erro de acreditar que a supressão de procedimentos especiais pudesse contribuir para um processo mais justo. O importante é que o procedimento seja adequado à necessidade concreta de tutela jurisdicional efetiva. Se não o for, o juiz deve dispor de meios para ajustá-lo a essa necessidade, desde que preserve o equilíbrio entre as partes e não crie situações absolutamente imprevisíveis para as partes (...). (GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais do processo: o processo justo...*, ob. cit.). Sobre o tema, consulte: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental. Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>1020</sup> “(...) A verdade é que hoje o juiz é chamado a desenvolver funções que, ontem pareciam reservadas a outras instituições. Registra-se, de fato, um considerável aumento dos poderes do juiz, tanto no confronto da legislação quanto da administração. (...) O juiz pode colmatar as lacunas, mas não as fendas, que exigem uma ação do legislador (...)”. (PICARDI, Nicola. *A vocação do nosso tempo para a jurisdição...*, ob. cit., p. 6).

podem se mostrar louváveis<sup>1021</sup>, e humanamente talvez até se justifiquem, já que os julgadores, enquanto membros da sociedade, também têm ciência de que as chagas da morosidade processual prejudicam intensamente os cidadãos.

Sucedee, entretanto, que pelos pendões da economia processual, da celeridade e da efetividade, valorosas regras formais têm sido vilipendiadas, em manifesto abuso de poder-dever jurisdicional.

Veja-se um exemplo, colhido da jurisprudência do STJ, e que certamente tornará mais claro o que se afirma.

Como se sabe, o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (n.º 7347/85, com a redação da lei 9.494/97<sup>1022</sup>) restringe os efeitos da decisão judicial à competência territorial do seu órgão prolator. Em que pesem incontáveis críticas acerca do dispositivo<sup>1023</sup>, certo é que ele passou por todo o processo legislativo e se encontra em vigor.

Ocorre, todavia, que em vez de corajosamente reconhecer a inconstitucionalidade do malfadado dispositivo<sup>1024</sup>, o STJ optou, convenientemente, em dado julgamento, por simplesmente não o aplicar, ao argumento de “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido”<sup>1025</sup>.

---

<sup>1021</sup> É óbvio que isso também pode ocorrer se o magistrado, com interesses escusos, vier a agir mediante dolo ou fraude, a fim de favorecer ou prejudicar alguém, em manifesta ofensa à imparcialidade. Nesses casos, mais que atitudes desleais, estão em jogo medidas ilegais. Não é, claramente, do que aqui se trata.

<sup>1022</sup> Art. 16, lei 7.347/85: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

<sup>1023</sup> *Andre Vasconcelos Roque* analisa profundamente o dispositivo, mencionando as diversas críticas doutrinárias a respeito do malsinado dispositivo. (ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions - Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 520-525).

<sup>1024</sup> “(...) Os dispositivos normativos invocados [Arts. 16, lei 7347/85, e 2º-A, lei 9494/97], que limitam territorialmente a eficácia subjetiva da decisão coletiva, são *inconstitucionais* e ineficazes (...)”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 147-153, especialmente p. 147-148, v. 4; destaques acrescentados).

<sup>1025</sup> “(...) A liquidação e a execução individual da sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC, e 93 e

Vale dizer: em seu voto, o Min. Rel. Luis Felipe Salomão chega a afirmar, expressamente, conhecer a existência de precedentes que buscam “contornar o art. 16 da LACP”<sup>1026</sup>, a demonstrar claramente a percepção existente de que os julgadores, quando bem entendem, conscientemente ladeiam<sup>1027</sup> a norma sem precisar passar por todo o itinerário previsto em lei para tanto (arts. 480 a 482, CPC/73, c/c art. 97, CF/88).

A despeito de ser verdadeiro que esse julgamento foi tomado sob o rito dos recursos especiais repetitivos – o que obviamente faz com seus efeitos tenham força tanto interna como externamente (art. 543-C, CPC/73) –, também é correto afirmar que, tivesse a Corte Especial do STJ reconhecido a inconstitucionalidade do dispositivo, a repercussão desse julgamento seria infinitamente maior.

Da forma como restou decidida a questão, e sendo certo que não há caráter vinculante nem mesmo para as decisões do STJ firmadas sob o rito do art. 543-C, CPC/73, não é exagero pensar que os tribunais locais, os juízos singulares e até mesmo o próprio STJ podem estar – e de fato estão<sup>1028</sup> – adotando posições diversas acerca do mesmo dispositivo, num decisionismo

103, CDC (...))” (STJ, Corte Especial, REsp 1.243.887/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/10/11, DJe 12/12/11, p. 27 do voto do Relator).

<sup>1026</sup> “(...) Finalmente, embora haja doutrina e precedentes que, *para contornar o art. 16 da LACP*, aduzam que o dispositivo somente possui operância quando se tratar de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, sendo inaplicável a direitos individuais homogêneos, o fato é que - para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito - é que está a maior dificuldade de aplicação da norma, porquanto supõem, por definição, titulares indeterminados ou indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, sendo imprópria a cisão dos efeitos da sentença em razão de alegada limitação territorial (...)”. (STJ, Corte Especial, REsp 1.243.887/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/10/11, DJe 12/12/11, p. 21 do Voto do Relator; destaques acrescentados).

<sup>1027</sup> Com pesadas críticas a posições como essa: STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Do mesmo autor: *Senso incomum: Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 20 out. 2014; *Senso incomum: Sempre ainda a dura face do ativismo em terrae brasilis*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-06/senso-incomum-sempre-ainda-dura-face-ativismo-terrae-brasilis>>. Acesso em: 20 out. 2014.

<sup>1028</sup> Veja-se o recente julgamento, realizado pelo próprio STJ (REsp 1.414.439/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 16 out. 2014), em que os efeitos de uma decisão foram limitados aos beneficiários residentes na Região Sul do Brasil, mesmo a demanda tendo sido ajuizada pelo Ministério Público Federal: “PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CÔMPUTO DO TEMPO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE COMO PERÍODO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE INTERCALADO COM PERÍODO DE EFETIVO TRABALHO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. EFEITOS ERGA OMNES LIMITADOS À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. 1. Ação civil pública que tem como objetivo obrigar o INSS a computar, como período de carência,

casuístico que, a um só tempo, acarreta insegurança jurídica, ofende a isonomia e, mais pragmaticamente, faz multiplicar novos recursos e incidentes sobre o mesmo tema.

Cabe ressaltar que, lamentavelmente, os *contornos as leis*, notadamente pelos tribunais, não são novidade. Tanto o é que o STF se viu obrigado a editar a Súmula Vinculante de número 10<sup>1029</sup>, para tentar fazer com que as cortes inferiores respeitem não só a legalidade como, e sobretudo, o procedimento previsto nos arts. 480 a 482, CPC c/c art. 97 da CF/88 para o reconhecimento da inconstitucionalidade de norma. Afinal, estando determinada norma em vigência (*in casu*, o art. 16 da LACP) e, sendo – em tese – facilmente aplicável à hipótese, seu

o tempo em que os segurados estão no gozo de benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez). 2. O acórdão recorrido julgou a lide de modo fundamentado e coerente, não tendo incorrido em nenhum vício que desse ensejo aos embargos de declaração e, por conseguinte, à violação do art. 535 do Código de Processo Civil. 3. É possível considerar o período em que o segurado esteve no gozo de benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) para fins de carência, desde que intercalados com períodos contributivos. 4. Se o período em que o segurado esteve no gozo de benefício por incapacidade é excepcionalmente considerado como tempo ficto de contribuição, não se justifica interpretar a norma de maneira distinta para fins de carência, desde que intercalado com atividade laborativa. 5. Possibilidade de execução da obrigação de fazer, de cunho mandamental, antes do trânsito em julgado e independentemente de caução, a ser processada nos moldes do art. 461 do Código de Processo Civil. 6. *Prevalece nesta Corte o entendimento de que a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97.* 7. O valor da multa cominatória fixada pelas instâncias ordinárias somente pode ser revisado em sede de recurso especial se irrisório ou exorbitante, hipóteses não contempladas no caso em análise. 8. Recurso especial parcialmente provido”. (STJ, 6T., REsp 1.414.439/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 16/10/2014, DJe 03/11/2014; destaques acrescentados).

<sup>1029</sup> STF, Súmula Vinculante n.º 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

*Ad exemplum*, confirmam-se alguns precedentes do STF a respeito: "(...) Discute-se no recurso extraordinário se o acórdão recorrido violou a reserva de Plenário para declaração de inconstitucionalidade de lei (art. 97 da Constituição), na medida em que deixou de aplicar retroativamente o art. 3º da LC 118/2005, como determinam o art. 4º da mesma lei e o art. 106, I, do Código Tributário Nacional. (...) Ao deixar de aplicar os dispositivos em questão por risco de violação da segurança jurídica (princípio constitucional), é inequívoco que o acórdão recorrido declarou-lhes implícita e incidentalmente a inconstitucionalidade parcial. (...) Portanto, ao invocar precedente da Seção, e não do Órgão Especial, para decidir pela inaplicabilidade de norma ordinária federal com base em disposição constitucional, entendo que o acórdão recorrido deixou de observar a necessária reserva de Plenário, nos termos do art. 97 da Constituição". (STF, Tribunal Pleno, RE 482.090, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18.6.2008, DJe 13.3.2009; destaques acrescentados).

"Ementa: (...) 1. A exclusão da ora Interessada do Programa de Recuperação Fiscal foi feita em conformidade com o que dispõe o art. 5º, § 1º, da Resolução CG/REFIS nº 20/2001. 2. A Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no entanto, decidiu que a intimação feita pelo Diário Oficial da União, na forma prescrita naquela Resolução, ofenderia os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e determinou a reinclusão da pessoa jurídica no Programa de Recuperação Fiscal. 3. *O Supremo Tribunal Federal considera declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidí-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.* Precedentes. 4. Configurado o descumprimento da Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal." (STF, Tribunal Pleno, Rcl 7.322, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/6/2010, DJe 13/8/2010; destaques acrescentados)

eventual afastamento deveria se dar, se fosse o caso, mediante o procedimento previsto em lei (CPC/73, arts. 480 a 482), em respeito à cláusula constitucional de reserva de plenário (*full bench*).

*Perceba-se exatamente onde reside a deslealdade:* o legislador, munido de toda a sua legitimidade política, fez positivar um procedimento específico para o reconhecimento da inconstitucionalidade de dada norma por órgãos colegiados (arts. 480 a 482, CPC/73).

Tal procedimento, indiscutivelmente integrante do que se pode chamar de formalismo-valorativo, encontra sua razão de ser não só no texto constitucional (art. 97, CF/88), como se justifica pelos princípios da segurança jurídica e da isonomia, na medida em que, se observado fosse, todos os processos sobre a mesma matéria, que tramitam e que vierem a tramitar naquele dado tribunal, apresentariam idêntica solução. Como se isso não bastasse, reconhecida a (in)constitucionalidade de determinado dispositivo através do procedimento descrito nos arts. 480 a 482, CPC/73, novos processos arrimados na mesma controvérsia seriam decididos mais rapidamente, tendo em vista a fixação da tese pelo órgão colegiado superior (art. 481, parágrafo único, CPC/73)<sup>1030</sup>.

Por fim, mas não menos importante: o procedimento previsto nos arts. 480 a 482, CPC/73, consubstancia uma hipótese de *competência funcional*<sup>1031</sup> para o julgamento da (in)constitucionalidade arguida; sua violação, como reiteradamente afirmado pela jurisprudência<sup>1032</sup>, importa em *error in procedendo*.

<sup>1030</sup> “INCONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTE - DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO - DESNECESSIDADE. Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, *evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito esta na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo*”. (STF, 2T., AI 168149 AgR, Relator Min. Marco Aurélio, j. 26/06/1995, DJ 04/08/95, pp. 22520 ement vol-01794-19 pp-03994; destaques acrescentados).

<sup>1031</sup> Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Arts. 476 a 656). 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35, v. V.

<sup>1032</sup> Nesse sentido, veja-se, *ad exemplum*, julgados da 1ª e da 2ª Turmas do STF, respectivamente: “EMENTA Processual civil - Reclamação constitucional - Acórdão de órgão fracionário que afasta a aplicação de ato normativo - Violação do artigo 97, CF/88 - Ofensa à súmula vinculante Nº 10 - Procedência. 1 - O acórdão do

Apesar disso, o tribunal, cioso de toda a custosa tramitação necessária para a efetivação da cláusula de reserva de plenário, *prefere simplesmente ignorá-la*, exatamente porque, ao assim proceder, consegue não só se *desviar* de todo o trabalho exigido pelo rigoroso procedimento do incidente de inconstitucionalidade, como, e principalmente, pode continuar julgando inúmeros processos como melhor lhe convier, melhorando mais facilmente suas estatísticas.

A esse respeito, a observação de *José Carlos Barbosa Moreira*<sup>1033</sup> não poderia ser mais clara: “(...) Ora, o princípio da economia processual não autoriza órgão algum a postergar formalidade exigida em termos expressos por lei (ou a fortiori, constitucional)”<sup>1034</sup>.

Em síntese: como demonstra a história, e bem salienta *Alvaro de Oliveira*<sup>1035</sup>, quanto mais se intensifica o poder e o arbítrio do juiz, mais se enfraquece o formalismo como meio de contenção.

Em tempos de cláusulas gerais, normas abertas e dispositivos que demandam colmatação, os espaços judiciais se avolumam, sendo certo que somente o respeito leal ao formalismo-valorativo pode ser considerado a saída para que os abusos e arbítrios judiciais não sejam perpetrados.

Tribunal de Justiça, em ação civil pública em que entidade associativa discutia contribuições previdenciárias, considerou não ser aplicável a regra do art. 1º, parágrafo único, Lei nº 7.347/1985. 2- *O Tribunal promoveu verdadeira dicção de inconstitucionalidade da mencionada norma, o que não prescindiria do concurso da chamada reserva de plenário - objeto do art. 97, CF/1988 -, a qual é, por meio direto, protegida pela Súmula Vinculante nº 10.* 3- *É inequívoca a ofensa à autoridade do STF e à eficácia da súmula vinculante, reconhecida quando do deferimento da liminar nos autos.* Reclamação procedente”. (STF, 1T., Rcl 7076/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/09/14, divulg. 13/11/14, DJe 14/11/14; destaques acrescentados); “EMENTA: 1. RECURSO. Embargos de declaração. Caráter infringente. Embargos recebidos como agravo. Declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Não observância do art. 97 da CF/88. Súmula vinculante nº 10. Aplicação. Agravo regimental improvido. *Viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.* 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, c.c. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado”. (STF, 2T., RE 444.054, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/02/2010, DJe-035 divulg. 25/02/2010 DJe 26/02/2010 ement vol-02391-07 pp-01587; destaques acrescentados).

<sup>1033</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários...*, ob. cit., p. 45.

<sup>1034</sup> Vale dizer que o Patrono da *Revista Eletrônica de Direito Processual* ([www.redp.com.br](http://www.redp.com.br)) da Faculdade de Direito da UERJ se referia, ao proferir essa brilhante frase, a outro problema relativo à cláusula de reserva de plenário. Apesar disso, também para o que aqui se afirma ela tem validade.

<sup>1035</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo...*, ob. cit., p. 44.

Para tanto, como já se afirmou (item 2.5.3.1), imperiosa se mostra a observância da função hermenêutica da lealdade processual, a servir como indispensável guia ou farol interpretativo para o magistrado, exatamente como salienta *Marie-Emma Boursier*<sup>1036</sup>.

Nesse sentido, ao adotar a lealdade quando da interpretação das regras procedimentais, ainda que nelas haja – como invariavelmente vai existir – certa dose de discricionariedade, o magistrado deve se indagar se, para buscar os fins justos que ele almeja (v.g., celeridade, economia ou efetividade), está prestes a se valer de um meio também justo.

Noutro tom: como já se salientou, notadamente a partir das lições de *Giulia Bertolino*, *Michele Taruffo* e *Cândido Rangel Dinamarco* (cf. item 1.3.4), buscar a justiça material, em detrimento da justiça procedimental, ainda que a pretexto de “economia”, “celeridade” ou “efetividade (perniciosa)”, também se mostra uma postura desleal, abusiva e ofensiva do processo justo.

#### 6.1.3.2 O apego ao formalismo-excessivo: a jurisprudência defensiva

A outra faceta da moeda, o lado oposto do formalismo-valorativo, é, como já se mencionou, o formalismo-excessivo, aquele no qual as formas, embora existentes, não encontram reais razões de ser, a justificar seu abandono.

São, conforme magistério de *Alois Trolller*<sup>1037</sup>, as situações em que o formalismo “é formado apenas na base abalada dos equívocos científicos e da política judiciária hoje dominante”, quando não existam “bons e convincentes fundamentos de política jurídica” a justificá-lo.

---

<sup>1036</sup> BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté...*, ob. cit., p. 372-377.

<sup>1037</sup> TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo...*, ob. cit., p. 18.



Como já ressaltado alhures<sup>1038</sup>, o aumento estratosférico da litigiosidade, aliado a outros fatores como o incremento exponencial da população, a criação de novos direitos e a facilitação de acesso à justiça, fizeram com que o Judiciário se visse afogado em uma imensidão processual.

A fim de tentar debelar essa crise, diversos expedientes têm sido buscados ao longo das últimas décadas pelos três Poderes constituídos, conforme já se mencionou no item 4.3.2. Nesse propósito, podem ser citadas, como medidas alvissareiras, algumas alterações constitucionais e legislativas<sup>1039</sup>, políticas de incentivo à desistência de recursos por grandes litigantes<sup>1040</sup> e o fomento, pelo próprio Judiciário, às transações, notadamente através de campanhas nacionais de conciliação<sup>1041</sup>.

Mas não é só com boas ideias, infelizmente, que se tem buscado resolver o problema. Criações legislativas<sup>1042</sup> nascidas com o fito de facilitar a tramitação dos processos acabaram por causar, por diversos fatores, o efeito inverso, fomentando incontáveis discussões jurisprudenciais e doutrinárias que, de fato, mais atrapalharam que ajudaram.

---

<sup>1038</sup> FARIA, Márcio Carvalho. *Os requisitos sensíveis de admissibilidade dos recursos excepcionais e o papel dos Tribunais Superiores*. 2009. 316 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

<sup>1039</sup> Por exemplo, a EC 45/04, regulamentada pela lei 11.418/06, que versa sobre a repercussão geral no recurso extraordinário, e a lei 11.672/08, que alterou o procedimento dos recursos especiais “repetitivos”, visando a otimizá-lo (art. 543-C).

<sup>1040</sup> Vide, por exemplo, ações adotadas pela Advocacia Geral da União (<http://www.conjur.com.br/2014-set-29/reduzir-acervo-agu-desiste-448-processos-trf>), pelo Instituto Nacional do Seguro Social ([http://www.conjur.com.br/2006-out-01/inss-desiste-recorrer\\_cerca\\_12\\_mil\\_processos](http://www.conjur.com.br/2006-out-01/inss-desiste-recorrer_cerca_12_mil_processos)) e pela Caixa Econômica Federal (<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI134841,101048-CEF+desiste+de+recorrer+em+processos+de+baixo+valor+ou+de+materia>), três dos maiores litigantes do Brasil, e que geraram o fim automático de milhares de demandas que tramitaram por anos nos escaninhos do Judiciário.

<sup>1041</sup> Nesse sentido, merece destaque a Semana Nacional da Conciliação, promovida anualmente pelo CNJ, cujas informações podem ser consultadas no seguinte endereço: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/semana-nacional-de-conciliacao>, acesso em 15 fev. 2015.

<sup>1042</sup> Vide, por exemplo, o “julgamento antecipadíssimo da lide” (art. 285-A, CPC/73), efetuado pela lei 11.276/06, e a restrição recursal no trato do agravo de instrumento (art. 527, parágrafo único, CPC/73), realizada pela lei 11.187/05. Sobre a primeira alteração, remete-se o leitor interessado para: FARIA, Márcio Carvalho. O julgamento antecipadíssimo da lide, o art. 515, §3º, CPC e o contraditório. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 17, p. 239-274, 2009.

No âmbito do Judiciário – que aqui interessa –, a mais das infelizes práticas é, indubitavelmente, a “*jurisprudência defensiva*”<sup>1043</sup>, que consiste, em poucas palavras, na deliberada – e incentivada – política judiciária, notadamente no seio dos Tribunais Superiores, no sentido de obstaculizar, mediante rigoroso controle formal, o acesso das demandas às mais variadas instâncias.

Sob tal perspectiva, inúmeros são os artifícios adotados pelas cortes brasileiras, dentre os quais, v. g., citam-se: (i) a exigência de ratificação prévia de recursos excepcionais interpostos antes do julgamento de embargos de declaração<sup>1044</sup>; (ii) o rigorismo desmedido no preenchimento de guias de preparo recursal<sup>1045</sup>; (iii) a impossibilidade de correção de eventuais vícios

<sup>1043</sup> Expressão cunhada, pelo que se tem notícia, pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça *Humberto Gomes de Barros*, por ocasião de seu discurso de posse à Presidência daquele Tribunal, em 7 de abril de 2008. Para ele, a jurisprudência defensiva consiste “(...) na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhes são dirigidos (...)”. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16933/1/Discurso\\_Posse\\_Gomes+de+Barros.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16933/1/Discurso_Posse_Gomes+de+Barros.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2013.

<sup>1044</sup> Vide a súmula 418/STJ: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação” (STJ, Súmula nº 418 - 03/03/2010 - DJe 11/03/2010). Vale frisar – e louvar – a recente decisão do STF no sentido de abandonar a ilegal e inconstitucional orientação consolidada na súmula 418/STJ, cuja ementa se transcreve: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – PENDÊNCIA – OPORTUNIDADE. O recurso extraordinário surge oportuno ainda que pendentes embargos declaratórios interpostos pela parte contrária, ficando a problemática no campo da prejudicialidade se esses últimos forem providos com modificação de objeto. (RE 680371 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Relator p/Acórdão: Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 11/06/2013, ac. eletrônico DJe-181 divulg 13/09/2013 public 16/09/2013). Sobre o tema, remete-se o leitor interessado para: FARIA, Márcio Carvalho. *A Jurisprudência Defensiva dos Tribunais Superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 167, p. 250-ss, 2009.

<sup>1045</sup> “PROCESSUAL CIVIL. (...) GUIA DE RECOLHIMENTO DO PORTE DE REMESSA E RETORNO E SEU RESPECTIVO COMPROVANTE DE PAGAMENTO. ILEGIBILIDADE. PEÇA ESSENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE AFERIR A REGULARIDADE DO RECURSO ESPECIAL. PRECEDENTES. 1. A eg. Corte Especial do STJ orienta-se no sentido de que, “a partir da edição da Resolução n. 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da (...) GRU ou de DARF (...), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo”. 2. Com isto, ficou consolidado, no âmbito do STJ, o entendimento de que, em qualquer hipótese, a ausência do preenchimento do número do processo na guia de recolhimento macula a regularidade do preparo recursal, inexistindo em tal orientação jurisprudencial violação a princípios constitucionais relacionados à legalidade (CF, art. 5º, II), ao devido processo legal e seus consectários (CF, arts. 5º, XXXV e LIV, e 93, IX) e à proporcionalidade (CF, art. 5º, § 2º). (...). 3. *Na hipótese dos autos, considerando que o recurso não foi instruído com cópia legível do preparo do recurso especial, que permitisse verificar a indicação do número do processo no Tribunal de origem, é inevitável reconhecer a inviabilidade de conhecimento do apelo especial*. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STJ, 4T., AgRg no Ag 1415318/RS, Rel. Min. Raul Araújo, j. 25/10/2011, DJe 07/12/2011). “(...) Decido. (...) Observo que o REsp está irregular, pois o comprovante de recolhimento juntado aos autos não traz o número do

sanáveis<sup>1046</sup>; (iv) a necessidade, quase obrigatória, de interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário, dada a dificuldade extrema em se definir, exatamente, os contornos da

---

*processo a que se refere* (fl. 384). Tal exigência é respaldada no art. 41-B da Lei 8.038/1990, prevista também na Resolução 20, de 25.11.2004, renovada na Resolução 12, de 7.6.2005, que foi alterada pelo Ato 141, de 7.7.2006, desta Corte, que determina: Art. 2º - Os valores constantes desta Tabela devem ser recolhidos no Banco do Brasil mediante preenchimento de (...) GRU, UG/Gestão 050001/00001, Código de Recolhimento "18827-1- Porte de remessa e retorno dos autos", podendo ser acessada no endereço eletrônico [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), contas públicas, guia de recolhimento da União e anotando-se o número do processo a que se refere, juntando-se comprovante aos autos. Sem a indicação do número do processo, não se comprova que as custas foram recolhidas. Nesse sentido, os seguintes julgados: AGRAVO INTERNO - RECURSO ESPECIAL - PORTE DE REMESSA E RETORNO - INDICAÇÃO DO NÚMERO DO PROCESSO RESPECTIVO - NECESSIDADE. - A GRU de recolhimento do porte de remessa e retorno deve estar preenchida com, no mínimo, o número do processo a que se refere (Lei 8.038/1990, Art. 41-B). Sem tal indicação, não se comprova que as custas do processo foram devidamente recolhidas. (Ag Rg no Resp 980.164, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 25.10.2007). PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – PREPARO IRREGULAR – RESOLUÇÕES 20/2004 E 12/2005 DO STJ. 1. Nos termos das Resoluções 20/2004 e 12/2005 do STJ, o número do processo deve constar obrigatoriamente no DARF (...) ou na GRU (...) sob pena de deserção. Precedentes. 2. Recurso especial não conhecido. (Resp 961.205/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 18.04.2008). *Ressalte-se que a indicação do número do processo na folha em que foi impressa a guia de pagamento eletrônico, feita à caneta pelo próprio recorrente, não supre a exigência, pois não impede a utilização do mesmo GRU para comprovar o recolhimento de custas em outros autos.* Diante do exposto, nos termos do art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial. (...) MINISTRO HERMAN BENJAMIN - Relator (STJ, REsp 1.120.666 – MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 25/02/10; DJ 30/08/10; destaques acrescentados). Sobre o tema, consulte: FARIA, Márcio Carvalho. O formalismo exacerbado quanto ao preenchimento de guias de preparo: ainda a Jurisprudência Defensiva dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 193, p. 231-ss, 2011.

