

RESUMO

No estágio atual de desenvolvimento da prestação jurisdicional, em que setores respeitáveis da doutrina processual reivindicam a quebra do protagonismo e do isolamento do órgão judicial, com o conseqüente incremento da atividade das partes em prol da criação de um ambiente democrático, de colaboração mútua e de divisão equânime de responsabilidades entre estas e o juiz, torna-se necessária a investigação acerca da importância que ganha, sob este aspecto, a conduta ética de autores, réus e de todos quantos participem do processo, para que esta mudança de paradigmas possa ser efetivamente implementada. O presente trabalho, vinculado à linha de pesquisa “acesso à justiça” do curso de Mestrado em Direito Público e Evolução Social da Universidade Estácio de Sá, estuda as origens da centralização das atividades processuais na figura do juiz (em especial a doutrina instrumentalista do processo) e as vertentes doutrinárias que sustentam a necessidade de ampliação da atuação das partes, através de ideias como participação e policentrismo processual, tudo com vistas a demonstrar que, para além do protagonismo judicial – cuja atenuação se apresenta como premissa – o ambiente democrático que se pretende ver instaurado somente se tornará possível por meio da efetiva imposição às partes de deveres éticos, como os de lealdade e de veracidade e pela necessidade premente de sua irrestrita observância.

Palavras-chave: Protagonismo judicial. Colaboração. Processo democrático. Lealdade. Abuso do processo.

ABSTRACT

In the present stage of development of courts' judgements in which it's claimed the break with courts being the protagonist and with their isolation, having as consequence the enhancement of the parties' performance for the benefit of the creation of a democratic environment, based on mutual collaboration and on the reasonable share of responsibility between the parties and the judges, it becomes necessary the investigation of the importance gained, under such aspect, by an ethical behavior of plaintiffs, defendants as well as of anyone that takes part in the procedure, so that this change in paradigm may be effectively implemented. The work herein, linked to the study on "access to justice" conducted in the Master's Degree in Public Law and Social Evolution of Universidade Estácio de Sá, studies the origins of the centralization of the procedures in the judge's figure (especially the instrumental procedure doctrine) and the doctrines that defend the need of enlargement in parties' performance by means of ideas as co-participation and decentralization, all aiming to demonstrate that beyond attenuating courts' protagonist role, which is presented as premise, the democratic environment intended to be put into practice will only become possible by means of the effective imposition of ethical duties to the parties as loyalty and truthfulness as well as the need of their obedience to such duties without any restriction.

Keywords: Judge as protagonist. Processual co-participation. Democratic process. Loyalty. Abuse of the process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 CONCENTRAÇÃO DE PODERES NO ÓRGÃO JUDICIAL E AS PARTES COMO COADJUVANTES: A DOCTRINA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO COMO EMBRIÃO	16
1.1 As fases evolutivas do direito processual: fase sincretista, fase científica ou autonomista e fase instrumentalista	17
1.2 Instrumentalidade do processo: propostas nucleares	21
1.2.1 Publicização do processo na visão instrumentalista – o embrião de uma primeira vertente de concentração de poderes: a <i>condução</i> do processo	23
1.2.2 A visão instrumentalista da atividade judicial na <i>formação</i> do provimento – A superação da neutralidade ideológica e a concentração de poderes para além da <i>condução</i> do processo	26
1.2.3 Os acertos e os erros do instrumentalismo – uma visão pragmática	30
1.3 O superdimensionamento da <i>celeridade</i> processual e a conseqüente redução da atividade das partes	34
2 A MITIGAÇÃO DO PROTAGONISMO JUDICIAL – FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA O INCREMENTO DAS ATIVIDADES DAS PARTES NO PROCESSO	40
2.1 A abertura do sistema a partir de uma perspectiva filosófica – a <i>razão comunicativa</i> e a <i>ética do discurso</i> de Jürgen Habermas: limites e possibilidades de sua aplicação ao processo judicial brasileiro	42
2.1.1 O paradigma procedimentalista de Jürgen Habermas como instrumento de mitigação do protagonismo judicial	43
2.1.2 Pressupostos comunicacionais gerais da argumentação: a pretendida “situação ideal de fala”	46
2.1.3 A aplicação da teoria do discurso e do procedimentalismo habermasianos à realidade brasileira: limites e possibilidades	51
2.2 <i>Colaboração processual</i> , “Formalismo-valorativo” e modelo <i>cooperativo</i> de processo	56
2.2.1 Formalismo e o papel dos sujeitos do processo: a necessária interdependência	58

2.2.2 O contraditório sobre a ótica do formalismo-valorativo – breve histórico acerca do princípio e a necessidade de seu incremento	61
2.2.3 O dilema celeridade/duração razoável x modelo cooperativo do processo, sob a ótica do formalismo-valorativo	64
2.3 A ideia de “processo judicial democrático” – o processo em uma perspectiva <i>participativa</i> e <i>policêntrica</i>	67
2.3.1 A necessidade de releitura do sistema processual: o papel do juiz e das partes - o policentrismo e a participação	69
2.3.2 O novo enfoque ao princípio do contraditório e alguns aspectos práticos da proposta da democratização	73
2.3.3 O combate à rapidez e à celeridade como critério único de aferição da eficiência do sistema	77
2.3.4 A necessária adesão das partes e advogados à ideia da democratização do processo	78

3 O COMPORTAMENTO ÉTICO DAS PARTES COMO PRESSUPOSTO DA COLABORAÇÃO PROCESSUAL E DA DEMOCRATIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

3.1 A atividade das partes vista sob o aspecto positivo: lealdade processual e dever de veracidade	81
3.1.1 O princípio da lealdade processual: conteúdo	81
3.1.2 O dever de veracidade: origens e conteúdo	87
3.1.3 Lealdade processual, dever de veracidade e o direito estratégico de defesa: o conflito ético inter-processual	95
3.2 A atividade das partes vista sob o aspecto negativo: o abuso do processo e a litigância de má-fé	98
3.2.1 O abuso do direito no plano do direito material	98
3.2.2 O abuso do direito no âmbito do direito processual	106
3.3 O princípio da lealdade e a responsabilidade por dano processual positivados no Direito brasileiro: breve análise dogmática a partir do texto legal.....	113
3.3.1 – A lealdade positivada – o art. 14 do Código de Processo Civil – dever de probidade e vedação ao <i>contempt of court</i>	115

3.3.2 – Litigância de má-fé e responsabilidade por dano processual – art. 16 a 18 do CPC e seus pressupostos de aplicação	120
3.4 A imprescindibilidade de um comportamento leal para o modelo cooperativo de processo e para sua efetiva democratização	126
CONCLUSÃO	130
REFERÊNCIAS	133

INTRODUÇÃO

Diversos são os fatores, antigos e atuais, que colaboram para a tão propalada morosidade da prestação jurisdicional e sua alegada inefetividade, da mesma forma como inúmeras são as tentativas apresentadas pelos estudiosos para a solução do problema, todas recentemente realimentadas por força das discussões levadas a efeito para a elaboração do texto do novo Código de Processo Civil.

As causas mais frequentemente apontadas, em coro quase uníssono, podem ser facilmente reproduzidas: o excessivo número de recursos colocados à disposição dos litigantes, bem como a possibilidade de apresentação dos mais variados incidentes pelas partes (especialmente a parte ré), a enorme pletora de demandas com o mesmo fundamento de fato e de direito (e que muitas vezes têm soluções díspares), a quantidade angustiante de processos distribuídos a cada magistrado do país, seu reduzido número de representantes, a falta de infra-estrutura do Poder Judiciário, a ausência de instrumentos efetivos de tutela coletiva etc¹.

Porém, é comum que seja olvidado um dos aspectos mais decisivos na atrofia do sistema de prestação jurisdicional brasileiro, vale dizer, uma de suas causas mais contundentes, qual seja o comportamento nocivo das partes no ajuizamento de demandas judiciais temerárias, de índole unicamente emulativa, bem como em suas condutas procrastinatórias tão comumente presentes ao longo de todo o processamento do feito. Cuida-se aqui, especificamente, de atitudes que revelam evidente descompromisso dos sujeitos parciais do processo com valores como lealdade, boa-fé e dever de veracidade, que podem ser observadas tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo da relação processual,

¹ Na mesma linha do elenco apontado, os ensinamentos do prof. Barbosa Moreira, para quem a demora no processo se deve a uma conjugação de múltiplos fatores, dentre eles: “a escassez de órgãos judiciais, a baixa relação entre o número deles e a população em constante aumento, com o agravante de que os quadros existentes registram uma vacância de mais de 20%, que na primeira instância nem a veloz sucessão de concursos públicos consegue preencher, (...) o insuficiente preparo de muitos juízes, bem como o do pessoal de apoio, (...) a irracional divisão do território em comarcas, em algumas das quais se torna insuportável a carga de trabalho enquanto noutras, pouco movimentadas, se mantêm uma capacidade ociosa devesas impressionante; a defeituosa organização do trabalho e a insuficiente utilização da moderna tecnologia, que concorrem para reter em baixo nível a produtividade.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da Justiça: alguns mitos in *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.4-5)

tanto na atividade das partes como na de seus representantes legais, podendo ainda ter lugar até mesmo na postura ímproba de terceiros intervenientes no processo.

E as consequências não dependem de investigação aprofundada: se é do autor que vem a conduta desleal, observa-se, quando menos, a instauração de processos que já se sabe – ou se deveria saber – serem destituídos de um mínimo de fundamento jurídico (mas até para se chegar a essa conclusão no caso concreto é necessária a utilização e movimentação da máquina do Poder Judiciário). Se, por outro lado, é do réu que parte a atividade contrária aos valores éticos do processo, tem-se o prolongamento indefinido do procedimento instaurado, uma vez mais com a ocupação desnecessária de todo o aparato judicial.

Como exemplo do que aqui se sustenta, surge a noção de “assédio processual” (ou também “assédio judicial”), através do qual as partes ajuízam demandas ou procrastinam o andamento do processo, negam-se a cumprir decisões judiciais, apresentam requerimento de provas e documentos novos a todo momento, interpõem recursos e petições despropositadas e provocam incidentes processuais reconhecidamente infundados, tudo com o objetivo de incomodar a parte contrária ou impedir o reconhecimento de um seu direito². Trata-se, ao fim e ao cabo, do *abuso* no exercício de faculdades processuais inerentes ao devido processo legal, aí incluídas o contraditório e a ampla defesa, com o intuito único de se criar obstáculos à efetivação da prestação jurisdicional.³

A matéria, contudo, está longe de ser novidade...

² Cita-se, como exemplo, recente episódio envolvendo o Jornal Folha de São Paulo e a Igreja Universal do Reino de Deus e seus fiéis. Neste caso concreto, após a publicação, em 15 de dezembro de 2007, de matéria intitulada “Universal chega aos 30 anos com império empresarial”, sofreu a empresa jornalística mais de uma centena de ações por todo o Brasil, com petições iniciais de todo assemelhadas (o que indica uma ação orquestrada), onde os fiéis se diziam ofendidos pela publicação. Os pedidos apresentados eram de R\$ 1.000,00, valores bem inferiores ao comumente reivindicados (o que era justificado pelo intuito de se evitarem prejuízos com eventual sucumbência), sendo certo que as ações tinham como única finalidade intimidar a empresa no livre exercício de sua atividade jornalística e fazê-la despender recursos com deslocamentos e honorários advocatícios.

³ O tema “assédio processual” ainda é novo na doutrina do processo, sendo certo, porém, que já se encontram decisões, em especial na Justiça do Trabalho, onde se reconhece a sua presença, com a responsabilização da parte que assim procedeu. Citam-se aqui dois desses processos judiciais: 1) Proc. 0173-2009-462-05-00-6 – 2ª. Vara do Trabalho de Itabuna/BA – Bombril S.A. e 2) Proc. 00618-1994-037-01-00-0 – 37ª. Vara do Trabalho do Rio de Janeiro/RJ – Itaú S.A.

Já em 1960, José Olimpio de Castro Filho, em obra que se tornaria um clássico sobre o tema na doutrina nacional, intitulada *Abuso de direito no processo civil*, após exemplificar diversas situações que caracterizou como abusivas, assim se manifestou⁴:

“Mesmo que haja outras causas, é o mesmo o abuso do direito a maior determinante desse fenômeno que desanima os que têm razão, que acaba justificando a pessimista regra universal de que é melhor um péssimo acordo do que uma boa demanda, que só aproveita aos espertos e sem escrúpulos, e que só serve para o descrédito da Justiça. Examinem-se, atentamente, de modo geral, e causará pasmo como a falta de direito, na maioria dos processos, é manifesta. Podem variar os incidentes e os aspectos, mas a conclusão é uma só, na absoluta maioria das ações: pululam a malícia, a astúcia, o erro grosseiro, a fraude mesmo, em matizes diversos que não escondem o abuso do processo”.

A seu turno e com esta mesma ótica, Araken de Assis, em texto publicado em maio de 2010, cinquenta anos depois de Castro Filho e tecendo considerações com os olhos voltados para os dias atuais, sustenta que⁵:

“... na oportunidade em que surgiu o CPC de 1973, ecoava o diagnóstico: número expressivo de processos agasalhava lides temerárias e a conduta das partes longe se encontrava da retidão. (...) Esse panorama sombrio tem causas sociais profundas. Não se difundiu suficientemente e com clareza a solidariedade. Só isto explica que a pessoa, pilhada furtando energia elétrica, que é conduta violentamente antissocial (...) sinta-se no direito de reclamar infração à privacidade, pleiteando indenização do dano moral...”⁶

Vastos são os exemplos em que claramente se identifica uma completa subversão de valores éticos pelas partes e seus advogados no âmbito do processo judicial, tanto na propositura da demanda quanto na sua condução até o encerramento definitivo, sendo igualmente claras as consequências de tais posturas para o sistema de prestação jurisdicional como um todo, gerando um número excessivo de processos pendentes de julgamento. A uma, porque as lides

⁴ CASTRO FILHO, José Olimpio de. *Abuso de direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 213.

⁵ ASSIS, Araken de. Dever de veracidade das partes no processo civil *in Revista Jurídica* nº 391. Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2010, p. 15.

⁶ Situação a esta assemelhada é a da ação de danos morais por protesto supostamente indevido de cheque emitido sem suficiente provisão de fundos onde a parte autora, no corpo de sua petição inicial, confessa a prática do crime previsto no art. 171, VI do Código Penal.

se multiplicam indevidamente; a duas, porque as que estão em curso nunca se encerram (ou não se encerram em um prazo razoável).

Mas não é só na administração da máquina judiciária que se observa a nocividade de atitudes desleais praticadas pelos sujeitos do processo. Ao contrário, a questão é um tanto mais complexa por também interferir em ponto sensível do estudo do processo e do papel desempenhado por cada um de seus atores, tanto no plano acadêmico, como também em seus aspectos práticos.

Trata-se aqui, especificamente, da necessidade de se investigar o comportamento das partes à luz da vertente do pensamento doutrinário-processual que reivindica a completa abertura do sistema de prestação jurisdicional a uma efetiva participação de autor e réu, com o incremento do contraditório e sua elevação a princípio fundamental do processo, além da inserção, no processo judicial, de conceitos como *colaboração* e *democratização*, sustentando-se, a partir de tais premissas, a necessidade de uma distribuição mais racional de tarefas e de responsabilidades entre os sujeitos do processo, em uma estrutura *policêntrica* e *comparticipativa*.

E a questão que se coloca é absolutamente simples: como fazê-lo, como reivindicar, de forma segura, uma maior participação dos sujeitos parciais no processo de formação da decisão, se é das próprias partes (e de seus representantes), através de seu comportamento ímprobo, que surgem os elementos e as razões para uma negativa peremptória?

É exatamente a investigação destas questões que se pretende levar a efeito no presente estudo, estruturando-se a dissertação em três eixos fundamentais, correspondentes a cada um de seus capítulos, intimamente ligados entre si por força de um nítido movimento de fluxo e refluxo dialéticos.

Assim, tendo em vista que se objetiva analisar, nestas linhas, como e em que medida o comportamento ético das partes configura efetivo pressuposto para uma mudança de paradigmas, superadora do alegado protagonismo isolacionista do órgão judicial, o primeiro capítulo foi dedicado exatamente ao estudo das origens desta concentração de poderes, sendo aí identificada a doutrina da instrumentalidade do processo como um de seus principais elementos justificadores. Neste tópico serão estudadas as fases evolutivas do direito processual (sincretista, autonomista e instrumentalista), apontando-se, para além

da concentração de poderes, os erros e acertos da visão instrumentalista e de suas propostas. E, claro, a necessidade de sua superação.

No capítulo dois, como uma espécie de contraponto ao que fora apresentado no tópico anterior, são apresentadas as vertentes doutrinárias que sustentam, com forte embasamento jurídico e filosófico, a criação, no âmbito do processo, de um ambiente deliberativo, policêntrico e democrático, onde se abra espaço à efetiva atuação das partes, com a distribuição mais equânime das atividades e também das responsabilidades entre os sujeitos do processo. Para este fim, três teorias serão analisadas, a saber: a *ética do discurso* de Jürgen Habermas e a possibilidade de sua aplicação ao direito processual brasileiro; o *formalismo-valorativo* e a ideia de *colaboração processual* e de processo participativo, de autores como Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, além de, por último, a concepção de *processo judicial democrático*, onde é proposta a releitura do sistema processual através da ênfase no contraditório e do novo papel a ser desempenhado pelas partes e pelos órgãos jurisdicionais.

No terceiro e último capítulo é tratada a questão dos deveres éticos do processo, sendo então investigados elementos como o princípio da lealdade, o dever de veracidade, o abuso do processo e a litigância de má-fé, tudo com vistas a restar demonstrado, ao final, que não se pode falar em uma mudança de paradigmas, em fim de protagonismo judicial, em policentrismo, democratização e incremento da atividade das partes, se estas, sem a exata conscientização acerca dos seus deveres de probidade na relação processual e com seu comportamento muitas vezes violador de preceitos elementares de fundo ético do processo, mostram-se despreparadas para este novo e reivindicado modelo de prestação jurisdicional.

1 CONCENTRAÇÃO DE PODERES NO ÓRGÃO JUDICIAL E AS PARTES COMO COADJUVANTES: A DOCTRINA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO COMO EMBRIÃO

O presente capítulo, de caráter eminentemente introdutório, tem por finalidade proceder a uma investigação comparativa do papel desempenhado pelas partes e pelo órgão judicial no procedimento judicial e de sua importância na dinâmica do processo de prestação jurisdicional. Busca-se, com efeito, proceder a um contraste entre as atividades hoje a cargo dos sujeitos parciais do processo e a sensível concentração de atos e de poderes na figura do magistrado, apresentando-se as possíveis razões para uma notória diminuição, historicamente considerada, do *munus* atribuído a autores e réus, tanto na iniciativa quanto na condução do processo.

Afirma-se, inicialmente, que grande parte deste movimento centralizador da atividade judicial remete aos influxos da doutrina instrumentalista do processo, com a defendida necessidade de incremento do impulso oficial e da prevalência do princípio inquisitivo sobre o dispositivo, tudo em prol da busca obstinada de uma *efetividade* que vem sendo equivocadamente associada à *celeridade* processual, o que acaba por produzir a objetivação e a verticalização indiscriminada das decisões, conduzindo, no mais das vezes e em situações excepcionais, ao menoscabo de garantias asseguradas pela Constituição Federal.

Pretende-se, nesta quadra, a demonstração de que é necessária uma mudança de paradigmas na prestação jurisdicional, de forma que – ainda que não se retorne aos extremos do processo de índole liberal – seja reafirmada a necessidade de efetiva participação das partes no processo de produção da decisão que, em última análise, irá regular o conflito em que elas mesmas se encontram envolvidas. E o caminho indicado, como será visto, é a observância tenaz de aspectos fundamentais do processo, como a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais e, no que importa mais de perto ao presente estudo, o respeito ao *contraditório* e à *ampla defesa*, com a reassunção do papel de destaque que devem ter as partes, ao lado do magistrado, na produção da decisão judicial.

Não se busca com isso, por certo, a retomada de um processo de índole privada e muito menos a simples eliminação do sistema vigente, que possui diversos aspectos efetivamente positivos, mas sim um meio termo possível entre os extremos da condução unicamente privada, de um lado, e do crescente alijamento das partes do processo de tomada de decisão, de outro lado.

Para tanto e como premissa, será estudada, neste tópico, a origem instrumentalista da concentração de poderes na figura do órgão judicial.

1.1 As fases evolutivas do direito processual: fase sincretista, fase científica ou autonomista e fase instrumentalista

Uma investigação crítica que se pretenda levar a efeito acerca das origens do protagonismo judicial envolve, necessariamente, a análise evolutiva das fases por que passou o direito processual e pelo estudo dos institutos jurídicos a ele inerentes, como a noção histórica de *processo* e de *jurisdição* estatal. Apresentam-se, assim, como fases (etapas/momentos) da ciência processual as fases *sincretista*, a *científica* e a *instrumentalista*.

A primeira das apontadas é a fase sincretista (ou imanentista) do processo, que é situada, historicamente, em momento que precede ao reconhecimento da chamada *autonomia científica* do Direito Processual. Nela, como é cediço, o processo (e o direito de ação) são reconhecidos como mera consequência da violação ao direito material, a que integrava (e com este se confundia) como um seu *anexo* ou um seu necessário desdobramento.

Não se reconhece o processo, portanto, como constitutivo de uma relação jurídica diferente daquela relação de direito material levada a juízo e para a qual a parte pede a solução estatal. Não há *autonomia*, quer para o processo, como instituição, quer para o direito processual, como ciência. Não possuía o mesmo, portanto, vida própria ou dignidade acadêmica.

O processo era visto, em suma, como mera sequência de atos formais, que tinham por fim possibilitar o reconhecimento do direito material por meio da atuação jurisdicional do Estado, sendo denominados *praxistas* aqueles profissionais que se dedicavam ao estudo das formas processuais. Não eram

reconhecidos, à época, elementos suficientes para a separação das normas civis das normas substanciais.

Trata-se, em verdade, da concepção que está presente na maior parte da história do direito processual, sendo certo que a fase sincretista e sua visão reducionista do processo perduram até o surgimento e propagação, em nível mundial, da doutrina alemã acerca do processo como *relação jurídica* e do lugar de destaque que deveria ser por ela efetivamente ocupado, o que acabou, então, por dar origem a uma nova etapa de seu estudo: a fase *científica* do direito processual.

Esta segunda etapa do processo (ou seu segundo *momento metodológico*) é também chamada de fase *autonomista*, onde já se passa a reconhecer que o direito de ação apresenta-se como realidade distinta do direito material para o qual se busca reconhecimento em juízo. Há, com efeito, a nítida separação daquilo que, de um lado, representa o *processo*, como instituto autônomo e contornos próprios e, de outro lado, o direito material/substantivo deduzido em juízo, rompendo-se os vínculos (e a amálgama envolvendo estes dois conceitos) até então vigentes na fase *sincretista*.

Conforme salientado, o marco da criação da fase *autonomista* do processo, como amplamente reconhecido pela doutrina processual, é representado por uma das obras mais marcantes da literatura processual, não só pelo tanto de carga principiológica nela contida, mas também pelos efeitos produzidos na doutrina processualista subsequente. Trata-se do livro “*A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*”, de Oskar Von Büllow, escrita no ano de 1868⁷.

É a partir do trabalho desenvolvido por Büllow⁸, na segunda metade do sec. XIX, que a interpenetração entre os planos material e processual começa a se desfazer, o que possibilitou a que se chegasse, em momento posterior, à adequada visão da autonomia do direito de ação e, via de consequência, do processo e da relação jurídica processual. Segundo o autor alemão, os critérios

⁷ Posteriormente, em 1885, Büllow escreveria *Gesetz und Richteramt* (Lei e Magistratura), obra que exerceu profunda influência na atividade da magistratura alemã durante vários anos.

⁸ Afirme-se que a doutrina de Büllow foi encampada por Enrico Tullio Liebman, que a transportou para o Brasil quando de sua chegada da Itália, fazendo-a difundir pelos mais diversos seguimentos do direito processual brasileiro, ao que se soma, para sua propagação, a adesão fundamental de Alfredo Buzaid na elaboração do Código de Processo Civil de 1973.

distintivos entre um e outro plano de análise do direito eram: a) seus *sujeitos*; b) seus *pressupostos* e c) seu *objeto*.

O processo passaria a constituir, assim, um *vínculo jurídico* a unir autor e réu em *subordinação ao Estado-juiz*, de quem se exigiria a prestação jurisdicional através do exercício de um direito autônomo, o direito *de ação*. Cuida-se, é correto afirmar, de momento no qual se reconhece a efetiva “emancipação” do estudo científico do direito processual, percebendo-se a natureza jurídica do processo como algo *diferente* da relação de direito material nele contida. Como decorrência lógica destas formulações, surge o estabelecimento da ciência processual como objeto de estudo próprio e valendo-se de métodos próprios de análise.

Outrossim, a separação entre os planos do direito material (e a relação jurídica que guarda esta característica) e do direito processual (e sua relação *de direito público*) acaba por revelar-se fundamental para o desenvolvimento da ciência processual.

Durante esta fase, absolutamente importante da história do direito processual, são fixados diversos conceitos e institutos, que se tornariam determinantes para a estruturação do arcabouço do processo como ciência, tais como o *direito de ação* e as *condições* para seu regular exercício, a noção de *processo* como instrumento da jurisdição e seus *pressupostos*, além da ideia de *coisa julgada*, constituindo, todos, referências indispensáveis para o estudo da matéria até os dias de hoje.

Esta a essência da fase *autonomista*, também chamada fase *conceitual*, tendo em vista o desenvolvimento de princípios, conceitos e de uma metodologia própria do direito processual, que passou então, conforme salientado, a ser considerada como ciência independente, regida por princípios e institutos próprios.

A significativa evolução decorrente da autonomia do processo acabou, porém, por criar alguns inconvenientes que seus precursores não seriam capazes de identificar aprioristicamente. Trata-se daquilo que se revelou como um distanciamento indesejável do mundo do processo em relação à *realidade*, o que acabaria por transformar a ciência processual e o processo em instrumentos de

questionável serventia, afirmando-se, em dado momento histórico, a sua pouca *praticidade*.

Assim, retrospectivamente considerado o problema, começam a surgir questionamentos sobre a utilidade do processo jurisdicional estatal como instrumento hábil a garantir uma justa, rápida e efetiva solução para os litígios que passaram a surgir na sociedade, muitas vezes em crescimento exponencial. A doutrina do processo passa a perceber que a ciência processual, apesar do nível de desenvolvimento conceitual a que chegara, já não conseguia atingir os fins para os quais fora criada, indicando-se fatores dos mais diversos matizes para a ineficiência do sistema, como a morosidade crônica do Poder Judiciário, o alto custo do processo dificultando o acesso à justiça, a supervalorização de técnicas em detrimento do resultado justo para a demanda, a inexistência de instrumentos de tutela coletiva de direitos etc.

Este alheamento por que passou o processo (e o direito processual) constituiu terreno fértil para a propagação de novas ideias, que reaproximariam a ciência processual não só da realidade da qual havia se desgarrado, mas também do direito material e do contexto social em que deveria estar inserido. Surge, por este caminho aberto, a terceira e mais contundente (sob o ponto de vista que aqui se pretende desenvolver) das fases do direito processual: a fase instrumentalista, cujo cerne é a idéia da *instrumentalidade do processo*, que passa a figurar como centro em torno do qual vão girar princípios, institutos e soluções, revelando-se como essencial a busca dos *fins* em virtude dos quais os atos processuais haverão de ser praticados, pretendendo-se com isso a criação de um sistema jurídico-processual apto a produzir os *resultados* práticos desejados e passando o processo a servir como instrumento de atuação *do direito material*, com a efetiva inserção do mesmo no seio da sociedade em que pretende atuar. É criada, assim, a fase *instrumentalista* do processo, fase da efetividade (ou de acesso à justiça) ou ainda a fase do direito processual de *resultados*.

Contudo, apesar de apresentar propostas louváveis em diversos de seus aspectos e de ter, em perspectiva histórica, apresentado enormes avanços no estudo do processo e na sua efetividade, os desvios verificados na implementação do *instrumentalismo* acabam por trazer a reboque uma carga indesejável de questionamentos acerca da legitimidade dos efeitos que acabou

por produzir na prestação jurisdicional, cuja faceta mais visível talvez seja a forte concentração de poderes nas mãos do magistrado e a consequente e inevitável redução da atividade das partes no processo judicial. Trata-se aqui da identificação de uma necessária correção de rumos, de forma a trazer de volta às propostas do *instrumentalismo* a importância e a dignidade que sempre lhe foram inerentes.

Para um completo entendimento daquilo que é aqui afirmado, os principais aspectos da doutrina instrumentalista do processo serão abordadas nos tópicos seguintes.

1.2 Instrumentalidade do processo: propostas nucleares

Cândido Dinamarco, merecidamente um dos mais renomados juristas brasileiros, no prefácio à 1ª. edição de sua obra “*A Instrumentalidade do Processo*” – obra-chave que serve como marco do movimento instrumentalista no Brasil – chama a atenção, já no ano de 1986, para o que denominou de *inoperatividade* do sistema processual, uma vez que estruturado em uma base lógica e coerente, porém dissociada do mundo em que deveria atuar, propondo o autor, então, uma abordagem do fenômeno *a partir dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais ele há de estar permanentemente comprometido*. Enfim, uma *nova perspectiva*, segundo a qual o sistema processual deveria se abrir, entre outros, aos influxos da política e da sociologia jurídica, através de seus pensamentos *publicistas e solidaristas*⁹.

Propunha-se, então, uma *desmistificação* das regras do processo e de suas formas, com o que se alcançaria a *otimização* do sistema, tudo com vistas à *efetividade* do processo. Buscava-se assim a formação de um *novo pensamento* que tinha por finalidade aperfeiçoar o mecanismo processual, até porque a eficácia do direito processual seria medida em função de sua utilidade para o ordenamento e para a pacificação social¹⁰.

Com base nessas premissas, lançava-se a ideia de que a jurisdição não possuía como única finalidade a solução dos conflitos de interesse, mas, ao

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 11

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. A influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 175.

contrário, apresentava outros objetivos, outros “escopos” (conforme assim se preferiu denominar), a saber, em breve síntese: o escopo *social* (pacificação com justiça, educação e orientação), o escopo *político* (liberdade, afirmação da autoridade do Estado e de seu ordenamento) e o escopo jurídico (concreta atuação da vontade abstrata do Direito). Era sugerida, assim, uma nova faceta da jurisdição, que adquiriria, a partir de então, funções *metajurídicas* e, para alcançar tais escopos, estaria o Estado-juiz autorizado a fazer inserir, no processo de prestação jurisdicional, os princípios e valores que se apresentassem como *vigentes na sociedade* e amplamente aceitos pela coletividade, em um determinado momento de sua história¹¹.

Defendia, assim, a doutrina instrumentalista, a superação das colocações puramente técnico-jurídicas da fase conceitual do direito processual, devendo os processualistas envolver-se na *crítica* sociopolítica do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico, em instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia das liberdades, dando integral cumprimento à sua vocação primordial que é a efetiva atuação dos direitos materiais¹². Em outras palavras, o abandono do “tecnicismo” obstaculizante que dominava o pensamento jurídico na fase autonomista iniciada por Büllow, mas que, segundo é afirmado, já havia superado seu ciclo de vida. Nas palavras de Cândido Dinamarco¹³, sobre o processo e sua fase autonomista, “*não se trata de renegar as finas conquistas teóricas desse período que durou cerca de um século, mas de canaliza-las a um pensamento crítico e inconformista, capaz de transformar os rumos da aplicação desse instrumento*”.

Por fim, cabe asseverar, quanto a esta breve recapitulação de cunho histórico e introdutório, que o que pretendeu a doutrina instrumentalista, em suas valiosas proposições, não foi, ao menos em tese e na sua concepção original, um

¹¹ Esclareça-se, por oportuno, que não se deve confundir a *instrumentalidade do processo* com o princípio processual da *instrumentalidade das formas*, previsto no art. 154 do CPC, também chamado princípio da *liberdade das formas*, segundo o qual somente se vai decretar a nulidade de um ato por vício de forma se o mesmo não atingir sua finalidade ou, uma vez atingindo, vier a causar prejuízo a qualquer das partes. Referido princípio, apesar de integrar, como uma de suas facetas, a proposta maior de trabalho que é a instrumentalidade *do processo*, não pode ser com a mesma identificado. Não há como tomar o todo por apenas uma de suas partes...

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 9.

¹³ DINAMARCO, *ibidem*, p. 366.

desaparecimento das formalidades do processo da ordem jurídica, mas sim que fossem desmistificados os princípios, os critérios, as regras e, em última análise, desburocratizado o próprio sistema. Os problemas, porém, principiaram a surgir com a deturpação, no plano prático, dos objetivos teóricos inicialmente traçados.

1.2.1 Publicização do processo na visão instrumentalista – o embrião de uma primeira vertente de concentração de poderes: a *condução* do processo

A ideia de *interesse público* na prestação jurisdicional está no centro da doutrina instrumentalista e apresenta, como decorrência lógica e natural, o movimento preconizado e sustentado por seus defensores de *publicização* do processo, com a necessária superação do *privatismo* reinante na fase sincretista do processo.

Por esta proposta, a ciência processual – e, via de conseqüência, o próprio processo – passariam a girar em torno da busca da concretização de *interesses públicos* na atividade judicial, associando-a a uma vertente política que se estabelece através de uma alegada inserção de princípios e garantias processuais previstas constitucionalmente, além da *sensibilidade* que se passa a exigir do juiz para os problemas sociais.