<sup>1046</sup> *Ad exemplum*, veja-se o teor da súmula 115/STJ: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” (STJ, Corte Especial, j. 27/10/1994. DJ 07/11/1994). Sobre o tema, consulte: FARIA, Márcio Carvalho. Mais do Mesmo: os vícios de representação recursais, a impossibilidade de saneamento posterior nas instâncias excepcionais e a Jurisprudência Defensiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 526-544, jul./dez. 2013. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_12a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_12a_edicao.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2014.

ofensa constitucional ser direta ou reflexa<sup>1047</sup>; (v) a imposição de se renovar o pedido de assistência judiciária quando da interposição de recurso especial, sob pena de deserção<sup>1048</sup> etc.

Em síntese, todos esses estratagemas acima mencionados, e outros tantos que os contornos aqui estreitos não comportam, têm o objetivo de ceifar, o quanto antes, mediante juízos negativos de admissibilidade, as demandas submetidas ao Judiciário. Para tanto, uma verdadeira “*brigada protetora*”<sup>1049</sup>, formada por assessores, estagiários e julgadores, tem se valido de uma única – porém eficaz – arma: *o formalismo-excessivo*.

A estratégia, como disserta *Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*<sup>1050</sup>, não é nova. Em outros países, em tempos diversos, também se *abusou* dos rigores do formalismo. A grande diferença – que ainda não foi percebida, lamentavelmente, pelos tribunais brasileiros – é a manifesta ilegitimidade dessa conduta, aqui entendida como “necessária” diante da realidade nacional.

Na Suíça, por exemplo, sua jurisprudência sustenta, desde 1955 (!), que se a observância dos requisitos formais vier a prejudicar, de maneira insustentável, a aplicação do direito material, restará configurada hipótese de “denegação de justiça”. Uma dessas medidas por lá rechaçadas –

<sup>1047</sup> “Agravamento regimental no recurso extraordinário. Recurso especial. Pressupostos processuais. Legislação infraconstitucional. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Responsabilidade civil do Estado. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. As questões processuais de natureza infraconstitucional relativas aos requisitos de admissibilidade de recurso da competência do STJ são de reexame inviável no recurso extraordinário. 2. *A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República*. 3. Inadmissível em recurso extraordinário o reexame de legislação infraconstitucional e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 4. Agravamento regimental não provido”. (STF, 1T., RE 421.556 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08/11/2011, DJe-229 divulg. 01/12/11, public. 02/12/11; destaques acrescentados).

<sup>1048</sup> “Agravamento regimental nos embargos de divergência. Ausência de comprovação do recolhimento das custas no ato de interposição do recurso. Beneficiário da justiça gratuita. Ausência de pedido na petição de recurso. Deserção. Incidência do art. 511 do Código de Processo Civil. Recurso a que se nega provimento. 1. O preparo deve ser feito no momento da interposição do recurso, sob pena de deserção, *sendo certo, outrossim, que na hipótese de o recorrente ser beneficiário da justiça gratuita, deve haver a renovação do pedido quando do manejo do recurso, uma vez que o deferimento anterior da benesse não alcança automaticamente as interposições posteriores*. Precedente desta Corte. 2. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (STJ, Corte Especial, AgRg nos EAREsp 321.732/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/10/13, DJe 23/10/2013; destaques acrescentados).

<sup>1049</sup> O termo “brigadista” foi usado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, como se lê de notícia publicada em seu site oficial em 25/04/08, mais especificamente pelo Min. Humberto Gomes de Barros. Veja-se: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87293](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87293), acesso em 10 nov. 2013.

<sup>1050</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo...*, ob. cit., p. 254-255.

que se relaciona diretamente com os espíritos trabalhados nesta Tese -, é a “tentação” do órgão judicial de, socorrendo-se de “uma regra pertinente a prazo o forma”, buscar “facilitar seu trabalho”<sup>1051</sup>.

Anos mais tarde, mais precisamente em 1978, por força das lições de *Adolfo Gelsi Bidart*<sup>1052</sup>, pôde-se comprovar, também no Uruguai, a existência de semelhante percepção. Para o professor uruguaio, o formalismo exacerbado “desumaniza o processo e desalenta o homem comum”, na medida em que passa a impressão de que o que predomina é a aparência externa do ato.

É exatamente aí que se insere a última hipótese aqui versada de abuso jurisdicional: em vez de buscar superar as barreiras da admissão, valendo-se dos poderes-deveres que o sistema lhe confere (v. g., o dever de auxílio característico do princípio da cooperação), o magistrado, com os olhos fixados no *ranking* de produtividade, ou mesmo apenas focado em se livrar, o mais rápido possível, dos processos sob sua batuta, sente-se tentado a reconhecer (ou mesmo, criar!) algum vício formal pretensamente intransponível, medida que não só irá lhe facilitar o trabalho como, de lambuja, como se fosse inseticida, terá servido para aniquilar mais um processo que, como pernilongo na madrugada, atazana-o.

Perceba-se: as regras formais, existentes para a preservação de interesses legítimos dos jurisdicionados e da sociedade em geral, nas hipóteses de “jurisprudência defensiva” acabam por ter suas funções desvirtuadas, desnaturadas, *desviadas* para beneficiar seus próprios manipuladores.

*Há abuso jurisdicional, portanto, quando o formalismo-excessivo tem lugar.*

---

<sup>1051</sup> *Idem, ibidem*, p. 254. No mesmo sentido: “(...) Todavia, a tentação formalista não é privilégio dos estudiosos. O juiz também pode ser levado a privilegiar o formalismo porque são muito mais cômodas as decisões simplistas, talvez nem sempre do ponto de vista da facilidade de fundamentá-las, mas porque o eximem do peso e da responsabilidade em decidir. Impende, pois, cuidado redobrado e autocrítica constante, parte de uns e de outros, para não se assemelhar ao pescador que se encanta mais com a rede que com o mar (...)”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno...*, ob. cit., p. 19-20).

<sup>1052</sup> “(...) El exceso de formas externas para acentuar la "majestad" de la justicia o para asegurar el modo único de realización de los actos procesales desalienta al hombre común frente al proceso y deshumaniza en la medida en que hace predominar no al hombre (su acto) en integridad, sino su apariencia externa (...)”. (GELSI BIDART, Adolfo. *La humanización del proceso. Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, p. 105-ss, 1978.).

À mesma conclusão se pode extrair da jurisprudência da Corte Suprema argentina, notadamente a desenvolvida com base no art. 18 da Constituição portenha. Conforme relata *Alvaro de Oliveira*, com apoio em *Pedro J. Bertolino*, há que se falar em *abuso tanto de direito quanto de poder* por parte do magistrado que age em manifesto “*exceso ritual*”, “*ritualismo*”, “*rigor excesivo*” ou “*injustificado rigor*”.

Para o saudoso professor gaúcho, ao comentar a posição argentina, “*o problema é considerado principalmente sob o ângulo visual do conceito de abuso de direito*, decorrendo de uso inadequado da forma, ou não sintonia com a finalidade para a qual estabelecida, uma espécie de exercício antifuncional da jurisdição, a importar dano para a justiça”<sup>1053</sup>.

*Giuliano Scarselli*<sup>1054</sup> ratifica o aqui alegado, sendo ainda mais direto, ao citar, como exemplo de “uso desviado do instrumento processual” – e, portanto, abusivo –, a hipótese na qual “um juiz poderia declarar inadmissível uma demanda não porque o seja, mas porque assim não teria o ônus de estudar e decidir a questão de mérito”.

Vale dizer: *num ambiente de processo cooperativo, a ofensa à lealdade na adoção das táticas da jurisprudência defensiva se mostra ainda mais escancarada*. Senão, confirme-se, a partir de um exemplo.

Imagine-se que um juiz esteja diante de um recurso assinado por procurador que não tenha poderes postulatórios devidamente registrados nos autos, muito provavelmente por infeliz desatenção quando da sua interposição. Pela “*ótica defensiva*”, não há dúvidas: o recurso estaria fadado ao insucesso<sup>1055</sup>. Sob o viés cooperativo, já exposto nos itens 1.2.3 e 4.2, entretanto, deve o juiz, antes de inadmiti-lo por (suposto) déficit formal, e valendo-se de seu *poder-dever de*

<sup>1053</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo...*, ob. cit., p. 256; destaques acrescentados.

<sup>1054</sup> No original: “(...) Sotto altro versante, è bene essere chiari, l’uso deviato dello strumento processuale potrebbe essere anche del giudice, e non solo del difensore; ovvero anche il giudice, al pari del difensore, potrebbe emanare atti per il raggiungimento di fini devianti. *E così, solo per fare alcuni esempi, un giudice potrebbe dichiarare inammissibile una domanda non perché lo sia, ma perché così non há l’onere di studiare e decidere la questione nel mérito (...)*. (SCARSELLI, Giuliano. Sul c.d. abuso del processo, in *L’abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 157-188, especialmente p. 175; tradução livre).

<sup>1055</sup> Como se observou, com maior profundidade, em: FARIA, Márcio Carvalho. *Mais do Mesmo: os vícios de representação recursais, a impossibilidade de saneamento posterior nas instâncias excepcionais e a Jurisprudência Defensiva...*, ob. cit.

prevenção (cf. item 4.2.2.b), como assevera *Fredie Didier Júnior*<sup>1056</sup>, “apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas”.

Como se isso não fosse suficiente a demonstrar a *deslealdade da “jurisprudência defensiva”*, a cooperação impõe ainda que o magistrado, observando eventual dificuldade pela parte na remoção do obstáculo formal existente, ponha em prática o seu *poder-dever de auxílio* (cf. item 4.2.2.d). Assim, por exemplo, se o juiz, ao realizar o juízo de admissibilidade de um recurso, percebe que não há, nos autos, termo de substabelecimento a conceder poderes postulatórios ao advogado que o subscreveu, a *última alternativa* a ser tomada é a inadmissão do recurso. Primeiramente, como dito, deve o juiz prevenir a parte sobre tal fato, concedendo-a prazo razoável para o seu saneamento; se, todavia, essa parte demonstrar algum tipo de dificuldade para o cumprimento desse mister (*v g.*, o advogado substalescente estar fora do país durante todo o lapso temporal concedido pelo juízo para o saneamento do vício), há que se colocar em jogo o *dever de auxílio*, a fazer com que, por exemplo, esse prazo possa ser postergado.

Em suma: o formalismo-excessivo, mote central da jurisprudência defensiva, está coligado ao abuso jurisdicional, vez que a jurisdição é prestada – em evidente desvio de finalidade – para atender escopos diversos daqueles para os quais foi concebida, ignorando-se a lealdade, a cooperação e, conseqüentemente, o próprio processo justo<sup>1057</sup>.

## 6.2 As sanções processuais decorrentes do abuso jurisdicional

### 6.2.1 Considerações iniciais, delimitações importantes e ratificações necessárias

Não é escopo desta Tese desenvolver uma teoria geral que englobe todos os fatos passíveis de serem considerados abusos processuais, e muito menos perscrutar todas as

<sup>1056</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação...*, ob. cit., p. 18-19.

<sup>1057</sup> “(...) A boa-fé e a lealdade impedem, ainda, a criação de situações que impliquem verdadeira armadilha procedimental, por meio de raciocínios elaborados para dar à norma sentido completamente diverso, fazendo o processo sucumbir a exigências meramente formais, distantes da verdadeira finalidade da lei. A matéria está também vinculada à transparência e clareza na aplicação do direito, aspectos ligados à segurança jurídica (...)” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil...*, ob. cit., p. 278).

possibilidades de punições respectivas<sup>1058</sup>. Nessa direção, e como já afirmado (item 5.3), as questões afetas à seara criminal, conquanto fundamentais ao ordenamento (vide, v. g., arts. 316, 317 e 319, CPB/40), não serão aqui investigadas, máxime porque não se relacionam com os objetos e limites traçados desde a Introdução.

De mesma sorte, as sanções eventualmente impostas ao Estado<sup>1059</sup>, embora relevantes, também escapam do objeto desse tópico, assim como também não merecerão enfrentamento as sanções dirigidas ao magistrado enquanto funcionário integrante da administração pública.

Desse modo, assim como já o fez o professor português *Fernando Luso Soares*<sup>1060</sup>, importa aqui analisar as sanções presentes no ordenamento pátrio que se refiram à responsabilidade estritamente processual do julgador ou, mais precisamente, perscrutar aquelas que se refiram ao mau cumprimento de seus deveres processuais.

## 6.2.2 Tipologia das sanções processuais pertinentes aos juízes

### 6.2.2.1 Responsabilidade civil

#### 6.2.2.1.1 Generalidades, hipóteses de cabimento e breves exposições procedimentais

---

<sup>1058</sup> Cabe ratificar: o foco da investigação se dirige ao abuso cometido pelo julgador, de modo que, ao leitor interessado nas sanções processuais para os outros sujeitos processuais (notadamente aquelas relativas às partes), sugere-se a consulta: ABDON, Helena Najjar. *O abuso do processo...*, ob. cit., p. 227-248; CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 189-210; CORDOPATRI, Francesco. *L'abuso del processo*, v. II – Diritto Positivo..., ob. cit.; GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo i sanzioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2012; MOREIRA, José Carlos Barbosa [et al.]. *Abuso de direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; TARUFFO, Michele (ed). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999.

<sup>1059</sup> Como se viu (item 4.3.2), por exemplo, as condenações europeias relativas à morosidade na prestação jurisdicional. Sobre o tema, remete-se o leitor interessado: JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempetividade processual*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>1060</sup> SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual...*, ob. cit., p. 174.



A primeira hipótese de sanção processual ao juiz está descrita no art. 133, CPC/73<sup>1061</sup>, cuja redação em muito se assemelha ao art. 121, CPC/39, dispositivo este que, diga-se de passagem, teve suas origens no Projeto de Código italiano, onde já na década de 1940 era alcunhado de “letra morta”<sup>1062</sup>.

Trata-se da possibilidade de que o magistrado venha pessoalmente a responder por perdas e danos, quando atuar com dolo ou culpa. Em verdade, tal previsão se afigura mais teórica que prática, vez que raríssimas as hipóteses em que são levadas a cabo. Com efeito, conforme menciona *Celso Agrícola Barbi*<sup>1063</sup>, como apoio em *Francesco Carnelutti*, sua razão de existência se deve a um caráter pedagógico<sup>1064</sup>, servindo, simultaneamente, como uma espécie de advertência do legislador ao juiz, e de *escudo* contra as críticas que certamente seriam lançadas caso não houvesse tal regra legal.

Estão previstas duas situações dignas de reparação por perdas e danos: a primeira, mais grave, prevista no inciso I, relaciona-se à atuação dolosa ou fraudulenta do juiz, que obviamente deve ser provada por aquele que se considere lesado<sup>1065</sup>; a segunda, prevista no inciso II, refere-se

<sup>1061</sup> De praticamente idêntica redação é o art. 49, da LC 35/79.

<sup>1062</sup> Nesse sentido: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, arts. 1-152. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 438-440, v. I.

<sup>1063</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao CPC* (arts. 56 a 153). Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 541-542, v. I, tomo II.

<sup>1064</sup> No mesmo sentido, entende *Orestes Nestor Laspro*, para quem na demanda em que se pleiteia o ressarcimento de danos causados pelo juiz há um inequívoco “escopo educacional” chamado por ele de “preventivo-punitivo, na medida em que o juiz sofre uma espécie de pressão psicológica diante do temor de, eventualmente, vir a ser demandado e ter de ressarcir a vítima da sua atividade jurisdicional”, o que faz com que ele, prossegue Laspro, “busque evitar o descumprimento dos deveres inerentes à função que ocupa e, se o fizer e for condenado, a não reincidir no erro”. (LASPRO, Orestes Nestor de Sousa. *A responsabilidade civil do juiz...*, ob. cit., p. 162-163).

<sup>1065</sup> Ao leitor interessado – até mesmo pela reduzidíssima existência de precedentes, nos tribunais superiores, relativos ao art. 133, inciso I, CPC/73 (= art. 49, I, LC 35/79) - indica-se acórdão prolatado pela 2ª Turma do STJ, no qual, após intenso debate entre os Ministros componentes do julgamento, restou reconhecida a responsabilidade de juíza que, no exercício de sua função, havia imputado sem quaisquer provas crime de homicídio a pessoa inocente, mediante o envio de um ofício à delegacia de polícia. O caso, à época, chegou à imprensa, que passou a considerar a vítima como acusada de homicídio, fato que, logicamente, causou-lhe diversos constrangimentos. Na oportunidade, o recurso especial da magistrada foi provido parcialmente apenas para reduzir a condenação, que havia sido fixada pelo TJRJ em patamares maiores. Veja-se a ementa respectiva: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATUAÇÃO DE MAGISTRADO. REPARAÇÃO DE DANOS. INDENIZAÇÃO. 1. A ausência de prequestionamento dos artigos 49, inciso I, da Lei Orgânica da Magistratura e 131 do Código de Processo Civil atrai o óbice das Súmulas 282 e 356/STF. 2. Como o valor da indenização por

à atuação culposa, na qual o magistrado, “sem justo motivo”, recusa, retarda ou omite providência que lhe cabe, de ofício ou a requerimento da parte.

Como se não bastasse a necessidade do elemento “justo motivo” (o que, *per si*, dada a imensidão de processos existentes na maioria das varas de todo o país, já é suficiente para rechaçar quase a totalidade de eventuais reclamos contra o juiz<sup>1066</sup>), o parágrafo único do mesmo dispositivo impõe, como condição para a configuração da responsabilização do juiz, que o interessado tenha realizado pedido frustrado, após dez dias de espera, de providências ao escrivão, algo ainda mais raro no dia-a-dia forense<sup>1067</sup> e que reduz, às escâncaras, a possibilidade de aplicação do dispositivo<sup>1068</sup>.

---

dano moral é de difícil aferição, o *quantum* declinado pelo autor na inicial, a título de dano moral, é sempre feito por estimativa sem que isso desfigure a certeza do pedido. 3. Afastada a indenização por danos materiais, mas concluindo-se pela existência do dano moral, pode o Tribunal fixá-la por estimativa, independentemente do pedido formulado pelo autor, podendo vir a ser fixada em *quantum* inferior ao requerido, inclusive, sem que isso represente sucumbência parcial. Precedentes. 4. É possível majorar ou reduzir o valor fixado como indenização, em sede de recurso especial, quando entender irrisório ou exagerado, por se tratar de discussão acerca de matéria de direito e não de reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes. 5. Estando a indenização fixada em valor excessivo, deve ser reduzida para o valor certo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), importância que está em harmonia com o entendimento pacífico desta Corte. 6. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido”. (STJ, 2T., REsp 299.833/RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 14/11/2006, DJ 15/12/2006, p. 343).

<sup>1066</sup> “(...) *Se bem que possa ser entendido como inócuo*, o Código estabelece no art. 133, que ‘responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir, retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte’. O parágrafo único fixa o momento em que se verifica a hipótese do inciso II: ‘só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias’, Esta norma se completa, praticamente, com o art. 198, que permite que ‘qualquer das partes ou órgão do Ministério Público, poderá representar ao Presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei’. *Difícilmente, todos esses dispositivos têm aplicação na dinâmica forense*. A prova de ausência de ‘justo motivo’ é muito difícil, em face da pleora dos serviços judiciários, que, por enquanto, no Brasil e em vários países, impedem que tudo corra normalmente, dentro dos pretórios. Por outro lado, ainda que não haja “justo motivo”, sendo evidente a desídia, a negligência ou, até, a parcialidade do juiz, em não cumprir prazos ou realizar alguma providência, lesando uma parte ou um interessado, existe natural temor ou constrangimento de ser feita a acusação, receando o procurador (que, a rigor, é quem toma a iniciativa, embora em nome do cliente) possíveis represálias, no próprio feito ou em outros a seu cargo. O fim visado é louvável. Entretanto, a norma não deve funcionar nunca, sobretudo porque todos reconhecem que, de um modo geral, os atrasos são resultantes do próprio funcionamento do Poder Judiciário, como entidade, por mal aparelhada, e, não, por causas de ordem pessoal dos magistrados, salvo exceções raras, que não afetam o conceito geral da magistratura, pelo menos a brasileira (...)”. (LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, p. 15-ss, 1979. Destaques acrescentados).

<sup>1067</sup> Nesse sentido: CASADO, Márcio Melo. A cláusula geral da vedação do abuso de direito..., ob. cit., p. 319-320.

<sup>1068</sup> “(...) Essa exigência [do art. 133, parágrafo único, CPC/73], praticamente, inviabiliza a responsabilização, na medida em que, somente a parte em situação desesperada requererá ao juiz uma providência, sob pena de responsabilidade, diante do temor de sofrer represálias no processo. *Permissa venia*, um sistema que prevê a

Tanto em um como em outro caso, o interessado que busca a reparação deverá manejar ação autônoma que, sob a égide do CPC/73, pode ser dirigida diretamente contra o juiz faltoso<sup>1069</sup> ou contra o Estado que, na remota hipótese de condenação, poderá se valer de demanda regressiva contra o magistrado.

Nesse particular, o *Novo CPC* (art. 143, PLS 166/2010), já aprovado, inova ao proteger ainda mais o julgador, retirando-lhe legitimidade passiva imediata para tal demanda<sup>1070</sup>.

Ademais, tratando-se de uma demanda reparatória, deve o interessado alegar e provar a ocorrência do prejuízo, na forma do art. 187, CC/02. Caso contrário, como afirma *Celso Agrícola Barbi*<sup>1071</sup>, caberia no máximo “reclamação para fins disciplinares ou, eventualmente, para fins criminais, mas não para a responsabilidade civil”.

#### 6.2.2.1.2 Uma sugestão para atenuar a baixa efetividade das normas relativas à responsabilidade civil do magistrado

---

responsabilidade pessoal do juiz, mas impõe obstáculos como esse, pretende na verdade a sua irresponsabilidade”. (LASPRO, Orestes Nestor de Sousa. *A responsabilidade...*, ob. cit., p. 170).

<sup>1069</sup> “(...) Responderá pessoalmente o juiz, quando, no exercício de suas funções proceder com dolo ou fraude ou recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Faculta-se a parte acionar o Estado, em ação própria, podendo esse, acaso concorram os requisitos da lei, acionar regressivamente o órgão jurisdicional. *Também se admite que se proponha ação diretamente contra o órgão jurisdicional*”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 183; destaques acrescentados). Contra, entendendo que a legitimação passiva é apenas do Estado: FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 215-219; 260.

<sup>1070</sup> “Art. 143. O juiz responderá, civil e *regressivamente*, por perdas e danos quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de dez dias”. (Versão aprovada em 17/dez/2014, ainda não publicada oficialmente pelo Senado Federal até a conclusão desta Tese; destaques acrescentados). Sobre o tema, já se manifestou a doutrina: “(...) O único acréscimo do Código de 2015 é a explicitação de que a responsabilidade pessoal do juiz é sempre regressiva, o que significa que as vítimas das suas infrações não têm legitimidade de promovê-la diretamente contra ele, mas apenas contra a pessoa jurídica de direito público ao qual está ele vinculado, União Federal ou Estado-membro, à qual caberá, se entender caracterizada a responsabilidade subjetiva do magistrado, voltar-se em ação de regresso, no curso ou após o desfecho favorável à vítima da ação de indenização contra ela proposta (...)”. (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v. I. 5. ed..., ob. cit., no prelo).

<sup>1071</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários...*, ob. cit., p. 545.

Como acima mencionado, é muito baixa a aplicabilidade concreta da norma que prevê a responsabilidade civil do magistrado. Um dos fatores que contribuem para tal cenário, ainda hoje, diz respeito à pretensa violação da independência judicial que ocorreria se os magistrados tivessem que se submeter aos riscos de uma demanda reparatória.

Não deveria, contudo, ser assim. Afinal, como já se viu no item 5.3.1, essa “tensão” mostra-se – ou deveria se mostrar – superada diante da evolução da doutrina e da própria sociedade no último século, que demonstrou, à evidência, a necessidade de se adotar, conforme acentua *Mauro Cappelletti*<sup>1072</sup>, um sistema misto de responsabilidades, a permitir não só preservar a independência da magistratura, como lhe retirar corporativismos e arbitrariedades, os quais naturalmente surgiriam se não existissem formas de controle.

Há, entretanto, outro fator – esse certamente atual e digno de preocupação – que labora a diminuir a eficácia da norma sancionadora.

Trata-se do fato de que a regra legal poderia violar a isonomia, na medida em que o magistrado, diante de uma causa que envolvesse grandes interesses políticos, sociais ou econômicos, poderia se mostrar mais reticente que a boa prudência recomenda, porquanto eventual indenização a ser paga, em processos dessa natureza, levá-lo-ia facilmente à bancarrota.

Nesse cenário, ainda que inconscientemente, o julgador tenderia a se mostrar mais cauteloso (quicá temeroso), a lhe prejudicar não só a já mencionada independência, como a própria imparcialidade.

Afinal, por melhores que sejam os salários e benefícios de um magistrado, o temor da ruína, inegavelmente, pesa sobre os ombros de qualquer cidadão.

A alternativa para, simultaneamente, conjugar a necessária responsabilização judicial com a necessidade de preservar a isonomia (e a imparcialidade) talvez passe pelo estabelecimento de um *seguro contra responsabilidade civil judicial* (art. 787, CC/02), à semelhança do que já vem ocorrendo com diversas outras categorias de profissionais (p. ex., médicos, advogados, engenheiros, contadores *etc.*).

Tal medida, a um só tempo, serviria para amainar os riscos contra futuras condenações e, ainda, beneficiaria aqueles magistrados que, durante sua carreira, não tivessem contra si ações

---

<sup>1072</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?...*, ob. cit., p. 89-92.

reparatórias. Afinal, como se sabe, as seguradoras trabalham com “questionários de riscos” para definir seus preços e condições contratuais, concedendo bônus para aqueles que, anualmente, não fazem uso da indenização. Assim, nem que fosse para conseguir baratear o prêmio de seu seguro anual, o magistrado tomaria ainda mais cuidado no seu cotidiano forense.

Antes que críticas a essa sugestão venham à tona, cumpre esclarecer que outros profissionais que exercem funções públicas também já se valem dessa medida de segurança, como usualmente ocorre com notários e tabeliães. Já há tribunais, inclusive, que condicionam a entrega ou manutenção das serventias aos seus responsáveis à realização de um seguro anual. É o caso do TJRJ, que expressamente prevê, nos artigos 43, §1º, inciso I, alínea “b”, e 57, §1º, inciso II, alínea “b”, da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro (parte extrajudicial), a apresentação de “cópia da apólice de seguro de responsabilidade civil notarial/registrar, com o(s) respectivo(s) comprovante(s) de pagamento(s)”<sup>1073</sup>.

Vale mencionar – também com o objetivo de demonstrar que essa sugestão pode realmente ser viável –, que em outros países a securitização judiciária já é realidade há algum tempo.

Em Portugal, por exemplo, em especial após a aprovação da lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro<sup>1074</sup>, os sindicatos de magistrados<sup>1075</sup>, após negativa de apoio governamental<sup>1076</sup>, têm auxiliado seus associados na contratação de seguros contra responsabilidade civil, nos quais os juízes despendem anualmente 500 euros para terem a segurança de, em eventuais condenações, ser ressarcidos em até 500 mil euros, sendo que os membros do Ministério Público podem fazer o mesmo, em valores reduzidos à metade<sup>1077</sup>. Uma breve consulta à internet, aliás, é suficiente para se verificar que há, inclusive, seguradoras especializadas nesse nicho de mercado<sup>1078</sup>.

---

<sup>1073</sup> Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Parte Extrajudicial, atualizada em 1/04/2014. Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1038412/cncgj-extrajudicial.pdf?v=400>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

<sup>1074</sup> Sobre o tema, consulte: <<http://www.smmpt.pt/?p=1888>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

<sup>1075</sup> Veja-se: <[http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Interior.aspx?content\\_id=913262](http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Interior.aspx?content_id=913262)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

<sup>1076</sup> Nesse sentido: <[http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?id\\_news=340519](http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?id_news=340519)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

Na Itália, por seu turno, a situação não é diferente, notadamente por força de um projeto de lei que tramita no Senado, após aprovação na Câmara dos Deputados em fevereiro de 2012<sup>1079</sup>, e que pretende modificar a *Legge* n.º 117, de 13 de abril de 1988, para ampliar as hipóteses de responsabilidade judicial<sup>1080</sup>. Assim como em Portugal, as associações italianas de magistrados disponibilizam, a seus integrantes, facilidades na contratação de seguros de responsabilidade civil<sup>1081</sup>.

---

<sup>1077</sup> Segundo notícia o *site* oficial do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, em Portugal “por ano, os juízes vão pagar cerca de 500 euros pelo seguro que fecharam com a Bonança”, sendo que o “Governo esteve fora da negociação”. Veja-se notícia publicada em outubro de 2008 a respeito: “(...). Os juízes vão ter um seguro que cobre o pagamento de indemnizações até 500 mil euros caso fique provado que tiveram responsabilidade por erros judiciais. O *Diário Económico* sabe que a Império Bonança foi a seguradora escolhida, tendo já criado seguros especiais para que juízes e magistrados do Ministério Público se acautelem do pagamento de indemnizações ao Estado. O novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado, que entrou em vigor em Janeiro deste ano, prevê que os funcionários considerados culpados por erros que obrigam o Estado a indemnizar os cidadãos podem ter de devolver o dinheiro aos cofres públicos. Ao *Diário Económico*, António Martins, da Associação Sindical de juízes confirmou que o protocolo que vai assinar ‘prevê um valor máximo de 500 mil euros’. Martins revelou que a opção escolhida resultou ‘da vontade dos magistrados’ que foram ouvidos. O responsável não quis revelar mais pormenores sobre o acordo, mas o *Diário Económico* sabe que os juízes que aceitarem esta proposta vão ter um encargo anual de cerca de 500 euros. No caso do Ministério Público, as prestações descem para metade, cerca de 250 euros por ano, para um seguro que cobre indemnizações até 250 mil euros. De acordo com fontes presentes na negociação, a demora na assinatura dos protocolos explica-se com a complexidade do contrato em causa. Por um lado trata-se de uma novidade absoluta no modelo de seguros, por outro, a lei em causa não é totalmente clara quanto aos casos em que o direito de regresso pode ser reclamado pelo Estado. Esta é, aliás, a maior dificuldade do sindicato da PSP. O responsável, Paulo Rodrigues, assume que ‘está difícil chegar a um acordo’ com as seguradoras, porque ‘a lei é muito vaga e os valores que nos estão a propor são impossíveis de comportar’. Apesar de estar em vigor há dez meses não há conhecimento de qualquer processo que tenha sido interposto contra o Estado ao abrigo da nova lei. António Ventinhas, do sindicato do Ministério Público, diz que até agora ‘não recebemos nenhuma queixa’. Com ou sem casos concretos, os magistrados continuam a alertar para os perigos do diploma. (...)”. Disponível em: <<http://www.smmp.pt/?p=2057>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

<sup>1078</sup> Veja-se modelo de contrato de “seguro de responsabilidade civil profissional dos magistrados judiciais”: <http://www.fidelidade.pt/protocolos/20314/RCProfissional/Documents/IB%20CG%20128%20RCProfMagistradosJudiciais%20Nov13.pdf>, acesso em 10 fev. 2015.

<sup>1079</sup> Sobre o tema, consulte: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-20/direito-europa-italia-discute-juiz-pagar-erro-judicial>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

<sup>1080</sup> Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/proposta-lei-muda-legge-13-aprile-1988.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

<sup>1081</sup> Nesse sentido: <<http://www.magistraturaindependente.it/polizza-responsabilita--civile.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

Imagina-se, portanto, que a adoção de um seguro para a responsabilidade civil do juiz possa se tornar um bom modo de conciliar a indispensável reparação dos danos com a não menos essencial preservação das garantias de independência e imparcialidade do julgador.

#### 6.2.2.2 Condenação em custas processuais

Outra sanção prevista na lei processual que pode ser aplicada aos abusos cometidos pelos juízes<sup>1082</sup> está prevista no art. 314, CPC/73, decorrendo, praticamente com mesmo teor, do anterior art. 188, CPC/39, cuja ideia se repetirá, no essencial, no Novo CPC (art. 146, § 4º, PLS 166/2010<sup>1083</sup>).

Trata-se da condenação nas custas processuais quando o juiz rejeitar a exceção ou incidente de impedimento ou suspeição a ele dirigida e, depois, esta vier a ser aceita pelo tribunal.

Assim como a sanção descrita no subitem anterior, tem-se hipótese de reduzidíssima aplicabilidade prática, vez que os baixos valores das custas nem servem para frear eventuais abusos, nem sequer chegam a ser cobrados pelos interessados<sup>1084</sup>.

---

<sup>1082</sup> “(...) Um outro caso de abuso judicial encontra-se na resistência infundada à exceção de impedimento ou suspeição, em que o Tribunal imputará ao magistrado a responsabilidade pelas custas do incidente (art. 314)”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Relatório Brasileiro: abuso de direito processual..., ob. cit., p. 119).

<sup>1083</sup> Art. 146. “No prazo de quinze dias, a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz da causa, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas. (...) § 4º Verificando que a alegação de impedimento ou de suspeição é improcedente, o tribunal rejeitá-la-á. Acolhida a alegação, tratando-se de impedimento ou de manifesta suspeição, condenará o juiz nas custas e remeterá os autos ao seu substituto legal; neste caso, pode o juiz recorrer da decisão”. (Versão aprovada em 17/dez/2014, ainda não publicada oficialmente pelo Senado Federal até a conclusão desta Tese).

<sup>1084</sup> Vale dizer, apenas a título de curiosidade sobre o assunto, que o art. 314, CPC/73, conforme já decidiu o STJ, contém uma hipótese de taxa tributária, a qual não se relaciona, quanto à obrigação de seu pagamento, ao resultado do julgamento do processo respectivo. Assim, pouco importa, como restou decidido no caso citado, que outras exceções suscitadas no mesmo processo, contra o mesmo julgador, tenham sido rejeitadas; não há se falar em “sucumbência recíproca” ou “compensação de despesas processuais”. Veja-se: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS CUSTAS. ART. 314 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DIFERENCIAÇÃO ENTRE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. 1. Recurso especial no qual se discute a responsabilidade do magistrado declarado suspeito em exceção de suspeição pelo pagamento das custas processuais. 2. No caso dos autos, opuseram-se duas exceções de suspeição contra o mesmo magistrado, sendo que o sucesso da pretensão só foi obtido por ocasião do julgamento do segundo incidente, por “motivo superveniente e documentalmente comprovado”, consistente no teor das informações prestadas pelo excepto no primeiro incidente. 3. O Tribunal de Justiça do

### 6.2.2.3 Preclusões, *venire contra factum proprium*, *suppressio*, *surrectio* e *tu quoque*: uma sugestão de *lege lata*

#### 6.2.2.3.1 A preclusão *pro iudicato* como sanção punitiva e a sua relação com as matérias de ordem pública

Uma das questões mais palpitantes do direito processual brasileiro da atualidade diz respeito ao regime das preclusões para o juiz ou, a despeito das críticas, na falta de melhor denominação<sup>1085</sup>, a *preclusão pro iudicato*.

Seja pela limitação natural do tema aqui desenvolvido, seja pela magnitude da questão acima referida – que, por si, daria facilmente ensejo a outras Teses –, torna-se evidente que não

---

Distrito Federal e Territórios, por maioria, entendeu que o magistrado excepto não estava obrigado ao pagamento das custas, por considerar a ocorrência de sucumbência recíproca, uma vez que a primeira exceção de suspeição não foi acolhida. 4. À luz do entendimento jurisprudencial do STJ, custas processuais têm natureza de taxa judiciária, não se confundindo com despesas processuais (v.g.: REsp 1107543/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 26/04/2010), razão pela qual não há falar em distribuição ou compensação recíproca e proporcional (art. 21 do CPC), mesmo porque não houve apenas uma exceção de suspeição. 5. As custas, portanto, são devidas por processo, não influenciando na sua exigibilidade o resultado alcançado no respectivo julgamento, salvo isenção ou disposição legal em sentido contrário. 6. Havendo o reconhecimento da suspeição do magistrado, deve ele arcar com o pagamento das custas, nos exatos termos em que disciplinado no art. 314 do Código de Processo Civil. 7. Recurso especial provido para reconhecer a violação do art. 314 do CPC e condenar o magistrado excepto no pagamento das custas devidas em razão do acolhimento da exceção de suspeição”. (STJ, 1T., REsp 1.199.760/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 12/04/2011, DJe 15/04/2011).

<sup>1085</sup> É conhecida a crítica de *José Maria Tesheiner*, para quem a “preclusão *pro iudicato* não significa preclusão para o juiz”. “(...) Em latim, *iudicato* significa *julgado*; juiz é *iudex (nominativo)* ou *iudicem* (acusativo). Preclusão *pro iudicato* significa ‘*preclusão como se tivesse sido julgado*’. Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há “*preclusão pro iudicato*”, porque esta supõe *ausência* de decisão. A expressão pode ser melhor compreendida, por comparação com esta outra: *confessus pro iudicato habetur*: aquilo que foi confessado tem-se *como se tivesse sido julgado*. Em ambos os casos, não houve decisão, mas trata-se de uma hipótese como se tivesse havido. Preclusão *pro iudicato*, significa julgamento implícito ou presumido, como ocorre na hipótese do artigo 474 do Código de Processo Civil: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. A expressão foi bem empregada por Redenti, ao sustentar a duvidosa tese de que a execução impede a repetição do pagamento, embora nela não ocorra julgamento; foi mal empregada já por José Frederico Marques, para significar a imutabilidade no processo de questões decididas no curso do procedimento. Admitindo-se que haja preclusão para o juiz, diga-se, em bom português: ‘preclusão para o juiz’; não, preclusão ‘*pro iudicato*’, em mau latim. (TESHEINER, José Maria. *Preclusão pro iudicato não significa preclusão para o juiz*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/93-artigos-jan-2006/5116-preclusao-pro-judicato-nao-significa-preclusao-para-o-juiz>>. Acesso em: 10 fev. 2015). Apesar da relevância de seus argumentos, certo é que tanto doutrina, como jurisprudência, consagraram o termo, não sendo razoável, até mesmo para que não se desvie o foco daquilo que realmente importa em assunto, por si só, já tão complexo.



serão investigados aqui todos os pontos e discussões a respeito, muito embora se mostre importante, para a futura conclusão, que alguns sejam abordados.

Isso porque, embora bastante divergente<sup>1086</sup>, há prestigiosa doutrina no sentido de que a preclusão configuraria uma forma de sanção<sup>1087</sup>.

Nesse sentido, por exemplo, *João Batista Lopes*<sup>1088</sup>, em ensaio publicado há mais de três décadas, defende que o art. 245, CPC/73 traria ínsita essa noção sancionatória, vez que expressamente se refere à expressão “pena”, embora confesse se tratar de uma “penalidade de caráter especial” ou “*sui generis*, porque não acarreta inexoravelmente a perda do direito”.

Em trabalhos mais recentes, *Antonio do Passo Cabral*<sup>1089</sup>, *Fredie Didier Júnior*<sup>1090</sup> e *Pedro Henrique Pedrosa Nogueira*<sup>1091</sup> também defendem, a par de algumas divergências, ser possível coligar o instituto da preclusão à noção de sanção processual.

<sup>1086</sup> Contra, entendendo que não se poderia falar em sanção coligada à preclusão: GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 62-66.; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 784, p. 11-ss, 2001.

<sup>1087</sup> Não custa esclarecer: a constatação da preclusão como sanção impõe - sem que isso implique adesão à teoria - a sua análise no presente tópico dedicado às sanções processuais pertinentes ao julgador.

<sup>1088</sup> “(...) Com efeito, o art. 245, *caput*, do CPC, estatui: ‘A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão’. Afigura-se-nos que o legislador pretendeu atribuir à preclusão o caráter de penalidade e não, apenas, o de fato processual impeditivo. Não se trata, porém, segundo pensamos, de penalidade ou sanção em sentido próprio, mas *sui generis*, porque não acarreta inexoravelmente a perda do direito. A penalidade ínsita à preclusão é mais restrita, por isso que apenas obsta a que a parte omissa pratique a destempe o ato processual pretendido. Penalidade, *in casu*, não tem sentido de reprovabilidade, censurabilidade. Mas, por outro lado, não se confunde com o simples fato processual, porque a parte sofre (ou pode sofrer) um prejuízo com a barreira que se lhe antepõe à prática do ato. A natureza jurídica da preclusão é, pois, a de uma penalidade *sui generis*, consistente no impedimento da prática de um ato, em virtude do decurso do prazo para fazê-lo ou em razão do exercício de faculdade com ele incompatível. Quando Riccio define a preclusão como um fato processual impeditivo está realçando um dos aspectos desse instituto processual, mas deixando de lado um de seus traços mais significativos (o de penalidade). Essa penalidade, segundo entendemos, não se identifica com a sanção jurídica, mas apresenta um caráter mais restrito: não pune, nem reprova; apenas impede que a parte omissa pratique o ato processual fora do momento próprio para fazê-lo. Trata-se de penalidade *sui generis* que não depende de declaração judicial expressa, operando *ipso iure*. (LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, p. 45-ss, 1981).

<sup>1089</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 124-125.

<sup>1090</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 306-309, v. 1.

Nesse aspecto, por exemplo, *Fredie Didier Júnior*<sup>1092</sup> cita o disposto no art. 198, CPC/73, que impõe, atendidas certas condições, a perda da competência do magistrado para processar e julgar a causa em virtude de excesso injustificado do prazo previsto em lei. Ter-se-ia, nesse caso, segundo o professor baiano, uma hipótese de *preclusão punitiva*.

A questão se mostra importante, sobretudo por força da influência que a lealdade tem no regime das preclusões<sup>1093</sup>. Isso porque, como se viu anteriormente (item 2.5.3.2), institutos como a *suppressio*, o *tu quoque*, a *surrectio* e o *venire contra factum proprium* (v.c.f.p.), que decorrem da lealdade processual, têm, em maior ou menor escala, ligação direta com a obtenção ou perda de posições jurídico-processuais, noção caracteristicamente relacionada às preclusões<sup>1094</sup>.

Para se buscar, portanto, respostas às indagações anteriormente deixadas<sup>1095</sup> – que se resumem na possibilidade, ou não, de tais institutos acima mencionados impactarem na atuação jurisdicional – mister se faz enfrentar, com peculiar atenção, alguns pontos a respeito da preclusão no processo civil.

<sup>1091</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 168, p. 331-ss, 2009.

<sup>1092</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed..., ob. cit., p. 304, v. 1.

<sup>1093</sup> “(...) Realmente, o fundamento último do princípio de preclusão assenta-se no da isonomia constitucional (de que deflui o contraditório) e no da lealdade processual, facilmente infringíveis num processo que siga à risca critério oposto e por isso proporcione às partes conduzi-lo a seu talante e a serviço de seus interesses, o que constituiria campo inigualavelmente fértil para a chicanice e a protelação indefinida dos processos (cuja duração já é longa mesmo em países cujo ordenamento processual adota a preclusão e seus corolários)”. (ARAGÃO, Egas Moniz de. *Preclusão (Processo Civil)*, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 141-184, especialmente p. 150). Também fazem ligação da boa-fé com a lealdade, dentre outros: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil...*, ob. cit., p. 325; ROMEU, Talita. O princípio da boa-fé e o instituto da preclusão: a *suppressio* processual, in DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial, segunda série*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 833-869, especialmente p. 854-855.

<sup>1094</sup> “(...) Direi, por conseqüência, para esclarecer onde necessário o meu pensamento, e ao mesmo tempo para precisar quais possam ser os limites cuja inobservância carrega a perda de uma faculdade processual, que entendo por preclusão a *perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual* que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício de uma faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita). (...)”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184-185, v. 3).

<sup>1095</sup> Vide subitens 2.5.3.2.a, 2.5.3.2.b e 2.5.3.2.c, parte I.

Inicialmente, como bem salienta *Heitor Vitor Mendonça Sica*<sup>1096</sup>, há que se deixar clara a existência de duas concepções para o termo preclusão. *A primeira*, e mais conhecida, relaciona-se primordialmente com a atividade das partes, e se apresenta na concepção *chiovendiana* da perda de faculdades processuais decorrente do tempo (preclusão temporal), da prática de atos incompletos ou incorretos (consumativa) ou da manifestação de vontades incompatíveis entre si (lógica)<sup>1097</sup>.

*A segunda*, por seu turno, normalmente mais associada à atuação jurisdicional<sup>1098</sup>, refere-se à impossibilidade de se rediscutir questões já enfrentadas no processo e que, por alguma razão (v. g., a não interposição tempestiva de recurso), teriam (ou não) adquirido certa estabilidade processual<sup>1099</sup>.

Sob tal perspectiva dos julgadores – que, por razões óbvias, mais interessa ao presente estudo -, as grandes polêmicas se voltam às matérias de ordem pública<sup>1100</sup>, sobre as quais, como

<sup>1096</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 91.

<sup>1097</sup> “(...) A preclusão é geralmente definida como a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual. Decorre ela, normalmente, de três situações diferentes: a) por não ter sido observada a ordem ou oportunidade determinada pela lei para a realização de um ato; b) por ter sido praticada uma atividade incompatível com o exercício de outra; c) por já ter sido exercida uma vez validamente, a mesma faculdade (consumação propriamente dita)”. (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 130-131).

<sup>1098</sup> *Heitor Sica* bem expõe a necessidade de se estudar a preclusão de forma separada, a partir dos sujeitos a que se refere. Isso porque, embora ela atinja não só as faculdades das partes como os poderes do juiz, não se observam, em ambos os casos, os mesmos aspectos do instituto. Em suas palavras: “(...) Se os sujeitos do processo ocupam posições jurídicas diferentes uns dos outros, o fenômeno que os impede de exercitar seus poderes dentro da relação jurídica processual se dá de forma diversa, e informado por princípios próprios. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*..., ob. cit., p. 108).

<sup>1099</sup> Admitindo-se tal “estabilidade”, por exemplo, *João Batista Lopes*, para quem se mostra incabível, no direito pátrio, a prática forense conhecida como “pedido de reconsideração”, no qual o interessado requer ao juiz, sem previsão legal, que *re-decida* questão já enfrentada. (LOPES, João Batista. *Breves considerações sobre o instituto da preclusão*..., ob. cit.).

<sup>1100</sup> *Para as matérias disponíveis, não há dúvida: operada a preclusão, resta defesa a atividade jurisdicional, salvo se, obviamente, surgir fato superveniente*. Cabe ressaltar, para efeito de esclarecimento, que questões atinentes ao direito à prova configuram, como bem entende *José Manoel de Arruda Alvim Netto*, matérias indisponíveis, sobre as quais, por consequência, não opera a preclusão. Vejam-se as palavras do mestre paulista: “(...) Da premissa já assentada, no sentido de que a matéria referente ao requerimento de produção de provas pela parte é de ordem pública deflui, logicamente, que sobre a decisão de indeferimento de prova não incide a preclusão, porquanto é plenamente possível que o juiz ou Tribunal venha a concluir, posteriormente, pela necessidade e utilidade de determinado meio de prova. E, se este meio de prova tem o condão de viabilizar o mais amplo exercício do contraditório e do direito à defesa, bem como de possibilitar a prolação de uma decisão mais justa, em conformidade com a verdade real, não parece razoável a limitação decorrente da preclusão *pro iudicato*. (ALVIM

se sabe, toca o conhecimento oficioso pelo julgador. Vale indagar: haveria preclusão *pro iudicato* a esse respeito?

Antes de buscar a resposta para essa questão, alguns esclarecimentos se impõem, já que diversas podem ser as variáveis aqui englobadas.

A primeira situação (alcunhada, para facilitar a compreensão, de “AA”) diz respeito às matérias de conhecimento oficioso que, apesar dessa natureza, *não foram decididas pelo julgador*.

Neste caso “AA”, mesmo quem entende ser possível se falar em preclusão para o juiz parece não ter dúvida de que não se opera o bloqueio decisório ao julgador. Afinal, conjugando-se o que preceitua o art. 471, CPC/73 (que assevera não caber a “nenhum juiz” decidir questão já decidida) com o art. 93, IX, CF/88 (que impõe a motivação de todas as decisões judiciais), não se afigura possível, nem minimamente razoável, considerar preclusa questão que, no máximo, restou implicitamente enfrentada<sup>1101</sup>.

---

NETTO, José Manoel de Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios dos juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro iudicato* em matéria de prova, in DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Processual e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 97-110, especialmente p. 105). No mesmo sentido, diga-se de passagem, parece ser a jurisprudência do STJ, como se observa a partir de relevante julgado: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PROVA PERICIAL. MOMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO PERITO. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DISCUSSÃO ACERCA DA QUALIDADE TÉCNICO/CIENTÍFICA DO LAUDO PERICIAL. IMPUGNAÇÃO APÓS A ELABORAÇÃO DOS TRABALHOS PERICIAIS. POSSIBILIDADE (CPC, ART. 424, I). OMISSÕES RELEVANTES NO JULGADO (CPC, ART. 535). OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 6. No caso dos autos, tem o processo uma complexa e desafiante dilação probatória, pois os litigantes trazem à Justiça o dever de declarar qual das partes ocasionou o atraso na entrega de uma plataforma petrolífera e, com isso, deu causa ao considerável aumento do valor final da empreitada, que excedeu sobremaneira o orçamento inicial. 7. Assim, a oportuna impugnação dos trabalhos do perito deve ser avaliada pelo julgador, pois não está sujeita àquela preclusão operada após a nomeação do expert não recusada pelas partes. Ao decidir, o juiz poderá substituir o perito ou, dada a complexidade da causa, mandar realizar uma nova perícia, como dispõem os arts. 431-B e 437 a 439 do CPC. 8. Constatando-se violação ao art. 535, II, do CPC, por omissões acerca de questões nevrálgicas para a completa prestação jurisdicional, deve-se anular o v. acórdão recorrido para que, novamente, sejam julgados os embargos de declaração, sanando-se as omissões existentes e relevantes. 9. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, 4T., REsp 1.175.317/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 07/05/2013, DJe 26/03/2014; destaques acrescentados). Contra, entendendo que decisões que indeferem requerimento de provas configuraram matérias disponíveis: THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil..., ob. cit.).