Desta forma, o processo, que até então era examinado numa visão puramente introspectiva, sendo considerado mero instrumento técnico destinado única e exclusivamente a servir de veículo para que a jurisdição pudesse ser prestada, passa a ser analisado a partir de um ponto de vista deontológico e teleológico, aferindo-se os seus *resultados* na vida prática, pela *justiça* que fosse capaz de proporcionar no caso concreto. Sob esta ótica, o processualista moderno, consciente dos níveis expressivos de desenvolvimento técnico-dogmático de sua ciência, deslocou seu ponto de vista interpretativo, passando a ver o processo a partir de um ângulo externo, examinando-o em seus resultados junto aos *consumidores* da justiça.¹⁴

Pode-se afirmar, assim, que esta conotação pública adquirida pelo processo é decorrência natural do surgimento do Estado social intervencionista e

¹⁴ Ao final, remata a professora Ada Pellegrini Grinover com a consideração de que, a partir de então, inicia-se a etapa *instrumentalista* do processo (GRINOVER, *op. cit.*, p. 6)

de suas propostas para a ordem jurídica, em especial os ditames de dignidade constitucional através dele inseridos e as suas conseqüências publicizadoras refletidas nas instituições processuais.

A natureza *instrumental* do processo impõe, portanto, que todo o sistema processual receba os influxos desta inspiração pública, para que possa o processo exercer a função de *instrumento do Estado* para a realização de suas finalidades e, em especial, para a concretização do direito material.

Neste sentido, sustenta a doutrina instrumentalista, no que é aqui identificado como uma retirada de poderes das partes e concentração na figura do juiz, que o processo não pode ficar *a mercê do destino que os contendores resolvam por bem lhe dar*, uma vez que esta situação pode ensejar violação da isonomia das partes, com prevalência de uma, mais forte, sobre a outra, o que revelaria, segundo se afirma, uma completa deturpação do exercício da jurisdição, atividade puramente estatal e pública, por excelência. Daí a autorização para intervenção judicial, minimizando o valor da autonomia da vontade dos litigantes no processo.

Trata-se, assim, da alegada necessidade de se redimensionar o valor do impulso oficial, incrementando-o (tendência observada na prática judiciária do país) e de uma mitigação, quando menos, do princípio da disponibilidade processual, como formas eficazes de atender a esse movimento de publicização do processo e da prestação jurisdicional, orientação metodológica que deita suas raízes no direito processual constitucional que, inspirado na Carta da República, trata o processo, repita-se, como *instrumento* não propriamente (e apenas) da jurisdição, mas dos valores presentes em toda a ordem jurídica e social.

Se é certo, por um lado, que a visão do interesse público a ser perseguido pelo processo aponta para sua valorização como instrumento de atuação do Estado, por outro lado exige, segundo a doutrina instrumentalista: a) a superação do que é comumente chamado de “tecnicismos” processuais, b) a necessária prevalência do princípio *inquisitivo* sobre o *dispositivo* e c) a superação pelo juiz de posturas conservadoras e comodistas quanto à sequência de atos do processo. Cada um destes aspectos é abaixo analisado, de forma itemizada.

a) *superação de tecnicismos processuais* - quanto ao primeiro dos aspectos, a defendida superação dos tecnicismos representa a negação da ótica do processo como um valor em si mesmo. Propõe-se, em decorrência disto, um afastamento dos *exageros* processualísticos, extraindo-se do processo todo o proveito possível na busca da consecução das finalidades do sistema, além de dever o instrumento ser apto, sob este ponto de vista, a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude os seus escopos institucionais, tudo de forma a que se alcance a *efetividade* da jurisdição.

Segundo este enfoque, a *técnica* processual muitas vezes se depara com situações e exigências contrapostas que devem ser conciliadas, especialmente no que toca ao desenvolvimento do processo e dos atos processuais, havendo a necessidade de transigências em busca de um escopo maior, que é a efetividade do processo e da prestação jurisdicional.

b) *prevalência do princípio inquisitivo sobre o dispositivo* - quanto ao segundo dos aspectos mencionados, qual seja o significativo incremento do princípio *inquisitivo*, é ele, conforme defendido pelo instrumentalismo, *decorrência natural* da publicização do processo. Tratar-se-ia, assim, de um reflexo, no processo, do crescimento das tarefas assumidas pelo Estado contemporâneo impondo-se, também ao Estado-juiz, uma efetiva participação superadora da inércia clássica do agente jurisdicional. Assim, o incremento do espaço ocupado pelo princípio inquisitivo, que é "*expansivo e absorvente*"¹⁵, ainda que não se chegue aos extremos da jurisdição *ex officio*, representa, segundo se sustenta, significativa conquista do processo civil moderno, em busca de sua efetividade jurídica, política e social. Devem assim ser alteradas as fórmulas tradicionais de *equilíbrio* entre o princípio dispositivo e o inquisitivo, sobrelevando-se a importância até então dada a este.

c) *superação pelo juiz de posturas conservadoras* - o terceiro dos aspectos mencionados quanto à publicização do processo é (até como consequência do incremento do princípio inquisitivo) a superação da inércia e do

¹⁵ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 341.

conservadorismo na atividade cotidiana dos juízes, tendo uma vez mais como fundo, a busca da efetividade¹⁶.

Neste sentido, o valor do procedimento seria, em si, relativo, devendo o juiz ter participação mais efetiva na condução do processo, tudo com vistas a fazer valer sua *obcecada* preocupação com a justiça. São os magistrados os *condutores* do processo e o sistema não lhes tolera atitudes de espectador¹⁷, sendo certo que, para a efetividade do processo e seu tratamento como coisa do Estado, o juiz não se pode dispensar de participar efetiva e ativamente da prova e de todas as etapas do procedimento.

É esta, em síntese, a abordagem instrumentalista da atividade que o juiz deve ter no curso do processo, em decorrência, repita-se, da *publicização* observada neste e da escalada do princípio inquisitivo, que o convoca a assumir uma postura proativa ao longo de todas as fases do procedimento, tudo com vistas à consecução de um bem jurídico maior que é a efetividade do processo.

Inequívoco, portanto, sob esta ótica, a concentração de poderes verificada na condução do processo, sendo certo que, ainda que não seja integralmente retirada das partes a iniciativa processual (tendo em vista que o elemento detonador da jurisdição, o exercício do direito de ação, ainda depende da indispensável iniciativa da parte), passa ela a sofrer forte influência da atividade reguladora do juiz em diversos de seus aspectos, como se verifica no direito probatório e na observância (e/ou supressão) de etapas procedimentais.

1.2.2 A visão instrumentalista da atividade judicial na *formação* do provimento – A superação da neutralidade ideológica e a concentração de poderes para além da condução do processo

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que a doutrina instrumentalista devota grande parte dos problemas por que passou (e passa) o processo – em especial seu atraso na comparação com o direito constitucional e outros ramos das ciências sociais – ao preconceito em considerar-se o direito processual como uma ciência neutra e o processo como mero instrumento

¹⁶ “*Só se pode falar em efetividade do processo se o resultado for socialmente útil, proporcionando acesso à ordem jurídica justa.*” BEDAQUE, *op. cit.*, p. 176.

¹⁷ DINAMARCO, *op. cit.*, p.339.

técnico, tudo a servir, segundo é afirmado, de suposto fundamento a posturas e mentalidades conservadoras.

Atacando frontalmente o mito da neutralidade, sustenta Dinamarco¹⁸ que o processo é – e deve ser – influenciado pela *ideologia*, uma vez que *o juiz é membro da sociedade e sua escolhas são escolhas que a própria sociedade vem a fazer, através dele, no processo*, já que este, uma vez liberto de qualquer ideologia (no sistema de que “lei é lei”, tão caro ao positivismo jurídico), acaba por compactuar com o *abuso político* do direito processual civil. Não é outro o entendimento de José Roberto Bedaque, para quem o processualista deve “*conscientizar-se da natureza ética de sua ciência, reconhecendo a identidade ideológica entre processo e direito material*”.¹⁹

A neutralidade é, assim, tida como um obstáculo às evoluções sociais e políticas, devendo o juiz se libertar deste “preconceito” conservador, especialmente porque trabalha-se com Códigos com estruturas arcaicas (o de Processo Civil é de 1973, mas inspirado no de 1939, do Estado Novo) e, neste sentido, revela-se o processo civil de índole burocrática e formalista como um entrave à prolatação de decisões justas.

Propõe o instrumentalismo, então, uma ruptura com os tecnicismos burocráticos, em uma nova forma de pensar e agir no processo, à qual devem aderir todos os juízes, para que sua atividade jurisdicional adquira a exata dimensão dos tempos em que a exercem. Daí a necessidade de pensar ideologicamente o processo, uma vez que, não tendo ele objetivos próprios, deve necessariamente estar à mercê das mutações constitucionais, políticas, econômicas e jurídicas da sociedade.

Na concepção então sustentada não se pode, portanto, dissociar *ideologia* de processo. Ambos devem caminhar juntos, abrindo-se o sistema, segundo o prudente arbítrio e critério do magistrado, ao influxos dos princípios e valores consagrados na ordem político-constitucional e no seio da sociedade.

Neste sentido, Artur César de Souza, em sua obra “*A parcialidade positiva do juiz*” defende que, para se romperem as barreiras externas que põem em dúvida a factibilidade dos resultados buscados com a decisão proferida no

¹⁸ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 40

¹⁹ BEDAQUE, *op. cit.*, p. 175

processo, são necessárias medidas que permitam suplantar os fatores socioeconômicos que interferem na realização de um processo *justo e equo* para, mais adiante, sustentar que, para que se atinja esta evolução, devem ser inseridas as conquistas propugnadas pelo modelo legítimo de acesso à justiça, cujos princípios ferem gravemente o velho edifício do “processo legal”, para torná-lo mais *poroso, funcional, sincero e realista*.²⁰

A partir desta premissa, pode-se afirmar que o eixo central da doutrina instrumentalista do processo é representado – e não há quanto a isso qualquer sombra de dúvidas – na figura do magistrado, em torno do qual devem girar todos os atos processuais e de cuja sensibilidade deve decorrer a decisão do caso concreto, o que traz como consequência a nítida redução da importância do papel a ser desempenhado pelas partes no processo de construção da decisão. Sobre o tema, uma vez mais, a posição enfática de Cândido Dinamarco²¹ sobre o tema:

“Deve ser reconhecido poder aos juízes, guardiães fiel da constituição e responsáveis por sua interpretação fiel e cumprimento estrito, funcionando como legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais”.

Ou ainda, na mesma obra e em sequência:

“Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação.(...) Por isso é que, quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente canalizam a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação.”

Defende o instrumentalismo processual, assim, que o juiz deve superar as barreiras da visão interna e limitativa do processo e abrir os olhos ao que ocorre para além dos autos, pesquisando e colhendo da vida política e social os valores majoritariamente aceitos. É a jurisdição, como manifestação do *Estado Social Contemporâneo* buscando a redução ou eliminação das diferenças

²⁰ SOUZA, Artur César. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008, p. 217-218.

²¹ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 46

econômicas e sociais e atribuindo ao valor *justiça* um conteúdo efetivo e substancial.

Segundo esta mesma concepção, do magistrado não se deve esperar estrita vinculação à lei. Elas envelhecem e podem até mesmo ser mal feitas. As leis representam, quando muito, um norte indicativo do que determinado grupo social entendeu como justo, em determinada fase de sua evolução. Porém, não deve o juiz pautar-se somente por ela, mas sim adotar uma postura de abertura às mutações axiológicas verificadas na sociedade (interpretação sociológica/axiológica), valendo-se de boa dose de sensibilidade. Do contrário, estará perigosamente se afastando dos critérios de justiça reinantes na comunidade onde está inserido.

Há assim a defesa da tese de que o juiz deve dispor-se a pensar como mandam os tempos, de modo a que tenha a exata noção dos objetivos de *todo* o sistema e, para que possam os mesmos ser alcançados, deve ser intensamente usado o *instrumento processual*. Um novo método de pensamento, enfim, de modo a se tomar o processo a partir de sua facete teleológica, reconhecendo-se sua missão fundamental diante das instituições políticas e da sociedade.

Nos exatos termos utilizados pelo ilustre professor paulista²²:

“É preciso que o juiz valere situações e fatos trazidos a julgamento de acordo com os reais sentimentos de justiça correntes na sociedade de que faz parte e dos quais ele é legítimo canal de comunicação com as situações concretas deduzidas em juízo. (...) Sempre que os textos comportem mais de uma interpretação razoável, é dever do juiz optar pela que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça do qual é portador (ainda que as palavras da lei ou a mens legislatoris possam insinuar solução diferente). Ele há de interpretar a prova e os fatos, também por esse mesmo critério.”

Busca a doutrina instrumentalista, ao fim e ao cabo, a superação do positivismo deducionista, onde o processo se abre para os influxos de valores que não estão expressamente contemplados na lei. Não se trata, portanto, de uma simples proposta de interpretação sistemática, mas sim de uma nova visão que, sem chegar ao nível do *direito alternativo*, busca trazer para dentro do processo

²² DINAMARCO, *op. cit.*, p. 378.

soluções não expressamente previstas na lei, de modo a torná-lo socialmente útil e efetivo instrumento do direito material.

1.2.3 Os acertos e os erros do instrumentalismo – uma visão pragmática

Se é certo afirmar-se, por um lado, que o discurso central da doutrina instrumentalista girava inicialmente em torno da proposição de que não fossem priorizadas as *regras processuais* em detrimento do direito material, por outro lado é necessário que se apontem os graves desvios observados em sua aplicação prática, corrigindo-se o seu curso e retornando-se à rota inicialmente traçada.

Assim, é forçoso reconhecer que a doutrina instrumentalista – através de seus dignos representantes por todo o país – acertou em muitos e significativos pontos, dentre os quais se pode apontar, em perspectiva histórica, o resgate do processo do mundo ideal e distanciado da realidade em que vivia, transformando-o em efetivo instrumento de atuação do direito material, através da superação de tecnicismos e formalidades que o tornavam extremamente burocrático, a ponto de frustrar as legítimas expectativas de quem dele pretendesse se socorrer.

A perspectiva iniciada pela doutrina instrumentalista trouxe, é correto afirmar, um novo enfoque sobre a prestação jurisdicional e o sobre o modo se produzi-la, colocando o direito material no seu devido lugar de destaque e municiando o processo judicial de meios necessários a que se tornasse efetivo. Seu valor, portanto, é inegável.

No mesmo sentido, pode-se dizer que esta vertente de pensamento acerca do direito processual vai ao encontro da nova fórmula de aplicação do Direito que teve significativo desenvolvimento a partir da Constituição da República de 1988, qual seja a vasta utilização de princípios gerais e de normas abertas, que deveriam, no caso concreto, sofrer a aplicação interpretativa e integrativa do juiz, na busca da solução mais justa para o conflito de interesse.

Em suma, os méritos da doutrina instrumentalista são muitos e devem ser reconhecidos, sob pena de se cometer profunda injustiça, a partir de uma visão maniqueísta de suas proposições e dos resultados de sua

implementação, sendo certo que iniquidade corriqueira e já identificada é a atribuição ao instrumentalismo de absoluta responsabilidade (como se fosse um seu embrião) pelo crescente *ativismo judicial* ou como eventual pano de fundo para o *direito livre*, como se, em algum momento ou por algum de seus defensores, tivesse sido sustentada a possibilidade de o juiz julgar contra a lei ou tão-somente de acordo com a sua consciência do que seja justo. A imputação, ao menos quanto a esta correlação equivocada, não parece ser de todo justa²³.

Ocorre que, por outro lado, também não se pode ignorar os equívocos e desvios de sua aplicação prática, presumivelmente não imaginados pelos estudiosos e defensores daquela escola quando da formulação de suas propostas. O principal deles, para efeito que se pretende sustentar ao longo do presente estudo, é a sensível concentração de poderes nas mãos do magistrado e uma correlacionada diminuição da atuação das partes no processo de produção da decisão judicial.

Ao colocar o magistrado como centro em torno do qual devem gravitar todos os atos do processo e lhe atribuir o papel de meio de corporificação dos valores reinantes em uma determinada sociedade, a doutrina instrumentalista acaba por criar uma noção, se não equivocada ao menos *indesejável*, de que o juiz é o protagonista único da relação processual, devendo as partes estarem sempre a reboque, olvidando-se, neste contexto, que o processo visa à composição do conflito em que elas mesmas se encontram envolvidas, que a decisão a ser proferida irá produzir efeitos na *sua* esfera jurídica de interesses e que a primeira fase do processo civil era exatamente a de um processo de partes, que dele poderiam dispor. Por certo que não se pretende, aqui, sustentar a volta a esta primeira fase e dar as costas a tudo que já se reconheceu como verdadeira e legítima evolução, mas sim a indicação de que o protagonismo judicial absoluto, acaba por reduzir drasticamente o papel das partes no processo civil, em situação absolutamente anti-isonômica.

²³ “A liberdade do juiz encontra limite nos ditames da lei e dizer que esta precisa ser interpretada teleologicamente para fazer justiça e que o juiz direciona sua interpretação pelos influxos da escala axiológica da sociedade não significa postular por algo que se aproxime da escola do direito livre. Não seria correto imputar esse exagero ao pensamento instrumentalista.(...) Eventuais exageros dos operadores do sistema processual sejam debitados a eles e não ao instrumentalismo.” (DINAMARCO, *op. cit.*, p. 379)

A questão torna-se especialmente relevante quando se observa o papel que o Estado-juiz passou a desempenhar na sociedade contemporânea onde, diante da ineficiência de diversos setores da atividade estatal, passou-se a buscar o judiciário como provedor de instrumentos de exercício de cidadania que o executivo revelou-se incapaz de fornecer através de políticas públicas adequadas e efetivamente comprometidas com o desenvolvimento social. Todo este contexto acabou por permitir a atribuição – fática, diga-se – de um papel muito particular ao Judiciário, postulando-se a implementação de igualdade social através do juiz e não no âmbito da democracia direta ou representativa.

Neste quadro é que se revela o poder que é hoje atribuído ao juiz, instado que é a tratar de questões que, por certo, competiriam a outros poderes instituídos, substituindo-se o exercício direto de cidadania no âmbito de uma sociedade democrática, por prestação jurisdicional via processo judicial.

Na mesma linha do que aqui se sustenta, quanto ao crescimento da importância do papel desempenhado pelo juiz, as palavras de um de seus mais dignos representantes, o prof. José Renato Nalini, para quem²⁴:

“Aceitar a plenitude da função interpretativa do juiz implica conceder a ele larga margem de liberdade na indagação do sentido da norma. Se isso já era admitido quando se pressupunha prevalência do legislativo, como emissor da vontade geral, inverteu-se o pólo de relevância quando o parlamento só produz leis de circunstâncias. A volúpia na produção de normatividade por um poder que não deveria fazê-lo – o Executivo – e a transformação do parlamento em cartório de homologação de interesses localizados, sobrecarregou o juiz de responsabilidades (...) A lei contemporânea é algo imperfeito e a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz. Ele irá decodificá-la, completá-la, aperfeiçoá-la, tirar dela o sentido possível.” (NALINI, 2001, p. 267-269)

Porém, as omissões verificadas em determinado Poder da República não podem autorizar, em um Estado Democrático de Direito, que outro Poder constituído lhe faça as vezes, invadindo suas atribuições. Neste sentido, as notas esclarecedoras de Antoine Garapon²⁵:

“O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a Justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela (...) que se

²⁴ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Milenium, 2001. p. 267-269.

²⁵ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 47-48.

busca a consagração da ação política. (...)A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto. (...) É, portanto, aí, na evolução do imaginário democrático, que se devem buscar as raízes profundas da ascensão do juiz.” (grifos atuais)

Assim é que, se na concepção clássica e simplista de processo judicial com simples solução de conflito intersubjetivos já se vislumbrava a necessidade de superação do isolamento do juiz protagonista, com muito mais razão a premência pela mudança de paradigma se faz presente diante desta nova situação, tendo em vista os papéis faticamente incorporados pelo magistrado na moderna estrutura da prestação jurisdicional.

Não se pode mais, sob qualquer argumento, desprezar a efetiva participação das partes (e seus advogados) na formação do provimento, em prol de um protagonismo judicial absoluto e excludente, sob pena de retirar-se a legitimidade da decisão proferida. Nas palavras de Dierle Nunes²⁶:

“a degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, (...), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual”.

O modelo estrutural de um processo que se pretende democrático não pode mais se sustentar em torno de uma única pessoa, a quem se outorgam todos os poderes de, unilateralmente, decidir sobre o que é bom para todos. O processo e a prestação jurisdicional precisam de uma nova atitude, sendo certo que eventual decisão que apele apenas e tão-somente para o sentimento, a consciência, o convencimento, o prudente arbítrio do juiz não contemplará o paradigma democrático do direito, fundamental à legitimação das decisões judiciais.

²⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 194.

Não se pretende, conforme salientado, nem o retorno ao primeiro modelo de processo, que era o do processo de partes, nem a fase social do processo, do juiz inquisitor, que dispõe do processo para fazer jurisdição, mas sim um processo judicial efetivamente democrático, com a realce à importância do princípio constitucional do contraditório, com a indispensável análise criteriosa dos argumentos apresentados pelas partes e com uma razoável prestação de contas, pelo órgão judicial, acerca da decisão proferida.

A sobrevalorização do papel do magistrado na estrutura organizacional do Estado não autoriza mais que a decisão seja um ato unilateral, exigindo-se, mais do que nunca, uma efetiva fundamentação, clara e objetiva, das decisões e principalmente – para efeito do que abordado no presente estudo – a necessidade de se abrir o processo judicial para o espaço dialógico, possibilitando-se às partes a apresentação de seus argumentos, observando-se a estrutura dialética do processo e assegurando-se a ampla defesa, restando assim como absolutamente excepcionais as hipóteses em que a situação fática de urgência ou de possível ineficácia da decisão autorize a sua superação.

Argumentos de celeridade processual, de efetividade da jurisdição e de necessidade de se observar o princípio constitucional da duração razoável do processo não autorizam que se faça tábula rasa de outros tantos princípios e direitos fundamentais, como o direito de ação (e de obter uma resposta fundamentada do Estado ao exercício deste direito) e o direito ao devido processo legal, sem que isso represente a defesa intransigente de uma dilação meramente procrastinatória do processo. Sobre a questão, torna-se imprescindível a abordagem da busca incessante da celeridade como único critério para aferição da efetividade do sistema de prestação jurisdicional, tema investigado no tópico seguinte.

1.3 O superdimensionamento da *celeridade* processual e a consequente redução da atividade das partes

Apresentadas que foram as considerações acerca da diminuição da participação das partes no processo judicial por força de uma concentração de atividades na figura do juiz, cumpre que se investigue uma outra (e correlacionada) fonte de esvaziamento da importância das mesmas no processo

de prestação jurisdicional, qual seja, a busca desenfreada pela *celeridade* processual, que acaba por sobrepor-se, em determinadas situações específicas, à direitos fundamentais previstos na Carta da República.

Como exemplos de situações concretas daquilo que é aqui afirmado, citam-se as reformas processuais havidas no Código de Processo Civil desde o ano de 1992, em movimentos cíclicos que tiveram como objetivo fundamental a tão propalada *efetividade* do processo, através da atribuição de “celeridade” à prestação jurisdicional, sendo certo que, sob este ponto de vista, *célere* é o processo que chega a seu termo o mais rapidamente possível, independentemente do conteúdo e da qualidade do que vem a ser decidido.

Para tanto, utilizou-se o legislador reformista de diversos instrumentos para que o procedimento fosse encerrado com a maior brevidade, tais como a supressão de formalidades tidas por supérfluas, decisões de primeira instância vinculativas (art 285-A do CPC), súmulas impeditivas de recursos e enunciados vinculativos de jurisprudência, sem que muitas vezes se oportunize à partes a possibilidade de demonstrar que sua situação não se enquadra exatamente no paradigma (o *distinguish* do direito norte-americano), bem como dispensas de audiência, ou ainda a concessão de tutelas de urgência ou de evidência sem que se trate exatamente de uma ou de outra hipótese e sem se oportunizar o contraditório, indispensável em muitas situações concretas.

Se por um lado se pode afirmar que a celeridade é uma necessidade para a realidade da justiça, assoberbada com a quantidade descomunal de demandas que lhe são submetidas diuturnamente, com a falta de infra-estrutura e de pessoal adequado para dar conta da superabundância de processos instaurados, por outro lado é necessário que se reconheça que a *celeridade* não pode se suplantar como princípio essencial a nortear toda a atividade estatal de solução dos conflitos de interesse, em detrimento de qualquer outro que se lhe oponha. De outra forma, se é reconhecido, por um lado, que prestação jurisdicional tardia (e eventualmente ineficaz) corresponde à odiosa situação de negativa de jurisdição, por outro lado a prestação jurisdicional açodada, precipitada e sem a observância de princípios constitucionais também corresponderá à negativa de jurisdição, sendo certo que o único elemento a diferenciá-las será o *tempo* decorrido até que a negativa reste configurada.

Sobre o tema, as sempre pertinentes lições de Barbosa Moreira:

“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 desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça 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.”²⁷

Alertando sobre os efeitos negativos da busca cega pela celeridade, apresenta-se observação lapidar feita por Calmon de Passos que, analisando as reformas por que passou (e vem passando) o Código de Processo Civil, com vistas a reduzir a quantidade acachapante de ações que assoberbam o Poder Judiciário, assim advertiu:

“A pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada. Apenas de indagava – o que fazer para nos libertarmos da plethora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica “instrumentalidade”, a que se casaram outras palavras mágicas – “celeridade”, “efetividade”, “deformalização” etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento.”²⁸

As palavras do eminente processualista baiano parecem resumir o tanto de frustração de expectativas, se assim é possível se afirmar, que decorre da visão que norteou o legislador na reforma das normas processuais. Ao que parece, buscou-se a rapidez como panaceia para todos os males da jurisdição e do processo, mas não pareceu o legislador se preocupar em momento algum com tornar *justa* a prestação jurisdicional.

A efetividade buscada está ligada assim, no mais das vezes, a uma rápida e menos onerosa solução para o litígio (que se revela muitas vezes açodada) e ao fiel cumprimento das sentenças judiciais. Se o sistema apresenta

²⁷ BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 5.

²⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal *in REPRO n. 102*. São Paulo: RT, 2001, p. 20.

respostas céleres e se há instrumentos eficazes para que as decisões produzam efeitos de imediato, estará “comprovada” a sua utilidade.

Porém, a sobrevalorização de elementos como celeridade, economia, operacionalidade, concentração de poderes no magistrado e diminuição da participação dos litigantes no procedimento acabou por trazer, como conseqüência, questionamentos de toda ordem acerca da legitimidade do processo estatal de solução de conflitos.

Em outro passo, sob o manto da celeridade, exige-se dos juízes o atendimento a estatísticas que o tornam reféns de um sistema de resultados numéricos que pode, em casos excepcionais, aviltar a própria dignidade de sua nobilíssima atividade, sendo certo que as “metas” do Poder Judiciário, cada vez mais ousadas, não levam em conta a *qualidade* das decisões, o conteúdo jurídico nelas versado e muito menos a sua efetiva aptidão para solucionar o litígio, o conflito social surgido entre as partes, que muitas vezes há de continuar reinando entre as mesmas, só que agora fora do processo estatal e com o manto “acolhedor” da coisa julgada a coadunar o interesse de um deles.

A visão “estratégica” do processo, se levada a extremos como se vem observando, pode conduzir até mesmo à retirada da dialética ínsita ao processo, colocando autor e réu à mercê da ordem jurídico-política, sendo em função dela criadas praticamente todas as novas ferramentas previstas em reformas recentes, de que se pode valer o juiz, conforme já relatado, na busca da *efetividade*: sentenças com força vinculativa (art. 285-A do CPC), antecipações de tutela sem ouvir a parte contrária fora dos casos onde estritamente necessária, proibição de interposição de recursos por força de decisões anteriores, juizados especiais como forma de permitir o acesso à justiça, porém mascarando a inexistência do direito à *justa* prestação jurisdicional, as súmulas, persuasivas ou vinculantes, a impedir o debate intraprocessual e a sua conseqüente criação da jurisdição *por atacado* etc. O que passa a valer, de verdade, é a velocidade na obtenção da solução judicial; o que parece importar ao Estado, na ordem de valores que se pretende implementar, é que o Judiciário seja apto a conceder ao jurisdicionado uma resposta célere, seja ela qual for, tenha ela o conteúdo que tiver, desde que, repita-se, seja rápida.

Como ilustração do que aqui é sustentado, apresenta-se trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, do E. Supremo Tribunal Federal²⁹, em decisão proferida no Agravo de Instrumento 660.657/MG³⁰:

“Com efeito, não se negou à parte recorrente, o direito à prestação jurisdicional do Estado. Este, bem ou mal, apreciou, por intermédio de órgãos judiciários competentes, o litígio que lhe foi submetido. É preciso ter presente que a prestação jurisdicional, ainda que errônea, incompleta ou insatisfatória, não deixa de configurar-se como resposta efetiva do Estado-Juiz à invocação, pela parte interessada, da tutela jurisdicional do Poder Público, circunstância que afasta a alegada ofensa a quanto prescreve o art. 5º, XXXV, da Carta Política, consoante tem enfatizado o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal”.(grifos atuais)

Assim, embora se reconheça que nossa lei processual apresenta, apesar das reformas havidas, resquícios de formalismos desnecessários e ainda que se identifique a busca da celeridade como um elemento importante na moderna jurisdição (até mesmo para a sobrevivência do sistema), por outro lado é imprescindível, em determinadas situações, que venha ela a ceder em prol de outros valores de igual dignidade ou superior, como o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, muitas vezes indevidamente abreviados pela busca da rapidez a qualquer preço.

Não se propõe aqui, por certo, a pura e simples eliminação de medidas judiciais como as liminares sem oitiva da parte contrária, que se revelam efetivamente necessárias (e até mesmo imprescindíveis) em determinados casos, mas sim que, com o respeito e observância a estas situações (que devem se apresentar como *excepcionais*), modifiquem-se os paradigmas procedimentais para que os espaços de atuação dos sujeitos parciais do processo sejam incrementados e que a decisão possa ser fruto deste procedimento realizado sob o manto do contraditório.

Sobre a necessidade de abertura do sistema à participação dos envolvidos é que tratará o capítulo seguinte, investigando-se as teses construídas

²⁹ Observe-se que não se trata de decisão proferida por juiz singular, que tenha atuação em primeiro grau de jurisdição, o que já seria por si só desaconselhável. Ao revés, trata-se de decisão advinda de magistrado da mais alta corte do país...

³⁰ A referência é transcrita do artigo “*A instrumentalidade técnica do processo*”, de Welington Luzia Teixeira, publicado na RBDPro – Revista brasileira de direito processual no. 60, p. 64, uma vez que não se encontra disponibilizado seu conteúdo quer no sítio do tribunal, quer em publicação impressa.

a este respeito e que defendem a imprescindibilidade de uma atuação efetiva dos interessados, não só no contexto mais amplo de deliberação social, mas principal e fundamentalmente no processo estatal de prestação jurisdicional.

2 A MITIGAÇÃO DO PROTAGONISMO JUDICIAL – FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA O INCREMENTO DAS ATIVIDADES DAS PARTES NO PROCESSO

A busca de alternativas ao modelo clássico de processo, tradicionalmente centrado na figura do magistrado (conforme observado no cap. 1 da presente), passa pela investigação histórica acerca de teorias que, no Direito ou em outras áreas das ciências sociais aplicadas, sustentam a necessidade de criação de um espaço “dialogal” de deliberação, onde os argumentos de cada uma das partes envolvidas no conflito sejam efetivamente levados em consideração e a solução possa, em decorrência disto, chegar o mais perto possível da ideal.

Com esta finalidade, o presente capítulo vai trabalhar com três bases teóricas onde estas propostas surgem com maior ou menor intensidade: a ética do discurso de Habermas, o “modelo cooperativo de processo”, e a idéia de “processo judicial democrático”.

Assim, num primeiro momento (item 2.1), serão utilizadas como elemento de análise fontes doutrinárias de origem filosófica e sociológica, fundamentalmente o estudo das teorias expostas por Jürgen Habermas e de seu paradigma procedimentalista do Direito, buscando-se alcançar uma alternativa para a aplicação, tanto quanto possível, de sua ética (/teoria) do discurso e de sua “situação ideal de fala” ao processo judicial brasileiro.

Em tópico posterior (item 2.2), a investigação concentra-se especificamente na seara do direito processual civil, sendo então analisada a ideia de *colaboração* processual (modelo *cooperativo* de processo), cujas bases remontam ao “formalismo-valorativo”, de Carlos Alvaro de Oliveira e a proposta de criação de um novo modelo de prestação jurisdicional onde o debate endoprocessual assume lugar de destaque, via o reforço da importância do papel a ser desempenhado pelo princípio do contraditório. Concluindo esta segunda abordagem, restam então criadas as bases para, no último tópico (item 2.3), serem trabalhadas as linhas mestras do chamado “processo jurisdicional democrático”, analisando-se, nesta oportunidade, as propostas apresentadas por esta vertente doutrinária para uma efetiva e significativa mudança estrutural na

prestação jurisdicional, especialmente no que toca à divisão de trabalho e de responsabilidades entre as partes e o magistrado.