<sup>1101</sup> Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed..., ob. cit., p. 554. Contra, entendendo haver uma “eficácia preclusiva do despacho saneador”, existente a partir do decurso *in albis* do prazo recursal ou por qualquer outra causa (v.g., interposição de recurso inadmissível): MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 24. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54.

A segunda situação (aqui nomeada “BB”), diz respeito à hipótese em que a questão foi decidida pelo juízo *a quo*, com posterior interposição de recurso ainda pendente de julgamento. Aqui, tem entendido o STJ<sup>1102</sup> que, tratando-se de matéria de ordem pública e, principalmente, não tendo sido esgotada a jurisdição recorrida, plenamente possível se mostraria a retratação.

Assim como a anterior, a terceira situação (alinhada de “CC”) também se refere à questão de ordem pública decidida e impugnada por recurso, mas que dela se difere pelo fato de já ter havido julgamento pela instância superior. Nesse caso, vem entendendo o STJ<sup>1103</sup> que, até mesmo em respeito ao próprio sistema recursal e à hierarquia funcional entre os mais diversos órgãos do Judiciário, seria defeso ao juízo inferior enfrentar novamente a mesma questão decidida, ainda que de ordem pública.

A última situação digna de nota (nomeada de “DD”), por sua vez, tem lugar quando a questão de ordem pública foi efetivamente decidida e, a despeito da possibilidade de interposição

<sup>1102</sup> “(...) É possível ao juiz, diante de renovação de pedido do autor, determinar que o réu, que teve a quebra de seu sigilo bancário decretada nos autos, apresente prova em sua defesa, ainda que, em decisão anterior que fora objeto de recurso ao Tribunal ainda pendente de julgamento, o magistrado tenha feito igual determinação ao réu. Isso porque, como a matéria envolvida na demanda, no caso, a proteção do sigilo bancário, diz respeito a direito indisponível, a qual ainda se encontrava pendente de julgamento, não há se falar em preclusão pro iudicato, nem que o magistrado decidiu novamente questão já decidida, relativa à mesma lide. (STJ, 2T., EDcl no REsp 1.370.620/MG, Rel. Min. Mauro Campbell, j. 17/10/2013, DJe 24/10/2013; destaques acrescentados).

<sup>1103</sup> “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO. *DECISÃO DO STJ. PRECLUSÃO. REEXAME PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE*. 1. Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que proveu Recurso Ordinário para anular acórdão que reconheceu a decadência do direito à impetração, logo após pronunciamento do STJ, nestes autos, declarando não estar configurada essa preliminar. 2. A questão da decadência já havia sido decidida no RMS 24.430/RS, quando o então Relator, Ministro Jorge Mussi, assentou o seguinte: ‘Atendendo à melhor exame da decisão agravada, verifico que, de fato, o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança foi observado, eis que o writ impugna ato judicial publicado em 1.3.2006 (fl. 28)’. 3. Não houve interposição de recurso pelo Estado do Rio Grande do Sul contra a aludida decisão, seguindo-se acórdão da Quinta Turma do STJ, que determinou ‘o retorno dos autos para apreciação do mérito do Mandado de Segurança no Tribunal de origem’. Se assim o fez, é evidente que a questão da decadência ficou superada, concordando o órgão colegiado com a decisão monocrática do Relator, o qual, como sabido, age por delegação. 4. *A Segunda Turma do STJ, com base em precedentes do STJ, assentou que a falta de recurso contra decisão sobre a decadência, proferida na fase de saneamento do mandamus, acarreta preclusão (REsp 1.256.371/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24.8.2011)*. 5. *Se, nos termos desse precedente, a questão torna-se preclusa até mesmo para o órgão julgador de segunda instância, em grau de Apelação, o Tribunal a quo não poderia reexaminar decisão do STJ*. 6. *Ainda que se admita que a decadência, por ser matéria de ordem pública, não se sujeita à preclusão pro iudicato, o reexame de ofício dessa questão não pode ser feito por órgão de hierarquia jurisdicional inferior, sob pena de desvirtuamento do sistema recursal e de prejuízo à segurança jurídica*. 7. Agravo Regimental não provido”. (STJ, 2T., AgRg no RMS 36.522/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 22/05/2012, DJe 15/06/2012; destaques acrescentados).

recursal, isso não ocorreu. Nessa hipótese, a jurisprudência maciça do STJ<sup>1104</sup> é no sentido de que não há preclusão, podendo haver novo enfrentamento enquanto a causa estiver nas instâncias ordinárias.

Vale ressaltar, desde logo, que ao contrário do que faz a doutrina (como se verá), a jurisprudência não faz distinção entre as matérias cognoscíveis de ofício que não restariam atingidas pela preclusão.

Especialmente quanto à situação “DD”, podem ser encontradas duas posições doutrinárias bem distantes.

De um lado estão estudiosos como *Fredie Didier Júnior*<sup>1105</sup>, *Dierle Nunes*<sup>1106</sup>, *João Batista Lopes*<sup>1107</sup> e *J. J. Calmon de Passos*<sup>1108</sup>, que reconhecem, regra geral, ser vedada nova decisão, ainda que se trate de matérias de ordem pública, se a questão de ordem pública restar irrecorrida, basicamente por força da interpretação conjunta dos arts. 267, §3º; 471 e 473, todos do CPC/73<sup>1109</sup>.

<sup>1104</sup> “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DESPACHO SANEADOR. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. 1. A jurisprudência do STJ firmou orientação no sentido de que ‘*Nas instâncias ordinárias, não há preclusão em matéria de condições da ação e pressupostos processuais enquanto a causa estiver em curso, ainda que haja expressa decisão a respeito, podendo o Judiciário apreciá-la mesmo de ofício*’ (arts. 267, § 3º e 301, § 4º, CPC)” (REsp n. 285.402/RS, 4ª T., Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 07.05.2001). 2. Recurso especial provido”. (STJ, 1T., REsp 847.390/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06/03/2007, DJ 22/03/2007, p. 302; destaques acrescentados)

<sup>1105</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 13. ed...., ob. cit., p. 552-557.

<sup>1106</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Preclusão como fator de estruturação do procedimento, in LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: origens históricas da processualidade democrática*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 181-210, especialmente p. 203-204, v. IV.

<sup>1107</sup> LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão..., ob. cit.

<sup>1108</sup> PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Arts. 270 a 331). 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, [sd], p. 445-456, v. III.

<sup>1109</sup> *Pedro Henrique Pedrosa Nogueira* bem sintetiza a opinião do grupo favorável às preclusões: “(...) Parece-nos que a melhor solução está em interpretar o art. 267, § 3.º, do CPC em harmonia com os arts. 471 e 473 do CPC. Do art. 471 do CPC se extrai regra jurídica dirigida à atividade do juiz vedando a re-análise de questões já decididas. Já o art. 473 do CPC, dirigido às partes, veda que determinada questão já resolvida no processo seja novamente suscitada. Tais regras se harmonizam com a previsão contida no art. 267, § 3.º, do CPC, pois os arts. 471 e 473 do CPC não suprimem do juiz o poder de conhecer de ofício, e em qualquer grau de jurisdição, das questões situada no âmbito dos pressupostos processuais e condições da ação; apenas impedem que tais questões,

Em sentido diametralmente oposto – e, portanto, próximo ao que se firmou na jurisprudência pátria –, nomes como *Heitor Vitor Mendonça Sica*<sup>1110</sup>, *José Rogério Cruz e Tucci*<sup>1111</sup>, *Egas Moniz de Aragão*<sup>1112</sup> e *Galeno Lacerda*<sup>1113</sup> não fazem tal distinção, entendendo que o interesse público que carrega essas questões seria forte o suficiente para impedir a ocorrência da preclusão.

Estabelecidos tais esclarecimentos, poderia o leitor estar a se indagar: embora se trate, a preclusão *pro iudicato*, de uma (questionável) hipótese de sanção processual dirigida ao juiz, qual seria a pertinência da exposição das situações “AA”, “BB”, “CC” e “DD”, diante do tema central da lealdade processual?

É o que se passa a explicar.

#### 6.2.2.3.2 *Venire contra factum proprium, suppressio, surrectio e tu quoque*

Como se afirmou, o *v.c.f.p.* – e os demais institutos, aqui tratados em conjunto – relacionam-se não só à lealdade (de onde advêm), como às preclusões, na medida em que uma das consequências do seu reconhecimento é a proibição (=perda) da capacidade de se praticar determinado ato<sup>1114</sup>.

---

uma vez decididas no processo, sejam novamente re-analisadas (...)”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e *venire...*, ob. cit.).

<sup>1110</sup> *Heitor Sica* desenvolve, com profundidade, os argumentos que arrimam essa posição, fazendo menção, inclusive, a diversas hipóteses em específico que não restariam atingidas pela preclusão *pro iudicato*. Sobre o tema, que extrapola, em muito, os contornos da presente Tese, remete-se o leitor interessado: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil...*, ob. cit., p. 180-265, em especial o item 8.5 de seu trabalho, às páginas 230-252.

<sup>1111</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 275-290.

<sup>1112</sup> ARAGÃO, Egas Moniz de. *Preclusão (Processo Civil)...*, ob. cit., p. 173-174.

<sup>1113</sup> LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 162-168.

<sup>1114</sup> “(...) Trata-se de lição velha, embora aplicada com outros termos. Na sistematização do instituto da *preclusão* (perda de poder jurídico processual), a doutrina refere-se à *preclusão lógica*, que consiste na ‘impossibilidade que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior’. A idéia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. I. 13. ed..., ob. cit., p. 290).

Especificamente quanto à atuação jurisdicional, como também já se viu<sup>1115</sup>, a jurisprudência começa a reconhecer, ainda que timidamente, a sua aplicabilidade, por entender que também as posições jurídico-processuais dos julgadores devem se submeter ao crivo da proteção da confiança.

Assim, por exemplo, se determinada posição assumida pelo julgador for suficientemente capaz de gerar expectativas legítimas nos demais sujeitos processuais, restaria diminuída – senão excluída – a sua possibilidade de atuação jurisdicional, em uma espécie de *preclusão pro iudicato*.

A questão, todavia, é um pouco mais delicada, notadamente diante do que já se afirmou acima.

Isso porque, tratando-se de matérias de conhecimento oficioso, a jurisprudência do STJ tem adotado (salvo na situação “CC” mencionada) a posição de que não se poderia falar em preclusão *pro iudicato*. Se, contudo, a questão que estiver em jogo tiver natureza disponível, aí mesmo que não se pode falar em v.c.f.p., vez que o juiz somente delas poderia conhecer se provocado fosse, sob pena de violação à própria autonomia da vontade.

Diante disso, como se defender o v.c.f.p. para as atividades dos julgadores?

*Fredie Didier Júnior*: – um dos adeptos, como visto, da teoria “pró-preclusão *pro iudicato*” –, tece uma consideração bastante interessante, com apoio na doutrina de *Judith Martins-Costa*, quando enfrenta especificamente o tema sob a ótica do controle das nulidades.

Para o Professor da Universidade Federal da Bahia, o fundamento da existência do v.c.f.p. é, em síntese, a proteção da boa-fé objetiva (*rectius*, lealdade, cf. item 2.3), *fundamento este que também tem natureza de ordem pública*<sup>1116</sup>.

Em assim sendo, tratando-se o v.c.f.p. também de instituto cognoscível de ofício, pondera *Fredie Didier Júnior*, com apoio em *Anderson Schreiber*<sup>1117</sup>, que a saída “mais correta é a

---

<sup>1115</sup> Vide julgados colacionados no subitem 2.5.3.2.

<sup>1116</sup> Posição essa, diga-se de passagem, com a qual a presente Tese coaduna, notadamente diante da fundamentação da lealdade processual investigada no capítulo 2.

<sup>1117</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório...*, ob. cit., p. 256-269.



aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderando, em concreto, o interesse público por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e da solidariedade social”<sup>1118</sup>.

Por esse raciocínio, a solução, como sói ocorrer com os *hard cases*, cairia no casuísmo, sendo necessário se analisar, concretamente, pelo princípio da proporcionalidade, em que medida as consequências relacionadas ao *v.c.f.p.* processual poderiam ser reconhecidas, a ponto de se afastar, ou não, a preclusão *pro iudicato*.

#### 6.2.2.3.3 A cooperação, a preclusão *pro iudicato*, o *v.c.f.p.* e seus correlatos: uma sugestão de *lege lata*

A posição de *Fredie Didier Júnior* acima exposta parece bastante tentadora, na medida em que tenta conjugar a proteção da lealdade processual e seus corolários com a salvaguarda das *demais* matérias de ordem pública, preservando os poderes jurisdicionais nesse desiderato.

Sucede, todavia, que até mesmo pelo que já restou exposto nos itens 1.1 e 6.1.3.1, permitir que um poder dessa magnitude seja livremente adotado pelo julgador pode trazer consequências diametralmente opostas àquelas acima mencionadas. Afinal, conceber que o magistrado possa, *in concreto*, sempre ponderar se irá ou não preservar a confiança legítima das partes envolvidas na demanda, pode acarretar subjetivismos de difícil previsibilidade (e controlabilidade), o que, exatamente em temas de *confiança*, parece soar como um contrassenso.

Nesse sentido, a alternativa que aqui se propõe, se não chega a coibir totalmente os eventuais desvios subjetivistas dos juízes – algo que, convenha-se, tem se mostrado impossível desde o século XVIII -, pelo menos estabelece alguns parâmetros mais seguros (=previsíveis) para tanto.

Veja-se, passo a passo, sugestão *de lege lata* a respeito do tema, analisando-se justificativas e premissas de parte a parte:

Por um lado:

---

<sup>1118</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. I. 13. ed...., ob. cit., p. 291.

i) considerando que, como visto acima, historicamente prevalece na doutrina e na jurisprudência a tese favorável à inexistência de preclusões *pro iudicato* para as matérias de ordem pública;

ii) considerando que o próprio sistema prevê o cabimento de demandas autônomas – e mais dispendiosas – de impugnação do julgado (v.g., as ações rescisórias ajuizadas por vícios processuais como o impedimento ou a incompetência absoluta, conforme art. 485, inciso II, CPC/73), a denotar não ser condizente com a efetividade, a duração razoável e a economia processual a vedação, ao julgador, do conhecimento oficioso de matérias que lhe estão à mão;

iii) considerando que, mesmo para seus defensores<sup>1119</sup>, a tese da preclusão *pro iudicato* não é assim tão forte<sup>1120</sup>, devendo ser interpretada com restrições específicas (v.g., em relação aos poderes instrutórios do juiz<sup>1121</sup>):

---

<sup>1119</sup> “(...) Por isso mesmo é que a ‘Exposição de Motivos’ do vigente Código de Processo Penal declara que “para a indagação da verdade, o juiz não estará sujeito a preclusões”. Essa assertiva está circunscrita, contudo, ao campo da instrução probatória. Devendo decidir a lide de acordo com o seu livre convencimento (ou melhor, de acordo com o princípio da *persuasão racional*) poderá o juiz, sempre que entender necessário, determinar diligências para esclarecer ponto duvidoso, independentemente de requerimento das partes. Essa orientação é válida tanto para o processo penal, como para o processo civil. No atual Código de Processo Civil, há dispositivo expresso que consagra expressamente esse princípio: ‘Art. 130 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias’. *O que se pode afirmar com segurança, portanto, é que, em matéria probatória, o juiz não está sujeito a preclusões*. Entretanto, não se pode dizer que todos os atos do juiz estejam imunes à preclusão (...)” (LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão..., ob. cit.; destaques acrescentados). No mesmo sentido: “(...) O juiz tem o poder de, oficiosamente, determinar as provas a serem produzidas no processo. O problema ocorre, porém, nas situações em que a parte requer a produção de determinada prova, o pedido é deferido, mas, posteriormente, o juiz modifica seu entendimento e a indefere. Nesse caso, alguns entendem que, ao deferir a produção de uma prova, atribui-se à parte um direito subjetivo à sua produção, que já não poderia ser subtraído pelo julgador a seu arbítrio. Somente havendo um fato superveniente, como a confissão, a prova já deferida poderia ser dispensada, já que em tal hipótese o direito à prova do fato restaria preservado. Outros autores, em sentido contrário, defendem que se a lei processual atribui ao juiz o poder de agir de ofício no terreno probatório, não ficaria ele vinculado à preclusão, podendo rever decisão que anteriormente houvesse deferido a produção de determinada prova, ou também deferir prova cuja produção anteriormente haja sido negada. *Parece-nos que essa última solução é a mais consentânea com o direito brasileiro, pois os poderes instrutórios conferidos ao magistrado pela norma extraída do art. 130 do CPC não sujeitam o juiz à preclusão, que pode, oficiosamente, determinar ou rejeitar as provas impertinentes para a solução da controvérsia (...)*” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e *venire*..., ob. cit.; destaques acrescentados).

<sup>1120</sup> “(...) São situações em que a preclusão para o juiz – que obsta a retratação da sua decisão de deferimento de prova – cede espaço à comunhão da prova e à vontade convertente de todos os sujeitos do processo, que podem dispor simultaneamente deste direito/poder de realização da prova, em prol da economia, celeridade e efetividade processual”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 30-31, v. 2).

*Entende-se por bem ser mais seguro ombrear com aqueles que defendem, a priori, a inexistência de preclusões para o juiz em relação às matérias de ordem pública, pouco importando sua natureza.*

Por outro lado:

I) considerando, ainda, que os institutos do *v.c.f.p.* (e seus correlatos) são corolários do reconhecimento da lealdade no processo, umas das principais bases teóricas desta Tese;

II) considerando que, concretamente, as atitudes omissivas e comissivas dos magistrados podem gerar, como de fato geram, expectativas legítimas nos sujeitos parciais do processo, a determinar, inclusive, gastos de tempo, dinheiro e energias (vide, por exemplo, a determinação *ex officio* – e posterior cancelamento, sem motivo aparente – de uma prova pericial, a fazer com que a parte experimente prejuízos financeiros desnecessários com a contratação de assistentes técnicos, cf. arts. 421 e seguintes, CPC/73);

III) considerando, por fim, que o *v.c.f.p.* e seus correlatos podem calhar, ainda que indiretamente, para que os julgadores busquem aumentar os índices de precaução na tomada de decisões judiciais (algo que, obviamente, coliga-se ao dever de engajamento):

*Entende-se que tais institutos se mostram importantes para a preservação da lealdade processual na prestação jurisdicional.*

*Assim, vistos os dois lados, e conclusivamente, afirma-se: a solução mais razoável parece ser, a fim de conciliar a segurança jurídica e a proteção da lealdade, a observância de um procedimento que contemple, obrigatoriamente, no que pertine às preclusões *pro iudicato*, os deveres atinentes à cooperação.*

Mais explicitamente, para que não restem dúvidas.

---

<sup>1121</sup> “(...) É preciso, de antemão, assinalar que, independentemente da posição que se adote acerca dos poderes de atuação *ex officio* do juiz na instrução probatória, é assente na doutrina e na jurisprudência a natureza de ordem pública do direito à prova invocado pelas partes, o que se justifica pela necessidade de o processo resultar numa decisão justa, o que pressupõe que tenha como fundamento uma premissa fática amparada na verdade real, fenomenológica. (...) Importa notar, por ora, que por sua importância para a construção de uma decisão justa – e, ainda, para o desenvolvimento de um processo justo –, as decisões que versam o direito à prova não são alvo de preclusão judicial, tendo em vista que ao juiz não é dado dispor, definitivamente, do direito à prova invocado pelas partes. Por isso, não lhe é permitido indeferir a produção de um meio de prova que se refira a fato pertinente ao litígio, sob o argumento de já estar convencido da tese contrária, à luz dos elementos probatórios existentes nos autos (...)”. (ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz..., ob. cit., p. 100; alguns destaques acrescentados).

Não é possível prever, e muito menos *engessar*, a atividade processual do julgador. Cada processo, depois de iniciado, a despeito da existência de um procedimento prévio, rígido e previsto em lei, adota um caminho próprio que pode encontrar variáveis inimagináveis até mesmo para os mais experientes profissionais do foro.

Assim, trabalhar com preclusões *pro iudicato* rígidas serviria, em que pesem as boas intenções dos seus defensores, para favorecer o juiz burocrata, que se esconderia – como se esconde – por trás das barreiras preclusivas para evitar se engajar.

Por outro lado, como visto, simplesmente negar, em absoluto e aprioristicamente, as vantagens dos institutos do *v.c.f.p.* e seus correlatos ao processo significaria malferir as conquistas históricas da lealdade processual e, por consequência, ofender o próprio *processo justo*.

Diante de posições aparentemente antagônicas, propõe-se, aqui, uma alternativa aristotélica: *preserva-se a regra a possibilidade de que o julgador se retrate, crescendo a seu procedimento, sob pena de nulidade, a obrigatoriedade de observância dos deveres da cooperação*.

Assim, por exemplo: se o magistrado havia admitido uma demanda ou defesa e, tempos depois, percebe que possa haver ali uma matéria de ordem pública não vista ou mal decidida, impõe-se que, antes de se posicionar a seu respeito, além de ouvir as partes (o que, claramente, conforme se mostrou no item 4.2, decorre do contraditório participativo), deva com elas cooperar, expondo, em diálogo franco e aberto, as razões pelas quais ele, nesse momento, pensa em se retratar.

Veja-se: muito mais que mecanicamente chamar as partes para se manifestar a respeito da decisão que ele pensa em proferir, o magistrado deve debater, sem preconceitos ou posições hierárquicas, todos os pontos que o fizeram repensar determinada questão.

Nesse ambiente *leal de diálogo*<sup>1122</sup>, o juiz tem de, se for o caso, expor seus eventuais equívocos, despir-se de preconceitos e mostrar às partes, sem vaidade ou orgulho, que não tem compromisso com o erro.

---

<sup>1122</sup> Há mais de meio século, *Piero Calamandrei* já defendia a colaboração leal entre juízes, partes e advogados como a melhor solução para o bom desenvolvimento da demanda, chegando a ponto de afirmar que as garantias formais do processo nada valem sem a garantia do espírito fulcrado na confiança recíproca entre os sujeitos do processo.

Somente depois de verdadeiramente cumpridos todos os deveres de cooperação, estar-se-ia legitimado, pela lealdade empreendida no procedimento, o enfrentamento de questões de ordem pública já decididas ou até mesmo inéditas que, pelo decurso do tempo, possam ter gerado, por *surrectio*<sup>1123</sup>, a sensação de que alguma posição jurídica de vantagem tenha sido adquirida pela parte.

Caso contrário, não há alternativa: ou a decisão se afigura nula, por ofensa à cooperação<sup>1124</sup> e à lealdade processual ou, quando cabíveis, operam-se as consequências do *v.c.f.p.* e seus institutos correlatos<sup>1125</sup>.

---

(CALAMANDREI, Piero. Carácter dialéctico del proceso, *in Proceso y Democracia*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 147-174, especialmente p. 166-167).

<sup>1123</sup> ROMEU, Talita. O princípio da boa-fé e o instituto da preclusão: a *supressio* processual..., ob. cit., p. 855-864.

<sup>1124</sup> “Anteriormente, (...) manifestamo-nos favoravelmente ao resgate da importância da vontade na teoria dos atos processuais e na teoria das nulidades. Nesse sentido, a violação à boa-fé, tanto quanto o desrespeito a outros princípios processuais correlatos, como o princípio da cooperação, geram atos inválidos (...)”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno ...*, ob. cit., p. 242). Sobre as consequências da omissão judicial quanto ao dever de cooperação, consulte: SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do Tribunal: que consequências?, no prelo* (artigo gentilmente enviado pelo próprio autor).

<sup>1125</sup> Veja-se, nesse sentido, excerto do voto do Min. *Massami Uyeda*, nos autos do REsp 1.116.574/ES: “(...) Como já registrado, para a jurisprudência fixada por esta Corte de Justiça, o cancelamento da distribuição de embargos à execução por ausência de preparo, com base no art. 257 do Código de Processo Civil, independe de prévia intimação pessoal da parte embargante. Assim, não se impõe ao magistrado verificada a ausência de recolhimento do preparo, chamar a parte embargante para suprir o defeito. Deve, ao contrário, cancelar a distribuição e determinar o arquivamento dos autos. *Todavia, in casu, em nome da efetividade do acesso à Justiça, entende-se que há que se privilegiar, na hipótese, a preclusão pro iudicato, instituto processual que consiste na impossibilidade de realização de atos processuais incompatíveis com outros já determinados e, registra-se, devidamente cumpridos.* Além disso, a essa circunstância, observa-se que a doutrina tem defendido que constitui verdadeira regra concernente ao princípio da confiança, que orienta a lealdade processual, qual seja, a proibição do *nemo potest venire contra factum proprium* (...) Bem de se ver que, na espécie, a conduta do Juízo *a quo* revela-se contraditória, na medida em que anteriormente determinou - quando não precisava fazê-lo, segundo a jurisprudência desta Corte Superior - o recolhimento do preparo e, ato contínuo, mesmo após o cumprimento de sua ordem, entendeu por bem julgar extinta a demanda, sem julgamento de mérito. Ora, tal atitude, revela-se, *data venia*, violadora da boa-fé objetiva. Isso porque, criou-se, na parte autora, ora recorrente, (...) a legítima expectativa de que, após o recolhimento do preparo, dentro do prazo estabelecido pelo Magistrado, suas razões iniciais seriam examinadas, observado-se, por óbvio, o devido processo legal. Assim, determinada a intimação para recolhimento do preparo e figurando está devidamente cumprida, em tempo e modo oportunos, não é o caso de extinção dos embargos à execução, com base no art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil. Assim sendo, conhece-se parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dá-se-lhe provimento para anular o *v. acórdão* recorrido e determinar o retorno dos autos à origem para que prossiga no exame dos embargos à execução, na esteira do devido processo legal, invertendo-se, pois, os ônus sucumbenciais, ressaltando-se, se for o caso, o art. 12, da Lei 1.060/50. É o voto”. (STJ, 3T., REsp 1.116.574/ES, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 14/04/11, DJe 27/04/11, p. 8-9 do voto condutor; destaques acrescentados).

Ao assim proceder, conjugar-se-ão, na medida do possível, as vantagens de ambas as teorias: nem se veda ao juiz, por força das preclusões, o conhecimento oficioso das matérias de interesse público, nem se olvida da tutela da lealdade processual.

#### 6.2.2.4 Os defeitos dos atos processuais e os *errores in procedendo*

##### 6.2.2.4.1 As nulidades como sanções e a atuação jurisdicional

A última categoria de sanções relativa à prestação jurisdicional diz respeito aos “defeitos processuais”<sup>1126</sup> das decisões judiciais, em especial aquelas cujos *errores in procedendo* tenham o condão de prejudicar o bom andamento do processo.

Dada a complexidade do tema, cuja magnitude o presente trabalho não comporta, não cabe, nesta sede, desenvolver qualquer teoria ou estudo sobre as nulidades e os vícios processuais<sup>1127</sup>. Apesar disso, cumpre aqui abordar, *en passant*, um único aspecto a respeito do tema que, ainda que indiretamente, liga-se às sanções processuais, qual seja, a sua natureza jurídica.

Isso porque, segundo lições de estudiosos como *José Frederico Marques*<sup>1128</sup>, *Maria Francesca Ghirga*<sup>1129</sup>, *Michele Taruffo*<sup>1130</sup>, *Humberto Theodoro Júnior*<sup>1131</sup> e, em especial *J. J. Calmon de Passos*<sup>1132</sup>, não há como deixar de constatar que “a nulidade é uma sanção”<sup>1133</sup>.

<sup>1126</sup> Como bem observa *Leonardo Greco*, a nomenclatura “defeito processual”, mais genérica, tem o mérito de evitar confusões e impropriedades terminológicas. (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 325).

<sup>1127</sup> Ao leitor interessado, indica-se: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do Processo Civil Moderno...*, ob. cit.; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ed. São Paulo: RT, 2001; LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953; PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. 1. ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2009; TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

<sup>1128</sup> “(..) A nulidade processual é uma sanção. O ato defeituoso é ato praticado *contra jus*, visto que não se ajusta ao modêlo imposto nas normas e textos legais. Com a prática do ato contra as regras processuais, há uma violação dos imperativos da lei, e daí lhe não se reconhecer a ordem jurídica a aptidão necessária para produzir os efeitos que normalmente dêle deveriam resultar”. (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 400-401, v. II).

Na realidade, não se trata – pelo menos imediatamente – de sanção dirigida contra o julgador, porquanto mesmo na prática de atos decisórios mais absurdos – e o cotidiano forense, infelizmente, tem trazido exemplos nem um pouco agradáveis a esse respeito (alguns aqui citados, cf. item 6.1.1) –, verdadeiramente pouco ou nada ocorre com o magistrado que malfere a norma processual.

Essa inexistência de relação direta, portanto, poderia afastar o estudo das nulidades neste trabalho que, como repetidamente se afirmou, labora com a atuação jurisdicional.

Apesar disso – e a justificar aqui o seu enfrentamento –, o tema das nulidades se aproxima, ainda que indiretamente<sup>1134</sup>, das sanções processuais aos julgadores, os quais acabam

<sup>1129</sup> *Maria Francesca Ghirga*, ao comparar – ainda que somente sob a viés das partes e de seus procuradores - os sistemas italiano e francês de sanções processuais, entende que o estudo deva ser feito a partir de uma singela divisão: podem existir “sanções pelo processo” e “sanções dentro do processo”. Na primeira categoria, por exemplo, encaixar-se-iam as sanções pelo manejo de uma ação abusiva, enquanto que, na segunda, poderiam ser enquadradas as *astreintes* e as preclusões. É exatamente nesta última que se encaixam as nulidades, que devem, segundo a Professora da Universidade de Insubria, como “sanções por vícios de forma”. (GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo e sanzioni...*, ob. cit., p. 48-52).

<sup>1130</sup> “(...) Outra classe de sanções processuais de ADP [abuso de direitos processuais] inclui um vasto número de conseqüências processuais referentes a atos abusivos. De modo geral, sanções como *nulidade*, anulabilidade, não receptividade, preclusão, ilegalidade, rejeição, negação etc. são freqüentemente previstas em diversos sistemas legais como conseqüências de atos praticados com violação de regras ou princípios processuais (...)”. (TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*, Revista de Processo, São Paulo, v. 177, p. 177-ss, 2009; destaques acrescentados).

<sup>1131</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, p. 38-ss, 1983.

<sup>1132</sup> “(...) Entre as sanções que reserva para o descumprimento de seus preceitos, está a *nulidade*. A nulidade é uma sanção, afirma-o Pannaim, pois é a conseqüência danosa de comportamento que se traduziu em imperfeição do ato, imperfeição à qual o legislador reúne a improdutividade dos efeitos jurídicos. (...) Esse entendimento não é pacífico, mas a ele nos filiamos, visto como se a nulidade é conseqüência do defeito do ato processual, parece-nos evidente o seu caráter de sanção jurídica”. (PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades...*, ob. cit., p. 105-107).

<sup>1133</sup> O trecho transcrito é de *J. J. Calmon de Passos*, na obra referida “*Esboço de uma teoria...*”, à página 106.

<sup>1134</sup> “(...) O ADP [abuso de direitos processuais] é freqüentemente proibido e sancionado sob diferentes rótulos, i.e., como uma violação de regras específicas concernentes a atos singulares ou fases do procedimento. Em tais casos, a sanção é estritamente “processual” porque é concebida para a violação de uma regra processual: o ato é então processualmente “ilegal” *per se*, e por esta razão é definido pela lei como nulo, anulável, ilegal, inválido, não recepcionável, precluso etc. Alguém pode dizer: nada de especial nisto. Se o ato abusivo implica violação de uma regra processual, a sanção é apenas aquela prevista para tal violação, não uma sanção especial pelo abuso. De certo modo, em tais casos o ADP é sancionado indiretamente, na medida em que as violações processuais são

por experimentar, *mutatis mutandis*, os efeitos característicos das “penas”<sup>1135</sup> abstrata e concretamente cominadas.

Abstrata e preventivamente, a previsão de nulidade dos atos decisórios labuta no ânimo do julgador com fins dissuasórios, pois o persuade a observar as regularidades formais com maior cuidado, desestimulando-o a praticar atos processuais defeituosos. Concreta e repressivamente, por outro lado, o reconhecimento da nulidade do ato jurisdicional “castiga” e expõe o magistrado, porquanto o obriga a revisitar tarefa já realizada (o que, obviamente, causa-lhe um aumento da carga de trabalho) e, ainda, coloca-o à mercê das críticas de colegas, advogados, partes, estudiosos, enfim, da própria sociedade.

#### 6.2.2.4.2 Os defeitos processuais e o processo justo

Como se tem ciência (cf. item 1.3.4), sobretudo com apoio nas lições de *Michele Taruffo*<sup>1136</sup>, Professor da Universidade de Pavia (ITA), um dos elementos indispensáveis à consagração de um processo justo é que a sua decisão seja produzida em um ambiente em que todas as garantias tenham sido respeitadas. Trata-se, em específico, da faceta “formal”<sup>1137</sup> ou “procedural” do *giusto processo*, que se ocupa, prioritariamente, da preservação da validade do

---

sancionadas como atos "ilegais", independentemente de seu possível caráter abusivo (...). (TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos..., ob. cit.).

<sup>1135</sup> “(...) A característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou com o punir, quer evitar o crime. (...) Com efeito, por meio da elaboração de tipos delitivos (...) revela o legislador penal, de modo nítido e visível, aos que estejam submetidos às leis do País aquilo que lhes é vigorosamente vedado fazer ou deixar de fazer (...) Por outro lado, por meio da cominação de penas, visa o legislador atingir o sentimento de temor (intimidação) ou o sentimento ético das pessoas, a fim de que seja evitada a conduta proibida (prevenção geral). Falhando essa ameaça, ou esse apelo, transforma-se a pena abstratamente cominada, com a sentença criminal, em realidade concreta, e passa, na fase de execução, a atuar sobre a pessoa do condenado, ensejando sua possível emenda ou efetiva neutralização (prevenção especial). (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. 7. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 3; destaques acrescentados).

<sup>1136</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, ob. cit., p. 142.

<sup>1137</sup> Nesse sentido: SOUZA, Artur César de. Justo processo ou justa decisão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 196, p. 469-ss, 2011.



procedimento, a fim de que ele seja capaz de permitir e preparar da melhor forma o surgimento de decisões justas<sup>1138</sup>.

Conforme relatam os professores franceses *Serge Guinchard*, *Cecile Chainais* e *Frédérique Ferrand*<sup>1139</sup>, uma das características essenciais de um processo que se diz *équitable* é a observância equilibrada das exigências de forma, as quais, como já se disse (item 6.1.3), têm curial relevância para a proteção dos direitos fundamentais. Não é por outra razão, a propósito, que qualquer ordenamento minimamente organizado vislumbre ser viciado (=nulo) um procedimento em que, por exemplo, o réu não tenha direito a ser validamente citado ou, ainda, o autor não tenha o direito de produzir uma prova legítima à comprovação de seu direito.

Há, desse modo, regra geral, uma intrínseca e direta relação entre as violações procedimentais e os defeitos processuais, de modo que, quanto maior for a violação do justo processo formal, mais grave será o vício processual cometido.

De outra banda, também é de sabença geral que dois dos mais modernos e fundamentais princípios em matérias de nulidades são os da convalidação e do prejuízo<sup>1140</sup>, os quais impõem, ao máximo, a tentativa de se “salvar” o ato processual, ainda que inquinado de vícios de toda sorte. Regra geral – e de acordo com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, inclusive –, um ato somente deverá ser anulado por vício procedimental se algum direito fundamental estiver em perigo e não puder ser tutelado nem mesmo que tardiamente<sup>1141</sup>.

Diante de tais premissas, é possível estabelecer outra relação direta, além daquela já afirmada linhas acima: quanto maior for a violação do justo processo formal, mais grave será o

<sup>1138</sup> TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta, in *Sui Confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 219-234, especialmente p. 224-225.

<sup>1139</sup> GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 31.ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 656-657.

<sup>1140</sup> "(...) La tendance moderne du droit procédural est de rendre difficile l'annulation des actes de procédure, voire de toute une procédure, si un droit fondamental des parties n'est pas concerné. En d'autres termes, il est fait fi, quant à la nullité, d'irrégularités jugées secondaires pour que la procédure ne devienne pas le terrain de jeu des plaideurs dont le procès est mauvais au fond (...)" (GUINCHARD, Serge *et al. Procédure civile...*, ob. cit., p. 657-658. No mesmo sentido: COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 315-321).

<sup>1141</sup> GUINCHARD, Serge *et al. Procédure civile...*, ob. cit., p. 658.

vício processual cometido e, conseqüentemente, maior será a dificuldade de convalidar ou aproveitar o ato maculado.

Seguindo esse simples raciocínio, haverá mais sanções (=decretação de nulidades) quanto mais grave for a violação ao processo justo (=prejuízo garantístico), pelo que parece forçoso concluir, destarte, que *deve merecer mais sanções aquele que mais viola as garantias processuais fundamentais*.

#### 6.2.2.4.3 Os abusos judiciais e as decisões – apenas *morfologicamente* – justas

Ainda sobre os defeitos processuais (e as conseqüentes sanções), mister se faz tecer um último comentário, notadamente a partir dos alertas de *Francesco Cordopatri*<sup>1142</sup>.

Isso porque, nessa seara, pode ocorrer que decisões aparentemente imaculadas venham a esconder, por baixo de uma *fachada de legalidade procedimental*, manifestos abusos e impropriedades.

Para demonstrar sua tese, *Cordopatri* se vale da análise do art. 175, CPC/ITA, o qual determina que o juiz utilize seus poderes para empreender um “leal desenvolvimento do processo”. O mesmo dispositivo impõe, ainda, que o magistrado fixe um calendário de procedimento, no qual todas as etapas mais relevantes do feito devam constar desde os momentos iniciais de tramitação.

Nesse sentido – e aproveitando-se do exemplo mencionado pelo Professor Ordinário da Faculdade de Cagliari – imagine-se que determinada audiência previamente marcada esteja às vésperas de sua realização e, apesar disso, por motivos que não vêm a calhar, o magistrado sequer havia se dignado a uma olhadela nos autos.

Quando, realmente, o julgador se dispôs a fazê-lo, percebeu o quão complicada era a demanda e, para não se expor perante partes, advogados e servidores, fez uso da possibilidade de *rinvio* (=adiamento) da audiência, alegando, para tanto, um fundamento *superficialmente escoreito*, apenas para evitar que sanções disciplinares lhe sejam imputadas (vale dizer: na Itália,

---

<sup>1142</sup> CORDOPATRI, Francesco. *L'abuso del processo*, v. II – Diritto Positivo. Padova: Cedam, 2000, p. 741-764.

cf. relata *Cordopatri*, uma decisão dessa natureza proferida sem fundamentação é causa de falta disciplinar).

Veja-se que, nessa hipótese, o procedimento se mostra *morfologicamente íntegro*, na medida em que, externamente, a decisão de adiamento parece correta. Apesar disso, houve inequívoco abuso jurisdicional, uma vez que o magistrado se valeu de seus poderes não para melhorar a prestação jurisdicional, mas apenas e tão-somente para resolver uma dificuldade que é, majoritária ou exclusivamente, sua. Trata-se, como já se afirmou (item 5.3.2), de ato praticado com evidente *desvio de finalidade* ou, nas palavras de *Cordopatri*, “*impiego distorto*”<sup>1143</sup> ou “*attività distorsiva*”<sup>1144</sup>.

É exatamente por essa razão que *Cordopatri* considera que, no que se refere aos abusos judiciais, pode ser necessário um olhar um pouco mais aguçado que aquele voltado para a relação “causa (vício)–efeito (nulidade)” comentada nos tópicos anteriores<sup>1145</sup>.

Por conseguinte, torna-se importante, a fim de se identificar – e reprimir – o abuso, que sejam sopesados, além dos vícios procedimentais mais nítidos, outros princípios e regras característicos do *giusto processo*, como a duração razoável, o contraditório participativo e/ou a fundamentação analítica das decisões judiciais, conforme já se referiu no capítulo 1.

Noutro tom: nem sempre a nulidade, o defeito, o “dano” ao processo deve se mostrar presente para que possa falar em abuso jurisdicional. Aliás, como já se viu (item 5.2), para os privatistas – principais desenvolvedores e estudiosos da teoria geral do abuso de direito – o “elemento danoso” sequer é tido por requisito para efeito do reconhecimento da abusividade, apresentando-se apenas de modo accidental ou auxiliar.

*É exatamente por isso, também, que mesmo que as partes não se sintam prejudicadas, ou não se mostrem interessadas o suficiente a ponto de suscitar o abuso, seria possível vislumbrá-lo e imputar, ao julgador desleal, as respectivas sanções.*

<sup>1143</sup> *Idem, ibidem*, p. 750.

<sup>1144</sup> CORDOPATRI, Francesco. L’abuso del processo nel diritto positivo italiano, in *L’abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 49-86, especialmente p. 76.

<sup>1145</sup> CORDOPATRI, Francesco. *L’abuso del processo*. v. II..., ob. cit., p. 755-756.

Vale um exemplo, retirado da mesma ideia-base apresentada por *Cordopatri* relacionada ao art. 175, CPC/ITA.

Imagine-se que dado juiz, deslealmente, tenha de fato adiado as audiências previamente designadas, valendo-se sempre de uma decisão “aparentemente correta” e, exatamente por isso, por essa máscara de legalidade, as partes não tenham se atentado para o abuso a ponto de manejar os recursos cabíveis<sup>1146</sup>.

Tempos depois, o mesmo magistrado profere as respectivas sentenças e, quando dos apelos, os julgadores de segundo grau recebem tais processos e conseguem, a partir de uma visão mais ampla e plural – uma decorrência, aliás, de uma boa gestão pelo tribunal (cf. item 4.3) – perceber os abusos praticados pelo mesmo juiz que, deslealmente, adotou, sempre que a ele interessava, a estratégia do *rinvio* das audiências.

De se frisar: isoladamente, nesse exemplo hipotético, não se podia perceber a “estratégia abusiva” do julgador; com os processos reunidos à mesa do colegiado julgador, todavia, o abuso se escancara.

Veja-se: nesses casos, até mesmo pelo basilar princípio do prejuízo atinente ao regime das nulidades, não seria inteligente nem econômico reconhecer a anulação dos atos decisórios “supostamente” válidos, até mesmo porque, à época, as partes sequer manifestaram intenção de recorrer; ademais, pode ser que não tenha havido, verdadeiramente, nenhum dano apurável digno de nota, o que também desaconselharia o reconhecimento do vício.

Apesar disso, e porque, como se viu (item 5.2), o dano não é elemento indispensável à configuração do abuso, esse juiz pode, se assim o entender o órgão superior de controle, ser tachado de *desleal* e ter de responder, nas instâncias cabíveis, pelos seus atos abusivos.

Que fique claro: não se está, aqui, a defender que os abusos sejam sempre reconhecidos *ex officio*, e muito menos que eles se deem em prejuízo do indispensável direito de defesa que a cada julgador deve ser concedido. *Two wrongs don't make a right*. Apenas se busca demonstrar,

---

<sup>1146</sup> O exemplo também poderia ser aqui adaptado para considerar a hipótese daquele magistrado que, ciente da existência de expedientes como os “grupos de sentença” implantados pelo TJRJ (cf. item 4.3.1.1), abusivamente permite que seu cartório fique repleto de demandas pendentes, a “justificar” a necessidade de envio dos processos – coincidentemente aqueles que não puderam ser eliminados por questões formais – para essa força-tarefa. Essa atitude pode não chamar a atenção das partes e dos advogados, mas poderia ser facilmente diagnosticada pelo órgão gestor superior.

nesse restrito espaço, a necessidade de se investigar a questão do abuso judicial sob perspectiva diversa das tradicionalmente adotadas.

### **6.3 *De lege ferenda*: a criação de cadastros públicos de violações procedimentais e o controle democrático dos juízes desleais: uma sugestão *de lege ferenda***

Como se viu nos itens anteriores, o sistema não só reconhece a possibilidade de que abusos processuais sejam cometidos pelos magistrados como os disciplina, laborando com uma variada gama de sanções respectivas.

Sem embargo, consoante também já se demonstrou, não se percebem resultados minimamente razoáveis a respeito, sendo, ao contrário, infelizmente cada vez menos hipotéticas e mais reais as hipóteses abusivas descritas no item 6.1.

Noutro giro: há um regime de responsabilidade, existem sanções, mas elas ou não são aplicadas, ou não se mostram efetivas, e os abusos se multiplicam, a ponto de a própria imagem da justiça, como poder constituído voltado à resolução dos conflitos dos cidadãos, vir a ser cada vez mais arranhada<sup>1147</sup>.

Se a essa realidade for acrescida a multirrepetida crise de efetividade da prestação jurisdicional, as consequências para a legitimidade democrática do Judiciário chegam a ser desastrosas à credibilidade da justiça<sup>1148</sup>.

---

<sup>1147</sup> “(...) é a imagem da Justiça, enquanto aparelho do Estado, que se degrada, pois incute-se na opinião pública uma falta de confiança da actuação dos tribunais e ideias feitas, quer de pouca produtividade, quer de falta de preparação e de idoneidade dos titulares dos órgãos da administração da justiça”. (PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais...*, ob. cit., p. 16-17).

<sup>1148</sup> Pesquisa feita pelo IBOPE recentemente publicada (02/ago/2013) revela que o Judiciário ocupa apenas o 10º lugar no ranking de instituições (de um total de 18 avaliadas) quanto ao índice de confiança da população brasileira, com 46% de avaliações positivas. Para se ter uma ideia, o Judiciário fica atrás de instituições como o Corpo de Bombeiros (77%), as Igrejas (66%), as Forças Armadas (64%), os meios de comunicação (56%), as empresas (51%), a polícia (48%), os bancos (48%) e as escolas públicas (47%). Outra pesquisa, dessa vez realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), cujos resultados foram publicados pelo *Estado de S. Paulo*, em sua versão eletrônica de 10 de novembro de 2014, mostra uma situação ainda pior: apenas 32% dos cidadãos brasileiros confiam no Judiciário. Ambas podem ser consultadas nos respectivos endereços a seguir: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/cai-a-confianca-dos-brasileiros-nas-instituicoes-.aspx> e <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,desobedecer-leis-e-facil-para-81-dos-brasileiros-32-confiam-na-justica,1590474>, acessos em 10 fev. 2015.

Com tudo isso, não é exagero afirmar, como o faz *Antonio do Passo Cabral*<sup>1149</sup>, que a própria existência – e, sobretudo, o custeio – do Poder Judiciário começam a ser questionados pelos cidadãos.

Há que se deixar claro que, feliz ou infelizmente, o problema está longe de ser exclusividade nacional. Na Itália, berço dos maiores processualistas do mundo, a adoção de mudanças legislativas que tinham como principais escopos simplificar, acelerar e facilitar o trabalho dos juízes<sup>1150</sup> acabaram por resultar em enorme desrespeito às garantias processuais e, por consequência, no aumento da insatisfação dos jurisdicionados, a ponto de se falar, como relata *Marco Gradi*<sup>1151</sup>, em um movimento de “fuga do processo”.

Seria evidentemente leviano afirmar que toda essa desconfiança para com o Judiciário advém apenas dos abusos jurisdicionais. Não é, sob hipótese alguma, o que aqui se afirmou. Sucedem, entretanto, que em um sistema, como já afirmou *Humberto Theodoro Júnior*<sup>1152</sup>, onde as sanções processuais aos juízes não passam de “letra morta” e, ademais, são premiados aqueles julgadores que apresentam melhores números estatísticos – e não os que realmente resolvem os litígios a eles submetidos – a consequência não poderia ser outra.

Ademais, os efeitos negativos dessa *desatenção* – para dizer o mínimo – para com os abusos jurisdicionais não param por aí. Como maçãs podres a estragar todo o cesto, os juízes desleais acabam por “contaminar” aqueles que labutam corretamente. Afinal, se a cenoura à

---

<sup>1149</sup> “(...) As pessoas, descrentes na via jurisdicional, evitam o Judiciário – fomentando a litigiosidade contida – e começam a questionar as instituições estatais e a necessidade de sua manutenção (inclusive financeira, por meio da tributação), já que descumprida a função em que radica a razão de sua criação. A concessão de parcela da liberdade individual em troca de proteção – no caso específico da jurisdição, a proibição da justiça privada – não mais se justifica (...)”. (CABRAL, Antonio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 115, p. 345-ss, 2004).

<sup>1150</sup> Como, acredite-se, a proposta de se permitir decisões sem motivação, a qual somente apareceria a pedido do interessado, a chamada “motivazione a richiesta”. Sobre o tema, consulte: STANGELI, Fabio. *La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della «motivazione breve» in Italia*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/211/Santangeli.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

<sup>1151</sup> GRADI, Marco. Inefficienza della giustizia civile e “fuga dal processo”: Commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014. Messina: Edizione Leone, 2014, p. 4-12.

<sup>1152</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Relatório Brasileiro: abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro..., ob. cit., p. 99.

frente dos olhos é o número de processos baixados, fica difícil saciar a fome com estudos aprofundados dos autos sobre a mesa (ou no computador).

Diante desse cenário desalentador, por onde passaria a – tentativa – de solução? Mais uma vez, ratifica-se, na observação rigorosa da lealdade processual.

Além de tudo que foi exposto nos capítulos anteriores, em especial nos capítulos 4 a 6, sugere-se uma alternativa, *de lege ferenda*, para, a um só tempo, potencializar o controle dos abusos jurisdicionais e, ainda, aumentar a sensação de confiança dos jurisdicionados. Explica-se.