Conforme restará observado, tudo o que é desenvolvido no presente capítulo tem a finalidade, é certo, de trazer a lume os fundamentos para uma pretendida alteração de paradigmas em relação ao que foi apresentado no capítulo anterior, onde trabalhou-se precisamente a ideia de um processo centrado na figura do juiz. Aqui, num nítido movimento de contraposição ideológica, busca-se apontar, com base nos elementos apresentados na literatura filosófica e jurídica, a necessidade de um maior e mais intenso envolvimento de autor e réu no processo de formação da decisão judicial. Esta a reivindicação presente nas teses que serão adiante analisadas.

Uma última observação de carácter introdutório há de ser feita: a afirmação de que a moderna prestação jurisdicional demanda uma maior participação das partes não significa, em absoluto, o menosprezo ao trabalho desenvolvido pelo órgão judicial, sendo certo que não se vai sustentar, por óbvio, em nenhuma das teorias investigadas, uma redução drástica (ou mesmo eliminação) da relevante atividade do magistrado no processo, postulando-se um inimaginável retorno ao processo liberal, onde cabia ao juiz apenas a observação formal das regras do jogo. O que defendem estas teorias, muito ao contrário, é a mitigação, a atenuação do protagonismo judicial, quando se revele exacerbado, através de uma maior distribuição de responsabilidades entre o órgão judicial e as partes no processo de formação da decisão e a transformação, no limite do possível, do processo judicial em um espaço dialogal, de comparticipação e de co-responsabilidade pelo resultado final obtido.

Esta, portanto, a pedra de toque do presente capítulo.

2.1 A abertura do sistema a partir de uma perspectiva filosófica – a *razão comunicativa* e a *ética do discurso* de Jürgen Habermas: limites e possibilidades de sua aplicação ao processo judicial brasileiro

As correntes doutrinárias que, no direito brasileiro, sustentam a necessidade de uma mudança de paradigmas na prestação jurisdicional, para que haja uma abertura do sistema a uma maior participação e envolvimento das partes parecem apresentar, em maior ou menor escala, de forma declarada ou velada, uma origem comum: a *razão comunicativa* e a *ética do discurso* de Jürgen Habermas. Daí a necessidade premente de trazer à lume os conceitos lançados pelo filósofo alemão.

Uma advertência inicial, porém, deve ser feita: qualquer tentativa de transposição *in natura* da doutrina de Habermas ou de suas conclusões ao processo judicial brasileiro se revelará ingênua e pouco séria, se não forem efetivamente consideradas as diferenças históricas, culturais e sociais entre o ambiente para o qual o filósofo escrevia e a realidade brasileira. Assim, adiante-se que a pretensão aqui não é, por certo, uma simples transferência de suas teses e sua imediata inserção no Direito brasileiro, como se fosse possível a abdução da experiência de um país e sua mecânica aplicação a outros, como apanágio para os males de que venham estes a padecer (especialmente no caso concreto, onde se encontram envolvidos países tão diferentes como Brasil e Alemanha, a experiência poderia se revelar trágica). Muito ao contrário, o que se pretende no presente capítulo é, em verdade, proceder-se a uma investigação do que é apresentado pelo autor alemão como situação *ideal* e, a partir daí e na medida em que a experiência brasileira comportar, buscar a sua aplicação *possível*.

Com a fixação destas premissas, esclarecedoras do que se pretende levar a efeito neste diálogo com fontes de origem filosófica, pode-se afirmar que o desenvolvimento da doutrina de Habermas vai levar à transformação do *locus* processual em um ambiente ideal de fala (ou ao menos a busca deste ideal), onde seja propiciado às partes o diálogo efetivo, a tentativa compromissada da busca pelo entendimento e, de modo muito particular, que sejam levadas em consideração pelo juiz as perspectivas e as pretensões de cada uma das partes, exercendo o magistrado um papel fundamental de fomentador e arranizador deste debate.

Com efeito, a razão comunicativa de Habermas e a aplicação de sua visão procedimentalista ao processo criam um ambiente democrático e mais propício para a tomada da decisão pelo juiz, que não será, assim, uma escolha alheia e descomprometida com o debate processual argumentativo, mas um provimento verdadeiramente oriundo do contraditório, com ampla defesa exercida pelas partes, respeitando-se a isonomia e dando-se ênfase à linguagem e à necessidade de fundamentação (mais do que isso, a justificação), de sua decisão.³¹

Neste sentido, conforme sustenta o próprio Habermas, em seu ensaio “*Correção versus verdade. O sentido da validade deontológica de juízos e normas morais*”, a neutralidade do juiz em relação às partes é insuficiente. A fundamentação exige que tomem parte da decisão todos os que sejam potencialmente envolvidos, para que não haja mais a separação entre um terceiro privilegiado e as partes sob conflito. A noção de legitimidade – que apenas estará presente com o reconhecimento de normas “igualmente boas para todos”, somente pode ser satisfeita através de uma atividade que, nas condições de inclusão de todas as pessoas potencialmente envolvidas, seja asseguradora da imparcialidade no sentido de *consideração igual de todos os interesses afetados*.³²

Afirma-se, assim, que a teoria discursiva de Habermas toca o modelo constitucional de processo através de um agir proativo e participativo que se passa a exigir na construção das decisões judiciais em um ambiente democrático. Daí o porquê da utilização de sua doutrina como fonte para o que sustentam as teorias aqui analisadas.

2.1.1 O paradigma procedimentalista de Jürgen Habermas como instrumento de mitigação do protagonismo judicial

Uma análise que se pretenda adequada da doutrina de Jürgen Habermas carece de algumas considerações iniciais, especialmente no que se

³¹ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático. Crítica da metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.85.

³² HABERMAS, Jürgen. *Correção versus verdade. O sentido da validade deontológica de juízos e normas morais in Verdade e Justificação. Ensaios Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004, p. 298.

refere ao intenso debate que envolve *procedimentalismo x substancialismo*. Assim, pode-se afirmar que vem de longa data as divergências entre as concepções substancialistas e procedimentalistas do Direito, da própria Constituição e, em última análise, também do processo de prestação jurisdicional e dos limites da atuação judicial, com defensores (entusiastas?) de ambos os paradigmas. Jürgen Habermas talvez seja o mais importante representante da corrente procedimentalista do Direito. Pretende-se, no presente tópico, apresentar as linhas gerais em que se fundamenta tal pensamento, para que, em abordagem subsequente, possa ser investigada a possibilidade de sua efetiva aplicação ao caso concreto brasileiro.

Com esta finalidade e segundo a concepção *procedimentalista*, o Direito (e a democracia) deve priorizar os processos dialógicos de discussão pública, buscando garantir-se os meios e mecanismos para o debate, não se devendo ocupar aprioristicamente de conteúdos materiais preestabelecidos ou com resultados predeterminados³³. Neste sentido, pode-se afirmar que esta vertente do pensamento jurídico busca, como forma de legitimação do Direito – em última análise, da própria decisão judicial –, a garantia dos *instrumentos de diálogo* e, em se tratando de um processo perante o Estado-juiz, que sejam garantidos o contraditório, a ampla defesa (vale dizer, a efetiva oportunidade de apresentação, pelas partes, de seus argumentos), respeitado-se, ainda, o dever judicial de fundamentação das decisões.

Tomando por base essas premissas, a doutrina habermasiana vai rejeitar a tese de que a razão (decisão) deve advir de um único sujeito, de forma isolada, que estaria previamente “habilitado” para extrair de um diploma legislativo um significado que já esteja previamente reconhecido e chancelado como o mais correto e uma interpretação que seja já identificada de forma *apriorística* como a “melhor” e, a partir dessa premissa, impor seu juízo a todos os envolvidos na demanda. Eventual decisão que apele apenas para o sentimento, a consciência, o convencimento, o prudente arbítrio do magistrado não contemplará o paradigma democrático do direito, fundamental à legitimação dos provimentos judiciais.

³³ Em uma aplicação desta noção ao processo judicial, a decisão será justa e estará legitimada se foi garantida às partes envolvidas no conflito a possibilidade de exporem suas opiniões, apresentarem seus argumentos e estes tiverem sido efetivamente considerados na decisão.

Exatamente nesta situação é que se insere a extraordinária colaboração da teoria do discurso de Habermas, seu paradigma procedimentalista e, de modo particular, sua noção de *agir comunicativo*, especialmente porque o filósofo alemão rechaça a filosofia da consciência (ou do sujeito, ou do conhecimento), reconhecendo a sua superação pela filosofia da linguagem, acabando por afastar o mito da *neutralidade* do sujeito. Assim é que Habermas, no já mencionado ensaio “*Correção x Verdade(...)*”³⁴ assim se manifesta:

“Desse modo, as representações concretas de justiça, que inicialmente possibilitam o julgamento imparcial de casos individuais, sublimam-se num *conceito procedural* de julgamento imparcial, que, por sua vez, define então a justiça. A relação inicial de conteúdo e forma se inverte no decorrer dessa evolução. Se no início as concepções concretas de justiça eram o critério para decidir se as normas subjacentes ao julgamento de conflitos mereciam reconhecimento, no fim o que é justo se mede, inversamente, pelas *condições de uma formação imparcial do juízo.*”

Propõe, assim, a substituição da razão *monológica* pela razão *dialógica*, vale dizer, a mudança da razão centrada no *sujeito* para a razão centrada no *procedimento*, retirando-se o sujeito (juiz) do fechamento em si próprio³⁵, do solipsismo isolacionista, reinserindo-o na relação com os outros sujeitos do processo e substituindo-se a subjetividade pela intersubjetividade. Enfim, do pessoal para o interpessoal, considerando-se a autocrítica a partir do processo comunicativo. Este processo comunicativo e seu exercício, segundo Habermas, é que vão fazer com que o sujeito examine seus próprios conhecimentos e opiniões e os confrontem com aqueles trazidos pelos demais sujeitos do processo em diálogo.

Não basta mais, portanto, o simples apelo à *imparcialidade* do julgador para que a legitimidade do processo e da decisão estejam, por si só e desde logo, garantidas. Neste sentido, sustenta o pensador alemão³⁶ que, *verbis*:

“A neutralidade do juiz em relação às partes conflitantes – a venda nos olhos da *Justitia* – é agora insuficiente como modelo da práxis de fundamentação exigida. Pois nela devem tomar parte, com igualdade de

³⁴ HABERMAS, *op. cit.*, p. 296

³⁵ OLIVEIRA, Fábio de. A teoria do direito e da constituição: entre o procedimentalismo e o substancialismo *in Quaestio Juris – Revista da faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro: UERJ, 2007.

³⁶ HABERMAS, *op. cit.*, p. 298

direitos, *todos* os membros enquanto potencialmente envolvidos, de modo que não haja mais uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em cada caso. Agora, todos igualmente se tornaram partes que pretendem se convencer reciprocamente na competição pelo melhor argumento.(...)”

Busca-se, portanto, a partir da doutrina habermasiana, uma mudança estrutural do sistema de prestação jurisdicional no Brasil, ainda fortemente centrado na figura do juiz, por vezes isolado do ambiente em que deve ser travado o debate democrático, através da introdução da *razão comunicativa* no lugar da razão prática, superando-se a ideia de protagonismo e de “macro-sujeitos sócio-políticos”. Nesta mesma linha, sustenta o filósofo alemão que o discurso do juiz que aplica um direito já existente – e específico em função de cada caso -, era considerado *modelo* do julgar imparcial, sendo certo que, historicamente, o conceito de imparcialidade teve de se livrar dessa estrutura tão logo as próprias normas a serem aplicadas passaram a necessitar de *fundamentação*. Como consequência desta ótica, caberia ao juiz não somente fundamentar, mas também *justificar* sua decisão, levando em conta os argumentos apresentados pelas partes e os debates travados em uma fase apropriada do processo judicial.

As bases para o que se pretende como *mudança de paradigmas* é apresentada no tópico seguinte.

2.1.2 Pressupostos comunicacionais gerais da argumentação: a pretendida “situação ideal de fala”

Habermas demonstra, ao longo de seus trabalhos sobre a estrutura discursiva, como a ideia de *justiça*, à luz de questionamentos universalistas, se retira de contextos concretos para se inserir nas modalidades de uma formação de juízo *inclusiva e imparcial*, tomando, portanto, a forma *procedural* e fazendo convergir as perspectivas que os participantes devem adotar em discursos racionais. Devem ser analisadas, portanto, as condições apresentadas (exigidas) pelo filósofo para que esta mudança paradigmática tenha lugar.

Propõe o filósofo, então, que haja uma alteração na sequência lógica de justificação, de forma que a noção de justiça como “*consideração igual dos*

interesses de cada um” não se situe no começo, mas sim no fim³⁷, afirmando que o sentido de “*ser digno de reconhecimento*” é explicitado pelo princípio discursivo através da ideia de que somente *podem reivindicar validade as normas que puderem encontrar o assentimento de todos os envolvidos em seu papel de participantes do discurso*³⁸.

Neste sentido, a expectativa de legitimidade – segundo a qual merecem reconhecimento apenas as normas “igualmente boas para todos” – só pode ser efetivamente satisfeita com o auxílio de um *processo* que, nas condições de inclusão de todas as pessoas potencialmente envolvidas, garanta a *imparcialidade* no sentido da consideração igual de todos os interesses afetados.

A modificação proposta é clara, já que sustenta Habermas que o *projeto de um mundo moral* deve incluir, de maneira uniforme, as reivindicações de todas as pessoas e isto não significa a escolha arbitrária de um ponto de referência, mas, em verdade, uma projeção daquilo que chama de *pressupostos comunicacionais gerais da argumentação*.

E assim, diante da proposição apresentada, indaga-se: que tipo de discurso é este proposto por Habermas? Em que setores ou seguimentos da sociedade seria possível a aplicação concreta de sua teoria? O processo judicial pode se configurar como um *locus* apropriado para a inserção da razão comunicativa e da teoria do discurso habermasiana? Quais as *condições* para que este discurso possa se operar? A resposta, por certo, vem do próprio pensador alemão que, em mais de uma passagem de sua obra, aborda estas questões.

Assim, no já mencionado ensaio “*Correção versus verdade(...)*”, inserido na coletânea “*Verdade e Justificação*”, Habermas sustenta que, para que as normas e pretensões sejam dignas de reconhecimento, é necessária uma interpretação e uma avaliação dos interesses aos quais os participantes procedem da perspectiva de primeiras pessoas, sendo certo que estes não conseguem desenvolver as normas em que se corporificam interesses comuns, senão a partir de uma perspectiva do *nós*, que deve ser *construída* por meio de uma troca reversível das perspectivas de *todos* os envolvidos.

³⁷ Trata-se aqui de evidente manifestação de sua doutrina procedimentalista do Direito

³⁸ HABERMAS, *op. cit.*, p. 298

A relevância “moral” de um determinado interesse depende, assim, de sua interpretação e fundamentação convincente e deve traduzir uma pretensão relevante, somente desta maneira podendo ser considerado no espaço público discursivo.

Neste mesmo trabalho, apresenta Habermas os *pressupostos necessários* da argumentação ou, em outras palavras, os requisitos que devem ser assegurados para uma efetiva *participação* dos interessados:

- 1) uma completa inclusão dos envolvidos;
- 2) a distribuição igualitária dos direitos e deveres da argumentação;
- 3) a não-coerção da situação comunicacional e
- 4) a atitude dos participantes orientada para o entendimento mútuo.

Com efeito, pode-se afirmar que somente se chega à legitimidade de pretensões (normas morais), através de um ambiente inclusivo, onde seja garantida a participação de todos os envolvidos em igualdade de condições, atendendo-se a estes *requisitos* mínimos.

A obsessão de Habermas – positiva, afirme-se – pelo consenso aparece em diversos momentos de sua razão comunicativa, sendo certo que, além da necessidade da lealdade, sem a qual qualquer tentativa séria e concreta de criação de ambientes dialogais cairia por terra (v. Capítulo 3 do presente), exige-se que cada participante *seja sincero* não só com relação a si próprio e suas pretensões, mas também que não tome partido em relação às interpretações que os outros dão de si próprios e da situação.

Assim, como nos discursos práticos, os participantes são, a um só tempo, as pessoas implicadas, o pressuposto (que o filósofo considera inicialmente “inofensivo”) de uma ponderação sincera e sem tomada de partido dos argumentos converte-se na exigência mais árdua de que se seja sincero consigo mesmo e de que a partir daí as relações recíprocas se estabeleçam.

Desta forma, tomando por base o pressuposto fático (e inafastável na análise dos casos concretos) de que cada um está voltado para seus próprios interesses, a sinceridade demanda uma prontidão para distanciar-se de si mesmo e a capacidade de criticar auto-enganos. E, ao tratar dessas questões, Habermas apresenta uma condição que é de suma importância, inclusive para a pretendida aplicação da teoria do discurso ao processo judicial: É que, dada a relevância

dessas questões, o “não tomar partido” em relação aos argumentos representa uma modalidade diferente e especial de imparcialidade: cada um deve se pôr na situação de todos os outros e *levar a compreensão que eles tem de si mesmos e do mundo tão a sério quanto a sua própria*.

A “situação ideal de fala” foi, inicialmente e conforme sustenta Antonio Cavalcanti Maia, um recurso utilizado por Habermas para justificar a plausibilidade do discurso prático, elaborada em seu texto “Teorias da verdade”, de 1972.³⁹ Recorre o pensador alemão, então, a pressuposições *idealizadas*, como a de que todos os participantes devem ser verídicos, todos os interessados podem participar, todos podem problematizar qualquer afirmação, todos podem introduzir quaisquer argumentos e nenhum participante pode ser coagido.

Conforme salientado, todos estes pressupostos devem ser buscados idealmente. A sua efetivação, no plano prático, está a depender de diversas circunstâncias. E essa contingência – estarem ou não atendidos os pressupostos – dá ensejo às maiores controvérsias acerca da teoria do discurso de Habermas. Por ora, cuida-se da apresentação dos pressupostos para o estabelecimento do agir comunicativo, da teoria do discurso e da “situação ideal de fala”.

Neste sentido, sustenta Habermas que:

“É, com efeito, nessas exigentes condições comunicacionais que todas as sugestões, informações, razões, evidências e objeções disponíveis e relevantes para a escolha, a especificação e a solução de um problema dado devem entrar *de tal modo em jogo que os melhores argumentos se façam valer* e que o melhor, em cada ocorrência, seja decisivo. Essa função epistêmica está relacionada com a escolha de temas possíveis e com a mobilização de contribuições relevantes. *Dos participantes espera-se tão-somente o exame sincero e imparcial.*”

Em seu *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, tratando de tema assemelhado, Habermas expõe a noção de “procedimento deliberativo”, para cujo cumprimento, apresenta “*pressupostos performáticos*” imprescindíveis também à implementação da teoria do discurso. Em outra senda, em percuciente trabalho apresentado por Fábio de Oliveira⁴⁰, são eles assim sintetizados:

“a) emprego de enunciados lingüísticos com significados idênticos;

³⁹ MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: Filósofo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97.

⁴⁰ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 6.

- b) *uma interpretação correta da situação e da descrição adequada do problema que se tem pela frente;*
- c) *oportunidades iguais de manifestação a todos os interessados ou atingidos pela decisão, isto é, as mesmas chances de alegar e contraditar;*
- d) *os participantes devem atuar honestamente, sem querer ludibriar, sem distorcer fatos ou idéias, exclusão de enganos ou ilusões;*
- e) *os sujeitos devem ser capazes de justificar suas assertivas de modo lógico; ademais, devem crer nelas, ou seja, ter a pretensão de que o que afirmam é veraz, de que são proprietários do melhor argumento;*
- f) *o agente não pode fazer uma argumentação contraditória em si mesma, cair em contradição, contrariar as suas próprias assertivas;*
- g) *a liberdade dos atores, os quais não podem sofrer coações, violências, ter a sua autonomia cerceada.”*

Trata-se, aqui, de uma especificação daqueles requisitos anteriormente indicados, em uma versão mais elaborada, cotejando-se e esmiuçando-se a relação de pressupostos comunicacionais apresentadas em “*Correção versus Verdade (...)*”.

Especificamente no que tange ao primeiro dos pressupostos, relativo à linguagem, vale o comentário: Habermas reafirma, uma vez mais, a sua importância no processo de comunicação, sustentando que linguagem e realidade interpenetram-se de maneira indissolúvel, não se podendo escapar à sua ascendência ou, ainda, que “*não podemos confrontar nossas proposições diretamente com uma realidade que não seja, ela mesma, impregnada pela linguagem.*”⁴¹

Neste sentido, para Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho, a linguagem, em Habermas, é concebida como garantia da democracia, tendente a conseguir *acordos consensuais* das decisões coletivas, figurando o Estado Democrático de Direito como um projeto constante de acordos sobre os melhores argumentos, historicamente escolhidos pelos concernidos, em situação ideal de fala.⁴²

Outrossim, tratando do âmbito de validade das pretensões, sustenta o filósofo alemão, que somente se poderiam considerar válidos os juízos e normas que, do ponto de vista inclusivo, da igual consideração das reivindicações pertinentes de todas as pessoas, poderiam ser aceitos por boas razões por parte de cada pessoa envolvida.⁴³

⁴¹ HABERMAS, *op. cit.*, p. 91

⁴² ROSA; SILVEIRA FILHO, *op. cit.*, p. 94.

⁴³ *Idem*, *op. cit.*, p. 283

Estes, portanto, em linhas gerais, os pressupostos argumentativos que Habermas aponta como necessários para que esteja configurada a “situação ideal de fala” e a teoria do discurso possa ser efetivamente aplicada. Grandes, porém, são as críticas apontadas à sua doutrina, especificamente pelo nível de exigência presente em tais pressupostos argumentativos, como será analisado a seguir.

2.1.3 A aplicação da teoria do discurso e do procedimentalismo habermasianos à realidade brasileira: limites e possibilidades

Afirma-se, de forma quase indiscriminada, a enorme distância entre os pressupostos argumentacionais exigidos por Habermas em sua “situação ideal de fala”, e a realidade do mundo dos fatos, ou seja a “contrafaticidade” de tais requisitos.

Convém afirmar, porém, que esta ideia de pressupostos pragmáticos da argumentação discursiva, como bem observado por Antonio Maia⁴⁴, está presente não só na obra de Habermas, mas também de Karl-Otto Apel e Robert Alexy, entre outros. Em Habermas, cria-se, a partir de tais pressupostos, a noção de *situação ideal de fala*, que talvez venha a representar o foco central das críticas à teoria do discurso do filósofo alemão, ao se afirmar que constituem situações desapegadas da realidade (assim como o juiz Hércules, de Dworkin, e o auditório universal, de Perelman). Neste sentido, vejam-se uma vez mais as lições de Fábio de Oliveira, expondo as críticas à doutrina habermasiana:

“Uma contestação muito comum e veemente é a de que a doutrina habermasiana é utópica, alienada da realidade, enunciadora de ideais ufanistas, que requer condições fantasiosas para a sua implementação (Enrique Haba). Daí o emblemático termo “contrafático” ou a paradigmática expressão “situação ideal de fala”. Habermas teria propositadamente se exilado da tarefa de perquirir ou entender o mundo concreto para se contentar com meras especulações filosóficas, as quais fariam parte de um idealismo especulativo e, assim, contraproducente. A teoria do discurso não colocaria problemas reais e, portanto, não os resolveria, isto é, não teria praticidade. Ao invés de pensar uma idealidade, que está isenta dos obstáculos do mundo real, mais importante é buscar alternativas ou caminhos no próprio ambiente societário, encarar os problemas, estudar maneiras de contornar ou superar os inconvenientes que estão postos.”⁴⁵

⁴⁴ MAIA, *op. cit.*, p. 96

⁴⁵ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 10

Com efeito, o que se pretende analisar, no presente tópico, é a sistematização das principais críticas à teoria do discurso de Habermas (aqui tomada como base para a alteração proposta do paradigma de processo judicial vigente) sendo, em seguida, apresentados os fundamentos de que se vale a vertente doutrinária que defende a sustentabilidade da base teórica habermasiana.

No que tange, portanto, ao elementos de crítica à sua teoria, afirma-se inicialmente que o procedimentalismo do filósofo alemão seria incompatível com a realidade brasileira porque, em linhas gerais, segundo sustenta Álvaro Ricardo de Souza Cruz⁴⁶:

- a) O Estado social não é uma etapa superada no Brasil, como assim pode ser considerado na Alemanha, realidade sobre a qual escrevia o filósofo alemão;
- b) o paradigma da linguagem contemporânea deixa de ser aplicado em sua inteireza;
- c) vige entre nós a visão formalista do princípio da separação dos poderes, impedindo que o Judiciário assumira “seu papel” de catalizador das demandas sociais e se transforme em agente de tais mudanças;
- d) o desprezo à Constituição da República como elemento vital do Direito e seu valor essencial;
- e) descolamento insuperável da realidade de miséria terceiro mundista;⁴⁷

Fábio de Oliveira, em seu já citado artigo “*A teoria do Direito e da Constituição: entre o procedimentalismo e o substancialismo*” sustenta⁴⁸, em relação à obra e às produções de Habermas, que:

“... suas lições (...) não possuem por objeto o coletivo do capitalismo tardio. Isto se explica pelo fato de que a definição de razão comunicativa ou a noção de ética do discurso pressupõem um sustentáculo cultural e uma coesão social, em termos de equanimidade dos bens necessários a uma vida em correspondência com os direitos fundamentais – moradia, saúde, educação, alimentação, trabalho, cidadania etc –, que formam as condições indispensáveis para o agir comunicativo. Neste aspecto, Habermas fala para a Alemanha, não para o Brasil.”

José Adércio Leite Sampaio, em recente artigo intitulado *Habermas entre amigos - Prolegômenos para uma esfera judicial militante*, publicado em edição

⁴⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 248.

⁴⁷ Trata-se aqui de adaptação da sistematização do pensamento do chamado “constitucionalismo de vanguarda”, efetuada por Álvaro Ricardo de Souza Cruz, na obra citada, analisando as críticas apresentadas por Lênio Streck ao procedimentalismo habermasiano.

⁴⁸ (OLIVEIRA, 2007, p. 04)

comemorativa pela passagem dos 80 anos do filósofo alemão, expõe a sua visão sobre a relação entre a ótica da Constituição Dirigente, a atuação jurisdicional e o procedimentalismo habermasiano nos termos seguintes⁴⁹:

*“Uma Constituição que estabelece como objetivo da vida em comum a construção duma “sociedade livre, justa e solidária” e que garante diversos direitos sociais está a admitir o pluralismo de meios e de projetos materiais definidores da liberdade, da justiça e da solidariedade, espaço de discursos e procedimentos, mas cria, desde a largada, um vínculo teleológico para o intérprete sempre buscar prestações jurisdicionais que promovam os alicerces de tal sociedade, **o que não parece, em absoluto, autorizar pura e simplesmente uma leitura procedimentalista do trabalho judicial de efetivação constitucional**, mas antes, sirvo-me da própria lição de Habermas, deve aplicar o “princípio da exaustividade”, de acordo com o qual “a Constituição vigente de um Estado democrático de direito implica (...) o mandado de “esgotamento” contínuo do conteúdo normativo de seus princípios, segundo se vão mudando as condições históricas. (...)Nesse contexto, é de se esperar um juiz, nos quadros de suas possibilidades, mais atuante e mais comprometido com as conseqüências sócias de suas decisões...”*

A par de todas essas críticas à teoria do discurso e ao procedimentalismo habermasiano, é importante situar o contexto em que escreve o filósofo, o que pretende com seu trabalho, além de se buscar dele extrair o que há de positivo, sem se enveredar para uma crítica nada construtiva e de pouca ou nenhuma alternativa. Assim, também de forma itemizada, busca-se afirmar, através da presente abordagem, que:

1) O trabalho de Habermas busca uma dimensão universal. Quer isto dizer que ao escrever sobre a teoria do discurso, sobre o agir comunicativo e o procedimentalismo, Habermas não pretende atender às vicissitudes deste ou daquele espaço especificamente considerado. Sua abordagem é teórica, sendo completamente descabida a apresentação de argumentos de natureza prática, empírica, quando se está a construir uma teoria que, como se disse, é de caráter universal e abstrata.

2) Como consequência, os pressupostos da argumentação e a “situação ideal de fala”, devem ser buscados, como o próprio nome indica, de forma *ideal*. A contingência de não se encontrarem, em toda e qualquer hipótese, atendidos tais pressupostos não invalida a construção teórica realizada. De mais

⁴⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre amigos e críticos. Prolegômenos para uma esfera pública judicial militante in FRANKENBEG, Günter; MOREIRA, Luiz. *Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.324.

a mais, é o próprio Habermas quem, por mais de uma vez, sustenta que as mencionadas “condições ideais” do discurso são contrafactuais e que isso é inerente à comunicação. Portanto, os pressupostos comunicacionais não podem ser compreendidos como algo transcendental que necessite, em qualquer circunstância, de materialização efetiva para o reconhecimento da utilidade de sua proposta.

3) Não há como se construir qualquer modelo teórico que não tenha, de forma ínsita, uma gama de abstrações e é exatamente isso que o permite ser geral, amplo e de aplicação universal.

Conforme sustenta Álvaro Ricardo de Souza Cruz⁵⁰:

“Quanto à contrafaticidade da teoria e de sua inadequação ao Brasil, é preciso lembrar que nenhuma teoria está livre de tal crítica. Ademais, a filosofia e o saber hermenêutico-histórico das ciências do espírito não se adequam à expectativa de apresentar respostas para questões técnicas/específicas. Logo, da leitura de Habermas não se pode esperar encontrar de forma direta críticas ou comentários dogmáticos comentado esse ou aquele ordenamento jurídico.”

Neste sentido, pode-se afirmar que é intencional em Habermas a universalização de conceitos e análises e que sua abordagem é mais teórica do que empírica. E, a rigor, *“a fórmula do que é o agir comunicativo, a elaboração de processos abertos e dialógicos para uma democracia discursiva, são aplicáveis, em tese, a toda a humanidade, a todas as comunidades do planeta, seja na esfera local, regional, nacional, internacional ou comunitária.”*⁵¹

Assim, quando se busca proceder a uma leitura da relação processual tomando por base a teoria habermasiana, o que se pretende é, em última análise, a tomada do processo como uma estrutura necessariamente participativa e policêntrica superadora do isolamento do órgão judicial (conforme será retomado no item 2.3, na análise da proposta de democratização do processo).

Por certo há diversas críticas ao pensamento de Habermas, em especial, aquela já aqui identificada, decorrente do fato de ter o filósofo alemão escrito com vistas a uma comunidade fática completamente diferente daquela em que o Brasil se encontra inserido (submerso?), com problemas crônicos que vão

⁵⁰ CRUZ, *op. cit.*, p. 252.

⁵¹ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 4.

desde a fome e o desemprego das camadas mais pobres da sociedade, até a corrupção daquelas de maior poder aquisitivo, num conjunto a que se convencionou chamar de países “de capitalismo tardio”. Ou ainda que o filósofo alemão tenha desenvolvido sua doutrina com a finalidade específica de crítica ao ativismo axiológico então vigente no Tribunal Constitucional Federal alemão de sua época.

Porém, o que se busca aqui, conforme salientado, não é sustentar a transposição pura e simples dos valores e princípios habermasianos para o contexto da sociedade brasileira, do direito brasileiro, e de forma ainda mais específica, para o direito *processual* brasileiro. O que se pretende, em verdade, é demonstrar como é possível a utilização do paradigma procedimentalista habermasiano para a estruturação de um processo judicial onde haja uma maior participação dos envolvidos, que terão a efetiva oportunidade de influir na decisão, através de argumentos que possam ser ouvidos e considerados na decisão, que restará, assim, efetivamente justificada e, acima de tudo, legitimada pelo procedimento.

2.2 Colaboração processual, “Formalismo-valorativo” e modelo cooperativo de processo

Para além das propostas habermasianas, por certo direcionadas a um contexto mais amplo de deliberação social do que propriamente o processo judicial, torna-se necessária, para efeito de atendimento ao que se pretende através do presente trabalho, a busca de elementos doutrinários que trabalhem especificamente com o sistema de prestação jurisdicional e que sustentem a premência de sua abertura a uma maior atuação das partes.

Assim é que vêm crescendo na doutrina nacional, por certo com influência do direito estrangeiro, em países como Alemanha, França e Portugal⁵², a noção de *colaboração processual*, possivelmente já alçada à categoria de princípio, segundo o qual, em linha gerais, o magistrado deve portar-se, dentro do processo, como um agente colaborador, fomentador do debate, ativo participante do contraditório e não como observador passivo e simples fiscalizador da observância de regras procedimentais. Aumentam-se, assim, os poderes do juiz, mas com uma finalidade específica, que é a adoção de uma postura de diálogo entre os sujeitos do processo. Passa o processo, então, a ser encarado como fruto de uma atividade essencialmente *cooperativa*, seja das partes para com o juiz, seja do juiz para com as partes, com a observância de posturas tais como o esclarecimento de dúvidas e o fornecimento de orientações, quando se fizerem necessárias.

Afirme-se que, seguramente, uma das fontes para o princípio em comento é, no plano do direito interno, a idéia de “formalismo-valorativo”, com seus elementos e fundamentos colhidos na doutrina nacional, que acabou por dar ensejo à proposta de uma nova fase metodológica para a prestação jurisdicional, sugestivamente chamada de *modelo cooperativo* de processo.

⁵² Portugal: art. 266 do CPC: “I – Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os madatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”; Alemanha: § 139 da ZPO Alemã, item 1: “§ 139 – CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto do fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições, concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados.”; França: art. 16 do novo CPC, adiante transcrito.