Como se sabe, a principal forma de fiscalização das decisões judiciais se consubstancia nos mais diversos remédios impugnativos existentes em cada sistema. A par de permitir a rediscussão da matéria decidida, os recursos (aqui vistos em sentido amplo, para incluir também as ações autônomas de impugnação) exercem uma indisfarçável função de controle da atuação jurisdicional<sup>1153</sup>.

Em seus respectivos bojos, como é cediço, devem ser vinculadas as razões de inconformismo que busquem demonstrar o desacerto das decisões objurgadas ou, em outros termos, os *errores in iudicando* e/ou *in procedendo* que as inquinam.

Regra geral, como também se sabe, o reconhecimento de um erro de julgamento dá ensejo à reforma da decisão recorrida, ao passo que o erro de procedimento enseja a sua anulação.

No mais das vezes, a violação às garantias processuais fundamentais se relaciona, mais proximamente, aos *errores in procedendo*. Violações ao contraditório, à cooperação e à motivação analítica (vícios esses já descritos nos capítulos anteriores) tendem a resultar, portanto, em cassações dos julgados em que aparecem.

---

<sup>1153</sup> “Costuma-se dizer que a necessidade de se ouvir o outro pronunciamento sobre um mesmo problema jurídico é inerente ao ser humano, notando a doutrina que, mesmo quando correta a decisão, sempre uma das partes a terá como incorreta. A partir de certo momento evolutivo, o Estado passou a apoiar esse sentimento, ínsito ao litigante sucumbente, porque o exame da decisão por outro órgão jurisdicional forneceria maior grau de acerto à decisão, aumentando, conseqüentemente, a confiança do povo na jurisdição estatal. Por isso, considerando que a atividade jurisdicional deve aspirar a um resultado idealmente perfeito, os recursos seriam *meios de controle*, já que o Estado não pode garantir que os juízes sejam infalíveis. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 18).

Bem concretamente, portanto, não parece ser difícil concluir que boa parte das ofensas à lealdade processual descritas ao longo da Tese se relacionam – até mesmo pela sua fundamentação constitucional descrita no item 2.1 – com os *errores in procedendo*.

Nesse sentido, e como já ressaltado acima (item 6.2.2.4), quanto maior for a violação ao justo processo formal, maiores deverão ser as sanções (=nulidades) e, conseqüentemente, *maior responsabilidade deve ser assumida por aquele que a praticou*.

Mais claramente: o julgador que não observa as garantias processuais e vê sua decisão posteriormente anulada por tal razão deve “sofrer” algo mais que a mera obrigatoriedade de julgar novamente o feito, até mesmo porque, diante da burocracia do Judiciário, aliada às constantes mudanças de lotações dos magistrados, dificilmente o julgador que proferiu a primeira decisão acaba por receber a tarefa de corrigir seu próprio equívoco.

A ele, portanto, deve ser imposta outra forma de sanção, talvez muito mais efetiva que as atualmente existentes.

Sugere-se, nesse sentido, a adoção de, à falta de talento para melhor denominação, uma espécie de *cadastro público de violações processuais* (CPVP)<sup>1154</sup>, a ser alimentado toda vez que uma decisão judicial fosse definitivamente anulada, por *errores in procedendo*.

Decisões padronizadas sem fundamentação efetiva, falta de engajamento judicial na produção das provas, violação dos deveres de cooperação, enfim, violações ao processo justo de toda sorte fariam parte do “histórico decisório” do julgador.

A adoção de um CPVP se justificaria por diversas razões, a saber:

---

<sup>1154</sup> A ideia de criação de cadastros públicos de profissionais não é, nem poderia ser, totalmente nova. Especificamente no âmbito processual, o Grupo de Pesquisas “Observatório das Reformas Processuais”, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, capitaneado pelo Prof. *Leonardo Greco*, apresentou recentemente um Anteprojeto de Reforma do Direito Probatório, no qual, dentre diversas alvissareiras novidades, está prevista, em seu artigo 121, a instituição de um cadastro público de peritos judiciais. Todo o Projeto, acompanhado de seus relatórios e justificativas, está previsto para ser publicado em quatro edições consecutivas da *Revista de Processo*, da editora Revista dos Tribunais, a partir de seu volume n.º 240. O primeiro, já publicado, tem a seguinte referência: GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro – 1ª parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 61-136, 2015. O texto preliminar, que contém todas as justificativas, pode ser consultado em: GRECO, Leonardo *et al.* A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro: Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (versão preliminar). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 301-551, especialmente p. 303, jan./jun. 2014. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_13a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf)>. Acesso em: 25 dez. 2014.



i) *aumento do controle jurisdicional desleal*: por se tratar de um cadastro público (ressalvadas, obviamente, as necessidades legais de preservação do sigilo), não só as partes e os procuradores envolvidos no litígio poderiam ter acesso irrestrito às abusivas decisões eventualmente proferidas, publicidade essa que facilitaria, sobremaneira, até mesmo apuração de eventual responsabilidade administrativa, civil ou criminal;

ii) *elevação da confiança do jurisdicionado no Judiciário*: ainda por força da publicidade indispensável do CPVP, todos os interessados poderiam facilmente “separar o joio do trigo”, restando inequívoco, *contrario sensu*, quais os juízes que efetivamente respeitam as garantias processuais. Assim como é possível, pela internet, que qualquer cidadão consulte a situação funcional de advogados e médicos, por exemplo, seria também permitido que se fizesse o mesmo para os magistrados. Isso evitaria a infeliz e lamentável generalização – que corrói os índices públicos de confiança do Judiciário – toda vez que um ou outro juiz satisfaz a sanha jornalística cometendo atitudes desmedidas que não representam nem um centésimo das dezenas de milhares de magistrados espalhados em todo o país; e

iii) *aumento do respeito ao justo processo*: de modo preventivo – o que definitivamente mais importa, já que a ideia não é defender uma “caça às bruxas” –, o CPVP se prestaria a obrigar o magistrado a efetivamente se engajar no processo, a definitivamente colocar em prática o contraditório participativo, a verdadeiramente respeitar as garantias processuais, uma vez que, ciente da possibilidade de ter seu nome incluído no CPVP, sentir-se-ia motivado a evitar os abusos e *errores in procedendo*.

Ademais, certamente aumentaria a qualidade das decisões e, por tabela, diminuir-se-iam os abusos descritos no item 6.1, vez que o magistrado deixaria de se atentar prioritariamente para as estatísticas e pilhas de processos, e passaria a se ocupar, com maior cuidado, da preservação daquele que “estuda as formas mais idôneas de garantir a realização da justiça da decisão”<sup>1155</sup>, o processo.

---

<sup>1155</sup> “(...) Il processo, che è in sostanza studio delle forme più idonee a garantire la realizzazione della giustizia della decisione, non può ovviamente accettare questa *deminutio* in Termini di poteri per le parti, in quanto ciò rischia di compromettere proprio il fondamento logico e sociale del processo, che è quello di offrire alla decisione giudiziaria quella necessaria *Legitimation durch Verfahren*, che riposa, in ultima analisi, proprio nelle regole di svolgimento del procedimento e di formazione del giudizio, ossia nelle regole del ‘dialogo processuale’ (GRADI, Marco. *Inefficienza della giustizia civile e « fuga dal processo »...*, ob. cit., p. 12-13).

Antes que as – inevitáveis – críticas surjam por todos os lados, sobreleva considerar alguns pontos:

*a um:* eventuais erros de julgamento de fundo não poderiam, sob nenhuma hipótese, fazer parte desses cadastros; tal medida, flagrantemente inconstitucional por violação à independência dos juízes, equivaler-se-ia a um “crime de hermenêutica”, algo totalmente contrário aos ditames do processo justo;

*a dois:* somente as decisões estáveis (não mais sujeitas a impugnação) poderiam dar ensejo à inscrição no CPVP, até mesmo para que se preserve a possibilidade de o próprio magistrado validamente se defender, direito esse que deveria também estar previsto na norma que viesse a instituir o CPVP;

*a três:* questões processuais polêmicas, sobre as quais eventualmente nem mesmo as instâncias superiores têm posicionamento pacificado, poderiam ter um peso menor (ou mesmo ser relevadas) para fins de inclusão no CPVP;

*a quatro:* poder-se-ia argumentar que a inclusão no CPVP aumentaria a morosidade processual, com a criação de uma nova hipótese recursal, na medida em que o magistrado, inconformado com a anulação de sua decisão, poderia ter interesse em recorrer; embora realmente essa possibilidade seja tangível – e a indispensável observância da lealdade a recomende – seria incorreto afirmar que uma “nova” hipótese recursal estaria a ser criada. Atualmente, já se defende, sem maiores dificuldades, que o magistrado tenha, no exercício de sua função, interesse em recorrer contra decisões dos tribunais que, por exemplo, reconhecem pertinência em exceções de suspeição ou impedimento<sup>1156</sup>, e nem por isso se põe nos ombros dos magistrados o peso do infundável número de recursos nos tribunais e/ou a morosidade respectiva.

Ainda que se argumente – com o que também se concorda – que o CPVP traria muito mais interesse concreto para a interposição dos recursos pelos juízes, as benesses acima delineadas (“i”, “ii” e “iii”) certamente superariam, em muito, essa eventual desvantagem, até

---

<sup>1156</sup> O novo CPC, aliás, traz essa hipótese expressamente em seu (provável) artigo 146, § 5º, PLS 166/2010: “Art. 146. (...) § 5º Acolhida a alegação, tratando-se de impedimento ou de manifesta suspeição, o tribunal condenará o juiz nas custas e remeterá os autos ao seu substituto legal, podendo o juiz recorrer da decisão”.

mesmo porque, como já se afirmou (item 6.1.3.2), não é limitando a admissibilidade recursal que se resolve a crise do Judiciário...

Há pelo menos uma década *José Carlos Barbosa Moreira*<sup>1157</sup> defende a responsabilização do juiz por *errores in procedendo* e, com o perdão da ousadia, talvez seja essa uma das alternativas.

---

<sup>1157</sup> “(...) Naturalmente, ponto capital é a preparação dos magistrados para os encargos de direção do processo. Os *errores in procedendo* costumam gerar complicações e incidentes que procrastinam o desfecho do pleito e geram inconvenientes graves, inclusive aumentos de despesa, para o litigante que tem razão. Basta pensar em decisões equivocadas acerca de competência, às quais se segue quase sempre um cortejo de conflitos, recursos, decretações de nulidade, tudo com lamentável desperdício de tempo, energias e dinheiro. À semelhança do dolo, da fraude, da omissão ou do retardamento injustificável, previstos no art. 133, também o erro grosseiro na condução do feito deveria acarretar a responsabilidade do juiz pelas partes e danos causados às partes”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz, in *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53-68, especialmente p. 65).

## CONCLUSÃO

O objetivo deste estudo foi demonstrar, sem qualquer pretensão de se esgotar o tema, a indispensabilidade do reconhecimento do princípio da lealdade processual na atuação jurisdicional, a fim de se buscar um novo modelo de juiz que se coadune com os ditames do processo justo. Ademais, também foi pesquisada a intrínseca relação entre os escopos da jurisdição constitucional e a lealdade processual, notadamente sob o foco do julgador.

Dos capítulos anteriores, extraem-se as seguintes conclusões:

1. A constitucionalização do processo e os novos rumos da jurisdição são premissas inafastáveis para o desenvolvimento do estudo aqui desenvolvido. Nesse sentido, mostra-se imprescindível vislumbrar o processo não apenas como instrumento de aplicação da lei ou de resolução de conflitos individuais, mas, e sobretudo, como meio adequado e eficaz de garantia, proteção e implementação dos direitos fundamentais.
2. Também como decorrência da constitucionalização do processo, afigura-se imperiosa a consagração de um terceiro modelo processual fulcrado no princípio da cooperação, a exigir novos paradigmas de atuação do magistrado. Nesse viés, perde força a separação estanque – e irreal – entre os tradicionais sistemas inquisitivo e dispositivo.
3. A lealdade processual, longe de poder ser considerada uma manifestação de autoritarismo no processo, apresenta-se como elemento integrante indissociável do Estado Democrático de Direito, relacionando-se diretamente com a proteção da confiança do jurisdicionado e com a própria legitimação da atuação jurisdicional.
4. A necessidade do estabelecimento – e da consagração – de um novo modelo de juiz condizente com o modelo cooperativo, que se mostre ativo, engajado, participativo e, ao mesmo tempo, garantidor dos direitos fundamentais.
5. Os mais modernos diplomas nacionais e comunitários do mundo ocidental contêm, resguardadas as devidas proporções, normas expressas que preveem a obrigatoriedade da observância das noções do *giusto processo* e seus corolários. Nesse cenário, avulta a importância da figura do juiz, cuja participação efetiva e responsável se mostra indispensável à construção de um meio justo para a obtenção de resultados justos.

6. O princípio da lealdade processual deve ser visto como elemento integrante do núcleo central das garantias do processo justo, de onde, aliás, é possível retirar a sua fundamentação constitucional.
7. Como se trata, a lealdade, de característica não somente relacionada ao processo, mas à própria noção de vida em sociedade, identifica-se a fraternidade como a sua fundamentação metaprocessual.
8. Em que pesem as sólidas construções doutrinárias, opta-se por adotar a terminologia “lealdade processual”, em detrimento de sua correspondente “boa-fé processual objetiva”, seja para evitar desnecessárias confusões com a “boa-fé processual subjetiva”, seja como forma de se reforçar, por questões etimológicas, a aproximação entre os vocábulos “lealdade” e “justo”.
9. A partir dos estudos históricos advindos do direito privado, constata-se, de modo inequívoco, a pertinência de se vislumbrar a lealdade não apenas no direito público como, e sobretudo, no direito processual.
10. No âmbito processual, vê-se a lealdade como um autêntico princípio processual, a atribuir incontáveis deveres aos mais diversos sujeitos processuais.
11. Especificamente para o juiz, a lealdade impõe vários deveres processuais, mais propriamente definidos como poderes-deveres. Dentre eles, destaca-se o dever geral de prestar jurisdição, no qual se incluem outros deveres correlatos.
12. Como decorrências concretas do reconhecimento de um dever geral de lealdade jurisdicional, sobressaem as funções hermenêutica ou interpretativa, criadora ou supletiva e limitadora ou corretiva.
13. A lealdade funciona como um “guia interpretativo” ao magistrado, além de lhe impor prestações processuais (comissivas e omissivas) e, ainda, restringir-lhe posições jurídicas de vantagem.
14. Os novos rumos da jurisdição, os influxos do processo justo e a lealdade processual determinam uma revisão de tradicionais garantias relacionadas à magistratura, em especial a do juiz natural, da imparcialidade, da isonomia e da legalidade, para que seja possível se aproximar da construção de um novo modelo de juiz.

15. Também nesse propósito, entende-se como fundamental o estabelecimento de pelo menos três elementos à construção do “modelo de juiz leal”, quais sejam: o contraditório participativo, o princípio da cooperação e a gestão processual.

15.1. O contraditório participativo, a um só tempo, limita e potencializa a atuação jurisdicional, uma vez que proíbe as decisões-surpresa e impõe a participação efetiva em todas as fases probatórias.

15.2. O princípio da cooperação impõe que o juiz se valha do seu poder-dever de diálogo, mais especificamente por meio de quatro deveres essenciais: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consulta e dever de auxílio (ou de advertência).

15.3. A gestão processual profissional e especializada se afigura fundamental para o atingimento da duração razoável dos processos. Ao juiz, por seu turno, compete prioritariamente a “gestão substancial” das causas, mediante quatro “ferramentas operativas” (imediação, da calendarização, da conciliação e da expeditividade).

16. Há relação direta entre a *deslealdade* processual judicial e a duração irrazoável das demandas.

17. A cláusula geral do abuso de direito, já bastante desenvolvida no âmbito do direito privado, aplica-se não somente ao direito público como, e no que aqui importa, ao direito processual.

18. Adota-se a teoria objetiva dos abusos jurisdicionais, que dispensa a apuração de culpa ou dolo para a sua concretização, firmando-se primordialmente no requisito do *desvio de finalidade*.

19. Assim como as partes e seus procuradores, também os juízes podem ser sujeitos ativos dos abusos de direito processual.

20. Considerando-se, como se considera, que a finalidade da jurisdição é a proteção dos direitos fundamentais, qualquer atuação jurisdicional que se distancie desse desiderato (em desvio de finalidade, portanto) pode ser considerada abusiva e, conseqüentemente, merecedora de censura.

21. O “fetiche da celeridade”, a eficiência “perniciosa” ou “quantitativa” e o desrespeito à cooperação escancaram-se como indicadores de uma atividade jurisdicional abusiva e, portanto, *desleal*.

21. Podem ser enumeradas, como *ferramentas desleais* da atuação jurisdicional, a “síndrome” dos modelos pré-concebidos, a falta de real interesse do julgador para com a demanda e o rigor excessivo do magistrado para com os formalismos processuais.

21.1. A despeito da importância dos avanços da informática, a utilização desmedida de decisões genéricas e padronizadas caracteriza inequívoco abuso jurisdicional, porquanto se afigura estratégia destinada não para atender os interesses dos jurisdicionados, mas para favorecer prioritariamente o julgador que deseja, o mais breve possível, resolver o *seu* próprio problema.

21.2. O descumprimento do *dever de engajamento* denota inegável *desinteresse* do julgador para com o processo, que pode se materializar (i) na adoção de burocráticas e desnecessárias decisões a fim de desviar o feito de sua tramitação usual; (ii) no desprestígio abusivo para com as audiências judiciais; e (iii) na cúmplice e irresponsável tolerância com a litigância de má-fé. Todas essas medidas, em maior ou menor escala, além de atrapalhar a escorreita entrega da prestação jurisdicional, servem para abalar a legitimidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

21.3. O apego ao formalismo-excessivo se apresenta como mais uma tentativa – nem um pouco velada – de baixar pilhas e eliminar os processos a partir de inúteis filigranas processuais, em manifesto descaso para com as decisões meritorias que, pelo menos em tese, deveriam ser privilegiadas como meio de resolução definitiva das controvérsias que levaram os jurisdicionados a buscar o Judiciário. De mesmo modo, embora sob outro prisma, o abandono das vantagens do formalismo-valorativo, com o fito de facilitar o labor judicial e/ou aumentar a produtividade numérica, malfez a segurança jurídica, configurando-se também uma forma abusiva de prestação jurisdicional.

22. O sistema sancionatório referente aos abusos jurisdicionais, não obstante previsto em lei, tem reduzidíssima aplicabilidade, não se prestando, no mais das vezes, nem mesmo para evitar que os abusos sejam cometidos.

23. A responsabilidade civil do magistrado, umas das formas de sanção previstas em lei, poderia ser ter seu potencial (tanto preventivo, como repressivo) significativamente aumentado se fosse adotada a prática prevista em alguns países europeus da realização de seguros contra eventual responsabilização civil do julgador. Salvo melhor juízo, tal medida se mostra, a um só tempo, muito mais funcional e protetora da imparcialidade judicial que a defesa exagerada do julgador trazida pelo art. 143, PLS 166/2010.

24. Matéria bastante polêmica é a (in)existência de preclusão *pro iudicato* para as matérias de ordem pública, tendo em vista a indispensável proteção da lealdade processual e a não menos

importante direção do processo pelo julgador. Sob tal perspectiva, sugere-se, *de lege lata*, que não se trabalhe, pelo menos nas vias ordinárias, com a preclusão *pro iudicato* como regra para as matérias cognoscíveis de ofício, permitindo-se que o juiz se retrate, ainda que já tenha se manifestado previamente a respeito. Para tanto, todavia, obriga-se o magistrado a adotar as diretrizes do princípio da cooperação (em especial quanto aos deveres de esclarecimento e de advertência), sob pena de nulidade.

25. Como última sugestão – porém *de lege ferenda* – para se aumentar o controle contra os abusos jurisdicionais, propõe-se a criação de um “cadastro público de violações processuais” (CPVP) para cada magistrado, a ser preenchido, regra geral, quando uma decisão judicial for cassada por conta de *errores in procedendo*. Pela natureza pública do cadastro, ele se prestaria, a um só tempo, como meio de controles interno e externo do julgador, além de servir, ainda que a *contrario sensu*, para se encontrar, com clareza, os *juízes leais*.

Por todo o exposto, afigura-se indispensável o imediato – e efetivo – reconhecimento da lealdade processual na prestação jurisdicional, bem como de todos seus corolários citados ao longo da Tese, sob pena de o cometimento dos diversos abusos judiciais fulminarem, definitivamente, a já abalada confiança dos jurisdicionados no Judiciário como guardião e protetor das liberdades fundamentais.

De deslealdade em deslealdade, de abusos em abusos, de violações (ao processo justo) em violações, corre-se o sério risco de, num tempo não muito distante, o jurisdicionado preferir ser julgado pelos dados do *juiz de Rabelais*<sup>1158</sup>.

---

<sup>1158</sup> Sobre o tema, consulte: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Embargos culturais – Para François Rabelais, o processo é algo desprezível*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-23/embargos-culturais-francois-rabelais-processo-algo-desprezivel>>. Acesso em: 20 fev. 2015.



## REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. O (equivocadamente) denominado “ônus da sucumbência” no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 140, p. 37, 2006.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito: Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*. Coimbra: Almedina, 2006.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 20, 1995.

\_\_\_\_\_. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. O abuso do direito de acção e o abuso no processo*. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 66, v. II, p. 875-913, set. 2006.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. Ciudad del México: UNAM, 1974. T. I e II.

\_\_\_\_\_. Liberalismo y Autoritarismo en el Proceso, *in Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. Ciudad del México: UNAM, 1974, p. 245-289. T. II.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. 2014. 239 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

\_\_\_\_\_. O case management inglês: um sistema maduro? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VII, p. 287-335, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7994/5779>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 69, p. 7-ss, 1993.

\_\_\_\_\_. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios dos juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro iudicato* em matéria de prova. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Ativismo Processual e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 97-110.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

ANDOLINA, Italo Augusto. Il “Giusto Processo” nell’esperienza italiana e comunitária. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, p. 95-113, 2005.

ANDRADE, Valentino Aparecido de. *Litigância de Má-Fé*. São Paulo: Dialética, 2004.

ANDREWS, Neil. Abuse of Process in English Litigation. In: TARUFFO, Michele (ed). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 65-100.

\_\_\_\_\_. Influência Europeia sobre o Processo Civil Inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, p. 161-181, 2011.

\_\_\_\_\_. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. Relações entre a Corte e as partes na era do *case management*. Tradução de Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Meneses. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 181, 2013.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Demasiados recursos? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 136, p. 9-57, jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Estatística Judiciária. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 110, p. 9, 2003.

\_\_\_\_\_. Preclusão (Processo Civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 141-184.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (Introduccion)*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

ASPRONE, Maurizio. *Il principio di imparzialità nel diritto comparado*. Roma: Aracne Editrice, 2011.

ASSIS, Araken de. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/noticias2/175-artigos-set-2013/4769-dever-de-veracidade-das-partes-no-processo-civil>>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Duração razoável do processo e reformas na lei processual, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Processo e constituição*. São Paulo: RT, 2006, p. 195-203.

ASSUMPÇÃO, Hécio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade, in FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil – Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 259-302.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. Trad. Janaína Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. [S.l.], n. 17, jan./fev./mar. 2009, Disponível em: <[www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507](http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507)>. Acesso em: 10 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. O que é “devido processo legal”?, in DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial, segunda série*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 353-362.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: RT, 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBAS HOMEM, António Pedro *et al* (coord). *O perfil do juiz na tradição ocidental: seminário internacional*. Almedina: Lisboa/Coimbra, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. I, t. I.1.

BARBOSA, Antonio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. São Paulo: RT, 1955.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, in <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em 10 fev. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no direito público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 22, p. 44-ss, 1998.

BECKER, L. A.; SANTOS, E. L. Silva. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. Ação Monitória da Reforma Processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, p. 20-ss, 1995.

BENTHAN, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Edición integral no expurgada. Buenos Aires: El Foro, 2003.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 455-ss, 2011.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato: Contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BERIZONCE, Roberto Omar. Problemas fundamentales del sistema de justicia civil en Iberoamérica y propuestas de solución, in GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON FILHO, Petrónio. *Direito processual comparado: XIII World Congress of Procedural Law*”, p.699-706.

BERTOLINO, Giulia. *Giusto processo civile e giusta decisione: Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile*. 2007. 165 f. Tese (Dottorato in Diritto Processuale Civile) – Alma Mater Studiorum - Universidade di Bologna, Bologna, 2007. Disponível em: <[http://amsdottorato.unibo.it/119/1/TESI\\_DI\\_DOTTORATO\\_Giusto\\_processo\\_civile\\_e\\_giusta\\_decisione.pdf](http://amsdottorato.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2014.

BEZERRA, Márcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 467-479.

BIN, Roberto. Stato di Diritto, in *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 1149-1162.

BISCHI, Barbara. *La buona fede del diritto privato e del diritto pubblico: dalla ragione dell'origine alla cultura della dicotomia*. Disponível em: <[http://paduaresearch.cab.unipd.it/4403/1/Tesi\\_Bischi.pdf](http://paduaresearch.cab.unipd.it/4403/1/Tesi_Bischi.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2014.

BLOK, Marcella. *Insider Trading: o descumprimento do dever da lealdade pelo uso de informações privilegiadas*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 55, p. 83-ss, 2012.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. O processo civil participativo – A efetividade constitucional e o Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 333-345, 2012.