No presente tópico serão apresentadas, então, as propostas centrais do trabalho desenvolvido por autores como Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, entre outros, que tomam como base de suas investigações a necessidade de atendimento ao que consideram um valor básico e essencial do processo: o permanente diálogo do órgão judicial com as partes, de forma que, superando-se a mera legalidade, através de uma *racionalidade prática* de cunho lógico-dialético, se possa ver efetivamente observados os preceitos e valores de um Estado Constitucional.

Trata-se, à evidência, de uma intensificação da relação entre o direito processual civil e o direito constitucional, com a incorporação àquele do *modo de pensar* constitucional, encarando-se o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.

Neste sentido, argumenta-se que a eficácia que se busca no regime jurídico de tais direitos fundamentais traz uma contribuição relevante para a aplicação e compreensão das normas e preceitos de origem processual, de forma que a vinculação dos particulares e, principalmente, do próprio Estado a estes direitos representa elemento que não pode ser descartado no momento em que se busca a aplicação do direito processual e de suas normas procedimentais, alterando-se, sob este enfoque, até mesmo o eixo central do processo. Pode-se afirmar, assim, com base em Daniel Mitidiero⁵³, que

“(...) a jurisdição não pode mais se colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional hodierno.”

O formalismo processual (formalismo-valorativo⁵⁴) parte, portanto, da ideia de que somente estarão atendidos os preceitos constitucionais quando se fizer presente um justo equilíbrio entre as posições jurídicas de autor, juiz e réu. Cuida-se, assim, de uma nova maneira de pensar o direito processual civil, uma nova *fase metodológica*, qualificando-se o processo como um espaço privilegiado

⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p.44.

⁵⁴ A expressão tem origem em Carlos Alvaro de Oliveira, como uma evolução de seu trabalho “*Do formalismo no Processo Civil*”, sendo utilizada a partir da terceira edição da obra.

de exercício de cidadania, tendo como premissa a valorização da participação e o incremento das posições jurídicas das partes, transformando-se o mesmo em um *democrático ponto de encontro de direitos fundamentais*.⁵⁵

Baseia-se o formalismo-valorativo em algumas vertentes axiológicas: o valor *justiça*, o valor *segurança* e o valor *paz social*, sendo certo que a maior ênfase dada a um ou outro destes valores vai acabar por influenciar de forma direta o *modo de ser* do processo, que deve ser analisado, segundo é sustentado, de acordo com uma visão *cultural* do fenômeno. Dentro desta, a ordem constitucional assume importância destacada, representando a ótica segundo a qual os princípios processuais passam a ser examinados. Sob este prisma, exsurge a garantia do *devido processo legal* e o respeito ao *contraditório* como expressões constitucionais máximas do formalismo-valorativo processual.

Em decorrência dessas premissas, sustenta esta doutrina, então, a absoluta inadequação do procedimento como uma mera diretiva para a sequência dos atos processuais. Muito ao contrário, sua principal tarefa consiste na determinação dos poderes, faculdades e deveres das partes e do órgão judicial, através de normas coligadas entre si, em relação de pressuposição, que conectam reciprocamente as situações individuais internas ao processo, dando-lhes disposição cronológica.⁵⁶

A partir do tópico seguinte, aprofundam-se as investigações acerca dos fundamentos estruturais que dão suporte à ideia de colaboração processual.

2.2.1 Formalismo e o papel dos sujeitos do processo: a necessária interdependência

As propostas advindas do formalismo-valorativo reivindicam a alteração de algumas estruturas processuais e procedimentais já sedimentadas há anos em nossa *praxis* judiciária. No que toca especificamente ao papel destinado aos sujeitos do processo e à distribuição das atividades entre o juiz e as partes, defende-se uma posição de equilíbrio entre antigos modelos processuais, especialmente os modelos *liberal* e *social* de processo, tendo em

⁵⁵ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 220.

vista que qualquer solução extremada revela-se inadequada, ou seja, nem a total passividade do órgão judicial, nem a exclusão total do princípio dispositivo atenderão a necessidade de um processo justo e eficiente. Há, assim, a necessidade de um inter-relacionamento dialético, com atividades complementares e interferência recíproca⁵⁷.

Porém, a questão não se revelaria tão simples num primeiro momento, sendo separada a sua análise em duas grandes vertentes: uma de natureza estritamente jurídica e outra relacionada a elementos de política judiciária. Nesta última, um dilema na busca deste equilíbrio aparece ainda mais presente: de um lado, se seria conveniente a lei determinar precisamente a atividade processual a ser exercida pelo juiz ou se, de outro lado, o ordenamento deveria conceder ao magistrado ampla liberdade de escolha, determinação e condução desta atividade. A questão revela-se de grande importância, especialmente porque, entre os poderes das partes e do órgão judicial deverá haver sempre, conforme sustentado, uma interferência recíproca, sendo certo que o incremento daqueles (poderes do juiz) vai necessariamente interferir nestes (poderes das partes) e vice-versa.

O cerne da questão reside, então: 1) na investigação dos fatos e na atividade probatória a eles relativa e 2) na sua apreciação e na valoração jurídica dos mesmos (elementos utilizados para formar a convicção judicial), com as teses e os fundamentos a eles relacionados.

Assim, quanto à investigação dos fatos e as questões a eles relacionadas e partindo-se do princípio que é relativa e formal a verdade a ser buscada no processo, revela-se absoluta a importância da cooperação das partes com o órgão judicial, devendo a atividade probatória ser exercida pelo juiz *conjuntamente* com as partes, e não *em substituição* a estas. Neste passo, afiguram-se precisamente bem definidos, neste modelo, os papéis de cada um dos sujeitos do processo: as partes atuam em seu próprio interesse; o juiz, no

⁵⁷ “...é preciso temperá-lo (o ativismo judicial) com atribuição de poderes também às partes, na perspectiva de mais estreita colaboração e diálogo entre os sujeitos processuais. Nem o juiz ditador, nem o juiz escravo das partes, e sim o exercício da cidadania dentro do processo: colaboração das partes com o juiz, este igualmente ativo na investigação da verdade e da justiça.” ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 221.

interesse da justiça e com a finalidade de formar sua convicção para que possa bem julgar.

Com relação ao segundo dos itens acima indicado (fundamentos utilizados na decisão), observa-se que a atividade de colaboração vai bem além da possibilidade de apresentar provas dos fatos que constituem o objeto da controvérsia, mas também que esta atividade deverá estar presente – e talvez com mais intensidade – em relação à valoração jurídica dos mesmos, com necessária modificação da compreensão acerca do adágio *da mihi factum dabo tibi ius*⁵⁸. Observa-se assim, que, na linha da tese defendida, vive-se hoje em uma sociedade cada vez mais complexa, cujo controle, por meio do processo, terá como premissa a observância dos princípios, garantias e técnicas inerentes ao formalismo e adiante analisados.

Especificamente em relação aos poderes que devem ser atribuídos ao magistrado, deve ele ter a chamada *potencialidade de agir*. Porém, esta atividade do órgão judicial não deve ser exercida de forma absolutamente livre, a ponto de suplantarem a necessidade de provocação das partes em algumas questões centrais, como o princípio da demanda (através do qual é vedada a instauração de ofício do processo judicial) e as exceções materiais, cuja iniciativa de alegação somente às partes deve caber. Desrespeitando o magistrado estes freios que o ordenamento jurídico lhe impõe, estaria comprometendo a sua necessária imparcialidade. Ressalvadas estas hipóteses, deve ser possibilitada ao órgão julgador uma adequada formação de sua convicção, encarando-se seus poderes *instrutórios* sob uma perspectiva mais ampla, sem que isto venha a descambar necessariamente para uma investigação solitária do magistrado.

Por outro lado, a colaboração revela-se, neste aspecto, de fundamental importância, sendo inadmissível que venham os litigantes a pura e simplesmente se submeterem ao impulso do órgão judicante⁵⁹ e ao seu empenho

⁵⁸ Como será visto adiante, tem-se como inadmissível serem os litigantes surpreendidos por uma tese, uma visão jurídica que somente venha a surgir no momento em que o provimento é proferido. A visão constitucional do processo está a exigir que o ponto de vista do órgão judicial seja submetido ao conhecimento das partes em momento necessariamente anterior à prolação da decisão.

⁵⁹ Conforme sustenta Carlos Alvaro de Oliveira: “*Em vez do juiz ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal (a exemplo do sucedido na Idade Média com o processo romano-canônico), importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração*”

em chegar a uma correta definição da causa, ou se restrinja este a apaticamente recolher o resultado da atuação das partes⁶⁰.

Com efeito, na conformidade do que defende a doutrina do formalismo-valorativo, o pronunciamento e a intervenção ativa dos litigantes evita que estes estejam passivamente sujeitos à definição jurídica da causa efetuada pelo órgão judicante, excluindo ainda seu tratamento como simples *objeto* do pronunciamento judicial. Garante-se, assim, o direito de as partes atuarem de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo, o que, em última análise, está vinculado ao respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia. Para este desiderato, adquire especial relevo o princípio do contraditório, analisado no tópico seguinte.

2.2.2 O contraditório sobre a ótica do formalismo-valorativo – breve histórico acerca do princípio e a necessidade de seu incremento

Afirma Carlos Alvaro de Oliveira, em percuciente análise, que no processo comum europeu, cujo esteio era precisamente o contraditório, revelava o princípio um sentido totalmente distinto daquele hoje dominante no cenário jurídico processual, sendo certo que, na lógica do provável, implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma *razão individual*, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos “pontos de vista” do outro e o caráter de sociabilidade do saber. Tal modelo de processo, que tinha por base a retórica aristotélica,

das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça.” ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 140

⁶⁰ A questão do princípio da colaboração e do papel do juiz neste novo enfoque do processo judicial não é estranho à doutrina, já se podendo observar sua previsão não só na literatura jurídica especializada, como a que vem sendo aqui mencionada, como também em livros de caráter geral sobre o processo. Neste sentido, Fredie Didier Jr., em seu *Curso...*, traça interessante quadro acerca dos deveres do magistrado sob o prisma do princípio da colaboração. Segundo o mestre baiano, em apertada síntese, estes deveres seriam de três espécies: 1) o dever de *esclarecimento* que se caracteriza pela necessidade de o órgão judicial se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas; 2) o dever de *consultar*, que impede o magistrado de decidir com base em questão de fato ou de direito não previamente submetida ao contraditório (hipótese adiante analisada); e 3) o dever de *prevenção* representado pela necessidade de que sejam apontadas as deficiências presentes nas postulações das partes, para que possam ser supridas. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 1*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 60.

exigia, de maneira intrínseca, uma *paritária e recíproca* regulamentação do diálogo judiciário⁶¹.

Segundo este pensamento, somente com a incorporação ao direito de elementos próprios da ciência da natureza, com a busca de uma verdade *menos provável* e a passagem do *iudicium* ao *processum* é que se opera uma mudança de perspectiva. Tudo isso se incrementa com a estatização do processo, a partir do século XVII e a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, o que vem a ser potencializado depois das ideias advindas do iluminismo e da Revolução francesa. Tais fatores necessariamente acabaram por conduzir o princípio do contraditório a um outro patamar, sendo certo que o *laissez-faire* caracterizou o órgão judicial passivo do processo liberal, dominante no século XIX, que tinha por única função assegurar o atendimento às determinações formais do processo.

É no transcurso do século XX que outros valores passam a influenciar a estruturação do princípio, exigindo mais do que a simples proclamação formal de garantias processuais, em clara orientação que passou a marcar os mais avançados sistemas legais do século XX.

Neste sentido, os ensinamentos do mestre:

“Esse reclamo espelha-se de maneira bastante acentuada na maioria das Constituições do mundo ocidental, caracterizadas pelo esforço de integrar as tradicionais liberdades “individuais” – incluindo aquelas de natureza processual – com direitos e garantias de caráter “social”, que em essência buscam não só torná-las acessíveis a todos como também assegurar a real e não meramente formal igualdade das partes em face da lei e na sua atividade concreta processual.”⁶²

Dessa mudança de foco decorre, igualmente, a alteração da visão acerca do princípio do contraditório que passa a representar bem mais do que a simples faculdade de se opor à pretensão autoral, configurando efetivo direito de participar de todos os momentos relevantes do processo, atendendo-se aos padrões necessários à caracterização de um *processo justo*.

Esse novo modo de pensar o princípio surge, mais especificamente, a partir dos anos cinquenta do século XX, quando os conflitos de valores jurídicos

⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 228

⁶² *Idem, ibidem*, p. 230

se tornam mais intensos e mais elásticos e imprecisos os conceitos. Neste contexto histórico, o *diálogo judicial* na formação do juízo tende a recuperar seu valor essencial (assim se deve esperar), como fruto da cooperação e colaboração das partes com o órgão judicial e vice-versa, segundo as regras formais do processo.

No que tange à atividade de *valoração jurídica* da causa, vale dizer, do “descobrimento” da norma jurídica aplicável ao caso concreto, a colaboração das partes com o juízo encontra sua razão de ser num plano mais amplo, já que a essa atividade se soma o estabelecimento do *alcance* e do *conteúdo* da norma. Desta forma, devem ser evitadas surpresas para as partes que prejudiquem o exercício de seu direito de defesa, revelando-se inadmissível, como já salientado no presente, que os litigantes sejam surpreendidos por decisão que se apoie em fundamento não previamente enunciado pelo órgão judicial. Em outras palavras, e no estrito atendimento ao princípio do contraditório, afirme-se que a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada, uma vez mais, no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem implementados ao litígio⁶³.

Sobre o tema, uma vez mais Alvaro de Oliveira⁶⁴:

“Sob esta perspectiva, o diálogo judicial decorrente da necessária ênfase ao princípio do contraditório transforma-se em verdadeira garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem, conforme é afirmado, em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.”

⁶³ Por certo que o tema não se restringe ao direito nacional, afigurando-se, outrossim, presente nas mais diversas legislações processuais. A título ilustrativo, o art. 16 do novo CPC francês: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, em sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes, a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas alegações” e também o item n. 2 do § 139 da ZPO Alemã: “(2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes.” (DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 59)

⁶⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 237.

Parece então ser precisamente esta a mudança de enfoque que se pretende dar ao contraditório, que não mais se esgotaria em seu *conteúdo mínimo* representado pela tradicional concepção de “ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de manifestação sobre os mesmos”, mas sim demandando a efetiva participação das partes na formação do provimento, elevando-o ao princípio máximo do processo judicial, como forma de se garantir o efetivo exercício da cidadania no processo. Colaboração, seja na pesquisa e comprovação dos fatos, seja na valoração jurídica, vale dizer nos *fatos e fundamentos jurídicos* da causa, que acaba por conduzir à necessidade de diálogo permanente no curso do processo.

A concretização desses valores é obtida através da observância de vários aspectos de índole procedimental, como a necessidade de que as partes conheçam as argumentações e razões apresentadas pela outra, bem como os motivos que levaram o magistrado a proferir aquele determinado julgamento, possibilitando-se a sua manifestação em tempo hábil. Oportunidade de participar quanto à matéria fática, com a ampla produção de provas, como também das questões de direito, com a apresentação efetiva de argumentos e contra-argumentos.

Ocorre, porém, que o ideal de participação reivindicado demanda *tempo*, vale dizer, uma duração necessariamente mais elástica do procedimento, o que pode esbarrar na inobservância de outro direito de matiz constitucional: a duração razoável do processo.

O tema é abordado no tópico seguinte.

2.2.3 O dilema celeridade/duração razoável x modelo cooperativo do processo, sob a ótica do formalismo-valorativo

Um dos temas mais sensíveis no que toca à reivindicação de uma maior participação das partes é o do supostamente correlacionado comprometimento da celeridade do processo, estabelecendo-se a antinomia entre, de um lado, a certeza jurídica que demanda o amadurecimento da causa e o respeito máximo ao contraditório e ao modelo cooperativo de processo e, do outro lado, a necessidade de que a resposta judicial seja dada no menor tempo

possível, tanto por força de questões atinentes à administração da justiça, como também em decorrência do direito constitucional à razoável duração do processo. Referida temática não é de todo estranha à doutrina do formalismo valorativo.

Assim, contrapondo-se os valores inerentes ao contraditório e a contingência do fator temporal, observa esta vertente que somente tem sentido o procedimento quando consegue atingir sua finalidade essencial em tempo relativamente proporcional às dificuldades da causa, afirmando-se que, se a necessidade de cooperação das partes com o juiz fomentou a observância do contraditório, alargando seu alcance, também um outro movimento, este com vistas à *efetividade* do processo, tende a fazê-lo diminuir. Trata-se aqui do velho dilema entre *justiça e celeridade*.

A questão pode adquirir contornos especialmente delicados se analisada sob o enfoque da preclusão e do princípio da eventualidade que lhe é decorrência lógica.

Com efeito, se a busca da celeridade exige a *concentração* dos atos processuais e esta tem como premissa a aplicação do princípio da eventualidade, observa-se, por outro lado, que referido princípio acaba por excluir, eventualmente, alegações e pleitos omitidos sem culpa da parte (muitas vezes se mostra impossível demonstrar-se, no início do processo, de maneira compreensível, todos os aspectos relevantes do caso concreto). Em outras palavras, se a preclusão e a aplicação da eventualidade representam proteção contra a chicana, demora propositada e ocultação premeditada da situação fática, por outro lado acabam por atar as mãos do juiz, que deve eventualmente ignorar as falhas e omissões das partes e sentenciar com fundamento em uma situação incompleta, que não pode ser mais suprida por força da preclusão, da eventualidade e, em última análise, da busca incessante pela celeridade.

Neste contexto aduz-se, ainda, que os fundamentos apresentados pela parte contrária poderão dar azo a novas ideias e sugestões; ou ainda que o ponto fundamental somente venha a ser inteiramente descortinado através do questionamento levantado pelo juízo, após a oitiva das testemunhas.

Porém, como que em um giro em torno do mesmo tema, sustenta a doutrina do formalismo-valorativo que a implementação de toda esta estrutura procedimental dialógica (com possibilidade irrestrita de alegações, suscitação de

questões e o desrespeito às fases lógicas e estanques do procedimento) podem gerar o enfraquecimento das normas de concentração processual com a inevitável (e inaceitável) demora do processo.

Em encerramento à questão brevemente abordada neste tópico, afirme-se que não apresenta ela resposta imediata ou qualquer solução objetiva, se não que trata-se de tema absolutamente palpitante e central na moderna ciência processual, trazendo-se à colação, a título ilustrativo, passagem lapidar da obra de Carlos Alvaro de Oliveira, que traduz de forma percuciente as preocupações aqui lançadas⁶⁵:

“Está longe de terminar a dissonância entre o fortalecimento do contraditório pela cooperação e o seu enfraquecimento determinado pela urgência.(...) Numa época em que não se pode mais aspirar a certezas, impõe-se perseverar em busca do ponto de equilíbrio, porque tanto a colaboração dos sujeitos do processo quanto a efetividade mostram-se realmente importantes para que o Poder Judiciário melhor se legitime junto à sociedade civil. O verdadeiro equacionamento do problema só começará a surgir com a radical transformação da sociedade brasileira, quando forem superadas as causas materiais mais profundas que determinam a demora irrazoável e exasperante da duração do processo e se obtiver prestação jurisdicional de qualidade. Esse é o grande desafio do novo milênio.”

⁶⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 241

2.3 A ideia de “processo judicial democrático” – o processo em uma perspectiva *comp participativa e policêntrica*

Como terceira das orientações doutrinárias que clamam por uma maior participação das partes no processo de formação da decisão – e dentro da dinâmica de análise proposta no presente trabalho - exsurge aquela que sustenta a necessidade de democratização do processo ou, ainda, a implementação de um modelo de prestação jurisdicional através do chamado *processo judicial(/jurisdicional) democrático*, tese desenvolvida em grande parte no seio da doutrina processualística de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, tendo como expoentes nomes como Marcelo Cattoni de Oliveira, Dierle Nunes, Rosemiro Pereira Leal, Flaviane Magalhães de Barros, Alexandre Moraes da Rosa, Sylvio Lourenço da Silveira Filho, entre outros⁶⁶.

Trata-se de vertente de pensamento que se vale, em grande parte, de noções auridas de fontes conceituais como a doutrina de Jürgen Habermas (analisada no cap. subitem 2.1 retro) e na visão de Elio Fazzalari do processo como “*procedimento em contraditório*”.

Sustenta-se, assim, a ideia de processo democrático como uma necessária superação do protagonismo judicial (v. Cap.1 do presente) através, fundamentalmente, da implantação de um *policentrismo* processual e da noção de comparticipação na dinâmica de desenvolvimento do procedimento, com a necessária divisão de atribuições e de responsabilidades entre as partes e o juiz condutor do processo.

Busca a doutrina que defende a democratização, em linhas gerais e num primeiro momento, a superação das estruturas processuais vigentes no modelo de *liberalismo processual*, onde o juiz assume um papel de mero espectador do debate entre as partes e de suas estratégias de convencimento, figurando o processo, nesta ótica liberal, como mero instrumento privado de

⁶⁶ Por certo, muitas das reivindicações e dos fundamentos jurídicos que serão aqui analisados em muito se assemelham àqueles tratados no tópico anterior, quando da abordagem do tópico “*colaboração processual*”. Trata-se de situação que se revela de todo natural, já que os fins visados são os mesmos, assim como semelhantes são as bases em que se assentam uma e outra vertente de pensamento. Em verdade, não se trata, em absoluto, de posições que se contrastam, mas que, muito ao contrário, convergem para um fim comum: o incremento da atividade das partes no processo.

resolução de conflitos, bem como da suplantação do modelo de *socialização processual*, que deita suas raízes no protagonismo judicial, que credita sua eficácia num suposto privilégio cognitivo que possui o magistrado em relação aos demais sujeitos do processo sob cuja batuta seria permitida uma atividade social compensadora das eventuais desigualdades entre as partes⁶⁷.

Propugna-se, igualmente, a superação do que se convencionou chamar de modelo *neoliberal* de processo, vigente no Brasil, que introduz no discurso do processo a busca incessante por procedimentos céleres, por soluções rápidas e pela eficiência sendo medida puramente através de elementos *quantitativos* de julgamentos proferidos, mesmo que se tenha que pagar o preço da eventual mitigação de princípios constitucionais do processo. Em outras palavras, também em relação a este modelo, criticam-se tais perspectivas puramente pragmáticas que acabam por esvaziar o papel de garantia que o processo e seus princípios constitucionais representam⁶⁸.

Assim, na perspectiva da democratização do processo, a predominância do papel das partes e advogados no modelo *liberal* e a supremacia da figura do magistrado no modelo *social* não vão ao encontro dos anseios do pluralismo de sociedades desenvolvidas e fundadas no Estado Democrático de Direito. Nesta linha, o resgate do papel técnico e institucional do processo constituiria uma das principais bases para sua democratização, além do que a estruturação adequada de um modelo de processo com esta característica passa pela necessária compreensão *comparticipativa* do mesmo, para que seja estabelecido o equilíbrio e reforçado o papel de cada um dos sujeitos processuais. E, ainda, que esta perspectiva democrática somente estará efetivamente implementada com a instauração do chamado *policentrismo processual*, a exigir que cada um dos envolvidos no processo desempenhe suas funções de modo *técnico, racional e responsável* (cap. 3).

⁶⁷ Segundo sustenta Dierle Nunes, “Com a implementação máxima dessa aplicação socializadora, seria gerado um quadro de apatia e atecnia dos advogados e das partes, que passariam a não exercer sua responsabilidade endoprocessual, como demonstraram os sistemas de socialismo processual do Leste Europeu pós-Segunda Guerra.” NUNES, *op. cit.*, p. 254.

⁶⁸ “O juiz, ao invés de exercer sua função em perspectiva performativa, vocacionada ao entendimento, passa a agir de modo estratégico, tentando se livrar do máximo de casos com a maior rapidez procedimental, independentemente de qualquer concepção social de bem viver.” NUNES, *op. cit.*, p. 255.

As linhas mestras do movimento pela democratização do processo serão aqui abordados de forma sintética, buscando-se a fixação de seu pensamento e de suas propostas fundantes, de acordo com os tópicos a seguir delineados e analisados em sequência, muitos dos quais em complementação à ideias já lançadas ao longo da presente: 1) a necessidade de releitura do sistema processual vigente; 2) o novo enfoque ao princípio do contraditório e alguns aspectos práticos da proposta; 3) combate à rapidez e celeridade como critérios únicos de eficiência do sistema; e 4) a necessária adesão e preparação das partes e advogados para o sucesso do sistema.

2.3.1 A necessidade de releitura do sistema processual: o papel do juiz e das partes - o policentrismo e a comparticipação

Busca a doutrina da democratização do processo, em essência, a *legitimação* dos provimentos através da efetiva implementação de princípios processuais *dinâmicos* que acabariam por permitir o controle formal e material das decisões proferidas, através do que é denominado *fluxo discursivo* dos sujeitos processuais e da exposição efetiva dos elementos que constituem o provimento. Tal desiderato seria atingido através da implantação de um *espaço discursivo participativo* de formação das decisões e da superação da ideia de privilégio cognitivo do magistrado⁶⁹.

Assim, conforme é sustentado, não se pode acreditar mais em uma justiça social pré-definida *antes* do debate processual, uma vez que só as peculiaridades do caso concreto conseguem permitir, mediante o estabelecimento do fluxo discursivo entre os interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado.

Neste sentido, uma verdadeira democracia processual somente seria obtida mediante a assunção da co-responsabilidade, social e política, de todos os envolvidos (juízes, partes, advogados, órgãos de execução do Ministério Público e serventuários da Justiça) segundo balizamentos técnicos e

⁶⁹ Segundo Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho, “a atuação do juiz no procedimento não pode ser a de realizar os anseios sociais, devendo se postar de maneira imparcial, garantindo o equilíbrio contraditório, ou seja, a verdadeira democracia processual.” (ROSA; SILVEIRA FILHO, *op. cit.*, p. 81)

constitucionais apropriados, de modo a se estruturar um procedimento que atenda às exigências tanto de legitimidade quanto de eficiência técnica⁷⁰.

Para tanto, torna-se necessária a superação da tradicional divisão de posições doutrinárias que, de um lado, acreditam e defendem como protagonistas do processo as *partes e advogados* (modelo liberal de processo ou *liberalismo processual* acima citado), visualizando-o como mero instrumento de que os particulares se valem para resolver pacificamente as suas controvérsias e, de outro lado, a vertente que analisa o processo como instrumento de bem-estar social que interessa a toda coletividade e que, por isso, deve ter como figura central o juiz (processo de índole social ou *socialização processual*). Há que se buscar, na tensão entre dois pólos antagônicos, uma terceira via de equilíbrio.

A releitura do sistema processual tem como premissa, portanto, a verificação da necessidade imprescindível de participação de todos os interessados, permitindo o exercício pleno de cidadania no âmbito do processo⁷¹.

É que, conforme já assentado no cap. 1 do presente, a concepção democrática do Direito se choca com a atribuição a um único sujeito da capacidade de percepção do que é o *justo absoluto* em sociedades complexas e plurais como o são as contemporâneas. A formação de um provimento demanda uma *procedimentalidade* na qual todos os interessados tenham a possibilidade de influenciar na construção da decisão que vai regular suas próprias vidas.

De outra forma, afirme-se que nos regimes democráticos, o processo estrutura, mediante o *debate endoprocessual*, a forma e o conteúdo das decisões e, por conseguinte, seu controle, mediante a implementação técnica de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica.

Ademais, conforme visto no item 2.1, no momento em que se procede a uma investigação acerca da teoria do processo sob o enfoque da teoria de Jürgen Habermas, observa-se que a sua estruturação em um eixo policêntrico e participativo, com absoluto relevo aos princípios constitucionais processuais, acaba por criar um *espaço público deliberativo* no qual estarão

⁷⁰ NUNES, *op. cit.*, p. 198

⁷¹ Segundo afirma Dierle Nunes, “Não é o caso de associar-se a novos sacerdotes, mas simplesmente de reconhecer a importância institucional de todos os sujeitos processuais no sistema de aplicação da tutela.”. *Idem, ibidem, p.cit.*

presentes os pressupostos comunicativos para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos que serão revestidos de legitimidade, já que aclaradas discursivamente as questões fáticas e jurídicas. Assegura-se, assim, que cada interessado possa expor suas relevantes razões para a determinação do objeto a ser debatido e julgado no processo, sendo esta a condição de possibilidade para a formação da decisão mais adequada ao caso concreto.

Mas a concepção defendida não esvazia o papel da magistratura, mas o redefine, uma vez que o juiz deve ser visto como um *garantidor* dos direitos fundamentais, inclusive daqueles que asseguram a participação dos sujeitos processuais na formação da decisão.

O juiz democrático não pode ser omisso em relação à realidade social e deve assumir sua função institucional decisória, num sistema de regras e princípios, com o substrato extraído do debate endoprocessual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam o dimensionamento decisório⁷².

Segundo sustenta Diele Nunes⁷³,

“Revela-se a necessidade de resgatar a discussão, no âmbito jurisdicional, entre todos os sujeitos processuais, mediante a implementação dos direitos fundamentais, que balizariam a tomada de decisões em seus aspectos formal e substancial, mantendo em tensão os discursos liberal e social nas situações de aplicação e afastando por completo modelos solipsistas típicos de um modelo autoritário, de viés positivista ou axiológico.”

O caminho para a implementação desta ótica é, segundo se afirma, a *leitura forte e dinâmica* dos princípios formadores do modelo constitucional de processo, procedimentalmente analisados, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa, o direito de recorrer, a fundamentação racional das decisões, em suma o devido processo constitucional. Tais princípios serviriam como freios normativos

⁷² Nesta mesma linha, Rosemiro Pereira Leal, para quem “o plano da decisão (deve ser) um espaço procedimental de argumentos e fundamentos processualmente assegurados, até mesmo para discutir a legitimidade da força do direito e dos critérios jurídicos de sua produção, aplicação e recriação”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 69.

⁷³ NUNES, *op. cit.*, p. 223.

da tomada de decisões, exigindo co-responsabilidade de todos os sujeitos processuais, não privilegiando qualquer um destes.

É que, conforme sustenta Marcelo Cattoni⁷⁴:

“O Direito deve fundar-se tão-somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa “vontade geral” republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões.”

Afirme-se, então, que os almejados *policentrismo* e *comparticipação* têm por finalidade redimensionar e equilibrar as perspectivas liberais e sociais do processo, de forma que as responsabilidades uma vez assumidas por todos os agentes que tomam parte do processo (e, por certo, uma reivindicada mudança de mentalidade na prática de suas atividades) possa efetivamente ensejar a sua almejada democratização.

Saliente-se, por oportuno, que sustentar a necessidade de superação do protagonismo judicial não significa defesa intransigente do distanciamento judicial em relação aos problemas sociais e com a realidade extra-autos, como se o magistrado exercesse mecanicamente suas funções de aplicar o Direito, alheio a tudo que se passa no âmbito da sociedade. A crítica é direcionada à indicação, como *única* solução possível, da postura *ativista* e de sistemática criação por parte do magistrado, atribuindo-se ao órgão judicial um exacerbado privilégio cognitivo no sistema jurídico.

O que pretende o movimento pela democratização do processo não é o aumento dos poderes das partes em contraposição aos do juiz ou vice-versa, mas sim uma equilibrada divisão de tarefas entre eles, de forma a que sejam aproveitados os aspectos positivos tanto dos movimentos liberais quanto dos movimentos sociais. Em outras palavras, o reconhecimento da necessária *interdependência* entre os sujeitos processuais.

Toda essa percepção, repita-se, somente demonstra a impossibilidade de uma análise segmentada do sistema processual e da atuação

⁷⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 142.

de seus sujeitos processuais, sendo certo que o estabelecimento de focos e de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de direito da modernidade.

Desta forma, somente a identificação da necessidade de uma *interdependência* entre os sujeitos processuais permitirá o estabelecimento de novos horizontes para o sistema de prestação jurisdicional, de forma que a estrutura normativa do processo e a cognição neste exercida garantam um fluxo discursivo *performativo* (leia-se, vocacionado ao entendimento), o que acabaria por conferir efetiva legitimidade aos provimentos exarados.

2.3.2 O novo enfoque ao princípio do contraditório e alguns aspectos práticos da proposta da democratização

A nova proposta de trabalho pretendida pela doutrina que sustenta a implementação do modelo democrático de processo tem como cerne, não resta a menor dúvida, o princípio do *contraditório* e sua necessária elevação na hierarquia dos princípios constitucionais e processuais (como já fora defendido ao longo da presente no que tange ao *formalismo-valorativo*). É a releitura adequada deste que vai garantir a pretendida implementação de uma co-responsabilidade e a garantia do exercício do controle sobre a atuação dos sujeitos processuais.

Certo é que, conforme já salientado, a *socialização* do processo representou o estabelecimento de uma ordem *assimétrica* entre os juízes e as partes, que trouxe como conseqüência o protagonismo judicial e, segundo se alega, o aviltamento e enfraquecimento do debate endoprocessual. O contraditório, então, sob esta ótica, estaria relegado a um mero direito de *bilateralidade* da audiência, representado pela necessidade de que as partes fossem informadas dos atos do processo e pela simples possibilidade de manifestação – geralmente posterior – sobre os mesmos. Em outras palavras, o contraditório estaria equivocadamente se transmudando de um valor que garantiria a influência das partes (de forma a até mesmo compensar eventual desigualdade entre as mesmas), para um instituto de aplicação meramente formal, numa lógica mecânica e burocrática de direitos e obrigações procedimentais.

Ocorre, porém, que à medida que os poderes do julgador são historicamente incrementados, impõe-se, de outra forma, como condição de legitimidade da decisão, o dever de informar às partes as iniciativas e atitudes que pretende implementar, possibilitando a discussão e o respeito ao dever de *esclarecimento judicial* a cada etapa do procedimento, evitando-se assim os chamados *juízos-surpresa*⁷⁵.

Neste contexto, apresenta-se o contraditório como uma espécie de *garantia de não surpresa*⁷⁶ que exige do magistrado o dever de provocar, tanto quanto possível, o debate acerca das questões importantes para o deslinde da causa, aí incluídas aquelas que, por força de lei, deve conhecer de ofício. Busca-se, com isso, impedir a aplicação de normas ou a utilização de fundamentos estranhos à dialética argumentativa de uma ou de ambas as partes.

E a pedra de toque para que sejam evitadas tais *decisões-surpresa* é, conforme apontado, o reforço do princípio do contraditório, fomentando-se o diálogo permanente entre os sujeitos do processo. Assegura-se, portanto, que somente argumentos fundamentados normativamente e submetidos à apreciação das partes possam ser utilizados na solução do conflito, impedindo-se assim, de outra forma, que estratégias persuasivas de uma das partes que esteja bem assessorada se sobreponham. E, claro, sem que haja qualquer antecipação de ordem conceitual ou ideológica do juiz na condução do processo.

Na linha do que expõe esta doutrina, observem-se os ensinamentos de Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho, para quem⁷⁷:

“O importante é que a atuação do juiz no decorrer do processo como procedimento em contraditório não deve pender para a realização antecipada de suas opções ideológicas (...) sob pena de macular a legitimidade da decisão. É somente na decisão é que elas devem aparecer, de maneira fundamentada”

⁷⁵ Segundo afirma Dierle Nunes, “Na verificação do Direito estrangeiro, percebe-se que não é recente a preocupação com essas decisões. Pollak, em 1931, ao comentar a ZPO austríaca, afirmava que o Tribunal não deve surpreender as partes na sentença com pontos de vista jurídicos não analisados na fase preliminar: se o Tribunal viola esse dever, o procedimento é viciado.” NUNES, *op. cit.*, p. 231.

⁷⁶ Como exemplo do que define esta doutrina como “juízo-surpresa”, observe-se o que sustenta a doutrina: “A colocação de qualquer entendimento jurídico (v.g. aplicação de súmula da jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores) como fundamento da sentença, mesmo que aplicada ex officio pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa. NUNES, *op. cit.*, p. 229.

⁷⁷ ROSA; SILVEIRA FILHO, *op. cit.*, p. 83.

Neste sentido, observa-se que, para além da verificação, sob o prisma constitucional, do modo de se entender e aplicar o contraditório, visando à efetiva implementação das reivindicadas *comparticipação* e *policentrismo* processual, torna-se necessária a criação de aspectos de ordem técnica para o dimensionamento dos procedimentos por meio de fases (ou etapas) cognitivas que se ajustem a uma efetiva democratização do processo.

Assim, com esta finalidade, sustenta-se a necessidade de estruturação dos procedimentos em forma *bifásica*, com a primeira destas fases sendo destinada à preparação do debate (v.g., com uma audiência preliminar), sendo nesta construído um modelo que fomente o debate por todos os sujeitos do processo, sem qualquer sobreposição ou protagonismo de qualquer deles. Nesta fase, ainda, seriam apresentados e depurados todos os elementos fáticos e jurídicos envolvendo o caso concreto (v.g., com a troca de petições escritas). Numa segunda fase já estariam as partes cientes de todos os argumentos relevantes apresentados, sendo então procedida a colheita das provas e a discussão sobre as mesmas e os pontos centrais da demanda.

Trata a proposta de modelo bastante assemelhado ao que já existe no CPC brasileiro, cujo art. 331 prevê a realização da audiência preliminar, que tem como uma de suas finalidades o fomento à conciliação entre as partes. Ocorre, porém, que a doutrina da democratização do processo critica a utilização prática da audiência, como se observa na seguinte passagem contundente da obra “Processo Jurisdicional Democrático”⁷⁸:

“No entanto, ela (a audiência) não é obrigatória (desde a Lei 10.444/02) e, infelizmente, é vista tão-somente como locus de tentativa de conciliação e de saneamento pro forma, sem que seja levada a sério sua função principal: a preparatória.

Os pontos controvertidos, quando, excepcionalmente, são fixados, limitam-se à percepção da controvérsia fática, uma vez que a normatividade aplicável fica ilhada na mente do decisor até a futura decisão (que será, muitas vezes, de terza via interpretativa, ou seja, de surpresa). E, mais, a fixação ocorre pelo juízo solitário do magistrado, de maneira que nem mesmo se cogita da participação das partes e advogados nesse momento.(...)

Aplica-se, desse modo, no Brasil, o adágio lura novit curia, como se a aplicação do direito devesse ficar sob a responsabilidade única do magistrado, cabendo às partes (como meras colaboradoras) subsidiá-lo com os fatos.”

⁷⁸ NUNES, *op. cit.*, p. 244.

Na mesma linha da contestação que é feita à inexistência prática de uma efetiva busca pelo consenso e pela verificação de que o contraditório é muitas vezes colocado em segundo plano, observa-se que, no âmbito jurisdicional (especialmente pelo STF, o que seria um tanto mais grave), o princípio é visto somente sob seu aspecto formal, inadmitindo-se os recursos extraordinários que são interpostos com a finalidade de se discutir o não atendimento ao contraditório sob o argumento tantas vezes citado de que a ofensa ocorrida não se deu de forma direta, mas sim reflexa, além do que a análise da violação do princípio demandaria o reexame fático da matéria e eventualmente de questões de índole infraconstitucional.

Assim, propugna este movimento pela democratização do processo o restabelecimento do contraditório ao posto de princípio constitucional fundamental, eixo estrutural da democracia, assegurando-se o exercício da autonomia pública e privada, através da participação no processo de formação da decisão.

Propõe-se, então, a observância prática dos seguintes aspectos:

- a) atos de comunicação processual em grau máximo: desde a citação regular, dando ao réu a exata dimensão do que contra ele é pleiteado, até as intimações necessárias em relação a todos os atos subseqüentes do procedimento, permitindo-se às partes o pleno exercício do seu direito de defesa;
- b) amplo direito à prova, somente sendo indeferidas aquelas que se apresentem como absolutamente desnecessárias ou desvinculadas do objeto litigioso ainda pendente de esclarecimento;
- c) direito de contraposição à prova produzida pela parte contrária ou aquelas cuja produção tenha sido determinada de ofício pelo juiz e, por fim,
- d) o direito de ver seus argumentos levados em consideração por um juiz isento e sem conceitos previamente concebidos, que decida a causa com base nas provas e elementos exclusivamente auridos do debate processual⁷⁹.

⁷⁹ Por certo que a doutrina da democratização do processo não exclui, de todo, a possibilidade de que o juiz traga ao processo elementos que não tenham sido introduzidos exclusivamente pelas partes, o que representaria a veiculação de fundamentos teóricos que, *ab initio*, já seriam contrários à estrutura processual brasileira, mas sim que na eventualidade de ocorrência de uma tal hipótese, que o fundamento que não tenha sido trazido pelas partes ou que não tenha sido

2.3.3 O combate à rapidez e à celeridade como critério único de aferição da eficiência do sistema

Mais dois aspectos das perspectivas apresentadas pela doutrina da democratização do processo merecem ainda destaque: o primeiro deles, aqui analisado, refere-se à sobrevalorização da *rapidez* do processo. Assim, conforme já fora observado pela doutrina do formalismo-valorativo, há no direito brasileiro da modernidade uma perceptível tendência à elevação da *celeridade* processual a critério definitivo a comprovar se um determinado sistema de prestação jurisdicional é ou não eficiente. Nesta linha evolutiva, as alterações implementadas na legislação processual ao longo de anos recentes (fundamentalmente a partir dos anos 90) tem apresentado como característica marcante a supervalorização da rapidez procedimental e da eficácia medida em termos de quantidade de processos julgados em determinado período de tempo⁸⁰.

Assim, afirma-se que tais alterações, ao invés de instaurarem um modelo *social* de processo, estabeleceram, em muitas hipóteses de aplicação, o chamado *neoliberalismo processual*, com a massificação dos julgamentos e a redução do processo, em seu aspecto técnico, a mera formalidade, e sua função legitimadora e formadora dos provimentos a mera função legitimante das concepções judiciais, que podem corroborar os interesses, fundamentalmente, da administração do Poder Judiciário.

Com efeito, na conformidade do que preconiza a doutrina da democratização do processo, referido discurso de celeridade a todo custo e de produtividade quase industrial possui como consequência o afastamento da legitimidade do provimento ou, em outras palavras, de sua *adequação constitucional*, que demandaria, para se fazer presente e como corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o julgamento efetivo das

ainda apreciado por elas somente possa ser utilizado após ter sido efetivamente submetido ao contraditório *antes* da prolação da decisão.

⁸⁰ Uma boa medida do que é afirmado pode ser verificado na publicação da revista *Anuário da Justiça – Rio de Janeiro 2010*, que tem como título “O Tribunal mais rápido do País” e como subtítulo: “- No TJ do Rio, um recurso leva só 80 dias para ser julgado”. Mais adiante, do texto de apresentação, extrai-se que “Uma boa ideia do padrão de eficiência do TJ-RJ pode ser dada pelo seu desempenho na Meta 2, a proposta do Conselho Nacional de Justiça estabelecida no ano passado para que todos os tribunais do país zerassem o seu estoque de processos pendentes que haviam dado entrada até 31 de dezembro de 2005. O TJ fluminense colocou como alvo o maior volume de processos entre os 91 tribunais do país: 916 mil processos. Conseguiu reduzir o estoque de atrasados em 82% do total, para pouco mais de 130 mil.”

especificidades do caso concreto. Bem ao contrário, porém, o que se pretende com a celeridade é o julgamento, em bloco, de milhares de casos partindo-se de uma predisposta identidade entre eles.

Julgamentos massificadores e em larga escala que se observam, por exemplo, nos casos de repercussão geral, de recursos repetitivos (art. 543-A e B do CPC) e também nos casos de indeferimento liminar da petição inicial (art. 285-A), numa situação em que o Poder Judiciário acaba por julgar *teses jurídicas* e não os casos concretos que lhe são submetidos.

Tal situação de busca incessante da celeridade (finalidade meramente funcional e de produtividade do sistema) é profundamente danosa, uma vez que se revela incompatível com a pretendida perspectiva democrática do processo.

2.3.4 A necessária adesão das partes e advogados à ideia da democratização do processo

Não é de todo estranha à doutrina da democratização do processo a necessidade de que a postura processual para a qual se propõe uma modificação estrutural seja não só a do magistrado, mas também (e com igual importância), a dos demais sujeitos do processo. Autor e réu, sujeitos *parciais* do processo, devem adequar suas ações estratégicas à ideia de responsabilidade compartilhada e participação na prática dos atos processuais e no processo de formação da decisão judicial.

Trata-se, em última análise, da identificação de que a democratização tem como viga mestra a várias vezes citada *interdependência* entre todos os sujeitos processuais, que, a seu turno, apresenta como premissas uma magistratura consciente de seus deveres e uma advocacia com formação técnica apurada e também consciente de suas responsabilidades no exercício de suas funções. Faz-se necessário, assim, reafirmar a responsabilidade das partes e advogados como forma de se garantir, segundo se defende, um sistema dinâmico, policêntrico e vinculado a uma participação cidadã.

Se do juiz se vai exigir uma atividade vocacionada ao entendimento de todos os envolvidos, respeitando-se o contraditório em busca de provimentos legítimos e não meramente funcionais, de fins estratégicos e voltados para o

atingimento de metas, também das partes se passa a exigir uma atuação comprometida.

Assim, sabe-se que as partes atuam em perspectiva estratégica no processo e este é seu papel. Neste passo, não se defende que as partes deixem de visar ao acolhimento de seus interesses, do reconhecimento de seu direito em detrimento dos objetivos da outra parte, mas sim que saibam manejar as técnicas processuais de modo responsável, evitando-se práticas espúrias de abuso do processo e má-fé nesta atividade.

Dada a importância capital do comportamento das partes para a democratização – cerne do presente trabalho, o tópico será tratado, de forma minuciosa, no capítulo seguinte.

3 O COMPORTAMENTO ÉTICO DAS PARTES COMO PRESSUPOSTO DA COLABORAÇÃO PROCESSUAL E DA DEMOCRATIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Destina-se o presente capítulo ao estudo da atividade das partes no processo (e, por certo, também da de todos os que de qualquer forma dele participam), investigando-se a imprescindibilidade da observância de um comportamento ético, probo, leal como pressuposto à implementação de uma nova sistemática de prestação jurisdicional, onde a reivindicada maior participação das partes, o incremento ao contraditório e a pretendida democratização possam ter lugar, em um ambiente onde a decisão proferida possa ser justa e efetiva.

Com esta finalidade, elementos como a lealdade processual e o dever de veracidade serão aqui investigados sob o título *aspecto positivo da atividade das partes*, da mesma forma que o abuso do processo (ou abuso de direito processual) e a litigância de má-fé serão temas abordados sob o ângulo do *aspecto negativo da atividade das partes*, a partir de sua origem inequívoca que é a teoria do abuso no âmbito do direito civil.

Ainda sob este enfoque, será estudado, no presente tópico, até que ponto se pode exigir lealdade no comportamento das partes em uma demanda judicial, tendo em vista que estão na relação processual defendendo seus próprios interesses, não se lhes exigindo, sob qualquer aspecto, que ajam de forma imparcial como o órgão julgador. Em outras palavras, pretende-se investigar quais os fundamentos que podem ser invocados como freios à ampla liberdade de utilização dos meios, instrumentos e armas que são colocados pela lei à disposição dos litigantes, de forma a que se possa ter, no âmbito do processo civil, o estabelecimento de uma sadia relação jurídica, limitada, acima de tudo, pela noção de ética processual.

Assim, todos os estudos levados a efeito no presente capítulo tem por finalidade permitir a abordagem apresentada no último de seus itens (3.4), através da qual se pretende demonstrar que o estabelecimento de uma nova estrutura processual, através de uma distribuição mais equânime de tarefas, compaticipação, policentrismo e, em última análise, a democracia processual, somente poderá ser efetivamente levado a efeito com uma mudança de postura

não só do magistrado, mas também e principalmente das próprias partes e seus advogados.

3.1 A atividade das partes vista sob o aspecto positivo: Lealdade processual e Dever de Veracidade

3.1.1 O princípio da lealdade processual: conteúdo

Principia-se a presente abordagem com uma observação: por uma razão de encadeamento lógico, jamais se chegará à definição de abuso do processo ou litigância de má-fé (aspectos negativos do comportamento processual vistos no tópico seguinte), sem que haja a identificação precisa do que delas se pode esperar na condução do processo. Em outras palavras, não se pode impor qualquer tipo de sanção sem que, em momento prévio, haja a fixação do que pode e do que não pode ser exigido de autor, réu e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo. Somente com a determinação *a priori* do que se deve entender por *lealdade* é que se poderá ver configurada eventual conduta desleal ou ímproba no âmbito do direito processual.

Cumpra-se que sejam estabelecidas, portanto, algumas noções essenciais acerca do conteúdo valorativo presente no vocábulo “lealdade”, o que pode ser feito, em nível introdutório, através de uma análise filológica. Com esse intuito, observa-se que *lealdade* pode ser entendida, num primeiro momento, como: a) qualidade ou procedimento de quem é leal; retidão; probidade ou b) sinceridade, franqueza, honestidade⁸¹. De outra fonte, porém com igual desiderato, *lealdade* é definida como: a) fidelidade, a qualidade de leal (que por suas vez significa “conforme as leis da probidade e da honra, digno, honesto, franco, sincero) ou b) ação leal⁸².

Sob o prisma que interessa de perto ao presente estudo, a lealdade *processual* é uma sub-espécie peculiar de lealdade, voltada que é para a análise da postura e das atividades desempenhadas pelos indivíduos que, em maior ou menor escala, tomam parte do sistema estatal de prestação jurisdicional, sendo a

⁸¹ Dicionário Enciclopédico Ilustrado: Veja Larousse – São Paulo: Editora Abril, 2006, p. 1526

⁸² MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 1236.

finalidade do estudo levado a efeito a fixação, em linhas gerais, dos parâmetros comportamentais a serem observados pelos sujeitos do processo⁸³.

Neste sentido, se é certo afirmar que o processo representa um instrumento *estatal* por excelência para solução de conflitos, a perspectiva que se pretenda ver implementada quanto ao dever de lealdade deve, necessariamente, passar pela superação do interesse privado e casuístico das partes (o tema será retomado em item subsequente), ainda que ele, processo, apresente de forma inarredável, uma estrutura de contraposição entre os interesses conflitantes de autor e réu.

Com efeito, se é correto afirmar que, na defesa de seus legítimos interesses, possam as partes apresentar suas razões e utilizar todos os instrumentos legais para fazer valer seu direito em detrimento daquele sustentado pelo outro litigante, não se pode admitir, por outro lado e sob qualquer enfoque que se pretenda dar à questão, que essa prerrogativa se apresente de forma absoluta, imune a qualquer tipo de limitação, especialmente de ordem ética.

Neste sentido, Liebman⁸⁴ já falava, ao comentar o art. 88 do Código de Processo Civil italiano, que

“O processo civil, com sua estrutura de contraditório, em que a cada parte é confiada a missão de sustentar as próprias razões, é essencialmente refratário a uma rigorosa disciplina moralista do comportamento das partes (...) Mas é certo que também a habilidade e a sagacidade deve ter um freio e não podem ultrapassar certos limites, que o costume e a moral social estabelecem e, para os defensores, também parte da exigência de correção profissional. É isto que a lei quis dizer impondo a obrigação de lealdade e probidade.”

E prossegue o ilustre doutrinador italiano⁸⁵:

“A fórmula da lei, necessariamente elástica e genérica, deve ser adaptada pelo intérprete à variedade dos casos e das circunstâncias. Ela significa, em substância, que, embora no processo se trave uma luta em que cada um se vale livremente das armas disponíveis, essa liberdade encontra limite no dever de respeitar as regras do jogo, e estas exigem

⁸³ De se notar, à guisa de ilustração, que o mencionado dicionário Michaelis registra a antonímia entre lealdade e *hipocrisia*. No âmbito jurídico, é certo que a doutrina processual já trabalha com um conjunto de nomes que dão a ideia de antagonismo à lealdade, como *improbidade, má-fé, deslealdade ou abuso processual*. Ainda não se cunhou a expressão *hipocrisia processual*, provavelmente por sua alta carga pejorativa e demeritória, sendo de se considerar, porém, que talvez seja de perfeita adequação ao que se observa em diversas posturas assumidas pelos sujeitos do processo.

⁸⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil – Volume I*. Tocantins: Intelectos, 2003, p. 113.

⁸⁵ *Idem, ibidem, p. cit.*

que os contendores se respeitem reciprocamente na sua qualidade de contraditores em juízo, segundo o princípio da igualdade das suas respectivas posições”

Na esteira do que doutrina Liebman, pode-se afirmar que o dever de lealdade processual configura um nítido limite legal à liberdade de atuação das partes, tendo em vista a necessidade de que sejam preservadas outras liberdades e garantias do processo, para que seja assegurada a estrita observância às “regras do jogo”.

Sob o ponto de vista histórico, observa-se que, com a concepção publicística do processo, principiava-se uma nova etapa do desenvolvimento da ciência processual. Uma fase em que o processo, como instrumento estatal de solução de conflitos, passava a sofrer, a partir de então e de forma mais incisiva, os influxos das regras de natureza moral, reconhecendo-se que não se poderia exercer um direito esvaziado de seu conteúdo ético.

A mudança é visível especialmente porque o princípio dispositivo, na forma como fora concebido e tendo em vista a importância por ele assumida na fase liberal (ou privatística) do processo, serviria como fundamento para a resistência inicial à ideia de que eram necessários mecanismos de controle ético da atuação das partes no processo, já que era o mesmo concebido como *locus* onde as partes disputariam de forma ferrenha, valendo-se de todas e quaisquer armas, a prevalência de seus direitos, o que trazia como consequência a absoluta impossibilidade de exclusão do processo civil, *a priori*, da malícia, da habilidade e do conjunto de paixões e sentimentos próprios dos envolvidos na demanda.

Porém, também nesta mesma abordagem histórica observou-se (v. cap.1) que o modelo liberal foi sendo superado pelo movimento de publicização do processo, sendo certo que, ainda que se possa considerar o princípio dispositivo como um componente importante do processo civil, dada a sua larga utilização nesta seara, seu alcance e conteúdo não podem sobrepor-se de maneira categórica à necessidade de ética no processo, sob pena de se fazer tabula rasa do principal objetivo deste que é, em última análise, a pacificação dos conflitos com *efetividade*.

Sob este mesmo enfoque, verifica-se que a referida publicização traz consigo a noção fundamental de que, ainda que o processo pudesse ser associado a um combate entre as partes litigantes e, por conta disso, fosse

natural que houvesse a utilização de certa habilidade para a prevalência de seus direitos, era imprescindível, por outro lado, para a própria sobrevivência do sistema, que fossem combatidos os excessos e abusos “estratégicos”.

Sobre a importância da lealdade processual, neste contexto, esclarece Valentino Aparecido de Andrade, em sua obra *Litigância de má-fé*, que:

*“Provocando a aferição sobre a licitude em si das condutas praticadas pelas partes, tornou-se a lealdade processual, assim, o leitmotiv da reflexão axiológica no campo do processo civil. Ideava-se a partir dela um processo ético que combatesse a chicana e impedisse qualquer expediente abusivo, o que não se mostrara possível durante o tempo em que no processo vingara um agnosticismo axiológico.”*⁸⁶

A lealdade invade, assim, o campo do direito processual a partir do momento em que a ética e as regras morais passam a atuar *pari passu* com a técnica do processo, compreendendo-se que nem a demanda nem a defesa constituiriam direitos absolutos e ilimitados, imunes a qualquer tipo de abuso. A realidade prática fez reconhecer que os mesmos abusos de direito que eram objeto de investigação por parte da doutrina havia muito anos (tema abordado no tópico seguinte), também se faziam presentes no âmbito do processo, de forma que se tornou necessária a imposição de freios a determinadas práticas antiéticas e ímprobas (fundamentalmente das partes e seus advogados) observadas na dinâmica do procedimento judicial, o que foi feito, em grande parte, pela institucionalização do princípio da *lealdade processual*, inclusive através de sua positivação no direito brasileiro.

Neste sentido, vale a transcrição do que é aduzido por Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça e autor do projeto do CPC/73, em palestra intitulada “*Linhas Fundamentais do Sistema do Código de Processo Civil Brasileiro*”, proferida na Universidade de Keyo⁸⁷:

“Dado o seu caráter dialético, o processo civil se desenvolve como um luta contínua entre as partes, à semelhança de uma batalha. (...) Mas sendo o processo civil um instrumento que o Estado põe à disposição das partes para a atuação do direito, afigurou-se ao legislador moderno que os litigantes não poderiam servir-se dele, faltando à verdade, obrando com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos. Tal

⁸⁶ ANDRADE, Valentino Aparecido de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 45

⁸⁷ BUZAID, Alfredo. *Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil Brasileiro in Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2002, p.38.

comportamento não se compadece com os superiores interesses da administração da justiça. Reagindo contra o excesso de liberdade assegurada às partes, não titubearam os Códigos modernos em limitá-la, impondo aos contendores o dever de dizer a verdade e de atuarem em juízo com lealdade e boa-fé.”

Sobre o tema objeto do presente tópico há variados trabalhos doutrinários, revelando-se absolutamente úteis, dentre outros, os ensinamentos apresentados pelo ilustre professor Leonardo Greco que, após reconhecer a dificuldade na definição de *lealdade processual*, procurou associá-la a três aspectos do comportamento humano: a *probidade*, a *honestidade* e a *boa-fé*, sendo as duas primeiras exigências feitas às partes, no *iter* processual, tanto em relação ao juiz, como também reciprocamente, ao passo que a ideia de *boa-fé* está relacionada à necessidade de que as partes realmente acreditem na procedência de suas postulações.⁸⁸

Assim, na escorreita dicção do princípio da lealdade, significa este, em linha de princípio, que as partes somente devem postular o que entendem honestamente ser legítimo, fazer alegações que saibam ser verdadeiras, e aduzir fatos em cuja existência realmente acreditem.

Com relação ao advogado, deve ele ser não somente fiel ao cliente, mas também – e com igual intensidade – ser fiel ao aparelho judicial estatal, por força de seu dever profissional e de seu compromisso de lealdade com a *justiça*, da mesma forma como deve ser leal também à parte contrária, respeitando a posição antagônica e se abstendo de praticar ilegalmente atos de frustração do direito do *ex adverso*⁸⁹.

Uma definição hermética do princípio ou dever de lealdade, porém, é tarefa de difícil ou impossível alcance. Por outro lado, tentativas de caracterização

⁸⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil - vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 562.

⁸⁹ Grande parte do possível descompasso verificado entre a exigência de lealdade e o que se observa no cotidiano forense brasileiro pode ser creditado, segundo afirma Greco, à deficiência de nosso sistema processual, que não aprofunda as relações de confiança entre os juizes e os advogados (ao contrário do que acontece, v.g., nos sistemas americano e japonês), de forma a que, partindo-se do princípio que os advogados estariam atuando sempre de forma ética e proba, qualquer ato de deslealdade praticado no processo seria creditado às partes, o que facilitaria a imposição de sanções. Em nosso sistema, muitas vezes a punição é deixada de lado por acreditar o órgão judicial que a conduta desleal advém do próprio advogado, o que acabaria por configurar injustiça tremenda a imposição de qualquer penalidade à parte que não teve absolutamente nenhuma ligação com o ato praticado. Em nosso sistema, o distanciamento entre juizes e advogados acaba por comprometer a confiança no processo, por força da incerteza quanto à segurança e à validade dos atos praticados no processo. GRECO, *op. cit.*, p. 563.

de seu conteúdo são diversas vezes encontradas em sede doutrinária. Assim é que referido dever é comumente identificado como: a) um *conjunto de regras* entrosadas, mediante as quais se traçam limites socialmente aceitáveis de comportamento, que as partes devem observar ou b) como *freios* limitativos que a moral e os costumes impõem aos litigantes e a seus defensores (estes últimos também sujeitos às regras de ética profissional) na condução do processo⁹⁰.

Em trabalho lapidar, intitulado “*Lealdade processual: elemento da garantia de ampla defesa em processo penal democrático*”, com o qual assegurou o título de pós-doutor em Direito, Rogério Bento do Nascimento, professor da Universidade Estácio de Sá, sustenta que

*“A lealdade processual dá margem a reconhecer a existência de um dever de não obstruir a jurisdição e a existência de um ônus de cooperação com a justiça material do julgamento. Não se trata propriamente de exigir boa-fé, exigência esta que está relacionada com a intenção do agir (...), trata-se de reclamar sinceridade no compromisso com o interlocutor. Ser leal é valorizar e respeitar a confiança pressuposta nas inter-relações. A má-fé será sempre desleal e deslealdade prescinde de má-fé. Acreditar que está enganando o outro por uma boa causa não torna a atitude leal.”*⁹¹

O que se pretende nesta quadra é a indicação de alguns parâmetros, alguns contornos que podem auxiliar os envolvidos no processo de solução estatal dos conflitos de interesse, orientando seu próprio comportamento dentro do processo, exercitando um exame crítico sobre a conduta da parte contrária e permitindo ainda que o órgão judicial possa cumprir sua função de garantidor do devido processo, até porque, uma vez mais utilizando-se as investigações levadas a efeito por Rogério Nascimento e fazendo-se, por certo, as devidas adaptações para o âmbito do processo civil, é possível observar que:

*“Lealdade, portanto, envolve: intenção, alteridade, compromisso, preservação da confiança com a consideração da posição, dos interesses, motivos e razões dos outros”*⁹². Vai além do conceito de

⁹⁰ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007, p.132.

⁹¹ NASCIMENTO. Rogério José Soares Bento do. *Lealdade processual: elemento da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Tese de pós-doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Paraná no ano de 2009, ainda sem publicação.

⁹² Motivo é unilateral, tem ligação com a vontade, é causa subjetiva da atividade do agente; fundamento é objetivo, compartilhado, são as condições que possibilitam a ação; razão é o exame

fairplay. Não exige convergência ou concordância, mas exige não induzir o outro a erro, o que não quer dizer que não possa surpreender. É possível surpreender permanecendo leal. A informação prévia sobre o que se irá fazer não é uma condição necessária da confiança, depende de haver um pacto ou uma regra atribuindo tal dever. (...) Cabe exigir lealdade processual em seu duplo papel de proteção dos direitos fundamentais e de garantia da qualidade e da credibilidade do julgamento.”

A lealdade processual, portanto (ainda que não se lhe possa atribuir um conceito hermético), é valor fundamental do processo e dever a ser irrestritamente observado por todos quantos participem do procedimento, como condição para que se possa chegar a uma prestação jurisdicional justa, efetiva e adequada ao caso concreto.

3.1.2 O dever de veracidade: origens e conteúdo

Muitas vezes inserido no contexto da *lealdade* processual, e desde o direito antigo (e quase sempre) identificado como a sua mais remota derivação, o *dever de veracidade* está presente no processo como uma de suas mais eloquentes reivindicações de fundo ético. A exigência, porém, não é nova (sequer recente).

Ab initio, cumpre delimitar o tema que será objeto de investigação no presente tópico. Não se pretende aqui, em absoluto, uma abordagem conclusiva sobre o que representa a *verdade*. Pretendê-lo nesta sede é imprudência que o autor da presente não tem a intenção de cometer, tendo em vista a imensidão em que se encontra situado o tema, com diversos contornos, não só jurídicos, como também sociológicos, filosóficos e religiosos. Ao fim e ao cabo, trata-se de questão presente em praticamente todos os ramos do conhecimento humano, sendo que, no mais das vezes, são inconclusivos os estudos levados a efeito. Por certo, nem mesmo a *verdade processual* estaria imune a uma análise mais extensa, que se revelaria de todo incompatível com os limites já fixados para o presente trabalho.

Para o que aqui se pretende demonstrar, configura excelente introdução – e apenas para este fim – a visão de BARBOSA MOREIRA acerca do

consciente e refletido da meta-objetivo a alcançar, o interesse visado, dos fundamentos objetivos supostos como possibilitadores e do motivo, exteriorizada na decisão de agir.

dever de veracidade como sendo aquele que tem as partes de fazer corresponder suas alegações à *realidade*.⁹³

Porém, a questão merece uma investigação mais detida, com a apresentação de relevantes considerações de cunho histórico, com o intuito de que, mais adiante, se retome a questão do efetivo *conteúdo* do dever de veracidade e de quem se o exige.

Assim, no primeiro de seus dois ensaios que se tornariam referência no trato do tema, Kaethe Grossmann identificava, já em 1945, a presença do dever de veracidade nas mais diversas sociedades e nos mais variados sistemas jurídicos⁹⁴.

Sustenta o autor que na tradição bíblica já identifica-se como fonte da exigência a “*profunda compenetração dos indivíduos pelas ideias religiosas, que influíam em todos os seus conceitos e ações, inclusive nos que se referiam ao direito*”⁹⁵. Por este motivo, a mentira não só era considerada antijurídica, mas também “pecado”, dispensando previsão legal expressa para a sanção à sua prática.

No processo civil grego, a seu turno, o fundamento residia no alto nível de ética dos gregos, afirmando o ensaísta que encontram-se provas da efetiva existência de um dever de veracidade neste sistema, embora os pormenores de sua aplicação sejam desconhecidos. Identifica-se, ainda, a exigência de que as partes, antes de entrar na discussão do caso, prestassem *juramento* no sentido de que iriam sustentar suas alegações e apresentar suas defesas convencidos da existência de seu direito, acarretando a violação a esse compromisso a aplicação de penalidades ao litigante malicioso. Segundo sustenta Grossmann, a amplitude da fórmula do juramento fazia com que o dever compreendesse simultaneamente as alegações de fato e as questões de direito e o pedido correlato.

Em outra senda, no processo civil romano, considerava-se a investigação da verdade como objeto fundamental da ação, tendo em vista a percepção de que os institutos processuais que tinham este fim existiam, não no

⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro *in Temas de Direito Processual – 1ª. Série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.17.

⁹⁴ GROSSMANN, Kaethe. O dever de veracidade no processo civil (exposição de direito comparado) *in Revista Forense*, vol. 101. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

⁹⁵ GROSSMANN, *op. cit.*, p. 279

interesse dos particulares, mas em benefício de toda a comunidade, aplicando-se, por este motivo, severas medidas para prevenção da mentira processual. Previasse, então, o chamado *juramento de calúnia*, como medida de defesa contra este comportamento do litigante, através do qual as partes poderiam exigir mutuamente o dever de veracidade, comprometendo-se ambos a evitar a violação das normas processuais e manifestando sua convicção na justiça de suas pretensões. Neste contexto, toda declaração fraudulenta era punida como calúnia, vigorando a exigência desde esta época até os últimos tempos do Império Romano, ainda que com algumas interrupções.⁹⁶

Assim, inequívoca a presença do dever de veracidade no processo romano, contendo as *Instituições* de Gaio e de Ulpiano enumeração das sanções contra a atuação desleal no processo, denominadas *poena temere litigantium*, considerando-se como “temeridade” não a simples desatenção ou ignorância, mas fundamentalmente, a *malícia*.