BODART, Bruno Vinícius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a reforma processual italiana – sugestões de Direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro, in FUX, Luiz (coord). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25-70.

BONANZINGA, Rosa Thea. Abuso del diritto e rimedi esperibili, in *Comparazione e diritto civile*, nov/2010, v. 35. Disponível em: <[http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/bonanzinga\\_abuso.pdf](http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/bonanzinga_abuso.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2015.

BONGIOVANNI, Giorgio. Neocostituzionalismo, in *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 749-772.

BORGES, Marcos Afonso. Nulidade da sentença por infringência ao art. 460 e art. 458, do CPC. Errônea valoração legal da prova. Litigância de má-fé. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p. 225-230, 1999.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRAGA, Paula Sarno. O parágrafo único do art. 14 do CPC e a Multa Punitiva Imputada aos Infratores do Dever Processual Previsto no inciso V: um *Contempt of Court* à Brasileira. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 17, p. 76-97, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. Ação direta de inconstitucionalidade – Intervenção de *amicus curiae* (ADI 3.695/DF, STF). *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 138, p. 165-184, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. ed. e 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2008 e 2013, respectivamente, v. 1.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, parte II. São Paulo: Ícone, 1995.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 190, p. 210-ss, 2010.

BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté em droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003.

BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

\_\_\_\_\_. Quem tem medo do prequestionamento? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 1, p. 23-53, 2003.

\_\_\_\_\_. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações, in JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord). *Processo civil: novas tendências – estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 157-166.

BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, p. 15-ss, 1978.

\_\_\_\_\_. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 (Lei Federal n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 47, p. 92-ss, 1987.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 149, p. 339-ss, 2007.

\_\_\_\_\_. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, p. 59-ss, 2005.

\_\_\_\_\_. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 115, p. 345-ss, 2004.

\_\_\_\_\_. *Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CADIET, Loïc. Construire ensemble des débats utiles..., in *Mélanges Jean Buffet – La Procédure en tous ses états*. Paris: Petites Affiches, 2004, p. 99-115 (versão gentilmente cedida pelo próprio autor).

\_\_\_\_\_. *Efficiencie versus Équité?*, in *Mélanges en l'honneur de Jacques van Compernelle*. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 25-46.

\_\_\_\_\_. *La légalité procédurale en matière civile*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 161, p. 62-ss, 2008. Disponível em: <[http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention\\_cadiet.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_cadiet.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Les nouvelles tendances de la procédure civile en France, in BRITO, Rita (coord). *Novos Rumos da Justiça Cível*. Lisboa: CEJUR, 2009, p. 29-51.

CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CALAMANDREI, Piero. *As boas relações entre juízes e advogados*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. 1.ed. São Paulo: Rideel, s/d.

\_\_\_\_\_. *Carácter dialéctico del proceso*, in *Proceso y Democracia*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 147-174.

\_\_\_\_\_. *Derecho procesal y costumbre judicial*, in *Proceso y Democracia*. Tradução Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 29-56.

\_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Trad. Karina Fumberg. Campinas: LZN, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fe en el Derecho*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Marcial Pons, 2009.

\_\_\_\_\_. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, parte I, p. 23-51, 1950.

\_\_\_\_\_. Independencia y sentido de responsabilidad del juez, in *Proceso y Democracia*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1960, p. 85-114.

\_\_\_\_\_. *Instituciones de Derecho Procesal Civil, segun El Nuevo Codigo*, Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996, v. I, II e III.

\_\_\_\_\_. *Proceso y Democracia*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1960.

CALMON FILHO, Petrônio. *Abuso do processo: relatório brasileiro para as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual Civil*. Disponível em:

<[http://novo.direitoprocessual.org.br/fileManager/Petronio\\_Calmon\\_Abuso\\_no\\_processo\\_relatorio\\_brasileiro\\_para\\_as\\_XIX\\_Jornadas\\_Iberoamericanas.doc](http://novo.direitoprocessual.org.br/fileManager/Petronio_Calmon_Abuso_no_processo_relatorio_brasileiro_para_as_XIX_Jornadas_Iberoamericanas.doc)>, p.14-15. Acesso em: 7 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. O modelo oral de processo no século XXI. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 178, p. 47-ss, 2009.

CALOGERO, Guido. Probità, lealtà, veridicità nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. I, p. 129-153, 1939.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, v. 2.

\_\_\_\_\_. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 153, p. 33-ss, 2007.

CAMBI, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, p. 59-ss, 2011.

\_\_\_\_\_. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 237, p. 435-ss, 2014.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 80-81.



CAMBI, Eduardo; NALIN, Eduardo. O controle da boa fé contratual por meio dos recursos de estrito direito, *in*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson. (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2003, p. 53-109, v. 7.

CAMBI, Eduardo; OSIPE, Nathan Barros. Colaboração no processo previdenciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 228, p. 283-ss, 2014.

CAMPILONGO, Carlos Fernandes. Governo representativo versus governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 30, p. 120-ss, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Poderes do juiz e princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, p. 279-ss, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 60, p. 110-ss, 1990.

\_\_\_\_\_. El principio dispositivo y sus principales manifestaciones, *in El Proceso Civil em el Derecho Comparado*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, p. 3-39.

\_\_\_\_\_. *El Proceso Civil em el Derecho Comparado: Las Grandes Tendencias Evolutivas*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973.

\_\_\_\_\_. *Estudio del derecho y tirocinio profesional em Italia y em Alemania*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1959.

\_\_\_\_\_. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

\_\_\_\_\_. *Juízes legisladores?* Trad. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, Reimpressão 1999.

\_\_\_\_\_. Las garantías constitucionales de las partes em el proceso civil italiano, *in* CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 525-570.

\_\_\_\_\_. *Las sentencias y las normas extranjeras em el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1968.

\_\_\_\_\_. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 65, p. 127-ss, 1992.

\_\_\_\_\_. *Procédure orale et procédure écrite*. Milano: Giuffrè, 1971.

\_\_\_\_\_. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

\_\_\_\_\_. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro *et al.* *The Florence access-to-justice project*. Milão: Giuffrè, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel [Director]. *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

CARLEZZO, Eduardo. A arbitragem no direito desportivo. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, São Paulo, v. 1, p. 72-ss, 2002.

CARPENA, Márcio Louzada. *Da (des)lealdade no processo civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena%284%29-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 15. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

\_\_\_\_\_. O litisconsórcio facultativo ativo ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p. 195-ss, 1999.

\_\_\_\_\_. Processo simulado. Colusão. Art. 129 do CPC. Apelação de terceiro prejudicado. Jurídico interesse. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 132, p. 155-166, 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial, Agravos e Agravo Interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 81, p. 220-ss, 1996.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo, *in* JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 555-562.

\_\_\_\_\_. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O justo processo arbitral e o dever de revelação (disclosure) dos peritos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, p. 581-597, jul./dez. 2013, v. XII. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/653>>. Acesso em: 19 out. 2014.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 4.ed. Belo Horizonte: Líder, 2005.

\_\_\_\_\_. Giuoco e processo, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, parte I e II, v. VI, p. 101-111, 1950.

\_\_\_\_\_. *Instituciones del Proceso Civil*, Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: “El Foro”, 1997, v. I, II e III.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova: Cedam, 1933, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Sistema di Diritto Processuale Civile, Funzione e composizione del processo*. Padova: Cedam, 1936, v. I.

CARVALHO, Américo Taipa de. *O crime de abuso de confiança fiscal: as consequências jurídico-penais da alteração introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. 5. ed. 2. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. Ética profissional do advogado. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 29, p. 331-ss, 2012.

CASADO, Márcio Melo. A cláusula geral da vedação do abuso de direito e sua aplicação no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 209, p. 293-ss, 2012.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 42, p. 167-180, 2003.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955.

CAVANI, Renzo. “Decisão justa”: mero *slogan*? Por uma teorização da decisão judicial para o processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 236, p. 119-ss, 2014.

CEPEJ. *Report on “European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice”*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport\\_2014\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf)>. Acesso em: 7 jan. 2015.

CHASE, Oscar G. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado (tradução de José Carlos Barbosa Moreira). *Revista de Processo*. São Paulo, v. 110, p. 115-ss, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resoluções de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo (diritto processuale civile). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 219, p. 119-ss, 2013.

\_\_\_\_\_. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 152, p. 87-108, 2007.

\_\_\_\_\_. Uma perspectiva comparada da crise da justiça civil e dos seus possíveis remédios. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 228, p. 325-ss, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, 1. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, 2 e 3.

\_\_\_\_\_. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la tercera edición italiana y prólogo del Profesor Jose Casais Y Santaló. Madrid: Reus, 1977, t. I.

CIPRIANI, Franco. Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità). *Rivista de Diritto Processuale*. Padova, p. 969-ss, 1995.

COLOMBO, Carlos J. Inconducta procesal: temeridad o malicia, in *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 821-840. Tomo I.

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y Neoconstitucionalismo, in *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2009, p. 85-122, especialmente p. 85-87.

\_\_\_\_\_. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

\_\_\_\_\_. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 112, p. 159-ss, 2003.

\_\_\_\_\_. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 90, p. 95-150, 1998.

\_\_\_\_\_. Il “Giusto Processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, p. 97-ss, 2004.

\_\_\_\_\_. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: Il processo ordinario di cognizione*. 5.ed. Bologna: Il Mulino, 2011, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Lezioni sul processo civile: Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011, v. II.

COMTE, Augusto. Discurso sobre o Espírito Positivo. Primeira parte, in *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 43-65.

CONSOLO, Claudio. Note necessariamente divaganti quanto all’”abuso sanzionabile del processo” e all’”abuso del diritto come argomento”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, n. 5, ano LXVII (Seconda Serie), p. 1284-1289, 2012.

CORDEIRO, António Menezes. A equidade como fonte de Direito, in MIRANDA, Jorge (Director). *O Direito*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 9-28, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Da boa-fé no direito civil*. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. I.

CORDOPATRI, Francesco. *L’abuso del processo – Diritto Positivo*. Padova: Cedam, 2000, v. II.

\_\_\_\_\_. L’abuso del processo e la condanna alle spese. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano, p. 249-280, 2005.

\_\_\_\_\_. L’abuso del processo nel diritto positivo italiano, in *L’abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 49-86.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão, in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 11-54.

COSTA, Geraldo de Faria Martins. Dois aspectos da aplicação da norma de lealdade e boa-fé no interesse dos consumidores e dos concorrentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 23, p. 193-ss, 1997.

COUTURE, Eduardo J. Algunas proposiciones fundamentales de derecho procesal civil. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Ciudad de México, v. 24, p. 69-80, 1956. Também disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/24/pr/pr8.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

\_\_\_\_\_. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1948.

COVIC, Carolina Ceccere Covic; KIM, Richard Pae. O direito fundamental a um processo sem dilações indevidas: julgamento antecipado da lide, parcial e *prima facie* como institutos processuais de garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 229, p. 13-48, 2014.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 233, p. 65-84, 2014.

\_\_\_\_\_. Anotações sobre a desistência da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 120, p. 42-ss, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. Yale: Yale University Press, 1986.

DAMOUS, Wadih. *Enfim, fiscalização para os juízes TQQ*. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/artigo/3459-enfim-fiscalizacao-para-os-juizes-tqq---wadih-damous>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

DANTAS, Rodrigo D'Orío. *A litigância de má-fé e a responsabilidade do advogado*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *El papel del Juez en el Proceso Civil: frente a ideología, prudentia iuris*. Navarra: Civitas, 2012.

DE STEFANO, Giuseppe. Note sull'abuso del processo, in *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. II, p. 582-600, 1964.

DELGADO, José Augusto. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 49, p. 164-ss, 2004.

\_\_\_\_\_. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 696, p. 40-ss, 1993.

\_\_\_\_\_. O culto da deontologia pelo juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 715, p. 335-ss, 1995.

\_\_\_\_\_. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, p. 37-ss, 1986.

\_\_\_\_\_. Sujeitos do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, p. 61-ss, 1983.

DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. 33, p. 221-222, 1968.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A jurisprudência do STF sobre a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, p. 260-ss, 2001.

\_\_\_\_\_. *Fraude no processo civil*. 3.ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DICKSTEIN, Marcelo. *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e supressio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed., 12.ed. e 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2006, 2010 e 2011, respectivamente, v. 1.

\_\_\_\_\_. Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, §2º do CPC, com o art. 1482, do CC/2002. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 146, p. 175-ss, 2007.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 127-ss, 2005.

\_\_\_\_\_. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 213-ss, 2011.

\_\_\_\_\_. Teoria do Processo e Teoria do Direito, in TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix (org.). *Tempestividade e Efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro – estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo*. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 195-201.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 4.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Capítulos de sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros: 2008.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II.

\_\_\_\_\_. Os embargos de declaração como recurso, in *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 187-203.

\_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONDI, Angelo; GIUSSANI, Andrea. Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano, n.º 1, v. 61, p. 193-198, 2007.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Sousa. 24. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios constitucionais: é preciso rever o neoconstitucionalismo pois defendê-lo seria uma contradição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/ruy-espindola-preciso-rever-neoconstitucionalismo-pois-defende-lo-seria-contradicao>>. Acesso em: 13 jul. 2014.



FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor. La humanización del proceso: lenguaje, formas, contacto entre los jueces y las partes desde Finlandia hasta Grecia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, p. 127-ss, 1979.

FAQUIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

FARIA, Márcio Carvalho. A ação rescisória no Projeto do novo Código de Processo Civil e uma sugestão *de lege ferenda*. *Revista de Processo*, São Paulo v. 225, p. 241-276, 2013.

\_\_\_\_\_. A Jurisprudência Defensiva dos Tribunais Superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 167, p. 250-ss, 2009.

\_\_\_\_\_. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 211, p. 143-190, 2012.

\_\_\_\_\_. Mais do Mesmo: os vícios de representação recursais, a impossibilidade de saneamento posterior nas instâncias excepcionais e a Jurisprudência Defensiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 526-544, jul./dez. 2013. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_12a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_12a_edicao.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo... A supremacia constitucional no estudo do processo. *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, n. 15, v. 2, p. 103-117, 2012. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15\\_2\\_faria\\_6.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. O formalismo exacerbado quanto ao preenchimento de guias de preparo: ainda a Jurisprudência Defensiva dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 193, p. 231-ss, 2011.

\_\_\_\_\_. O julgamento antecipadíssimo da lide, o art. 515, §3º, CPC e o contraditório. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 17, p. 239-274, 2009.

\_\_\_\_\_. O Novo Código de Processo Civil vs. a Jurisprudência Defensiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 210, p. 263-ss, 2012.

\_\_\_\_\_. O princípio do contraditório, a boa-fé processual, as matérias cognoscíveis de ofício e as decisões judiciais de fixação de honorários de sucumbência, *in* FUX, Luiz (coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 729-770.

\_\_\_\_\_. *Os requisitos sensíveis de admissibilidade dos recursos excepcionais e o papel dos Tribunais Superiores*. 2009. 316 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. Lisboa: FDUL, 2005.

FENTIMAN, Richard. Abuse of Procedural Rights: The Position of English Law, in TARUFFO, Michele (ed). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 53-64.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madri: Editorial Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. *Garantismo: Debate sobre Derecho y Democracia*. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAND, Frédérique. The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France, in TROCKER, Nicoló; VARANO, Vincenzo (coord). *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 7-32.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. ¿Es Kelsen el fundador del derecho procesal constitucional? Análisis de un debate contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, p. 245-282, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Título I – Dos Direitos do Consumidor, in GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17-58.

FISS, Owen. *The law as it could be*. New York/Lond: New York Univesity Press, 2003.

FIX-ZAMUDIO, Hector. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Procesal Constitucional, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano X. Ciudad del México: UNAM, 1977, p. 315-348, v. 30. Também disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/30/art/art3.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FREITAS, José Lebre de; SANTOS, Cristina Máximo dos. *O Processo Civil na Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade: notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4898, de 9.12.65*. 5 .ed. São Paulo: RT, 1993.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 141, p. 141-ss, 2006.

\_\_\_\_\_. Pontos e contrapontos sobre o projeto do Novo CPC. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 950, p. 17-36, 2014.

GALLO, Giovanna Mazetto. Negócio jurídico. Anulação. Violação dos deveres de fidelidade e lealdade. Má-fé. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 33, p. 253-ss, 2006.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Navarra: Civitas, 2009.

GELSI BIDART, Adolfo. *De derechos, deberes y garantías del hombre común*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial Bdef, 2006.

\_\_\_\_\_. El tiempo y el proceso. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, p. 100-ss, 1981.

\_\_\_\_\_. La humanización del proceso. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, p. 105-ss, 1978.

GESEK, Christian. The new Austrian Court Automation, in BRITO, Rita (coord). *Novos Rumos da Justiça Cível*. Lisboa: CEJUR, 2009, p. 131-146.

GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo i sanzioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

\_\_\_\_\_. Abuso del processo i sanzioni, in *L'abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 87-156.

\_\_\_\_\_. *La meritevolezza della tutela richiesta – contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Disponível em:

<[http://www.unisc.br/portal/upload/com\\_editora\\_livro/e\\_book\\_mediacao.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/e_book_mediacao.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIOVANUCCI-ORLANDI, Chiara. Sul dovere di lealtà e probità dei difensori nel processo civile e nella legge professionale forense. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano, p. 257-266, 1974.

GODINHO, Robson Renaut. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “Leito de Procusto”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 85-ss, 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Embargos culturais – Para François Rabelais, o processo é algo desprezível*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-23/embargos-culturais-francois-rabelais-processo-algo-desprezivel>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Buenos Aires: Editorial Labor S.A., 1936.

GONZÁLES OROPEZA, Manuel. Jurisdicción Electoral, in FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabíola; FIGUEIROA MEJÍA, Giovanni A. [coord.]. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2. ed. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de Universidad Autónoma de México, 2014, p. 817-822. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3683/27.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

GOTTWALD, Peter. Comparative Civil Procedure, in *Ritsumeikan Law Review (International Edition)*, n. 22. Quioto: Ritsumeikan University, 2005. Disponível em: <<http://www.ritsumeik.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr22/GOTTWALD23-35.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2013.

GOUVEA, Lúcio Grassi. *A litigância de má-fé no processo civil brasileiro*. 2002. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002.

\_\_\_\_\_. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real, in *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 183-198.

\_\_\_\_\_. A função legitimadora do Princípio da Cooperação Intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 32 ss, 2009.

\_\_\_\_\_. O projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (NCPC) e o princípio da cooperação intersubjetiva, in *O Projeto do Novo Código de Processo Civil, 2ª série: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (coord). Salvador: Juspodivm, 2012, p. 471-489.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El principio de la buena fe en el proceso civil, in *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 889-912. Tomo I.

\_\_\_\_\_. Los cambios de paradigmas en el Derecho Procesal el “Neoprocesalismo”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 151, p. 59-ss, 2007.

GRADI, Marco. Il divieto di menzogna e di reticenza processuale delle parti nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, in DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial, segunda série*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 656-658.

\_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d’ufficio. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 186, p. 109-160, 2010.

\_\_\_\_\_. *Inefficienza della giustizia civile e “fuga dal processo”*: Commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014. Messina: Edizione Leone, 2014.

\_\_\_\_\_. Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile, *Lo Sguardo – Rivista di Filosofia – Etica della Responsabilità: applicazioni e problemi*, n. 8, 2012. Disponível em: <[http://www.losguardo.net/public/archivio/num8/articoli/2012-08.%20Marco\\_Gradi\\_Sincerita\\_dei\\_litiganti.pdf](http://www.losguardo.net/public/archivio/num8/articoli/2012-08.%20Marco_Gradi_Sincerita_dei_litiganti.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2013.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. 1982. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 94, p. 34-66, 1999.

\_\_\_\_\_. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro: Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (versão preliminar). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 301-551, especialmente p. 303, jan./jun. 2014. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_13a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf)>. Acesso em: 25 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro – 1ª parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 61-136, 2015.

\_\_\_\_\_. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 19 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Processo Civil*, 1. ed., 3. ed., 4. ed. e 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 2011, 2013 e 2015 (*no prelo*), respectivamente, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Processo Civil*. 1. ed. e 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010 e 2011, respectivamente, v. 2.

\_\_\_\_\_. Limitações probatórias no Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 4-28, especialmente p. 23, jul./dez. 2009. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_4a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2014.

\_\_\_\_\_. O acesso ao direito e à justiça, in *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197-223.

\_\_\_\_\_. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 24, p. 71-79, 2005.

\_\_\_\_\_. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual*, Rio de Janeiro, v.1, out./dez. 2007. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_1a\\_edicao\\_rj.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Princípios de uma teoria geral dos recursos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. V, p. 5-62, jan./jun. 2010. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_5a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, p. 29-56, 2007.

\_\_\_\_\_. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 166, p. 166-ss, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, p. 123-ss, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário, *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 20-28.

\_\_\_\_\_. A independência do juiz brasileiro, *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 41-55, v. II.

\_\_\_\_\_. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia, *O processo em sua unidade*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 3-40, v. II. Também publicado em: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, p. 11-ss, 1983.

\_\_\_\_\_. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

\_\_\_\_\_. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.

\_\_\_\_\_. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Forense, 1984, v. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ed. São Paulo: RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

GUIMARÃES, Octávio Moreira. *Da boa-fé no direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 31. ed. Paris: Dalloz, 2012.

GUINCHARD, Serge; VINCENT, Jean. *Procédure civile*. 23. ed. Paris: Dalloz, 1994.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. As causas da morosidade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 229, p. 455-ss, 2014.

HAZARD, Geoffrey C. Abuse of procedural rights: regional report for the United States, in TARUFFO, Michele (ed). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 43-52.

\_\_\_\_\_. *Ethics in the Practice of Law*. New Haven/London: Yale University Press, 1978.

HAZARD, Geoffrey C.; DONDI, Angelo. *Ética jurídica: um estudo comparativo*. Trad. Luiz Gonzaga de Carvalho Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: An Introduction*. New Haven/Londres: Yale University Press, 1993.

HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1979.

HERKENHOFF, João Batista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2011.

HESS, Burkhard. Abuse of Procedure in Germany and Austria, in TARUFFO, Michele [ed]. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 151-180.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles de. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HOYOS, Arturo. La garantía constitucional del debido proceso legal (art. 32 de la Constitución Política). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 47, p. 43-ss, 1987.

ICHIHARA, Yoshiaki. Aplicação do princípio da lealdade processual na justiça trabalhista. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, p. 205-ss, 1979.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. 1. ed. 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

JARDIM, Lícia Bonesi. Controle jurisdicional da política pública salarial: o Judiciário e o direito fundamental ao salário mínimo digno. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 143, p. 257-ss, 2011.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

JOBIM, Marco Félix. Da noção à Teoria do Abuso de Direito, *in Juris Plenum*, p. 189.081-491.739, 2008, v. 2. Também disponível em: <<http://www.jobimesalzano.com.br/artigosbw/art7.doc>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JOLOWICZ, John Anthony. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversarial system*? Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, v. 75, p. 75-ss, 1994.

\_\_\_\_\_. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 135, p. 161-ss, 2006.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, São Paulo: Juspodivm, 2006.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual: as mudanças introduzidas no CPC pelas Leis n. 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2002.

KERN, Christoph A. Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 321-385, 2011.



\_\_\_\_\_. O processo civil dos EUA e da Alemanha numa análise comparativa. Trad. Antonio do Passo Cabral. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 227, p. 249-ss, 2014.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

\_\_\_\_\_. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LANGBROEK, Philip M.; FABRI, Marco. *The right Judge for Each Case: a study of case assignment and impartiality in six Europeans judiciaries*. Antwerp/Oxford: Intersentia, 2007.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000.

LAZZARINI, Alvaro. Magistratura: deontologia, função e poderes do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 48, p. 206-ss, 1987.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. Curso de Processo Civil Comparado Brasil-Alemanha. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 178, p. 227-ss, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/PROCESSO%20E%20HERMENEUTICA%20CONSTITUCIONAL%20A%20PARTIR%20DO%20ESTADO%20DE%20DIREITO%20DEMOCRATICO.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/PROCESSO%20E%20HERMENEUTICA%20CONSTITUCIONAL%20A%20PARTIR%20DO%20ESTADO%20DE%20DIREITO%20DEMOCRATICO.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. Vara previdenciária. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 75, p. 101-ss, 1994.

LEÃO, Luís Gustavo de Paiva. As cláusulas gerais e os princípios gerais de direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 37, p. 148, 2009.

LEIBLE, Stefan. *Proceso civil alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké (Konrad Adenauer-Stiftung), 1998.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A relevância da questão federal e a crise do STF. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 611, p. 25-ss, 1986.

LEONEL, Ricardo de Barros. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo, in NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006, p. 466-526, v. 9. Também disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/b9yc1y.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Responsabilidade civil por abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 661, p. 37-ss, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto Costituzionale e Processo Civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. VII, p. 327-332, 1952.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 3.ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I.

LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, p. 57-66, 1980.

\_\_\_\_\_. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, p. 15-ss, 1979. Também disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181094>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. O abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, p. 93-ss, 2005.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória (art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil)*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES, João Batista. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença, in MEDINA, José Miguel Garcia *et alli* (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 265-270.