Neste passo, estaria caracterizada a calúnia não só na alegação de fatos falsos (aí incluída a apresentação incompleta dos fatos, com a supressão de circunstâncias relevantes), como também na reclamação de vantagens pecuniárias sabidamente infundadas, na pretensão a direitos evidentemente inexistentes, no excesso de pedido sobre créditos comprovados etc. Na instância perante o juiz, prestava-se o juramento de calúnia, que poderia ser tomado de ofício e cuja violação acarretava a condenação da parte ao dobro ou triplo da soma reclamada, caso fosse o *réu* o violador, e um percentual do valor pleiteado, no caso de ter o *autor* adotado uma conduta processual inidônea.

Além das penas processuais e eventualmente das criminais, os Digestos tomam por inexistente a coisa julgada em relação a sentenças proferidas em processos onde a deslealdade restara configurada.

Havia no direito romano, ainda, uma interessante medida preventiva da violação ao dever de veracidade e tida por garantia aos advogados. Trata-se da imposição a estes para que renunciassem ao mandato quando se convencessem da falsidade das alegações ou da manifesta improcedência da pretensão da parte cujos interesses patrocinam, ficando esta privada do direito de nomear novo mandatário.

⁹⁶ GROSMANN, *op. cit.*, p. 280

Por fim, observa-se no Direito Canônico, por sua vez, uma clara inspiração no direito romano e em seu *juramento de calúnia*, sempre tomado quando surgisse a suspeita de processo desleal, que estaria configurado não só diante de toda e qualquer espécie de ato malicioso, mas especialmente com a mentira, ainda que esta não fosse a única espécie de deslealdade combatida⁹⁷.

A breve remissão histórica aqui levada a efeito tem por finalidade demonstrar: a uma, a existência do dever de veracidade e a exigência de comportamento ético nos mais antigos sistemas jurídicos de que a humanidade tem notícia e, a duas, a desnecessidade de uma proclamação ou previsão expressa, resultando a exigência, muitas das vezes, da própria estrutura do processo e das finalidades por ele visadas. Ademais, importa afirmar que representaria inominado retrocesso fechar os olhos, na alta modernidade, ao dever de veracidade quando se observa, em sistemas sociais e jurídicos bem menos articulados, a sua efetiva imposição. E com base nessa premissa pode-se sustentar que, ainda que a investigação da verdade possa não estar positivada em um determinado sistema jurídico, através de disposição expressa, como *objetivo* do processo, infere-se, sem qualquer sombra de dúvida, ser esse um de seus aspectos primordiais.

A corroborar este entendimento, diversos preceitos legislativos (no direito nacional ou estrangeiro) que apontam, direta ou indiretamente, para a busca da verdade como um valor fundamental do processo, como a possibilidade de o juiz esclarecer a *res in judicio deducta* através de perguntas formuladas aos demandantes, seus poderes instrutórios a permitir, em determinadas situações, a determinação de ofício da produção de determinada prova, a possibilidade de recurso contra a sentença fundada em erro, além de eventual arguição da suspeição ou impedimento do magistrado para o julgamento da causa, à míngua de dispositivo que consagre expressamente e de modo geral este dever, como um princípio processual.⁹⁸

⁹⁷ GROSSMANN, *op. cit.*, p. 281

⁹⁸ Grossmann, após discorrer sobre o dever de veracidade e dos institutos processuais que o prevêm nos mais diversos países, esclarece que todos eles "*mostram que o verdadeiro fim do processo é a descoberta da verdade e demonstram a existência do dever de veracidade. Efetivamente, é natural que a legislação que tenha estabelecido como fim do processo a descoberta da verdade não deixe de exigir das partes que se declarem absolutamente de acordo com a verdade.*" *Op. cit.*, p. 289.

Com efeito, nos países onde se opta expressamente pela positivação do dever de veracidade, como é o caso do direito brasileiro, observa-se que não só as normas e princípios relacionados a este dever em geral, mas também aquelas relativas à veracidade em pontos essenciais, de que são exemplo a repressão às impugnações manifestamente injustas quanto à autenticidade de documentos, a falsa negativa da própria assinatura, a alegação pelo mandatário de poderes que de fato não possui e a ocultação do paradeiro da parte que não se quer ver intimada, têm importância destacada⁹⁹.

Especificamente entre nós, o Direito brasileiro estabelece como primeiro dos deveres das partes e de todos os que de qualquer forma participam do processo o de *expor os fatos em juízo conforme a verdade* (art. 14 do CPC), além de caracterizar como litigância de má-fé (e condenar ao ressarcimento dos danos que a outra parte tenha sofrido) a *alteração da verdade dos fatos* (art. 17, II) sendo certo que este *munus* se aplica a qualquer tipo de processo (cognição, execução ou cautelar) e em todas as modalidades de procedimento (comum, ordinário ou sumário, e especiais)¹⁰⁰.

Porém, apesar da dicção expressa da legislação processual brasileira, a exigir-lhe a observância, o *conteúdo* do dever de veracidade não é definido em lei e, também por este motivo, é objeto de intensas controvérsias no âmbito doutrinário.

Principia Leonardo Greco, ao tratar do tema, sustentando que a *veracidade* é, antes de mais nada, um *dever* das partes, sendo grave erro supor que autor e réu (ou seus advogados) têm a “prerrogativa” de falsear a verdade,

⁹⁹ Kaethe Grossmann menciona que nem mesmo a defesa de interesse de hipossuficientes justifica o descumprimento do dever de veracidade, sendo esta a posição, segundo o autor, dos Códigos costa-riquense, belga e búlgaro. Menciona ainda o Código chileno, que nega à parte declarada pobre, mas que tenha agido *con notoria malicia*, a dispensa das penas processuais. (*op. cit.*, p. 284). Pode-se afirmar, outrossim, que o direito brasileiro anda nesta mesma linha, já que, no âmbito dos juizados especiais, dispensa, em primeiro grau de jurisdição, o pagamento de custas, taxas ou despesas (art. 54 da Lei 9.099/95), mas condena o vencido ao pagamento destas e dos honorários advocatícios em caso de litigância de má-fé (art. 55).

¹⁰⁰ Conforme sustenta Araken de Assis, trata-se de verdadeiro dever, na acepção técnica da palavra, não se cuidando, em absoluto, de *onus*, uma vez que a lei não conferiu às partes a faculdade de determinar o próprio comportamento, visando a alguma vantagem, mas sim objetivou disciplinar-lhes a conduta, tutelando interesse alheio. ASSIS, *op. cit.*, p. 17.

mentindo e ludibriando todos os demais sujeitos do processo sobre os fatos da causa¹⁰¹.

Kaethe Grossmann, no segundo dos trabalhos mencionados, tratando do mesmo tema *dever de veracidade*¹⁰², já agora sob outro enfoque, analisa o seu conteúdo observando que, ao longo do tempo, duas foram as teorias acerca do tema: a primeira, considerando as alegações da parte como *manifestação de vontade*, e que, por isso, por guardar esta característica, não se adequariam a indagações acerca de verdade ou mentira e, de outro lado, uma segunda teoria – esta prevalecente – associando tais alegações das partes à *exteriorização do conhecimento*, dizendo respeito à ciência dos *fatos* ou dos *direitos* que são afirmados, não se confundindo com meras declarações de vontade. Superada que acabou sendo a primeira das teorias – vigente no início do século passado – e prevalecendo a noção de veracidade como consciência do que se afirma, revela-se, pois, plenamente possível a imposição de sua observância na condução do processo e na apresentação de alegações pelas partes.

Sob outro enfoque, já agora em viés jusfilosófico, pode ser buscada a ideia de *verdade dos fatos*, desta vez sob um enfoque procedimentalista, associando-a a uma verdade ou certeza *processual*, que é dependente do sentido que se atribui ao estado de convencimento que se busca com a instrução (para preparação dos julgamentos) e que é resultado de um *consenso retórico*, produto do choque dialético de opiniões¹⁰³. Referida concepção decorre, por certo, da concepção habermasiana de razão comunicativa, que se presta a fixar o lugar do órgão judicial, no processo contraditório, como garantidor das *regras do jogo*, sem prejuízo do seu papel de decidir fundamentadamente¹⁰⁴.

Não obstante as relevantes considerações de viés filosófico apresentadas, observa-se que, em análise estritamente objetiva, algumas

¹⁰¹ O processo precisa ser ético, pois, caso contrário, o seu resultado não será confiável. Os advogados são co-responsáveis, ao lado do juiz, pela manutenção desse clima de lealdade, honestidade e boa-fé no processo(...). GRECO, *op. cit.*, p. 562

¹⁰² GROSSMANN, Kaethe. O dever de veracidade das partes litigantes no processo civil (aspecto doutrinário) *in Revista Forense* – vol. 102, p. 476-483. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

¹⁰³ NASCIMENTO, *op. cit.*

¹⁰⁴ “Verdade processual é substância sobre a qual se alcança uma concordância prática e provisória, independentemente das diferenças de motivação entre as partes que se contrapõe no debate ritualizado para aceitarem certa proposição (o acertamento de uma versão sobre os fatos objeto do processo)” NASCIMENTO, *op. cit.*

indagações acerca do dever de veracidade ainda restam irrespondidas, quais sejam: a) somente as *alegações* da parte, tomada sob o aspecto de *agir ativamente* estariam sujeitas ao dever de veracidade, ou também as *omissões* se sujeitariam a esta norma de conduta? b) referido dever refere-se tão somente aos *atos* alegados, ou também alcançaria o dever de veracidade quanto ao *direito* que se pretende ver aplicado? c) exige-se o elemento subjetivo para a caracterização da violação ao dever de veracidade, vale dizer, exige-se que a parte tenha consciência de que o fato alegado é falso ou, por outro lado, para afastar a incidência da norma, basta que esta *acredite* que sua informação é verídica? São questionamentos que se pretende ver elucidados nos tópicos seguintes.

Assim, quanto à primeira das questões levantadas, referente à possibilidade de violação do dever de veracidade através de *omissões*, é possível afirmar-se que no processo civil brasileiro o dever de veracidade é o resultado do somatório de dois diferentes aspectos a ele relacionados (diferentes porém complementares): 1) o primeiro deles, o dever de alegar somente fatos verdadeiros, abstendo-se de apresentar alegações fácticas que a parte saiba serem inverídicas; e 2) o dever de a parte alegar *todos* os fatos verdadeiros, abstendo-se de omitir dados relevantes de que tenha conhecimento e que eventualmente venham a favorecer, no caso concreto, o outro litigante. Trata-se, em última análise, de aplicação da fórmula do juramento clássico: dizer toda a verdade e nada mais do que a verdade¹⁰⁵.

Nesta linha de princípio, não só quando a parte apresenta fatos dissociados da verdade, mas também quando omite fatos relevantes ao deslinde da causa, estará caracterizada a violação ao dever de veracidade.

A segunda das questões diz respeito ao objeto, ao foco sobre o qual recai referido dever. Em outras palavras, o dever de veracidade incide somente sobre os *atos* alegados pela parte ou também o *direito* de que a parte se afirma titular deveria render-lhe homenagens?

¹⁰⁵ ASSIS, *op.cit.*, p. 23. Observa-se que, partindo dos fins sociais do processo civil e diante do que dispõe o art. 14, I do CPC, sustenta o autor que à parte não é possível a exposição da verdade somente nos tópicos que lhe interessa, senão que deve fazê-lo de forma integral, sob pena de violação de tais deveres e finalidades processuais.

Quanto ao tema, a regra geral fundada no adágio latino *iura novit curia* ou ainda o clássico *da mihi factum dabo tibi jus* evidenciam que o dever de veracidade recai tão-somente sobre os *atos* alegados pela parte, sendo certo que, sob este ponto de vista, é possível aos litigantes trazerem à colação, em suas peças processuais, somente os precedentes jurisprudenciais e os excertos doutrinários que remetam ao reconhecimento do *seu* direito, desde que não reste configurada litigância contra texto expresso de lei, vedada pelo art. 17, I do CPC, ou que sobre o texto de lei, julgado ou trabalho doutrinário não haja interpretação tendenciosa ou deturpada, o que sujeitaria o advogado às penalidades de seu órgão regulamentador¹⁰⁶. O dever de veracidade, assim, se harmoniza com o princípio dispositivo e respeita tão só aos *atos* constitutivos da *causa petendi* efetivamente deduzida¹⁰⁷.

A última das questões refere-se ao elemento subjetivo como requisito para que haja a violação do dever de veracidade, sendo certo que a matéria é controvertida em sede doutrinária. Sobre o tema, observa-se que a redação do art. 63, *caput*, do revogado CPC/39 valia-se, ao tratar do tema, da expressão *intencionalmente*, exigindo, portanto, a presença do dolo. A expressão, porém, não é reproduzida no art. 14, I do CPC/73. Contudo, a retirada do advérbio não tem o condão de afastar de todo a exigência, o que deve ser analisado casuisticamente. De todo modo, uma assertiva inicial se deve apresentar: a lei não reprova a parte que *acredita* no que afirma. Não é esta a sua intenção. Reprova-se, sim, a vontade de desfigurar o fato, até mesmo porque exigir a simples desconformidade objetiva entre a realidade e a afirmação pode revelar-se extremamente injusto.

Por oportuno, vale a transcrição do teor de conclusão apresentada por Araken de Assis sobre a questão:

“Em suma, as partes têm o compromisso com a chamada verdade objetiva – expõem os fatos tal como acreditam que realmente ocorreram. Não se exige correspondência objetiva com a realidade. Desta equivalência se encarregam as provas de apontar ao órgão judiciário a verdade – de toda sorte, o juízo a respeito é relativo. Por essa razão, o

¹⁰⁶ Neste sentido, o art. 34, XIV da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), dispõe que constitui infração disciplinar “*deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de documentos, depoimentos ou alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa.*”

¹⁰⁷ ASSIS, *op. cit.*, p. 24.

art. 469, II declara insuscetível de adquirir a autoridade de coisa julgada “a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença”.

Uma derradeira questão envolvendo o dever de veracidade se impõe: até que ponto é possível exigir-se da parte, cujos direitos pretende ver reconhecidos através do processo, que se porte com absoluta imparcialidade na busca da verdade? Não haveria de se lhe reconhecer a prerrogativa de, através de técnicas processuais e em atendimento a seu *agir estratégico*, buscar a vitória no processo, mesmo que seus argumentos não sejam os melhores ou que o direito material não socorra a sua pretensão no âmbito processual? Que ordem de ideias, enfim, poderiam servir como fundamento para a exigência de que a parte, sujeito *parcial* do processo por excelência (e redundância), tenha de abrir mão de seu desejo de êxito em prol de uma lealdade ou veracidade que viriam, em última análise, a prejudicar a si mesma?

São estas as questões que se pretende abordar no tópico seguinte.

3.1.3 Lealdade processual, dever de veracidade e o direito estratégico de defesa: o conflito ético inter-processual

Os fundamentos para a exigência de um comportamento ético das partes, com a observância dos deveres de probidade (lealdade e boa-fé) e de veracidade, em eventual detrimento de seus próprios interesses, devem ser buscados em elementos teóricos não imediatamente perceptíveis em análise puramente objetivista.

Um primeiro caminho que se pode apontar é a necessária divisão entre os aspectos *interno* e *externo* do processo. Assim, no primeiro deles, está presente a *res in judicio deducta*, com a demanda iniciada pelo autor através da exteriorização de sua pretensão na petição inicial e, por certo, a resistência do réu na outra ponta. Cuida-se, é certo, de um litígio efetivamente instaurado e, sob este ponto de vista, sua resolução interessa sobretudo às próprias partes que pretendem vencê-lo e, para isso, utilizarão de todos os meios para alcançar seus objetivos. Sobre este direito estratégico de defesa, assim se posiciona Araken de Assis:

“A estrutura do processo de conhecimento, no qual o contraditório encarrega a parte de alegar as próprias razões, trazendo o material de fato e os elementos de direito que lhe pareçam idôneos a persuadir o juiz a julgar a seu favor, constitui campo escassamente propício à exigência que, sem embargo, também forneça os fatos que podem favorecer o adversário. As partes não visam a um julgamento justo, mas ao resultado que lhes é vantajoso.”¹⁰⁸

Em outro passo, porém, observa-se o processo em seu aspecto externo, vale dizer, a sua natureza *social*, através da qual se verifica a necessidade de pacificação do conflito e a efetiva realização do direito material. Trata-se, pois, de um vínculo de *direito público* que envolve autor, réu e o órgão judicial, através do qual é possível a imposição de *deveres* às partes¹⁰⁹. Neste sentido, a doutrina instrumentalista de Ada Pellegrini Grinover:

*“Mais do que nunca, o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta. De há muito o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça.”*¹¹⁰

A questão, porém, palpitante que se revela, demanda uma análise que vai além da exigência de lealdade e do dever de veracidade meramente por força de imposição legal ou por que a *dignidade* do processo, seu caráter público ou seus *escopos* assim determinam.

Identificando o problema a partir de uma ótica procedimentalista-habermasiana, Rogério Nascimento, no trabalho já aqui mencionado, afirma que a disputa retórica que envolve as partes num processo pressupõe um diálogo estabelecido a partir de posturas e opiniões *confiáveis*, o que não significa *imparcialidade* (já que as partes, sujeitos concretos e situados no mundo que são,

¹⁰⁸ ASSIS, Arakem de. *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁹ Complementa Araken de Assis sustentando que: “na interlocução com o órgão judiciário, o comportamento das partes não pode ser diferente do que se lhes exige nas relações criadas no âmbito da autonomia privada. Representará comportamento desconforme ao direito – ou seja, ilícito, reza o art. 187 do CC de 2002 – o exercício do direito que exceda, manifestamente, os limites decorrentes do seu fim econômico ou social, da boa-fé e dos bons costumes. Também no processo, evidentemente, o exercício dos poderes das partes, exclusivos ou não, constituem atividade lícita, mas não pode exceder os fins próprios. (...) Eventuais distorções falsearão o desfecho do processo. O juiz não pode ficar indiferente a desvios na atuação das partes que frustrem, no todo ou em parte, o escopo social do processo.” ASSIS, *op.cit.*, p. 14.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*. in *Revista de Processo* n. 102, p. 219. Rio de Janeiro: RT, 2001.

têm seus interesses que buscam ver reconhecidos), mas sim *compromisso com o entendimento*, com a melhor solução para o problema.

Esta consideração toma como premissa, por certo, a teoria do *agir comunicativo* do filósofo alemão. Porém, ainda resta a indagação: como eliminar-se do duelo processual o *agir estratégico* tão inerente à atividade das partes e as eventuais consequências indesejáveis dessa postura, sob o ponto de vista da ética processual?

Sustenta então Nascimento que, em se tratando do comportamento dos sujeitos do processo, é possível falar-se em *reciprocidade assimétrica*, o que significa dizer que deve haver expectativas de comportamento *conjugadas*, porém diferentes entre si segundo o papel que cada um desempenha na relação processual.¹¹¹

“Na medida em que a própria civilidade, derivada do impulso altruísta de unir-se em comunidade para enfrentar as vicissitudes da vida, tanto quanto os seus limites e restrições que fundamentam a cobrança de atitudes leais, são constitutivos do indivíduo, e que a legitimidade democrática justifica a autoridade consentida, é possível esperar e cobrar seja do imputado, seja do seu defensor, a maturidade de aceitarem compromissos relativamente aos próprios comportamentos processuais.”¹¹²

Assim, em primeiro lugar, o Estado, detentor que é do monopólio da Jurisdição (e dos eventuais meios legais de coerção), é auto-limitado pelas garantias do *devido processo legal*, em especial a necessidade de respeito ao contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do órgão julgador, sendo tais garantias a premissa para que se possa esperar e exigir lealdade¹¹³ das partes, e de todos aqueles que de qualquer forma atuem no processo. Com relação às partes especificamente, o que se revela fundamental é a consideração dos meios de que dispõem autor e réu para defender seus direitos e sua efetiva consciência em relação a estas armas, passando-se por um processo de inclusão onde se revela inversamente proporcional o nível de tolerância que se há de atribuir às condutas observadas, vale dizer, quanto mais integrado e incluído for o agente,

¹¹¹ NASCIMENTO, *op.cit.*

¹¹² Por certo que o autor volta grande parte de sua tese para o âmbito do processo penal, daí a menção na transcrição a “imputado”. Porém, grande parte de suas investigações tem plena aplicação no âmbito do processo civil.

¹¹³ Para o autor, a lealdade é tomada sob duas vertentes: como *imposição de agir* e como *interdição*, sendo certo que seu conteúdo exprime a proteção da confiança nas relações intersubjetivas em geral, o que estende seus efeitos, por certo, também à relação processual.

menor será a tolerância que se haverá de ter com o eventual afastamento do protocolo do devido processo legal e com o desrespeito à lealdade processual.

Seja como for, a pedra de toque a servir de fiel da balança entre a lealdade, o dever de veracidade e o direito estratégico de defesa haverá de ser, no âmbito do processo civil, o exercício *regular* de um direito, de forma que, fora das situações sinalizadas na Constituição ou pelo legislador, o problema para reconhecer-se presente uma causa de justificação de comportamento processual impróprio reside em aferir-se se o interesse defendido na relação processual se reveste de dignidade superior ao do dever de lealdade processual, do dever de compromisso com o processo, o que somente se admitiria, especialmente no âmbito do processo civil, em hipóteses absolutamente excepcionais e em estrita observância do princípio da proporcionalidade (ou *ponderação de interesses*). Do contrário incidirão, no âmbito do processo civil e da relação jurídica por ele instaurada, todas as regras legais que impõe sanções ao descumprimento dos deveres de probidade aqui estudados.

Por fim, importa dizer, quanto ao palpitante tema, que a pretensão do legislador, em interpretação sistemática, foi a fixação de um ponto de equilíbrio, preservando, de um lado, os princípios da demanda/iniciativa da parte (art. 262 do CPC), com elementos próprios da visão liberal do processo e, de outro lado, o caráter social do processo, obrigando as partes à probidade e retidão, ao impor a observância dos deveres de lealdade e de veracidade.

Corroborando o que é aqui afirmado, as palavras do próprio Alfredo Buzaid, autor do Código de Processo Civil de 1973:

“A discriminação dos deveres das partes e dos seus procuradores visa a definir-lhes o comportamento no processo não apenas em obediência a razões éticas, que por si sós seriam suficientes para justificar sua incorporação ao código, mas por motivos estritamente jurídicos, a fim de adequar a conduta das partes à dignidade do instrumento de que se servem para obter a administração da justiça.”¹¹⁴

3.2 A atividade das partes vista sob o aspecto negativo: o abuso do processo e a litigância de má-fé

3.2.1 O abuso do direito no plano do direito material

¹¹⁴ BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro *in Revista de Processo n. 47*. São Paulo: RT, 1987, p. 95.

O tema do abuso do direito é crucial para as conclusões a que se pretende chegar através do presente estudo, em especial a questão relativa ao abuso do direito processual. E sendo certo que este toma por base o estudo do *abuso* sob a ótica do direito material, torna-se imprescindível a abordagem do tema sob este enfoque, de forma a que, posteriormente, após fixadas as suas premissas de ordem estrutural, possa ser satisfatoriamente estudada a questão do abuso do processo¹¹⁵.

Assim, a par das complexas questões que envolvem as noções de *justo* ou *injusto*, pode-se seguramente trabalhar com um limite/conceito relacionado ao que não se deve transgredir, vale dizer, aquele que trabalha como o *desarrazoado*, especialmente porque, desde a mais longínqua antiguidade, o ser humano sempre foi capaz de, intuitivamente, identificar o sentimento de injustiça, através de seu relacionamento como o *excessivo*, ao *imoderado*, ao *abusivo*, em última análise.

Se é certo que em inúmeras situações não se encontrará unanimidade em relação àquilo que possa ser considerado como a conduta correta a ser adotada em uma dada hipótese, há, por outro lado, certo consenso em relação ao que pode ser considerado como *não razoável*, *intolerável*.

A ideia de abuso tem exatamente esta matriz, ou seja, a noção de uso *dessarrazoado*, tendo especial valia na análise do *abuso do direito*. Também nesta quadra introdutória, a etimologia assume importante papel, verificando-se que a expressão tem origem latina, de *abusus*, se associando o prefixo *ab* à noção de “contra”, “em oposição”, ao passo que *usus* significa, como é dedutível, “uso”. Assim, *abuso* tem a significação de utilização incorreta, inadequada, apartada do uso *normal*. “Abuso” é, em última análise, *mau uso* ou *uso errado*, *excessivo* ou *injusto*.¹¹⁶

Especificamente em relação à sua vertente jurídica, é possível uma apresentação preliminar do que pode ser considerado como *abuso do direito*: o

¹¹⁵ Para a doutrina amplamente majoritária, o abuso do processo toma por base a doutrina do abuso de direito, no âmbito do direito civil. Contra, porém, Araken de Assis, para quem “A *responsabilidade das partes por dolo processual, no direito brasileiro, não se assenta, senão remotamente, na teoria do abuso do direito, apesar dos entendimentos neste sentido. É no fim social do processo que se hão de buscar as bases da disciplina em seguida estudada.*” ASSIS, *op.cit.*, p. 16.

¹¹⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Ed. Positivo, 2008, p. 84.

mau uso ou uso irregular, irrazoável, excessivo de uma faculdade ou prerrogativa conferida pela lei¹¹⁷. Em conotação mais elaborada, abusar de um direito significa *exceder os limites* do poder ou da faculdade (*facultas agendi*) que o direito objetivo (*normas agendi*) confere ao indivíduo na qualidade de *sujeito de direitos*¹¹⁸.

Afirme-se, porém, que a questão relacionada ao abuso de direito está longe de ser nova, sendo certo que, ainda que haja divergências doutrinárias¹¹⁹ acerca da existência de uma efetiva *teoria* desenvolvida no direito romano acerca do exercício abusivo do direito, o fato é que já havia na Roma Antiga, ao menos, a previsão de sua ocorrência. Para tanto, basta a indicação de que já vem de Cícero o velho adágio “*summum ius, summa iniuria*”, preconizando o exercício do direito de forma ponderada e razoável¹²⁰, sendo também associado ao direito romano a doutrina dos *atos emulativos*, que pode ser caracterizada como uma das raízes para o desenvolvimento da teoria do abuso do direito¹²¹.

Considerada por muitos como o embrião do *abuso do direito*, a teoria dos atos emulativos evolui e ganha novos contornos na Idade Média, mas acabou historicamente não se impondo nos séculos seguintes, especialmente pela implementação, em momento posterior, das codificações modernas, que simplesmente omitiram qualquer previsão acerca do abuso do direito, sendo certo

¹¹⁷ A expressão *abuso do direito*, apesar de consagrada no direito contemporâneo, já foi objeto de severas críticas da doutrina, por representar, segundo se afirma, uma locução paradoxal, uma *contraditio in terminis*, já que não poderiam conviver em uma mesma realidade, *abuso*, de um lado e *direito*, de outro. Vale dizer: ou bem o ato é lícito (na conformidade da norma) ou bem é ilícito (fora ou contra as previsões da norma), não podendo ser, simultaneamente, de acordo com o direito e a ele contrário.

¹¹⁸ ABDO, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁹ Segundo sustenta Helena Najjar Abdo, “*A teoria do abuso do direito não é tão pacífica quanto pode parecer à primeira vista. Trata-se de tema polêmico, sobre o qual até hoje não existe consenso doutrinário, nem mesmo quanto às suas origens históricas.*” Nesta mesma linha, em abordagem posterior, elucida a autora que “*Na Roma Antiga, a palavra abuso não tinha o tom pejorativo que carrega atualmente*”, sendo certo que esta acepção de abuso que temos hoje não é propriamente de origem romana, mas sim “*de construção dos tratadistas e glosadores do direito comum e do direito canônico*” ABDO, *op.cit.*, p. 31

¹²⁰ As divergências mais contundentes referem-se à existência de uma *teoria* acerca do abuso do direito em Roma, sendo certo que, apesar de previsões esparsas limitando o exercício de certos direitos (além do adágio de Cícero), uma sistematização do tema a que se possa atribuir o nome de *teoria*, de fato não existia neste momento de evolução do pensamento jurídico.

¹²¹ Conforme sustenta Alexander Araújo de Souza, na teoria dos atos *emulativos*, quatro eram os requisitos para que estivessem eles configurados: a) a existência de um direito exercitado; b) que desse exercício resultasse um dano a terceiro; c) que o ato realizado fosse inútil para o agente; d) que a realização fosse determinada pela exclusiva intenção de causar dano a outrem. SOUZA, Alexander Araújo de. Lineamentos sobre o abuso do direito *in Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 31, jan./mar. 2009, p. 10

que a razão para esta postura legislativa é histórica e se relaciona com o liberalismo próprio da classe social então emergente (burguesia), que não admitia a limitação dos direitos de natureza privada.

Com efeito, uma evolução significativa acerca do conceito de abuso do direito somente volta a ocorrer com a superação do liberalismo individualista (principalmente oriundo das ideias francesas) e da implementação da concepção dos direitos subjetivos como *relativos*, com base no entendimento segundo o qual se passou a sustentar a necessidade da fixação de outros limites para o exercício de um direito, além daqueles oriundos da norma escrita. Em verdade, a *relatividade* dos direitos subjetivos apresenta-se como o mais importante fundamento para a teoria do abuso do direito, significando dizer que o direito, por ser relativo, deve ser exercido em conformidade com os fins e valores tidos pelo ordenamento jurídico como fundamentais.

Neste contexto, assume papel de destaque a jurisprudência dos tribunais internacionais, especialmente a jurisprudência francesa nos séculos XIX e XX, principalmente por força do art. 1382 do Código Civil daquele país e de uma interpretação extensiva a ele aplicada. Por tal motivo, exatamente na França é que se desenvolve com mais vigor a doutrina do abuso do direito¹²², na forma como hoje a concebemos, como reação à mentalidade individualista presente nas codificações do século XIX.

No Brasil especificamente, o Código Civil de 1916 não previu, de maneira expressa e direta, o exercício abusivo de um direito, mas o fez tão-somente *a contrario sensu*. Isto porque, ao tratar dos atos *ilícitos*, estabeleceu este diploma legislativo não estar o mesmo configurado quando praticados *no exercício regular de um direito reconhecido*. A referência ao *abuso do direito* estaria presente, assim, de forma indireta.

Posteriormente, a própria Constituição da República previu, em seu art. 5º, XXIII, que a propriedade deveria atender a sua função social, regulamentando-se, ainda, nos art. 186 e 182, § 2º, a questão quanto às propriedades rural e urbana, respectivamente.

¹²² Entre os autores franceses, ganha destaque Luis Josserand e sua obra "*De l'esprit des droits et de leur relativité*", um clássico no tema, cujo autor é tido por um dos grandes responsáveis pela sistematização da teoria do abuso do direito.

A seu turno, o Código Civil de 2002, sob os influxos da nova ordem constitucional em vigor a partir de 1988 (e em sentido oposto à ausência de previsão do Código de 1916), passou a consagrar o *abuso do direito* como regra geral (e de forma expressa, ainda que sem usar especificamente a nomenclatura) em seu art. 187, que estabelece que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

A utilização do vocábulo “*também*” no dispositivo mencionado leva a crer, em análise literal, que o abuso do direito faria parte de uma categoria maior dos chamados *atos ilícitos*, que estariam subdivididos em a) violação do direito alheio (previsto no art. 186)¹²³ e b) exercício manifestamente excessivo de um direito legítimo.

Porém, uma investigação mais detida irá indicar uma distinção nítida entre os institutos do ato ilícito, de um lado, e do abuso do direito, de outro lado, ainda que, eventualmente, possam ter conseqüências comuns, especialmente no que pertine à necessidade comum de reparação do dano eventualmente causado¹²⁴. Porém, são conceitos que não podem ser confundidos, sendo certo que a diferença fundamental resta caracterizada através da observação de que o *ato ilícito*, ao contrário do ato praticado com abuso de direito, pressupõe a existência de limites fixados pela própria *lei* para o exercício do direito, de forma que, violando-se esses limites *formais* e as proibições normativas concretas, estará o ilícito caracterizado.

O ato abusivo, a seu turno, pressupõe a existência de um direito subjetivo, efetivamente titularizado pelo agente, porém exercido de forma anormal, configurando-se o *desvio de finalidade*. Há, aqui, uma *aparência* de legalidade, que não resta presente no ato ilícito, mas o *exercício* do direito revela-se irregular a partir de quando efetivamente caracterizado o *desvio de finalidade* na atuação do agente. Exemplo clássico, comumente citado e aqui indicado à guisa de ilustração, é o do proprietário que erige um muro em seu terreno com a

¹²³ Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

¹²⁴ Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

única intenção de impedir servidão de passagem que beneficia os proprietários de terrenos adjacentes.

Em outro passo, na caracterização do abuso não se vai verificar a fixação apriorística de limites pela *lei*, mas sim através de *princípios* que estão presentes no ordenamento jurídico, revelando os valores básicos e fundamentais deste. Assim, para a efetiva caracterização do abuso do direito, o critério seguro será a inobservância de determinados limites para seu exercício, que poderão ser impostos, na exata dicção do art. 187 do Código Civil: a) pelo *fim econômico* ou *social* do direito exercido; b) pela *boa-fé*; c) pelos *bons costumes*, bastando a violação de apenas uma das categorias acima para que se tenha presente o *abuso*, não se cogitando de eventual exigência cumulativa.

Trata o art. 187, é certo, de categorias que se enquadram na definição de “*conceitos jurídicos indeterminados*”, cabendo ao aplicador da norma atribuir-lhe a devida concretude, com base, fundamentalmente, nas chamadas “regras de experiência”, podendo-se afirmar, em apertada síntese, que o chamado “fim econômico ou social” do direito representa elemento cuja significação e extensão podem revelar-se de grande dificuldade, tendo em vista que as finalidades em virtude das quais é reconhecido um direito a alguém nem sempre se apresentam de visibilidade imediata¹²⁵.

No que pertine ao segundo dos conceitos, o de *boa-fé*, afirma-se que se trata da chamada *boa-fé objetiva*, que engloba regras de conduta baseadas em lealdade, retidão, honestidade e cooperação com a parte contrária.

Por fim, *bons costumes* representa o conjunto de normas de caráter moral que são tidas por um determinado grupo social como importantes para o equilíbrio e manutenção das relações entre seus membros.

Ainda no que pertine à caracterização do abuso, uma questão interessante se apresenta: trata-se da exigência ou não do elemento subjetivo *intenção de causar prejuízo* à parte contrária. Sobre o tema, formaram-se as seguintes teorias: teorias *subjetivas* ou *psicológicas*, teorias *objetivistas* ou *finalistas* e teorias *ecléticas* ou *mistas*.

¹²⁵ No caso específico do direito de propriedade, a questão revela-se mais simples porque a própria Constituição da República tratou de explicitar o que entende por função social, em seus artigos 182, §2º. e 186.

Para a primeira das teorias, o elemento *intencional* é indispensável para a configuração do ato abusivo, somente estando caracterizado o abuso se há, na móvel do agente, a intenção de prejudicar outrem (sendo certo que, se há algum proveito ou utilidade para o agente, estaria afastado o abuso)¹²⁶.

Por outro lado, as chamadas teorias *objetivistas* ou *finalistas* sustentam que o elemento subjetivo deve ser eliminado da caracterização do ato abusivo, buscando-se a utilização de critérios outros, como: 1) o 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 etc¹²⁷. Ainda em relação a essas teorias, vale a informação de que um de seus precursores foi o jurista Saleilles, cuja doutrina foi adotada, segundo afirma o próprio Clóvis Beviláqua, como orientação para o art. 160, I do Código Civil de 1916¹²⁸, sendo esta também a orientação adotada pelo vigente Código Civil de 2002.

Por derradeiro, as teorias *ecléticas* ou *mistas*, que trabalham com a conjugação de critérios subjetivos e objetivos. Quanto ao critério subjetivo, deve ser investigada a conduta do agente, analisando-se tanto as *razões* quanto os *meios* que o levaram à prática do ato para que se possa concluir se foi ou não *legítima* a motivação, cabendo ainda à parte que alega o abuso a prova efetiva da existência de um *motivo ilegítimo*. No que se refere ao critério objetivo, a repressão ao abuso do direito exige que a prática do ato atenda à missão *social e teleológica* da norma jurídica, tendo em vista que a lei não pode ser aplicada sem que seja levado em consideração o seu espírito¹²⁹.

Com relação à filiação do direito brasileiro a uma destas teorias relativas ao elemento subjetivo para a caracterização do abuso, é certo afirmar que o art. 187 do Código Civil de 2002 não faz qualquer referência expressa a dolo, culpa ou outra qualquer expressão que leve à conclusão de sua efetiva

¹²⁶ A principal crítica feita às teorias subjetivistas é que a “intenção de prejudicar” é de difícil prova e sua eventual adoção acabaria por reduzir drasticamente as possibilidades de aplicação das sanções próprias à caracterização do abuso.

¹²⁷ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 250

¹²⁸ Art. 160, I do CC/1916: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados no exercício regular de um direito reconhecido.”

¹²⁹ O principal defensor da teoria eclética que, como dito, une os critérios objetivos e subjetivos, foi o já mencionado Louis Josserand.

exigência, reafirmando-se que, até a publicação do novo Código Civil de 2002, não havia sequer previsão direta de repressão ao abuso, com exceção da já mencionada interpretação *a contrario sensu* do art. 160, I do CC/16.

Porém, a despeito de não conter menção expressa ao elemento volitivo (e a imprescindibilidade da *intenção de prejudicar* para a caracterização do abuso), o dispositivo regulamenta de forma clara alguns critérios que devem ser utilizados para a verificação da abusividade do ato: a) o eventual abuso deve decorrer do exercício de um direito subjetivo; b) a titularidade do direito por parte do agente; c) que os limites impostos pelo *fim social do direito*, pela *boa-fé* ou pelos *bons costumes* tenham sido violados; e d) que o excesso seja *manifesto*¹³⁰.

Sob este aspecto estrito da ausência de previsão legal¹³¹, é possível a afirmação de que o *abuso do direito* estará caracterizado ainda que não tenha sido praticado o ato com a exclusiva intenção de causar dano, de prejudicar. Basta, para tanto, que esteja caracterizado o *desvio de finalidade* no exercício do direito¹³², utilizando-se como critério o chamado *motivo legítimo*, examinando-se, em decorrência disso, a situação na qual deu-se o exercício do direito e comparando-o com: a) a missão social ou econômica que o ordenamento lhe conferiu; b) a boa-fé e as exigências dela decorrentes e c) os bons costumes e suas normas comportamentais. Trata-se, portanto, da adoção de critérios objetivos para a caracterização do abuso.

Por fim, no que pertine ainda aos elementos necessários para a caracterização do abuso do direito no âmbito material, resta analisar a questão relacionada à imprescindibilidade ou não da ocorrência de *dano*. Uma vez mais, a análise feita a partir do texto do Código Civil se afigura bastante ilustrativa. Neste sentido, observa-se que o dano somente é tratado no art. 186 daquele diploma legislativo que, como visto, trata dos *atos ilícitos*, sendo certo que, no dispositivo

¹³⁰ Sustenta a doutrina que o legislador brasileiro inspirou-se na disciplina do abuso do direito prevista no art. 334 do Código Civil português, cuja redação é a seguinte: “Art. 334. *Abuso do direito. É ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.*” ABDO, *op. cit.*, p. 46.

¹³¹ Exceção seja feita ao art. 1.228, § 2º., que, regulamentando o direito de propriedade, tratou especificamente deste elemento subjetivo, o chamado *animus nocendi*: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

¹³² Ainda que se admita que o elemento subjetivo, revelado por atitudes *dolosas* ou *culposas* venham também a integrar a ideia de *ato abusivo*.

seguinte, que cuida especificamente do *abuso do direito*, a questão não aparece regulamentada. A conclusão mais acertada parece ser a que pondera não ser necessário ou imprescindível a presença de dano à parte contrária, ao menos sob o aspecto patrimonial, para que se tenha por configurado o abuso, especialmente porque a ideia de dano leva, inexoravelmente, à sanção patrimonial como forma de reparação. Porém, outras modalidades de sanções podem ser efetivamente aplicadas diante da configuração do abuso, como o são o reconhecimento de ineficácia do ato e o impedimento da obtenção da vantagem que a parte pretendia com a prática deste. Desta forma, não se revela indispensável a presença de um dano, especialmente de natureza patrimonial, para que se tenha por configurado o *abuso do direito*.

Concluindo o presente tópico, insta observar que a questão envolvendo o *abuso do direito* está presente nos mais diversos ramos do Direito, através da previsão em códigos, leis e na aplicação jurisprudencial. Neste sentido, está presente no direito empresarial (abuso de maiorias ou minorias societárias), no direito do trabalho (abuso do direito de greve), no direito administrativo (abuso ou excesso de poder na prática de atos administrativos), no direito penal (abuso de autoridade) e, claro (no que interessa mais de perto ao presente trabalho), no plano do direito processual civil.

3.2.2 O abuso do direito no âmbito do direito processual

Uma primeira observação relativa à nomenclatura deve ser feita: é que o abuso *do processo* é sancionado por diversos dispositivos legais no Código de Processo Civil, sem que haja uma unidade sistêmica, verificando-se a utilização de distintivos como *litigância de má-fé*, *fraude processual*, *defesa protelatória*, não se identificando, pois, a alusão expressa ao instituto do *abuso*, nem a utilização desta terminologia¹³³. O que importa, nesta senda, é a investigação macroscópica do instituto e não os nomes que pode receber aqui e ali.

¹³³ Ressalva feita, por certo, ao texto do art. 273, II do CPC que, tratando da tutela antecipada, prevê a possibilidade de sua concessão quando houver “*abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu*”

Assim, vistas no tópico anterior as noções gerais acerca do *abuso do direito* no âmbito do direito material (em especial o Direito Civil), observa-se que os preceitos que definem, regulam e sancionam o instituto do abuso naquela seara do Direito têm plena aplicação no âmbito do *processo* civil, guardadas, por certo, as peculiaridades de um e outro ramo da ciência jurídica. Além disso, é igualmente correto afirmar que os atos praticados pelos indivíduos estão sujeitos não somente às normas civis que regulam a vida social, mas também às normas processuais, quando demandam ou são demandados, sendo, por este motivo, plenamente aplicável à atuação dos *sujeitos do processo* disciplina assemelhada àquela estabelecida para o *abuso do direito*.

Há, porém, que se fazer, *ab initio*, uma delimitação de ordem subjetiva em relação ao abuso do processo: trata-se, à evidência, da necessária exclusão do sujeito imparcial da relação jurídica, vale dizer, o órgão judicial. Eventuais práticas nocivas oriundas do magistrado, ainda que eventualmente sujeitas à revisão disciplinar por seu órgão de correição, não se caracterizam, tecnicamente, como sendo de abuso do processo, pela singela razão de que o abuso pressupõe a existência de um *direito* e, no exercício de suas funções, exerce o juiz *poderes-deveres*, sendo certo que sua atuação *abusiva* muito mais se assemelharia a um abuso de poder do que propriamente a um abuso *processual*¹³⁴.

Quanto às partes (e seus advogados), por exercerem faculdades, ônus, poderes e deveres em relação ao processo, estas sim estão sujeitas à caracterização de sua conduta como abusiva.

Certo é que, independentemente da teoria que se venha a adotar acerca do processo (como “relação jurídica”, como “situação jurídica” (Goldschmidt) ou “procedimento em contraditório”(Fazzalari)), não se nega que entre os sujeitos do processo existem relações *complexas*, que se diferenciam do esquema *direito subjetivo-dever* (tão presente nas relações de direito privado) e que são caracterizadas pela existência das chamadas *posições jurídicas*

¹³⁴ Na linha do que se pretende investigar através do presente trabalho, somente às partes (e eventualmente a terceiros que direta ou indiretamente participam do processo, como ocorre, *v.g.*, no caso do *contempt of court* adiante abordado) se aplica a disciplina aqui analisada. Quanto ao órgão judicial, especificamente, é possível que lhe sejam exigidos deveres éticos no âmbito do processo, como o de lealdade, que não é restrito às partes, o que não significa possa a doutrina do *abuso do processo* ser a ele aplicada.

subjetivas, sustentando Liebman que “as normas processuais têm como destinatários os sujeitos, a quem atribuem posições jurídicas subjetivas, as quais, por suas vez, compõem o conteúdo da relação jurídica processual”¹³⁵

Pode-se afirmar, assim, que a noção de *posição (ou situação) jurídica subjetiva* representa, no âmbito do processo, o papel que o *direito subjetivo* desempenha no âmbito do direito material, sendo exatamente este o objeto do abuso do processo: as situações jurídicas subjetivas, inerentes que são à ideia de *atos processuais*.

Servem estas considerações, de caráter amplo e introdutório, como caminho seguro para que se possa chegar à conclusão de que, exatamente como o *abuso do direito* somente será admitido quando houver a titularidade de um direito subjetivo (tema visto no tópico anterior), somente será possível se falar em *abuso do processo* quando igualmente o sujeito se apresenta como *titular* efetivo de uma posição processual, aí incluídos poderes, deveres, ônus e faculdades. Esta a premissa para que se possa cuidar de abuso de direito processual¹³⁶.

Dividem-se elas em situações subjetivas *ativas* e situações subjetivas *passivas*. As situações ativas se relacionam à prática de determinadas atividades autorizadas pelo ordenamento jurídico, aí incluídas as *faculdades* (conduta lícita que possui como característica o exaurimento na esfera jurídica do próprio agente) e o *poder* (conduta igualmente lícita que se destina a modificar a esfera jurídica alheia). Por outro lado, as situações subjetivas *passivas* encontram-se relacionadas a uma subordinação de um interesse, aí incluídos o *dever* (exigência de um comportamento determinado) e a *sujeição* (obediência necessária a um comando). É precisamente sobre eles – poderes, deveres, ônus e faculdades – que vai incidir a noção de abuso do processo, que estará caracterizado quando, dentre outros requisitos adiante analisados, estiver presente o uso *anormal* ou *incorreto* das situações subjetivas processuais, intimamente ligados que são à ideia de *desvio de finalidade*, elemento presente

¹³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale in *Revista di Diritto Processuale*, Pádua, volume único, p. 328-343, 1950, *apud* ABDO, *op. cit.*, p. 60.

¹³⁶ Complementando a ideia, Helena Abdo sustenta que se um terceiro totalmente estranho à relação processual comparece aos autos e faz uso incorreto de um meio ou instrumento processual pratica, em verdade, ato *ilícito* e não *abusivo*, citando como exemplo, com base em Michele Taruffo, a sentença proferida por quem não é juiz. ABDO, *op. cit.*, p. 64

em todas as teses que doutrinariamente tentam sistematizar o tema do abuso do processo.

Insta afirmar, por oportuno, que o desrespeito a uma regra de natureza processual não representará, por si só, uma prática abusiva, já que referida violação pode decorrer de um simples erro da parte, como a não apresentação de matérias de ordem pública na primeira oportunidade, ou a errônea indicação de uma norma legal em seus arrazoados. Somente a presença de outros elementos poderá autorizar a tipificação de determinada conduta como *abusiva*, salientando Helena Najjar Abdo, com base nos ensinamentos de Michele Tarufo, que “o abuso do processo não é toda e qualquer violação de regras processuais, mas apenas o exercício impróprio, incorreto ou desviado de uma situação processual de que é titular o agente do comportamento abusivo”.¹³⁷

Surge, assim, também no âmbito do direito processual, o *desvio de finalidade* como elemento essencial para que se possa falar em abuso, restando caracterizado este quando o agente se utiliza do processo como forma de atingir a fins *anormais*, diversos daqueles regulados pelo sistema. Abusa-se, assim, dos *meios, instrumentos ou técnicas* processuais para se atingir a um fim ilegítimo, servindo o desvio de finalidade como importante critério para a identificação, em cada caso concreto, se o instrumento processual é efetivamente utilizado para que se atinjam seus objetivos próprios, dentro da função que o ordenamento lhe reserva¹³⁸ ou se a conduta pode revelar-se abusiva.

Observa-se, porém, que como o conceito de *desvio* revela-se incompleto (o que faz com que o intérprete tenha de se valer de cláusulas abertas ou princípios gerais, como a noção de *boa-fé*), não é ele suficiente, de forma isolada, para que se tenha caracterizado o abuso, razão pela qual outros critérios devem estar igualmente presentes para este fim. Seja como for, antecipa-se que, apesar da existência de significativa bibliografia a ele dedicada, não é o tema objeto de uma estruturação satisfatória, seja de origem legal, seja de ordem doutrinária.

¹³⁷ ABDO, *op. cit.*, p. 89

¹³⁸ Porém, afirme-se que a realidade é mais complexa do que pode vislumbrar a teoria, sendo certo que, em inúmeras situações, surgem dificuldades quanto à definição das *finalidades próprias* de cada instrumento processual, especialmente porque nem sempre a lei prevê expressamente a que *fim* é destinada uma faculdade ou poder conferido à parte.

Em excelente trabalho dedicado à matéria, onde busca sistematizar as posições doutrinárias sobre a matéria, Helena Najjar Abdo indica quatro critérios fundamentais para a caracterização do abuso¹³⁹, sendo deles: a) a *falta de seriedade do ato*, b) a *ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente*, c) a *lesividade causada à administração da Justiça* e d) a *presença de dolo ou culpa*¹⁴⁰.

Quanto ao primeiro dos critérios, sustenta a autora que a *falta de seriedade* é conceito por demais amplo e impreciso, relacionado que é a uma sabida falta de fundamento para a demanda, aferível em cada caso concreto pelo magistrado, que pode se valer de elementos externos como o indiscutível e evidente erro quanto ao direito e a irrelevância da controvérsia em relação às conseqüências externas almejadas¹⁴¹.

O segundo dos requisitos apontados pela autora é o da *ilicitude ou ilegitimidade do escopo que se visa a alcançar*, aqui entendida esta ilicitude em seu sentido lato, encontrando-se, o fim que pretende o agente alcançar, fora da orientação predisposta pela lei, vale dizer, incompatível com os interesses que a norma jurídica pretende tutelar. Trata-se, por certo, de critério *menos rigoroso* do que a simples constatação do desvio de finalidade, valorizando-se o abuso pelo caráter negativo (ilícito ou ilegítimo) do fim perseguido pelo agente.

O terceiro dos critérios é relacionado com o *mau funcionamento da administração da justiça*, tendo em vista que a configuração do abuso não pode ficar a depender tão somente de critérios abertos, como o de *moral* ou *ética*, mas sim que a abusividade do ato estaria presente quando fosse violada a exigência de efetividade na administração da justiça, exemplificando-se com uma atividade que caracterize uma fim meramente procrastinatório: este será abusivo não só porque contém em si um desvio de escopo, mas também porque, por prolongar

¹³⁹ A própria autora reconhece a dificuldade da empreitada quando sustenta: “O grande problema reside na nebulosidade com que se tem tratado o assunto, especialmente diante da mencionada falta de sistematização existente em torno da própria noção de abuso do processo. Por conseguinte, os critérios para identificação do ato processual abusivo também são ainda indefinidos. Tanto que, muitas vezes, os autores valem-se de exemplos no lugar de assinalar as características próprias do abuso do processo. ABDO, *op. cit.*, p. 94

¹⁴⁰ ABDO, *op. cit.*, p. 94

¹⁴¹ Nos países de *common law*, a denominada *frivolousness*, vale dizer, a leviandade ou a frivolidade que caracteriza o ato praticado pela parte, em especial o ato de ajuizar a demanda.

indevidamente o processo, acaba por vulnerar a eficiência na administração da justiça.

Como último dos critérios para a configuração do ato abusivo, surge a presença do *elemento subjetivo* (dolo ou culpa), ao lado do desvio de finalidade. Trata-se, por certo, de um dos pontos mais complexos e controvertidos relacionados ao tema examinado, com questionamentos de todo semelhantes àqueles lançados quando de sua abordagem aqui levada a efeito sob o ângulo do direito material.

Em breve síntese, observa-se que há autores que se filiam, sob o ângulo do direito processual, à chamada teoria subjetivista, defendendo a necessária presença do elemento subjetivo para que se configure um ato como abusivo, especialmente sob o argumento de que este é uma espécie de ato ilícito¹⁴². Em obra clássica sobre o tema, Rui Stoco, partindo da equiparação entre ato abusivo e ato ilícito, exige a presença de dolo ou culpa para a caracterização do abuso. Estas as palavras do ilustre doutrinador:

“Recorde-se que o novo Código Civil situa o abuso do direito no campo dos atos ilícitos ao preceituar: “Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (...) o ato originalmente lícito invade o campo da ilicitude quando cometido com excesso ou abuso. Neste momento, torna-se antijurídico. Com essa qualificação converte-se em ato ilícito. (...) o elemento intencional, consistente no animus nocendi, é que transforma em ato ilícito o exercício do direito.”¹⁴³

Através desta equiparação, exige a teoria subjetivista, pois, a presença do elemento subjetivo para a caracterização do ato abusivo, já que espécie de ato ilícito, categoria na qual *dolo* e *culpa* são, como regra, indispensáveis.

Por outro lado, os adeptos da teoria objetivista sustentam, com base nas origens do art. 187 do CC (art. 334 do Código Civil português e art. 281 do

¹⁴² Neste sentido, Heloisa Carpena, para quem “de acordo com os princípios que regem tais concepções, em face da necessidade inconteste de censurar juridicamente o abuso do direito, relegou-se o ato abusivo para o campo dos atos ilícitos, entendendo-o como um limite externo do direito subjetivo.” CARPENA, Heloisa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 45.

¹⁴³ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual. Aspectos Doutrinários*. São Paulo: RT, 2002, p. 74.

Código Civil grego), que não é necessária a comprovação da culpa ou do dolo para que o abuso do direito fique caracterizado, citando-se como defensores desta corrente Limongi França¹⁴⁴, Silvio Venosa¹⁴⁵, Nelson Nery Jr.¹⁴⁶ e Helena Najjar Abdo¹⁴⁷.

Corroborando o entendimento veiculado por esta vertente do pensamento jurídico sobre o tema, transcreve-se passagem de interessante abordagem apresentada por Daniel Boulos que, em ensaio dedicado à questão, assim se posicionou de forma enfática e peremptória¹⁴⁸:

“A fim, portanto, de caracterizar o abuso do direito ou, mais amplamente, o exercício abusivo de posições jurídicas subjetivas, não é necessária a comprovação da intenção e sequer da consciência do agente de que está ultrapassando os limites impostos pela lei. Não há que se falar, nesta sede, quer em dolo, quem em culpa stricto sensu em qualquer das suas modalidades (isto é, negligência, imprudência ou imperícia). Basta, para caracterizar a hipótese normativa do art. 187 (e, portanto, o abuso qualificado pela lei de ilícito), que o titular de um direito, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do referido direito. A análise do exercício do direito, portanto, será levada a efeito de forma objetiva. Se, objetivamente, tais limites forem ultrapassados, ainda que o titular sequer tenha consciência disso, o abuso estará caracterizado.”

Desta forma, segundo sustenta esta corrente objetivista, não se exige o elemento subjetivo para a caracterização do ato como abusivo, o que não significa que deve ele estar necessariamente afastado. O que se afirma é que eventual dolo ou culpa *podem ou não* estar presentes, dispensado a lei a *perquirição* acerca da presença deste elemento para a caracterização ao ato como abusivo.

Buscando a aplicação de tais noções ao âmbito do direito processual e, especificamente, de forma a restar caracterizado o abuso *do processo*, a melhor posição parece ser, de fato, a defendida por Barbosa Moreira, para quem a litigância de má-fé (espécie de abuso do processo), positivada no art. 17 do CPC, exige a presença do elemento subjetivo em alguns de seus incisos e em

¹⁴⁴ LIMONGI FRAÇA, Rubens. Abuso de direito *in Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 45.

¹⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo et al. *Código Civil comentado*, v. 12. São Paulo: Atlas, 2003, p. 196.

¹⁴⁶ NERY JR., Néilson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 109-110.

¹⁴⁷ ABDO, *op. cit.*, p. 115.

¹⁴⁸ BOULOS, Daniel Martins. *Abuso de direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 101-102.

outros a dispensa, sustentando ainda que, quando a norma jurídica positivada quis exigir do litigante, para caracterizá-lo como “de má-fé”, uma determinada atividade psicológica, ela assim expressamente o fez, dispensando o elemento subjetivo nos demais casos (o tema será retomado na análise sistemática do art. 17, *infra*).

Em conclusão, afirma-se que dentre os requisitos (ou *critérios*) para a caracterização do abuso, o mais importante é o *desvio de finalidade*, sendo certo que a combinação deste como um ou mais dos elementos acima identificados é que autorizará a consideração de um ato como abusivo.

Seja como for – e nisso parece haver acordo entre os autores que tratam do tema – é sobremaneira importante analisar-se a hipótese concretamente observada na prática, vale dizer, a situação fática em que o ato foi praticado (lugar, momento, forma, etapa processual etc.) para aí então se concluir acerca da abusividade. É o contexto do caso concreto e a presença dos requisitos aqui investigados que permitirá qualificar-se o ato como abusivo e aplicar-lhe as sanções previstas no ordenamento jurídico para sua prática.

3.3 O princípio da lealdade e a responsabilidade por dano processual positivados no Direito brasileiro: breve visão dogmática a partir dos textos legais

Uma análise que se pretenda aprofundada acerca do tema da lealdade processual e do abuso do processo/litigância de má-fé não dispensa o estudo da evolução do tema em nosso direito positivado. A este mister se destina o presente tópico.

Com efeito, antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil vigente (1973), o diploma revogado (CPC/39) previa, de forma expressa:

Art. 3º.: “Responderá por perdas e danos a parte que intentar a demanda por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro.

Parágrafo único: O abuso do direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.”

Observa-se, assim, que o *abuso de direito processual* era tratado pela lei em duas de suas vertentes: o abuso, pelo autor, do direito de *demandar* (pleitear a prestação jurisdicional) e o abuso, por parte do réu, do direito de *defesa* (resistir à pretensão autoral)¹⁴⁹.

Também na vigência do Código de 1939, o seu art. 63, § 1º., estabelecia que quando a parte, mesmo que tendo vencido o processo, portara-se “*de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo*”, cabia ao magistrado impor a condenação ao pagamento, ao adversário, das despesas a que o inconveniente deu causa, sendo certo ainda que, de forma mais pungente, o § 2º. deste mesmo dispositivo estabelecia que “*quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas*”.¹⁵⁰

Importante observar, nesta quadra, que a usual condenação do vencido nos encargos sucumbenciais, hoje prevista em lei e difundida em nossa *praxis* judiciária, somente veio a lume com a Lei 4.632/65, que passou a estabelecer a obrigatória condenação do vencido ao pagamento dos honorários de advogado do vencedor. Antes dessa modificação, esta condenação/ressarcimento era prevista no *caput* do referido art. 63 como sanção a eventual comportamento incorreto da parte e dependia de elemento subjetivo, tendo lugar apenas quando houvesse ela “*alterado intencionalmente a verdade*” ou ainda se tivesse se “*conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados*”.

Essa era o tratamento da matéria no Código de 1939, cabendo a observação de que, a esta época, como decorrência de uma visão liberal e individualista que permeava todas as regras e princípios processuais, havia relativa resistência à imposição de deveres, principalmente os de caráter moral, aos litigantes envolvidos no “duelo” processual¹⁵¹.

¹⁴⁹ De salientar-se que, na omissão do texto legislativo então vigente (ao contrário do atual CPC), a eventual responsabilidade da parte por dano processual seria objeto de processo autônomo, através do qual esta reparação haveria de ser pleiteada.

¹⁵⁰ Estas sanções do art. 63 do CPC/39, ao contrário daquelas previstas no art. 3º., eram passíveis de imposição pelo próprio órgão jurisdicional.

¹⁵¹ Como será visto, mesmo após a mudança de foco e de paradigmas na prestação jurisdicional, também hoje a aplicação de tais sanções se revela lamentavelmente tímida.

Entrando em vigor em 1973 o Código de Processo Civil, a matéria, ainda que carente até hoje de uma regulação que lhe dê maior efetividade, passa a ser mais bem trabalhada, em duas seções de um mesmo capítulo (Capítulo II – “Dos deveres da partes e dos seus procuradores”; Seção I – “Dos Deveres”; Seção II – “Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual”), com uma sistematização mais estruturada e coerente dos dispositivos relacionados.

3.3.1 – A lealdade positivada – o art. 14 do Código de Processo Civil – dever de probidade e vedação ao *contempt of court*

Situado no capítulo II do Título dedicado às partes e aos procuradores, o art. 14 do Código de Processo Civil elenca os deveres a serem observados não só pelas partes, mas também por todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo¹⁵². Trata-se de modificação inserida pela Lei 10.358/01, com vistas a estender os efeitos de tais exigências de caráter ético para além de simplesmente autor e réu, estando assim sujeitos a estes deveres os terceiros intervenientes, o órgão do Ministério Público que atue como *custos legis* e, no magistério de Alexandre Câmara, o próprio juiz¹⁵³ e seus auxiliares¹⁵⁴.

No inciso I aparece a exigência de que a parte exponha os fatos em juízo *conforme a verdade*. Não se vai aqui tecer considerações para além do que já foi estabelecido em tópico anterior quanto ao dever de veracidade, exaustivamente analisado. Acrescente-se apenas, em apertada síntese, que ao

¹⁵² Observa Araken de Assis, de forma percuciente, que apesar de o título do capítulo ser “*Dos deveres das partes e dos procuradores*”, tais disposições não alcançam efetivamente os procuradores (advogados públicos e privados, conforme dispõe o parágrafo único do art. 14), ao que se soma o fato de que o art. 16 desmente a impressão inicial, fixando, como será visto, a responsabilidade pela litigância de má-fé a quem pleitear como “autor, réu ou interveniente”. ASSIS, *op. cit.*, p. 18.

¹⁵³ Como exemplo de deveres que o órgão judicial deve observar estão, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o de “*pontualidade no início dos atos e audiências realizadas em juízo, o de não motivar falsamente a decisão judicial e o de apreciar integralmente os fundamentos relevantes dos arrazoados das partes.*” OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 255.

¹⁵⁴ O elenco, na conformidade do que pensa Alexandre Câmara, é amplo o suficiente a ponto de incluir terceiros estranhos à relação processual, como o representante legal da parte (pai, tutor, curador), a testemunha e, *v.g.*, a empresa intimada a reter verba salarial para pagamento de alimentos. A todos, enfim, que de alguma forma tenham de cumprir comandos judiciais em um determinado processo. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O contempt of court brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa in Escritos de Direito Processual – Segunda Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 147

autor incumbe, ao descrever os fatos constitutivos de seu direito, reproduzi-los tal qual o fenômeno se verificou em fase pré-processual, no mundo das relações reguladas pelo direito material, ao passo que ao réu cabe apresentar sua defesa reportando-se a acontecimentos verdadeiros, sendo, pois, imprescindível que as partes sejam orientadas pelo compromisso com a verdade fática, mesmo que, sob o ponto de vista subjetivo e de eventual aplicação do direito ao caso concreto, ambas entendam ter razão.

Do dever de *lealdade e boa-fé* cuida o inciso II, ao exigir que os destinatários do dispositivo assim procedam, sendo certo que também o tema da lealdade foi aqui devidamente abordado. Adicione-se apenas, em caráter genérico, que a liberdade que possuem as partes e procuradores de defenderem em juízo seus direitos, garantida que é pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, deve ser desenvolvida com o efetivo respeito aos postulados de probidade e ética.

Isto porque o sistema brasileiro de prestação jurisdicional faculta aos litigantes a oportunidade de participação que, a despeito de não ser a ideal (por faltar-lhes a possibilidade de uma mais ativa participação no processo de formação da decisão), revela-se, ainda que de forma limitada, como de recomendada utilização pela parte que pretende vencer o processo. É necessário, então, a conscientização por parte de autor e réu, de que o processo deve ser utilizado para o reconhecimento de um direito amparado pelas normas jurídicas de direito material e não para outros fins, estabelecendo-se, em função disso, restrições e condicionamentos de ordem ética a serem observados na defesa de suas posições, revelando-se a lealdade, pois, como elemento fundamental para a adequada prestação jurisdicional.

O inciso III do art. 14 trata, a seu turno, do dever de *não formular pretensões, nem alegar defesas cientes de que são destituídas de fundamento*. Cuida-se, à evidência, de desdobramento da regra geral prevista no inciso anterior, relativa ao dever de lealdade, exigindo-se aqui que tanto as pretensões autorais, como as defesas do réu encontrem amparo no âmbito do direito material. O que se pretende, pois, é evitar a apresentação de argumentos evidentemente descompassados e destituídos de um mínimo de embasamento jurídico.

De se observar que mencionado dispositivo está a exigir a presença de elemento subjetivo, ao valer-se da expressão “cientes”. Não basta, portanto, que as pretensões ou defesas não tenham fundamento. É necessário, sim, que as partes que as apresentem tenham inequívoca *ciência* de que tais alegações não encontram amparo no plano do direito material¹⁵⁵.

“*Não produzir provas, nem praticas atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito*” – esta a redação do inciso IV do art. 14, a cuidar dos atos e incidentes protelatórios. Seu fundamento remoto é, também, a violação do dever de lealdade e boa-fé (probidade, *lato sensu*) previsto no inciso II e sua justificativa imediata é que o processo deve ser composto dos atos que se revelem imprescindíveis à prolação da decisão. São exemplos do que aqui a lei busca vedar o requerimento de provas sabidamente desnecessárias, a apresentação de incidentes infundados, especialmente em relação à suspeição ou ao impedimento do magistrado e a interposição de recursos com intuito meramente procrastinatório.

Por sua vez, o art. 14, V do CPC trata da exigência feita aos destinatários da norma (não somente às partes) de *cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*. Trata-se da incorporação, ao direito brasileiro, do chamado *contempt of court*, que tem origem no direito anglo-saxão. Sobre o tema, será feita breve abordagem, por oportuno, nas linhas a seguir.