\_\_\_\_\_. Natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional, in ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 505-513.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Estudios sobre garantismo procesal*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009.

\_\_\_\_\_. La garantía de acceso a la demanda de tutela judicial efectiva por los particulares: las partes procesuales, in *Estudios sobre Garantismo Procesal: El Derecho Procesal conceptualizado a través de la metodología del galantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009, p. 71-79.

LOURENÇO, Paula Meira. Justiça cível: eficiência e novas formas de gestão processual, in BRITO, Rita (coord). *Novos Rumos da Justiça Cível*. Lisboa: CEJUR, 2009, p. 81-98.

LUCATTINI, Simone. *Modelli di giustizia per i mercati*. Torino: G. Giappichelli, 2013.

LUCON, Paulo dos Santos. Art. 515, §3º, do Código de Processo Civil, ordem pública e prequestionamento, in MEDINA, José Miguel Garcia *et al*. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2009, p. 37-46.

\_\_\_\_\_. Devido processo legal substancial, in DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5.ed. Salvador: Juspodvm, 2007, p. 19-34.

\_\_\_\_\_. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro da penhora. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 98, p. 161-ss, 2000.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A teoria do abuso de direito no direito civil constitucional: novos paradigmas para os contratos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 34, p. 105-ss, 2008.

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O Novo Processo Civil*. 12.ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação jurídica: (in)compatibilidades entre a Tópica e o Processo*. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. O nascimento do Processo Constitucional na América, in SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (coord.). *Processual Civil Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 15-38.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº. 16, mai./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10.ed. São Paulo: RT, 2007.

MANDELI, Alexandre Grandi. *O princípio da não-supresa na perspectiva do formalismo-valorativo*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/331-artigos-mai-2011b/8251-o-principio-da-nao-surpresa-na-perspectiva-do-formalismo-valorativo>>. Acesso em: 9 fev. 2013.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. 5. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006, v. 1.

MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça, in ZULEFATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 21-42.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil – do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 71-ss, 2003.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários aos Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – aspectos materiais*. 1.ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. 2ª tiragem. Campinas: Millenium, 2003, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. II.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: RT, 2000.

MASSARA, Tommaso dalla; VACCARI, Massimo. *Economia processuale e comportamento delle parti nel processo civile: prime applicazioni del Protocollo ‘Valore Prassi’ sugli artt. 91, 96 e 614-bis c.p.c.* Napoli: Jovene Editore, 2012.

MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MAZZA, Oliviero. *Il garantismo al tempo del giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

- MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 1977.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. e 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 e 2014, respectivamente.
- MELLO, Elizabete Rosa de. *O princípio da boa-fé no direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. O Judiciário e a litigância de má-fé. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 101, p. 206-ss, 2001.
- MENDES, Francisco de Assis Filgueira. Cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro – novo paradigma (uma abordagem de comunicação), in ASSIS, Araken *et al* (coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007, p. 1128-1135.
- MENDES, João de Castro. *Direito comparado*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982-1983.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, s/d, v. I.
- MENDONÇA, Luis Correa de. 80 Anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português, in *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. MONTERO AROCA, Juan (coord). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 381-438.
- \_\_\_\_\_. O pensamento de Franco Cipriani sobre a justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 55 ss, 2009.
- MILMAN, Fabio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, arts. 1-152. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v. I.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. O poder de investigação das comissões parlamentares de inquérito e as garantias processuais do indiciado, in GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. (org.) *Direito processual e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29-58.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a influência do Direito Material sobre a Técnica Processual no Contencioso Judicial Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. IV, p. 121-154. , jul./dez. 2009. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_4a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf)>. Acesso em: 2 set. 2014.

MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no *ordo judicarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação, in KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 69-92. Também disponível em: *Revista Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, v. 6, p. 179-202. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/65>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 915, p. 50-ss, 2012.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sócias, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 194, p. 55-ss, 2011.

\_\_\_\_\_. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle da Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 183, p. 165-ss, 2010.

MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria, in MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 128-165.

\_\_\_\_\_. Prólogo, in MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 15-28.

\_\_\_\_\_. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”, in MONTERO AROCA, Juan et al. *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanc, 2006, p. 294-356.

\_\_\_\_\_. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales (el sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, *in Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 107-124.

\_\_\_\_\_. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito, *in Temas de Direito Processual*. Segunda Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83-95.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro, *in Temas de Direito Processual*. Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 16-35.

\_\_\_\_\_. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 103-ss, 2003.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Arts. 476 a 656). 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V.

\_\_\_\_\_. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, p. 313-ss, 2004.

\_\_\_\_\_. Direito e ética no Brasil de hoje, *in Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 301-308.

\_\_\_\_\_. Efetividade do processo e técnica processual, *in Temas de direito processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29. Também publicada em: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, p. 168-ss, 1995.

\_\_\_\_\_. Função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 140-ss, 1985.

\_\_\_\_\_. La significación social de las reformas procesales. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n.º 09, p. 23-38, 2006.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a efetividade do processo, *in Temas de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 25-38.

\_\_\_\_\_. O futuro da justiça: alguns mitos, *in Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-14.

\_\_\_\_\_. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s.e], 1968.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 24. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 7-ss, 1986.

\_\_\_\_\_. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria, in *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 367-380.

\_\_\_\_\_. O processo civil brasileiro entre dois mundos, in *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41-52.

\_\_\_\_\_. O processo, as partes e a sociedade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 125, p. 279-ss, 2005.

\_\_\_\_\_. O neoprivatismo no processo civil, in *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87-101.

\_\_\_\_\_. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 78, p. 78-ss, 1995.

\_\_\_\_\_. Por um processo socialmente efetivo, in *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-27.

\_\_\_\_\_. Privatização do processo?, in *Temas de Direito Processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7-18.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, in *Temas de direito processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19-30.

\_\_\_\_\_. Reformas processuais e poderes do juiz, in *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53-68.

\_\_\_\_\_. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, in *Temas de Direito Processual*. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 61-72.

\_\_\_\_\_. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos, in *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 267-282.

\_\_\_\_\_. Sobre a “participação” do juiz no processo civil, in GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 380-394.

\_\_\_\_\_. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês, in *Temas de direito processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179-190.

MOREIRA, José Carlos Barbosa [et al.]. *Abuso de direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.



- MOREIRA, Nelson Camatta *et al.* Política de proteção do meio ambiente, expansão da exploração de petróleo e atuação do Poder Judiciário (ou ativismo judicial?). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 65, p. 59-ss, 2012.
- MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 2001.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.
- NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.
- NARDELLI, Luis Fernando. Exceção de suspeição (art. 135, V, do CPC). Prejulgamento. Imparcialidade. Juiz ativo. Cultura de Conciliação. Suspeição provocada ou ilegítima. Litigância de má-fé. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 180, p. 357-ss, 2010.
- NAVAS, Amanda Renata Enéas. *A teoria da sham litigation aplicada às medidas antidumping*. 2011. Dissertação – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2011.
- NEGRÃO, Theotonio *et al.* *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 18, p. 218-ss, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.
- \_\_\_\_\_. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, *in* FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p., 75-110.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.
- NICÒTINA, Giuseppe. *L'abuso nel processo civile*. Roma: Aracne, 2005.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 168, p. 331-ss, 2009.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. Venda à vista e atraso de pagamento. Correção monetária e a chamada “taxa ou comissão de permanência”. Orientação consultiva da Fazenda e jurisprudência. Princípios da legalidade, moralidade, lealdade, *in* *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*. São Paulo: RT, 2011, p. 927-ss, v. 4.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. Preclusão como fator de estruturação do procedimento, in LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: origens históricas da processualidade democrática*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 181-210, v. IV.

\_\_\_\_\_. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. 2. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 184, p. 109-ss, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 223-249, jul./dez. 2009.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: RT, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Efetividade e processo de conhecimento, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p. 59-69, 1999.

\_\_\_\_\_. Efetividade e tutela jurisdiccional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n. 8, p. 47-82, 2005.

\_\_\_\_\_. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Prefácio à 1ª edição, in ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, p. 31-ss, 1993.

\_\_\_\_\_. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 137, p. 7-ss, 2006. Também disponível em: <[http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismo-](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-)

valorativo\_no\_confronto\_com\_o\_Formalismo\_excessivo\_290808.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n. 3, p. 45-60, 2003.

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

OLIVEIRA, Guilherme José Braz. Direito Processual Civil Grego, in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 141-185.

OLIVEIROS, Raúl Tavorlari. Abusos en el Proceso. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n. 01, p. 89-114, 2000-2002.

OTEIZA, Edoardo. Abuso de los Derechos Procesales em América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 95, p. 152-170, 1999.

\_\_\_\_\_. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 173, p. 179-ss, 2009.

PALACIO, Lino Enrique. Los deberes de lealtad, probidad y buena fe en el proceso civil, in *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 811-820. Tomo I.

PARENTE, Norma Jonssen. O dever de lealdade do administrador e a oportunidade comercial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 54, p. 185-ss, 2011.

PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil (Arts. 270 a 331)*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, [sd], v. III.

\_\_\_\_\_. *Ensaios e artigos*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. I.

\_\_\_\_\_. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. 1. ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 55-ss, 2001.

\_\_\_\_\_. O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional?, in MEDINA, José Miguel Garcia et al (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 208-223.

\_\_\_\_\_. O Recurso Extraordinário e a Emenda n. 3 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, p. 43-ss, 1977.

\_\_\_\_\_. Processo e Democracia, in GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 83-97.

PEDROSO, João. A justiça civil em crise: a oportunidade/necessidade de reformar o processo civil, in BRITO, Rita (coord). *Novos Rumos da Justiça Cível*. Lisboa: CEJUR, 2009, p. 52-79.

PEGO, Rafael Foresti. Ônus da prova. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 135, p. 166-ss, 2009.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 219, p. 89-ss, 2013.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. As sentenças aditivas na jurisdição constitucional, in FUX, Luiz (coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 169-222.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PEYRANO, Jorge. Abuso de los derechos procesales, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69-78.

PIAZZOLA, Bruno. Presentazioni, in MASSARA, Tommaso dalla; VACCARI, Massimo. *Economia processuale e comportamento delle parti nel processo civile: prime applicazioni del Protocollo 'Valore Prassi' sugli artt. 91, 96 e 614-bis c.p.c.* Napoli: Jovene Editore, 2012.

PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição, in *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1-32.

\_\_\_\_\_. *Audiatur et Altera Pars: As Matrizes Histórico-Culturais do Contraditório*, in *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127-144.

\_\_\_\_\_. Il giudice naturale principio fondamentale a livello europeo, in DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial, segunda série*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 659-700.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado, in MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología: Un prefácio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blach, 2006, p. 108-127.

\_\_\_\_\_. *El principio de la buena fe procesal*. 1.ed e 2. ed. Barcelona: J. M. Bosch, 2003 e 2013, respectivamente.

\_\_\_\_\_. El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 196, p. 131-162, 2011.

\_\_\_\_\_. Il Diritto Processuale tra il Garantismo e L'Efficacia: un dibattito mal impostato. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 197, p. 193-ss, 2011.

\_\_\_\_\_. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Direito processual civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.

\_\_\_\_\_. Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. VI, p. 49-92, jul./dez. 2010. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_6a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf)>. Acesso em: 9 fev. 2014.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

POZZOLI, Lafayette; HURTADO, André Watanabe. O princípio da fraternidade na prática jurídica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 27, p. 287-ss, 2011.

PRAZERES, Gustavo Cunha. *A influência da solidariedade social no processo: aplicação do venire contra factum proprium nulli conceditur ao direito processual*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/gustavo\\_cunha\\_prazeres.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/gustavo_cunha_prazeres.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. *Venire contra factum proprium nulli conceditur e direito processual: a influência da solidariedade social no processo*, in DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (org.). *Processo e direito material*. Salvador, Juspodivm, 2009, p. 137-168.

PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no processo civil (primeira parte). *Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB) da Faculdade de*

*Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, ano 3, v. 10, p. 8247-8430, 2014. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014\\_10\\_08247\\_08429.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_10_08247_08429.pdf)>. Acesso em: 12 dez. 2014.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: Apresentação do Debate, in DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Processual e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 273-286.

\_\_\_\_\_. Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e no de amanhã. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 421-430, 2015.

\_\_\_\_\_. Repensando a prova de ofício. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 190, p. 315-ss, 2010.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. ¿Abuso de Derecho en el processo?, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. 1. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 1-6.

RAMOS ROMEU, Francisco. Estudio empírico de algunos paradigmas procesales: la Iglesia, Damaska, y Chiovenda, in JUNOY, Joan Picó i (Dir). *Principios y garantías procesales: Liber Amicorum en Homenaje a la Profesora M<sup>a</sup>. Victoria Berzosa Francos*. Barcelona: J. M. Bosch, 2013, p. 81-106.

RASCHEL, Loïs. *Le droit processual de la responsabilité civile*. Paris: IRJS Editions, 2010.

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, v. II.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma/Bari: Gius, Laterza & Figli Spa, 2005.

\_\_\_\_\_. *O direito fraterno*. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RIBEIRO, Manuel de Almeida (coord). *Um debate sobre a morosidade da justiça*. Coimbra: Almedina, 2009.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Almedina: Coimbra, 1996.

RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale*. 5.ed. Torino: G. Giappichelli, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 31-51.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

RODRIGUES, Valter dos Santos. *A duração razoável do processo na emenda constitucional n.º 45*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-duracao-razoavel-do-processo-na-emenda-constitucional-no-45>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *El abuso del derecho (teoría de los actos antinormativos) – Conclusión*, p. 11-35. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/17/dtr/dtr1.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

ROMEU, Talita. O princípio da boa-fé e o instituto da preclusão: a *supressio* processual, in DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial, segunda série*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 833-869.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions – Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013.

ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. As dimensões do tempo no processo civil: tempo quantitativo, qualitativo e a duração razoável do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, p. 329-ss, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo. A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, [S.l.], n. 8, p. 80-100, jul. 2010. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/8>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Do abuso de direito ao abuso de poder*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Do abuso de direito ao abuso de poder*. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 22, p. 256-ss, 2008.

\_\_\_\_\_. Reforma do Direito Processual: Processo Civil de Conhecimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 740, p. 134-ss, 1997.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUSSO, Andréa Rezende. *Uma moderna gestão de pessoas no Poder Judiciário*: Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009. Também disponível no seguinte endereço eletrônico:  
[http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/corregedoria\\_geral\\_da\\_justica/colecao\\_administracao\\_judiciaria/doc/CAJ08.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ08.pdf), acesso em 9 jan. 2015.

RUSU, Ana. Justice Civile: efficacité et nouvelles formes procédurales de gestion, in BRITO, Rita (coord). *Novos Rumos da Justiça Cível*. Lisboa: CEJUR, 2009, p. 99-106.

SÁEZ, Francisco Alberto Ruay. Análisis crítico sobre la inclusión del Principio de Buena Fe Procesal en el Proyecto de Código Procesal Civil Chileno. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, n. 4-3, p. 53-82, set. 2013.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SALVANESCHI, Laura. *Dovere di collaborazione e contumacia*. Disponível em:  
<<http://www.aispc.it/documenti/Materiali/DovereDiCollaborazioneEcontumacia.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2014.

SANTOS, Guilherme Luís Quaresma Batista. Algumas notas sobre o contraditório no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 194, p. 69-97, 2011.

SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 192, p. 47-80, 2011.

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. *A boa-fé objetiva no processo civil: a Teoria dos Modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea*. Disponível em:  
<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp087247.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, p. 60-ss, 2004.



SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, *in Leituras complementares de Direito Constitucional. – Teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodivm, 2007.

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 12.ed. Padova: Cedam, 1996.

SCARSELLI, Giuliano. Sul c.d. abuso del processo, *in L'abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 157-188.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHWAB, Karl Heinz. Divisão de funções e o juiz natural. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 48, p. 124-ss, 1987.

SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 40, p. 9-ss, 2009.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Advocacia em tempos de crise*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235067095174218181901.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2.

SILVA, Paula Costa e. *A Litigância de Má Fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa/Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. O abuso do direito de acção e o art. 22º do CIRE. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Portugal: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Lisboa, v. III, p. 157-166, 2011.

\_\_\_\_\_. Preterição do contraditório e irregularidade de constituição de Tribunal Arbitral. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 212, p. 301-ss, 2012.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

SOARES, Mário Nunes. O ato administrativo e a Constituição de 1998. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 640, p. 52-ss, 1989.

SOLIMINE, Omar Luis Días. La buena fe en la estructura procesal, in CÓRDOBA, Marcos M. [director]. *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. Tomo I.

SOSA, Ángel Landoni. El principio de moralidad: base fundamental para un proceso justo, in CÓRDOBA, Marcos M. (Director). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 391-420. Tomo II.

SOSA, Gualberto Lucas. Abuso de Derechos Procesales, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 33-68.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil, in *Cadernos de Direito Privado*, n. 43. Lisboa: Cejur: 2013. Artigo gentilmente enviado pelo próprio autor.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. Omissão do dever de cooperação do Tribunal: que consequências?, *no prelo*. Artigo gentilmente enviado pelo próprio autor.

\_\_\_\_\_. Um novo processo civil português: *à la recherche du temps perdu?*, in BRITO, Rita (coord). *Novos Rumos da Justiça Cível*. Lisboa: CEJUR, 2009, p. 7-28.

SOUSA, Rui Correia de. *Litigância de má fé: colectânea de sumários de jurisprudência*. 2.ed. Lisboa: Quid Juris, 2005.

SOUZA, Artur César de. Justo processo ou justa decisão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 196, p. 469-ss, 2011.

\_\_\_\_\_. O princípio da cooperação no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, p. 65-ss, 2013.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão do abuso no processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

SOUZA, Daniel Adensohn. Reflexões sobre o princípio da motivação das decisões judiciais no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 167, p. 132-168, 2009.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso de direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, p. 35-91, 2012.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: RT, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A boa-fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (Novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dos conflitos judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 230, p. 13-ss, 2014.

STANGELI, Fabio. *La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della «motivazione breve» in Itália*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/211/Santangeli.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

STOCO, Rui. *Abuso de direito e má-fé processual*. 1. ed. São Paulo: RT, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Senso incomum: Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em 20 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Senso incomum: Sempre ainda a dura face do ativismo em terrae brasilis*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-06/senso-incomum-sempre-ainda-dura-face-ativismo-terrae-brasilis>>. Acesso em 20 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 213, p. 13-ss, 2012.

STÜRNER, Rolf. Derecho procesal y culturas jurídicas. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n. 12, p. 251-289, 2008.

\_\_\_\_\_. Oralidade e escritura no processo civil europeu. Trad. Ronaldo Kochem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 223, p. 111-ss, 2013.

STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 200, p. 203-ss, 2011.

SUPPONEN, Ritva. New procedural management forms in Finland, *in* BRITO, Rita (coord). *Novos Rumos da Justiça Cível*. Lisboa: CEJUR, 2009, p. 107-114.

TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*, *in* *Processo civil comparado: Ensaio*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 11-34.

\_\_\_\_\_. Cultura y proceso, *in* *Páginas sobre Justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 189-230.

\_\_\_\_\_. Elementos para una definición de “abuso del proceso”, *in* *Páginas sobre Justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 295-309.

\_\_\_\_\_. Icebergs de *common law* e *civil law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Trad. Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 181, p. 167-ss, 2010.

\_\_\_\_\_. Idee per una teoria della decisione giusta, *in* *Sui Confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 219-234.

\_\_\_\_\_. *Il vertice ambíguo: saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

\_\_\_\_\_. L’abuso del processo: profili comparatistici. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p.150-169, 1999.

\_\_\_\_\_. L’abuso del processo: profili generali, *in* *L’abuso del processo: Atti del XXVIII Convegno Nazionale – Urbino, 23-24 Settembre 2011*. Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 19-47.

\_\_\_\_\_. La cultura de la imparcialidad en los países de *common law* y de derecho continental, *in* *Páginas sobre justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 39-62.

\_\_\_\_\_. Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado, *in* *Páginas sobre Justicia Civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 63-76.

\_\_\_\_\_. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

\_\_\_\_\_. *Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009; *Processo civil comparado: Ensaio*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa, *in* *Processo civil comparado: Ensaio*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 57-84.

\_\_\_\_\_. *Processo civil comparado: Ensaio*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common Law, Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 110, p. 141-ss, 2003.

\_\_\_\_\_. Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

\_\_\_\_\_. Verdade e processo, in *Processo civil comparado: Ensaio*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 35-55.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, p. 156-ss, 2001.

TASSARA, Andres Ollero. A crise do positivismo jurídico – paradoxos teóricos de uma rotina prática. *Revista Tributária de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, p. 7-ss, 1992.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.79-92.

TEPEDINO, Gustavo. A cláusula de melhores esforços e a lealdade contratual, in *Soluções Práticas*. São Paulo: RT, 2011, p. 151-ss, v. 2.

TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 107, p. 18 e 107-ss, 2002.

TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, p. 38-ss, 1983.

\_\_\_\_\_. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 784, p. 11-ss, 2001.

\_\_\_\_\_. *Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz*. Disponível em:

<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil Anotado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. Execução – Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 93, p. 28-ss, 1999. Também disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/186.htm>>. Acesso em: 20 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Princípios gerais do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, p. 173-ss, 1981.

\_\_\_\_\_. Relatório Brasileiro: abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua atuação. *Revista da Faculdade de Direito de Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, p. 177-206, jan./jun. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização* decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 189, p. 9-ss, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 7. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOPPETTI, Francesca. La responsabilità processuale aggravata, in TOPPETTI, Francesca (coord). *Il risarcimento del danno da “lite temerária”*. Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 1-61.

TROCKER, Nicolás. *La formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

\_\_\_\_\_. *Processo civile e Costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TROCKER, Nicolás; VARANO, Vincenzo (coord). *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Direito Processual Civil Belga, in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 55-70.

\_\_\_\_\_. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), in JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 433-452.

\_\_\_\_\_. *Piero Calamandrei – Vida e Obra: contribuição para o estudo do processo civil*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

\_\_\_\_\_. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 275-290.

\_\_\_\_\_. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. Também disponível em: <<http://www.tucci.adv.br/publicacoes/JRCTucci%20-%20livro%20-%20Tempo%20e%20processo.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e *et al.* *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e; *Constituição de 1988 e processo – Regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUPINAMBÁ, Carolina. *As garantias do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

VALLE, Jaime. O princípio da lealdade institucional nas relações entre os poderes públicos – alguns aspectos gerais, in OTERO, Paulo (Director). *Revista Direito & Política*, Lisboa, v. 1, p. 63-71, out./dez. 2012.

VALLESPÍN PÉREZ, David. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías*. Barcelona: Atelier, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário. Devido processo legal e acesso à justiça, in *Direito & Justiça*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarlosVelloso/ArtigosJornais/834150.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

VELOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual, in DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo Processual e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 13-34.

VELOSO, Adolfo Alvarado *et al.* Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre Processo e Garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 145, p. 241-ss, 2007.

VERDE, Giovanni. Apostilla, in MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología: Un prefácio, uma sentença, dos cartas y quinze ensayos*. Valencia: Tirant lo Blach, 2006, p. 167-171.

\_\_\_\_\_. Las ideologías del proceso en un reciente ensayo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n. 03, p. 31-44, 2003.

VIGORITTI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile – Due process of law e art. 24 Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1970.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A condenação por litigância de má-fé e a sua liquidação, in *Pareceres*. São Paulo: RT, 2012, p. 45-ss, v. 1.

\_\_\_\_\_. A efetividade do processo versus cultura da desobediência: a regra do art. 14 do CPC brasileiro. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 29, p. 29-39, jul./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. Abuso do procedimento especial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 204, p. 51-ss, 2012.

\_\_\_\_\_. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 63, p. 54-ss, 1991.

\_\_\_\_\_. O *contempt of court* na recente experiência brasileira – anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 119, p. 35-ss, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common Law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 121-ss, 2009.

\_\_\_\_\_. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna, in GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

\_\_\_\_\_. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, in YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.



\_\_\_\_\_. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas, in WATANABE, Kazuo (coord). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: RT, 1985.

WIEACKER, Franz. *El principio de la buena fe*. Trad. José Luís Carro. 2. ed. Madrid: Civitas, 1986.

YASSIM, Assad Amadeo. Considerações sobre abuso de direito, in *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2010, p. 598-604, v. 4.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Brevíssimas considerações acerca da valoração de gravações obtidas em violação à lealdade e à boa-fé, in TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix (org). *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro: estudos em homenagem à Professora Elaine Harzheim Macedo*. Caixas do Sul: Plenum, 2010, p. 189-194.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v. I.

ZACLIS, Lionel. Direito Processual Civil Holandês, in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 187-213.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. *As garantias constitucionais da ação*. Petrópolis: CopyMarket.com, 2000. Disponível em: <<http://www.cesarkallas.net/arquivos/livros/direito/00703%20-%20As%20Garantias%20Constitucionais%20da%20A%20E7%20E3o.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2014.

\_\_\_\_\_. O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro, in MITIDIÉRO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas 2012, p. 199-225.

ZEISS, Walter. *El dolo procesal: aporte a la precisacion teorica de una prohibición del dolo en el proceso de cognicion civilistico*. Traducción y presentación de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1979.

ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

ZUFELATO, Camilo. Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC, in FREIRE, Alexandre *et al* (org.). *Novas Tendências do*

*Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 101-124. V. I.