Cumpre, a este propósito, destacar que, em trabalho dedicado ao tema, Ada Pellegrini Grinover define o *contempt of court* como *a prática de qualquer ato que tenda a ofender um juízo ou tribunal da administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem*. Nesta mesma linha, após distinguir o *contempt* criminal do civil, a autora esclarece que este último pode ser *direto* ou *indireto*. No direto, o juiz está autorizado a prender imediatamente o recalcitrante, concedendo-lhe prazo para justificar sua conduta. No indireto, exige-se um procedimento incidental onde, no âmbito do direito anglo-saxão, seria exigido: a) prova da ocorrência da ação ou

¹⁵⁵ Revela-se aqui, uma vez mais, inapropriada a exclusão dos advogados do âmbito de incidência da norma em questão pelo parágrafo único do art. 14, tendo em vista que, especificamente em relação a este inciso, sua exigência torna-se extremamente dificultada, uma vez que ao procurador – e não propriamente a autor e réu – é que incumbe a busca dos fundamentos jurídicos para a defesa do direito da parte.

omissão; b) que a ordem judiciária determine com clareza a ação ou omissão imposta à parte; c) que a parte seja adequadamente informada sobre o teor e a existência da ordem judiciária e d) que a ordem judiciária desrespeitada seja de possível cumprimento. Quanto ao *contempt* civil direto, é ele objeto de críticas, tendo em vista a autorização de imediata prisão; quanto ao indireto, porém, praticamente não sofre críticas e se afirma a absoluta necessidade de sua existência, sob pena de serem ocasionados graves riscos para a efetividade das decisões judiciais¹⁵⁶.

No que se refere ao direito brasileiro, vale afirmar que a redação original do art. 14 não comportava o inciso V, que somente veio a ser incorporado ao CPC por força da Lei 10.358/01, no âmbito das reformas processuais ocorridas nos anos de 2001 e 2002, que tinham como finalidade primordial a busca da efetividade do processo e das decisões judiciais. Com a inclusão deste inciso (e também do parágrafo único que a ele remete¹⁵⁷), pretendeu o legislador introduzir, repita-se por oportuno, o *contempt of court* no direito brasileiro (ou ato atentatório ao exercício da jurisdição) como garantia de acesso à ordem jurídica justa, sendo através dele estabelecidos alguns deveres de matiz processual, adiante analisados de forma sucinta, além das conseqüências para o seu descumprimento.

Assim é que trata o dispositivo referido, no primeiro de seus núcleos, do exato cumprimento de *provimentos mandamentais*. Para além das distinções próprias do estudo da classificação das sentenças (ou tutelas *cognitivas*) – e das divergências doutrinárias a ela relativas, aqui incabíveis – pode-se afirmar que a sentença mandamental figura como uma espécie do gênero sentença *condenatória* (já que a estrutura de tais provimentos é a mesma), apresentando o pronunciamento mandamental como diferença da sentença condenatória genérica a forma de efetivação de seu conteúdo. Assim, se na condenação comum esta

¹⁵⁶ GRINOVER, *op. cit.*, p. 223

¹⁵⁷ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado;

efetivação se torna possível através de meios de sub-rogação ou de coerção, as sentenças mandamentais apresentam como forma exclusiva os meios de coerção (cujo exemplo mais pertinente é o da tutela inibitória). Em linhas gerais, as sentenças mandamentais, ao contrário das sentenças condenatórias comuns, não são efetivadas através de uma execução *stricto sensu*. Seja como for, seu descumprimento faz incidir o disposto no art. 14, V.

No segundo de seus núcleos, a norma legal analisada cuida da *criação de embaraços* à efetivação dos provimentos judiciais, sendo os mais variados os exemplos e igualmente diversos os destinatários do preceito, como no caso de executado que omite bens penhoráveis ou daquele que teve seu despejo decretado e se esconde para que o oficial de justiça não o consiga intimar acerca do conteúdo da decisão ou ainda de uma empresa que, recebendo a comunicação para que proceda ao desconto em folha de verba alimentícia, não a torna efetiva seja porque motivo for¹⁵⁸.

No parágrafo único do art. 14 são previstas as sanções para o descumprimento dos deveres previstos em seu inciso V, qualificando-os, de antemão, como *atos atentatórios ao exercício da jurisdição*.

Fala o dispositivo alvitrado em sanções *criminais, civis e processuais*, das quais são exemplo, respectivamente, aquelas próprias e previstas em lei para o *crime* de desobediência, a indenização por atos causados à outra parte, além das previstas no próprio CPC como caracterizadoras da litigância de má-fé. Além dessas *sanções*, prevê a lei a aplicação, cumulativa se for o caso, de multa ao responsável em montante que pode chegar a 20% do valor da causa, dependendo da gravidade da conduta, sendo certo que esta aplicação cumulativa de penas é admitida pelo fato de que o imputado, através de sua conduta, pode causar lesões a bens jurídicos distintos. Prevê o dispositivo, ainda, que o pagamento da multa deve se dar no prazo fixado pelo juiz para tanto após o trânsito em julgado, e que, caso não seja o mesmo efetivado, será o valor

¹⁵⁸ Salieta Alexandre Câmara que o dever de não embaraçar o cumprimento de decisões judiciais se aplica tanto às sentenças quanto às decisões de antecipação de tutela, não se limitando, ainda, ao processo de conhecimento, tendo aplicação, segundo este autor, também ao processo cautelar. (Câmara, *op. cit.*, p. 153) Omite-se o autor, porém, sem motivo aparente, quanto à sua efetiva aplicação também ao processo de execução, incidência esta que se afigura plenamente possível.

inscrito como dívida ativa da União (Justiça Federal, Eleitoral, Militar ou do Trabalho) ou dos Estados (nos demais casos).

Uma observação, ainda, acerca do parágrafo único do art. 14: a exclusão dos advogados ali expressa e a legitimidade (justeza) dessa ressalva feita aos causídicos. Há quem sustente que a ressalva é necessária, tendo em vista que não poderia admitir, sob pena de quebra de isonomia entre os atores do processo, que o juiz pudesse aplicar pena de multa ao advogado¹⁵⁹. Sob esta ótica, diante do cometimento de alguma infração que se enquadre no art. 14, V do CPC, a única possibilidade que se vislumbra é a comunicação do fato à OAB para que a punição ao advogado venha a ser aplicada por seu órgão de fiscalização.

Em sentido oposto, observa-se que a exclusão dos advogados prevista no parágrafo único do art. 14 compromete significativamente a efetividade do dispositivo, tendo em vista que os atos imputados à parte são, em verdade e na imensa maioria dos casos, praticados pelo advogado. Em não raras situações, as partes sequer tomam conhecimento das atividades desenvolvidas e das estratégias adotadas pelos seus representantes. E diante disso, para não prejudicá-las em tais situações, o juiz simplesmente deixa de aplicar as penas ali previstas. Sobre esta questão específica, afirma Ada Pellegrini Grinover¹⁶⁰ que raríssimas são as aplicações de sanções ao litigante de má-fé, sendo um dos motivos o fato de que é frequente se atribuir o ilícito ao advogado e não à parte, de modo que a sanção que recai sobre esta não pune o verdadeiro responsável.

3.3.2 – Litigância de má-fé e responsabilidade por dano processual – art. 16 a 18 do CPC e seus pressupostos de aplicação

Principia o Código de Processo Civil por tratar do tema através da formulação genérica prevista em seu art. 16: “*Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente*”. E já uma primeira observação há de ser feita: o dispositivo trata tão-somente da responsabilidade dos litigantes e de quem, de qualquer forma, tenha ingressado no processo, não cuidando, à exemplo do art. 14 analisado no tópico anterior, de qualquer tipo de

¹⁵⁹ Alexandre Câmara chega a sustentar que somente seria possível essa multa imposta pelo juiz ao advogado se também se admite multa do advogado ao juiz. (Câmara, *op. cit.*, p. 158)

¹⁶⁰ GRINOVER, *Ética...*, p. 224

responsabilização *dos procuradores*, sendo certo que grande parte dos atos tidos pelo Código como de litigância de má-fé, frise-se uma vez mais, são praticados por quem tem a capacidade postulatória e não propriamente pelos *litigantes*. Acrescente-se que estes, ainda que beneficiários da gratuidade de justiça ou de assistência jurídica estatal, não são excluídos da incidência do dispositivo.

Responsabiliza-se, pois, autor, réu ou intervenientes, entendidos estes últimos, segundo magistério de Barbosa Moreira, como “*todo aquele que, não participando do processo desde o início, e fora da hipótese de sucessão, nele ingresse voluntariamente, para postular direito seu ou da parte originária, ou se veja citado para integrá-lo*”.¹⁶¹ A exegese do dispositivo deve ser alinhada porém, tanto quanto possível, àquela previsão legal mais ampla do art. 14, a incidir sobre “*todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*”.

São exemplos, portanto, no processo de conhecimento, o assistente simples ou litisconsorcial, o oponente, o denunciado à lide, o terceiro recorrente etc. No processo de execução, o arrematante de um bem alienado em hasta pública), o credor hipotecário que pretenda a adjudicação do bem etc.

Após enunciar genericamente a “má-fé”, no art. 16, como pressuposto da responsabilização por dano processual (sem, porém, defini-la), valeu-se o legislador do art. 17 para, casuisticamente, identificar as hipóteses em que ela se faria presente, valendo-se da técnica da “tipicidade”, tão cara aos direitos penal e tributário.¹⁶²

Assim, dispõe o art. 17, I que “reputa-se litigante de má-fé aquele que *deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso*”. A redação do dispositivo foi dada pela Lei 6.771, de 1980, sendo certo que dispunha a redação anterior estar caracterizada a litigância de má-fé nas hipóteses em que a parte deduzisse pretensão ou defesa “*cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer*”. A modificação teve, por evidente, a nítida intenção de retirar o elemento subjetivo revelado pela expressão “não possa razoavelmente desconhecer”, que gerava dificuldades de ordem

¹⁶¹ BARBOSA MOREIRA, J.C. Responsabilidade das partes por dano processual *in RePro n. 10*. São Paulo: RT, 1978, p. 22

¹⁶² Sustenta Barbosa Moreira, no trabalho mencionado, que como o art. 17 não exige o elemento subjetivo em todos os seus “tipos”, a utilização da expressão “má-fé”, tanto no art. 16, quanto no caput do art. 17, revela-se ociosa. Melhor teria andado o legislador se dispusesse que em tais e tais hipóteses (sem qualquer outra cogitação), o litigante responderá por perdas e danos.

prática em sua aplicação, ficando a critério do órgão judicial a fixação dos padrões de razoabilidade para a incidência do dispositivo. A redação vigente elimina o problema ao trabalhar com elementos absolutamente objetivos como o “*texto de lei*” e “*fato incontroverso*”.

No inciso II do art. 17 aparece o tipo “*alterar a verdade dos fatos*”, visando à punição da violação do dever de veracidade, analisado em tópico anterior da presente, consistindo em a) afirmação de fato inexistente ou b) da negação de fato existente. Da mesma forma e pela mesma Lei 6.771, foi eliminada a expressão “*intencionalmente*”, que constava da redação original do Código (“*alterar intencionalmente a verdade dos fatos*”), bastando, após a modificação, o simples descompasso entre a afirmação apresentada e a verdade dos fatos, desde que a faça consciente e voluntariamente, ainda que seja dispensado qualquer finalidade específica.¹⁶³

A seu turno, o inciso III do mencionado dispositivo cuida de sancionar o uso do processo para se “*conseguir objetivo ilegal*”. Ilegal é aqui tomado como aquilo que é “*contrário à lei*”, sendo certo que o “*objetivo ilegal*”, de que trata a lei difere do que é previsto no inciso I por não estar relacionado, segundo afirma Barbosa Moreira¹⁶⁴, diretamente ao pedido como, por exemplo, expor a parte contrária à desonra pública, abalar-lhe o crédito, exercer sobre ela pressão psicológica ou econômica para obter favores ou vantagens indevidas etc.

Trata o inciso IV da litigância de má-fé por força de oposição de “*resistência injustificada ao andamento do processo*”, que estará presente através de atos ou omissões praticados com a finalidade de criar obstáculos ao regular processamento do feito, prejudicando-lhe o andamento. Neste contexto se insere o ato da parte que se ausenta de seu domicílio com a intenção de evitar o ato de comunicação processual ou que não comparece à audiência regularmente designada para provocar seu adiamento. Saliente-se que estas atitudes tipicamente procrastinatórias não são exclusivas do réu, podendo o autor também praticá-las quando tiver a seu favor uma medida liminar concedida ou ainda quando, pelas alegações do réu e pelas provas produzidas, perceber que o resultado final do processo não será favorável a seus interesses. Acrescente-se,

¹⁶³ O dispositivo sancionando a alteração da verdade dos fatos tem aplicação ainda que o litigante que assim agiu tenha razão naquilo que está pleiteando perante o órgão judicial.

¹⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, *op.cit.*, p. 25

ainda, que para caracterização da litigância de má-fé neste caso não basta a *resistência* ao andamento do processo, senão que deve ser a mesma *injustificada*, sendo certo que ao órgão judicial caberá a aquilatação, no caso concreto, da presença ou não deste conceito indeterminado.¹⁶⁵

Ainda em análise pragmática do texto legal, dispõe o inciso V do art. 17 que estará presente a litigância de má-fé quando a parte “*proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo*”. Temerário, no sentido do texto, é o agir imprudente, precipitado, impensado do litigante, tenha ele razão ou não. Trata-se de repreensão ao seu comportamento e à maneira com que se apresenta na relação processual, sendo exemplos de tal conduta aquela da parte que busca frustrar o contraditório, tentando impedir a parte contrária de se manifestar em uma audiência ou da que busca, no cumprimento de uma decisão judicial, o meio mais vexatório e danoso para o outro litigante.

“*Provocar incidentes manifestamente infundados*” é o tipo de que cuida o inciso VI do art. 17, exigindo, para sua configuração (e ao contrário do que dispõe o inciso anterior), que o incidente tenha sido provocado *sem razão ou fundamento*. Não é suficiente que este incidente tenha sido concluído no sentido da inexistência do direito pleiteado pelo litigante, sendo necessário que, de plano, fique evidente a inexistência de qualquer motivo sério ou razoável na provocação do incidente.¹⁶⁶ Caso haja necessidade de longa e meticulosa justificativa por parte do magistrado em seu julgamento, o incidente não terá sido *manifestamente* infundado e a litigância de má-fé estará afastada.

Por fim, o art. 17 conta ainda com o inciso VII, inserido pela Lei 9.668, de 1998, considerando como litigância de má-fé a interposição de recurso *com intuito manifestamente protelatório*. Aqui houve por bem a lei estender para todo e qualquer recurso o tratamento que era próprio e exclusivo dos *embargos de declaração* que tivessem nítida finalidade protelatória, na conformidade do que dispõe o art. 538, parágrafo único. Com o acréscimo, uma vez caracterizada a interposição de *qualquer* recurso com a única e exclusiva intenção de adiar o

¹⁶⁵ Afirma Barbosa Moreira que a resistência injustificada não estará presente quando o litigante se oponha ao andamento de processo “*manifestamente írrito, irregular, ilegal, arbitrário ou de qualquer modo viciado pelo excesso ou abuso de poder*”. *Op. Cit.*, p. 26

¹⁶⁶ Observe-se que, apesar do plural utilizado, basta que esteja presente um único incidente manifestamente infundado para que a litigância esteja configurada.

encerramento do processo, configurado estará o tipo ali previsto e sujeito o litigante às sanções previstas no art. 18 do CPC¹⁶⁷.

Esclareça-se, por oportuno, que não somente no rol do art. 17 é que serão encontradas condutas qualificadas como ímprobas, estando também neste elenco, por exemplo, aquelas previstas no art. 600¹⁶⁸, qualificadas pelo próprio código como atos (já agora do *executado*) atentatórios à dignidade da justiça, o atraso no cumprimento de obrigação de fazer (art. 644/461 do CPC) e o descumprimento de execução de prestação alimentícia (art. 733) e a repressão da resistência à penhora (art. 660/663).

Quanto à apuração da responsabilidade no âmbito do art. 17 do CPC e à efetiva aplicação de penalidades pela litigância de má-fé, algumas observações não de ser feitas.

A primeira delas refere-se à solução dada pela Lei 9.668/98 a dois antigos problemas presentes na redação original do Código. Trata-se, em breve síntese: a) da questão relativa à necessidade ou não de instauração de um outro processo para que houvesse o reconhecimento da responsabilidade pelo dano processual causado; e b) da necessidade ou não de requerimento pela parte interessada para que a aplicação das penalidades pela litigância de má-fé tivesse lugar.

Assim, quanto à primeira das questões, não há que se falar em *ação de indenização*, dispensada que fica tendo em vista que a responsabilidade pelo dano é apurada no mesmo feito em que este tiver sido causado. E mesmo antes da nova redação do art. 18, a doutrina amplamente majoritária já sustentava a desnecessidade de uma ação autônoma para este fim, tendo em vista a premência de que fosse observado o princípio da economia processual e o fato de que o próprio órgão judicial perante o qual ocorreu o dano processual é o mais indicado para aquilatá-lo.

¹⁶⁷ Art. 18 do CPC. “O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.”

¹⁶⁸ “Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que: I – frauda a execução; II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III – resiste injustificadamente às ordens judiciais; IV – intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.”

Quanto à segunda das questões, relativa à imperiosidade de iniciativa da parte prejudicada para que se apure o dano, a redação do dispositivo é absolutamente clara quanto à possibilidade de o órgão agir de ofício, resolvendo intensa controvérsia instaurada sob a égide da redação anterior, silente que era quanto ao tema.¹⁶⁹

No que pertine ao conteúdo da indenização, observa-se que o dispositivo em comento vale-se da expressão “*prejuízos*” (“...*indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu...*”), que tem o mesmo significado da expressão “*perdas e danos*” contida no art. 16 e, neste sentido, a condenação do litigante depende da prova da existência efetiva do dano/prejuízo por quem o tenha alegado, observando a fixação do valor o que dispõe o parágrafo segundo do art. 18¹⁷⁰, devendo, sempre que possível e por economia processual, haver a fixação imediata de seu valor pelo órgão julgante.

Estas, pois, as premissas fixadas tanto em sede legal quanto doutrinária para que sejam efetivamente aplicadas as sanções para o comportamento processual desleal, ímprobo, de má-fé, que tanto prejudica a formação de um provimento adequado ao caso concreto e a busca de uma solução justa para os litigantes, devendo haver, em linha de princípio, uma mudança na forma de se lidar com o problema, através especialmente de uma atuação mais pontual e efetiva do órgão judicial na identificação de tais posturas no curso do processo e na imposição das penalidades que a própria lei prevê.

Resta, portanto, que sejam identificadas, num contexto mais amplo de análise, as consequências de tais condutas para o sistema de prestação jurisdicional como um todo, em especial quando se busca, através da elaboração de teses com sólido fundamento doutrinário – não só no direito, mas também em outras áreas das ciências sociais (cap. 2) – a alteração dos paradigmas vigentes,

¹⁶⁹ Em momento anterior à alteração do art. 18, Barbosa Moreira assim sustentava: “(...) entendemos que a condenação do litigante de má-fé a ressarcir o dano processual depende do prejudicado. (...) A menos que se queira dar à palavra acepção atécnica, não parece próprio qualificar de “verdadeira pena” a sanção impositiva ao litigante de má-fé: trata-se de ressarcimento de dano, isto é, da satisfação de um crédito, que o titular (a parte lesada) pode não querer exercer, ou reservar-se para exercer noutra oportunidade.” BARBOSA MOREIRA, *Responsabilidade...*, p. 27.

¹⁷⁰ Art. 18, § 2º. do CPC: “O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

através da ampliação da atividade das partes no processo, tema objeto do tópico seguinte.

3.4 A imprescindibilidade de um comportamento leal para o modelo cooperativo de processo e para sua efetiva democratização

Vistos que foram, nos itens anteriores do presente capítulo, os fundamentos que justificam a exigência de um comportamento leal das partes no modelo tradicional de processo, resta agora que sejam transportadas estas considerações para o âmbito de uma reivindicada estrutura policêntrica de prestação jurisdicional, já agora não mais centrada única e exclusivamente no órgão jurisdicional.

Assim, se é certo que no sistema ainda vigente de prestação jurisdicional (vale dizer, de índole essencialmente instrumentalista, através do qual se outorgam poderes ao magistrado para, superando tecnicismos indesejados, fazer aplicar o direito material ao caso concreto) já se obriga a que os litigantes observem, em suas condutas, os postulados de ordem ética, com muito mais razão se faz presente a exigência quando se está a pleitear uma *abertura* neste sistema, em modificação substancial através da qual as partes passam a ter atuação muito mais concreta e relevante no processo de formação da decisão.

Desta forma, analisadas que foram, no capítulo 2 do presente, as teses que sustentam a necessidade do estabelecimento de uma nova forma de pensar a prestação jurisdicional, com a reivindicação de uma maior participação das partes, criando-se, no âmbito do processo, uma estrutura dialogal, participativa e com a correlata distribuição de atividades e de responsabilidades entre os sujeitos do processo, bem como após a investigação levada a efeito nos itens anteriores do presente capítulo, quanto os elementos relacionados ao comportamento das partes, em especial a questão envolvendo o abuso do processo e litigância de má-fé, é necessária a eloqüente constatação de que todos os esforços de elaboração daquelas teorias, (através da apresentação de diversos e consistentes fundamentos, inclusive de origem filosófica) e das tentativas de construção de um arcabouço de índole democrática para o processo, podem se transformar em trabalho inútil e frustrado, se aqueles que

desempenham seus papéis na relação processual – em especial os sujeitos *parciais* do processo – assumirem uma postura leal e de sinceridade de propósitos na defesa de seus interesses.

Quer isto dizer, em outras palavras, que sem a introdução destes conceitos e a exigência de uma postura ética das partes no processo, seja no ajuizamento da demanda, seja na resistência à pretensão deduzida em juízo, todo o sólido trabalho desenvolvido em prol de um reavivamento do princípio do contraditório e a criação de um ambiente democrático no processo poderá ter sido em vão.

Sobre o tema, Daniel Mitidiero, um dos grandes estudiosos brasileiros do tema *colaboração no processo civil*, já observava que:

“No modelo de processo cooperativo, que é necessariamente um “debito proceso leal”, além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva a objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo. (...) Há, em suma, dever de recíproca correção de “todos os intervenientes” do processo.”¹⁷¹

Neste aspecto, calha a apresentação daquilo que o eminente professor Paulo Cesar Pinheiro Carneiro denominou *princípio da operosidade*, segundo o qual as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participem direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça, sendo certo que este estaria a depender, fundamentalmente, da *atuação ética* de todos quantos participem da atividade judicial ou extrajudicial¹⁷².

O mesmo ilustre professor, com a precisão acadêmica que lhe é peculiar, já agora tratando do entrelaçamento entre cooperação e ética processual, assim se manifestou¹⁷³:

“(...)cumpre destacar que todos devem cooperar com as atividades destinadas à democratização do processo, tendo como meta ideal a participação de quem quer que seja, em igualdade de condições, de

¹⁷¹ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 96.

¹⁷² CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.63. Acrescenta o professor, como segundo elemento para a obtenção do efetivo acesso à justiça a *“utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, a utilização da técnica a serviço dos fins idealizados.”*

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 64

sorte a possibilitar a justa composição dos conflitos individuais ou coletivos que surjam em determinada sociedade. Seria um absoluto contra-senso imaginar que os fins sociais e políticos que informam o processo como instrumento de realização de uma das funções essenciais do Estado pudessem ser alcançados sem que os operadores e cooperadores da justiça participem de forma correta, ética; daí por que, no momento em que qualquer um dos participantes dessa atividade atue de forma a prejudicar ou impossibilitar o alcance dos fins idealizados, ele estará tendo um comportamento inadequado, contrariando as normas éticas que informam aquele sistema jurídico.”

Nesta mesma linha, Dierle Nunes, outro importante estudioso da matéria, em sua obra *Processo Jurisdicional Democrático*, após tecer considerações sobre a necessidade de superação do protagonismo judicial isolacionista (cap. 1), para a efetiva implementação da democracia no âmbito do processo, assim se posiciona¹⁷⁴:

“Se um contraditório dinâmico como garantia de influência fosse assegurado, com base em uma lógica policêntrica e participativa; se os sujeitos processuais soubessem manejar as técnicas processuais de modo responsável e interdependente; se de acabasse com a busca tão-somente do protagonismo judicial, da alta produtividade decisória e da rapidez procedimental a qualquer preço, (...) a democratização processual se imporá nos discursos de aplicação normativa.” (grifos na transcrição)

E mais adiante, já agora em viés conclusivo¹⁷⁵:

“A estruturação adequada de um modelo democrático de processo passa pela necessária compreensão participativa deste, de modo a subsidiar equilíbrio e o reforço do papel de todos os sujeitos processuais. (...) A perspectiva democrática somente se implementará mediante a percepção do policentrismo processual, que exige que cada ator envolvido no processo *desempenhe suas funções de modo técnico, racional e responsável.*” (grifos na transcrição)

Assim, a implementação do *modelo cooperativo*, participativo e dialógico está a depender não só da tão pleiteada distribuição dos poderes hoje centrados no órgão judicial, mas também e com igual importância, da assunção de uma atitude ética e proativa das partes na condução do processo, como verdadeiro pressuposto para essa mudança de paradigmas na prestação jurisdicional.

¹⁷⁴ NUNES, *op. cit.*, p. 245

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 255

Com isso, na medida em que as partes passam de coadjuvantes a co-participantes do processo de formação da decisão, aumenta-se, na mesma proporção, o grau de responsabilidade que passa a ser delas exigido em suas atividades e posturas dentro do procedimento instaurado perante o Estado-juiz.

Reivindicar uma redistribuição de tarefas, com o incremento da participação das partes, sem a contrapartida no aumento de seu grau de compromisso com a prolação da decisão configura, de forma inequívoca, situação absolutamente desconexa com o direito da alta modernidade.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se discorrer, ao longo da presente, sobre alguns temas fundamentais relacionados ao *acesso à justiça* e à *efetividade do processo*, linha de pesquisa do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, em especial a questão da democratização processual e da necessidade de um comportamento ético das partes no processo, sempre com vistas à demonstração de que a conduta desleal, seja qual for o nível em que tenha ocorrido, não só causa sérios danos à administração da justiça (pela proliferação de demandas temerárias ou pela dificuldade de seu encerramento por força de atos procrastinatórios de diversos matizes), como também representa lamentável menosprezo aos relevantes estudos e correntes doutrinárias que sustentam uma mudança de paradigmas na prestação jurisdicional, com o fim do protagonismo judicial e a imperiosa necessidade de uma maior participação de autor e réu no processo de formação da decisão.

Com esta finalidade, a dissertação foi estruturada em três eixos fundamentais, cujas temáticas se inter-relacionavam através de uma espécie de fluxo dialético: No primeiro destes eixos, o estudo acerca da concentração de poderes no órgão judicial, suas origens e consequências para a prestação jurisdicional. Para tanto, foi dedicado a esta questão todo o capítulo 1, através do qual foram investigadas as fases evolutivas do processo civil, da fase sincretista até a fase instrumentalista do processo e a doutrina que a este respeito se formou, representando esta, conforme foi aqui sustentado, a origem mais imediata para este protagonismo exacerbado. Também nesta oportunidade foram analisados os erros e acertos da doutrina instrumentalista do processo, identificando-se então que, apesar de originariamente concebida com fins nobres, é na aplicação prática de suas propostas que se observa a concentração, na figura do magistrado, de poderes que vão desde a condução do processo, passando pela produção da prova até a formação do provimento, com nítida redução da atuação das partes nesta dinâmica.

No segundo momento, evidenciada a necessidade de serem quebrados os paradigmas do protagonismo judicial isolacionista, foram analisadas as correntes doutrinárias que sustentam a urgência de uma abertura do sistema a uma maior participação das partes, com uma correlata distribuição de atividades e

de responsabilidades no curso do processo, sendo nele inseridas ideias como *formalismo-valorativo*, *colaboração*, *policentrismo*, *participação* e *processo democrático*.

Especificamente neste segundo eixo fundamental foram abordadas três diferentes vertentes do pensamento doutrinário onde a necessidade de superação do protagonismo judicial resta afirmada. A primeira delas, a que toma por base a ética do discurso de Jürgen Habermas, seu agir comunicativo e sua razão dialógica, tudo com vistas a uma possível (e factível) inserção de grande parte de suas teses ao direito brasileiro (por certo numa visão macro e com as devidas e imprescindíveis adaptações). A segunda destas vertentes, aquela relacionada à ideia de *formalismo-valorativo*, inequivocamente fundada nos ensinamentos de Carlos Alvaro de Oliveira e na necessidade de inserção da ideia de *colaboração processual*. A terceira delas, a corrente doutrinária que defende a ideia de *processo jurisdicional democrático*, com expoentes como Marcelo Cattoni e Dierle Nunes, através da qual se reafirma a necessidade de ênfase no contraditório e o respeito irrestrito a princípios e valores fundamentais como a ampla defesa e a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Entre elas, a origem comum: a exigência de que as partes deixem de figurar como meras coadjuvantes do processo de formação da decisão judicial que vai regular os seus próprios interesses e a necessidade de transformação do processo em um espaço dialogal, através do incremento do contraditório (com a efetiva abertura de oportunidade às partes de se manifestarem sobre os fundamentos apresentados pelo adversário e mesmo pelo juiz, evitando-se as decisões-surpresa) e de uma isonômica distribuição de tarefas e de responsabilidades entre as partes e o órgão judicial.

No terceiro dos eixos fundamentais da presente (e, em última análise, seu foco principal), investigou-se o comportamento das partes no processo, sendo então abordados deveres como os de lealdade e de veracidade, além de institutos como o abuso de direito processual e a litigância de má-fé, sendo então investigadas as suas origens, seu conteúdo e sua positivação no direito brasileiro.

Tudo a demonstrar que elementos como probidade, ética e boa-fé são fundamentais para a prolação de uma decisão judicial que se revele justa, efetiva e adequada ao caso concreto.

E, por certo, ainda mais do que isso: a lealdade (uma postura ética, proba) é, conforme anunciado no título da presente, *pressuposto* indissociável à mudança de paradigmas que se pretende ver implementada no sistema estatal de solução de conflitos, não se podendo tratar, com a ênfase devida, de temas como quebra de protagonismo judicial, colaboração processual, democratização do processo, incremento ao contraditório e à participação das partes enquanto estas não se conscientizarem do relevante papel que lhes é reservado na moderna prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helana Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDRADE, Valentino Aparecido de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Dialética, 2004.
- ANUÁRIO DA JUSTIÇA – RIO DE JANEIRO 2010. São Paulo: Conjur Editorial, 2010
- ASSIS, Araken de. Dever de veracidade das partes no processo civil *in Revista Jurídica n. 391*. Sapucaia do Sul: Editora Notadez, 2010.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da Justiça: alguns mitos *in Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004
- _____. Responsabilidade das partes por dano processual *in RePro n. 10*. São Paulo: RT, 1978
- _____. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro *in Temas de Direito Processual – 1ª. Série*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006
- _____. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2009. 5. ed.
- BOULOS, Daniel Martins. *Abuso de direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
- BUZAID, Alfredo. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil Brasileiro *in Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2002.
- _____. Processo e verdade no direito brasileiro *in REPRO n. 47*. São Paulo: RT, 1987
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal *in REPRO n. 102*. São Paulo: RT, 2001
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O *Contempt of Court* brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa *in Escritos de Direito Processual – Segunda Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARPENA, Heloisa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso de direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1991
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008
- Dicionário Enciclopédico Ilustrado: Veja Larousse – São Paulo: Editora Abril, 2006
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 1*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009. 14. ed.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil - vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GROSSMANN, Kaethe. O dever de veracidade no processo civil (exposição de direito comparado) *in Revista Forense – vol. 101*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- GROSSMANN, Kaethe. O dever de veracidade das partes litigantes no processo civil (aspecto doutrinário) *in Revista Forense – vol. 102, p. 476-483*. Rio de Janeiro: Forense, 1945
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- _____. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*. *in Revista de Processo, n. 102*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação. Ensaios filosóficos*. São Paulo, Loyola, 2004.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil – Volume I*. Tocantins: Intelectos, 2003.
- LIMONGI FRAÇA, Rubens. Abuso de direito in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1977
- MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: Filósofo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Da passagem do processo civil clássico para o processo civil contemporâneo: as razões perdidas* in Carta Jurídica – Revista de informação e debates n° 1. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.
- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millenium, 2001.
- NASCIMENTO, Rogério José Soares Bento do. *Lealdade processual: elemento da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Tese de pós-doutoramento apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Paraná no ano de 2009.

- NERY JR., Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados. 2. ed.* São Paulo: RT, 2003.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático.* Curitiba: Juruá, 2008
- OLIVEIRA, Fábio de. A teoria do direito e da constituição: entre o procedimentalismo e o substancialismo. In *Quaestio Juris – Revista da Faculdade de Direito da UERJ.* Rio de Janeiro: UERJ, 2007
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil. 7. ed.* Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008
- ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático. Crítica da metástase do sistema de controle social.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre amigos e críticos. Prolegômenos para uma esfera pública judicial militante. In FRANKENBEG, Günter; MOREIRA, Luiz. *Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- SOUZA, Artur César. *A parcialidade positiva do juiz.* São Paulo: RT, 2008.
- SOUZA, Alexander Araújo de. Lineamentos sobre o abuso do direito in *Revista do Ministério Público.* Rio de Janeiro: MPRJ, n. 31, jan./mar. 2009
- STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual. Aspectos Doutrinários.* São Paulo: RT, 2002.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso. 3.ed.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da constituição no Brasil. In *O Direito e o futuro e o futuro do Direito.* Coimbra: Almedina, 2008.
- _____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010
- TEIXEIRA, Wellington Luzia. A instrumentalidade técnica do processo in *RBDPro-Revista Brasileira de Direito Processual n. 60.* Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas pública, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo et al. *Código Civil comentado*, v. 12. São Paulo: Atlas, 2003.